

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Manoel Gustavo Neubarth Trindade

DIREITO CONTRATUAL COMO REDUTOR DAS FALHAS DE MERCADO

Porto Alegre

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Manoel Gustavo Neubarth Trindade

DIREITO CONTRATUAL COMO REDUTOR DAS FALHAS DE MERCADO

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de mestre pelo Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre
2013

Manoel Gustavo Neubarth Trindade

DIREITO CONTRATUAL COMO REDUTOR DAS FALHAS DE MERCADO

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de mestre pelo Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

Prof. Dr. Ricardo Lupion Garcia

Porto Alegre

2013

Dedico este trabalho, primeiro, a Deus, que nos oportuniza o existir, e isso é tudo; à minha família, que me ensinou, com todas as suas forças, estar aqui sendo quem sou; e aos meus mestres, que forjaram o meu conhecimento e me estimulam a ir cada vez mais além, porque essa é a razão do saber.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Manoel e Suzana, assim como ao meu irmão, Eduardo, que me proporcionaram todo o apoio necessário para o meu desenvolvimento, inclusive nos momentos mais árduos, e não só através de ensinamentos, mas, sobretudo, de exemplos.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim, a quem devo prestar franca homenagem, uma vez que se trata de verdadeiro cientista, sempre criterioso e profundo em suas considerações, o que muito me inspira a sempre buscar fazer melhor.

Ao Prof. Dr. Giácomo Balbinotto, incansável estudioso e investigador, que me revelou e muito estimulou a trilhar este instigante e revelador caminho, verdadeira ponte indestrutível entre o Direito e a Economia.

Aos professores e amigos, que muito contribuíram para a construção deste trabalho, nas salas de aula, em conversas próximas e em todas as etapas de sua preparação. A todos, os meus sinceros agradecimentos; a minha gratidão se mantém, indelével, em meu coração.

Por fim, devo agradecer à Ignez, que no mesmo momento em que nasce este trabalho, dá-me a notícia da expectativa de uma nova vida, o que imensamente me torna mais feliz e renova as esperanças, pois toda nova vida é a esperança de dias ainda melhores, trazendo-nos novos horizontes.

RESUMO

No presente estudo, buscar-se-á investigar o direito contratual enquanto redutor das falhas de mercado, analisando de que forma essas falhas incidem sobre o fenômeno contratual, assim como de que modo as normas de direito contratual atuam sobre elas, buscando proporcionar maior eficiência econômica e bem-estar. Assim, inicialmente, tratar-se-á dos aspectos conceituais concernentes aos contratos e das realidades fáticas que lhe são subjacentes, de modo a diferenciá-los, além de analisar-se o papel do direito contratual nesse processo. Dando continuidade a essa tarefa, abordar-se-á a realidade falível dos sistemas de mercado, bem como de que forma as falhas de mercado atingem a eficiência negocial e operacional dos mercados. Por fim, analisar-se-á cada uma das espécies de falhas, quais sejam, a assimetria informacional, o poder de mercado, os custos de transação e as externalidades, ponderando de que forma o direito contratual pode debelar ou mitigar os efeitos nocivos que delas são decorrentes.

Palavras-chave: Contrato. Direito contratual. Falhas de mercado.

ABSTRACT

The present study will seek to investigate the contractual law while reductor of market failures, analyzing how these failures affect the contractual phenomenon, as well as how the rules of contract law act on market failures, seeking provide greater economic efficiency and welfare. So, initially, it will treat the conceptual aspects pertaining to contracts and factual realities underlying it, in order to differentiate them, and analyzing the role of contract law in this process. Continuing this task will address the reality fallible of market systems and how the market failures affect the negotiation and operational efficiency of markets. Finally, it will analyze each species of failures, namely, informational asymmetry, market power, transaction costs and externalities, pondering how contract law can overcome or mitigate the harmful effects that of them are due.

Keywords: Contracts. Contractual law. Market failures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O FENÔMENO CONTRATUAL E AS FALHAS DE MERCADO	18
1.1 O CONTRATO E A CIRCULAÇÃO EFICIENTE DE INTERESSES	18
1.2 DISTINÇÃO ENTRE O CONTRATO E A REALIDADE QUE LHE É SUBJACENTE	23
1.3 OS MERCADOS E AS SUAS CRISES	27
1.4 O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DAS DENOMINADAS FALHAS DE MERCADO	32
1.5 UMA NOVA POSTURA EM RELAÇÃO AO DIREITO CONTRATUAL	34
1.6 O DIREITO CONTRATUAL COMO REDUTOR DAS FALHAS DE MERCADO	43
1.6.1 Falhas de Mercado e suas Implicações	51
1.6.1.1 Eficiência Negocial.....	51
1.6.1.2 Eficiência Operacional	56
1.6.2 As Normas de Direito Contratual	59
1.6.2.1 Ponderações Conceituais acerca das Normas Imperativas e Supletivas de Direito Contratual	60
1.6.2.1.1 Normas Contratuais Imperativas	61
1.6.2.1.2 Normas Contratuais Supletivas	62
1.6.2.2 Normas Contratuais Imperativas e Supletivas como Redutoras das Falhas de Mercado	64
2 AS FALHAS DE MERCADO EM ESPÉCIE	69
2.1 A ASSIMETRIA INFORMACIONAL.....	69
2.1.1 Seleção Adversa	72
2.1.2 Risco Moral	75
2.1.3 Redução da Assimetria de Informação através das Normas Contratuais Imperativas e Supletivas	78
2.1.4 Ponderações acerca da mitigação dos efeitos nocivos da assimetria informacional por meio do direito contratual	81
2.2 PODER DE MERCADO.....	97
2.2.1 Poder de Monopólio	104
2.2.1.1 Decisão de Produção do Monopolista: Receita Total, Média e Marginal	106
2.2.1.2 Deslocamentos da Oferta e da Demanda	108
2.2.1.3 Custos Sociais do Poder de Monopólio	110
2.2.1.4 Fontes do Poder de Monopólio.....	113
2.2.4.1.1 A Elasticidade da Demanda	114
2.2.4.1.2 O Número de Ofertantes atuando no Mercado	115
2.2.4.1.3 O Grau de Interação entre os Ofertantes.....	117
2.2.2 Poder de Monopsônio	118
2.2.2.1 Decisão de Compra do Comprador com Poder de Monopsônio	120
2.2.2.2 Comparação entre Monopsônio e Monopólio	122
2.2.2.3 Fontes do Poder de Monopsônio	123
2.2.2.3.1 Elasticidade da Oferta do Mercado	123
2.2.2.3.2 Número de Compradores.....	124
2.2.2.3.3 Integração entre os Compradores.....	124
2.2.2.4 Custos Sociais do Poder de Monopsônio	125
2.2.3 Ponderações acerca do Combate ao exercício abusivo do Poder de Mercado por meio do Direito Contratual	127

2.3 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	141
2.3.1 Conceito de Custos de Transação	143
2.3.2 Os Determinantes dos Custos de Transação	146
2.3.3 Classificação dos Custos de Transação.....	148
2.3.3.1 <i>Custos de Pesquisa (Search and Information Costs)</i>	148
2.3.3.2 <i>Custos de Negociação (Bargain Costs)</i>	149
2.3.3.3 <i>Custos de Monitoramento e Implementação (Policing and Enforcement Costs)</i>	149
2.3.4 Direito Contratual como Redutor dos Custos de Transação.....	149
2.3.4.1 <i>Normas Contratuais Imperativas e Supletivas e Eficiência Ex Ante e Ex Post</i>	150
2.3.5 Mecanismos de Redução dos Custos de Transação nos Contratos Massificados..	158
2.4 AS EXTERNALIDADES	168
2.4.1 Conceito	170
2.4.2 Classificação	172
2.4.2.1 <i>Externalidades Negativas</i>	173
2.4.2.2 <i>Externalidades Positivas</i>	177
2.4.3 Direito Contratual como Redutor dos Efeitos Nocivos das Externalidades	181
2.4.4 O Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato e as Externalidades	183
2.4.5 A Função Social do Contrato e as Externalidades	188
CONCLUSÕES.....	198
REFERÊNCIAS	200

INTRODUÇÃO

“Homens livres (e justos) se governam por contratos.”¹

Reconhecida no curso da história da humanidade, de forma crescente e gradual, a existência das liberdades individuais, o alcance do atual nível de riqueza pela civilização se deve, cada vez mais, aos contratos, do mesmo modo que os estágios mais avançados que ainda serão atingidos, ou seja, o contrato é o pressuposto e o móvel do avanço social.

Dessa forma, ponderando-se a inquestionável hipossuficiência² dos indivíduos isoladamente considerados, bem como o quase consenso sobre a impossibilidade dos seres humanos se imporem uns aos outros de modo despótico ou coercitivo,³ até mesmo porquanto isso implica cerceamento de autonomia, imprescindível que os bens almejados, materiais ou imateriais, sejam obtidos através das trocas, o que, em contextos de liberdade e, por conseguinte, de economias de mercado, dá-se por meio de acordos de vontades, os quais, quando incidentes as normas de direito contratual, qualificam-se como contratos.

Em outras palavras, o crescimento e o desenvolvimento humano dependem, primordialmente, da cooperação, seja ela puramente amistosa ou de mera conveniência, o que se dá, justamente, por meio dos contratos. Assim, é o contrato que permite que as forças dos indivíduos sejam somadas e os recursos eficientemente alocados, de modo a propiciar resultados maiores que aqueles que seriam obtidos através da simples soma dos produtos individuais, em verdadeiro processo sinérgico, o que, aliás, ensejou a divisão social do trabalho e, posteriormente, o fenômeno da especialização, cada vez mais aprofundado, permitindo níveis de produtividade e excelência cada vez mais elevados.

Todavia, muito se fala e já se falou na crise dos contratos. Nesse sentido, é inegável que o fenômeno contratual e, mais precisamente, o direito contratual já passaram por diversas fases ao longo da história moderna e contemporânea, de acordo com as demandas apresentadas em cada época, exigindo-se a releitura dos seus elementos em consonância com os diferentes valores e níveis de desenvolvimento do conhecimento

¹ Do autor.

² Aqui o sentido de hipossuficiência se difere substancialmente do significado usualmente utilizado no âmbito do Direito do Consumidor, vez que se refere à circunstância de que os indivíduos revelam-se, cada vez mais, interdependentes, devido, sobretudo, à divisão do trabalho e à consequente e crescente especialização, o que agrava progressivamente tal condição, especialmente em um contexto de globalização.

³ Além da utilização da força física, também se insere a impossibilidade da coerção econômica, a qual ocorre por meio do exercício abusivo do poder de mercado, bem como a vedação da abusiva utilização do poder informacional, decorrente das realidades de assimetria informacional, como se verá nas seções pertinentes.

humano observados, sendo que, em cada uma dessas etapas, faz-se imperiosa uma compreensão diferenciada, a fim de permitir a superação dos obstáculos que se apresentam e ensejar uma nova e mais fortalecida realidade contratual, por meio da aplicação de uma força de destruição criadora,⁴ que aperfeiçoa o direito contratual e permite a sua renovação e o seu desenvolvimento, adaptando-o às novas exigências, de modo a comportar, funcionalmente, o alcance de maior eficiência econômica e bem-estar.

Assim, ainda que se reconheçam as crises enfrentadas pelo fenômeno contratual, as quais se evidenciam com maior nitidez através das crises emergidas nos próprios mercados, muitas vezes indevidamente confundidas com os contratos em si, é inegável reconhecer que as relações contratuais cada vez mais se fazem presentes e ganham relevo cotidiano e pragmático, circunstância essa que ao invés de indicar o declínio e a eventual superação do contrato como meio, por excelência, de circulação de riquezas e, dito de forma mais abrangente, não só de riquezas, mas de interesses; indica o contínuo crescimento da sua utilização e da sua importância, evidenciando a necessidade de maior e melhor compreensão ao seu respeito, evoluindo na mesma proporção, tanto quanto possível, a qual se verifica o avanço tecnológico e social.

Dessa forma, parece-nos que é preciso que a compreensão a respeito do fenômeno contratual, sobretudo do ponto de vista jurídico, o que implica falar no direito contratual e nas demais normas jurídicas que lhe integram e incidem sobre o fenômeno contratual, seja ainda modernizada e aprimorada, notadamente considerando que muitos dos avanços conceituais e dos novos instrumentos de análise, alguns deles surgidos inclusive em outras áreas do conhecimento humano, ainda não foram devidamente incorporados e sistematizados nesse campo, até mesmo porque o direito contratual e o fenômeno dos contratos constituem uma realidade em constante mutação.

Nesse sentido, imperioso compreender que o fenômeno contratual e, nele inserido o direito contratual, é um processo que tende a evoluir e se adaptar aos diferentes estágios do desenvolvimento da humanidade e das circunstâncias que os cercam, tendente⁵ à eficiência, pelo que deve existir a preocupação com o fornecimento do melhor ambiente possível para que haja o florescimento dessas espécies de acontecimentos, isto é, dos intercâmbios de interesses e, por conseguinte, dos contratos que os corporificam, que,

⁴ A concepção da ideia de destruição criadora, que nos parece ser oportunamente aplicável, *mutatis mutandis*, ao que aqui se sustenta, foi originalmente concebida por Schumpeter, em sua obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, 1942.

⁵ Ressalte-se a escolha do termo tendente, vez que se objetiva transmitir a noção de que nem sempre se irá caminhar no sentido da eficiência, podendo, até mesmo, como efetivamente se observa em alguns casos, ocorrer verdadeiras involuções.

como já dito, são a válvula motriz do progresso e, conseqüentemente, da eficiência econômica e do bem-estar.

Assim, é preciso que seja reconhecida outra realidade concernente ao direito contratual, o qual, como aqui se sustenta, possui, entre outras finalidades, a de debelar ou mitigar as falhas de mercado, justamente por ser o efetivo responsável por conformar os fenômenos contratuais e os mercados em que tais acontecimentos se realizam, a fim de que os contratos possam desempenhar todo o potencial que lhes é reservado, sendo valorizados e, sobretudo, respeitados - aliás, fortalecendo e balizando as enormes transformações e avanços verificados na doutrina tradicional, especialmente no que toca às alterações sofridas pela concepção clássica dos contratos.

Nessa linha, um entendimento mais moderno dos contratos parece exigir uma compreensão mais abrangente, realista e pragmática, alinhada aos avanços do conhecimento humano, bem como despida de subjetivismos e conceitos imprecisos. Por conseguinte, no presente estudo, buscaremos, primeira e modestamente, revisitar brevemente alguns significados e conceitos a respeito dos contratos, do direito contratual e de algumas importantes figuras que lhes são afins, inclusive trazendo-se novos elementos para o seio da doutrina tradicional e contemporânea, sobretudo oriundos da abordagem de Direito e Economia⁶, além de trazer novos enfoques sobre o fenômeno contratual, inclusive e especialmente no que tange ao reconhecimento da existência das indigitadas falhas no sistema de mercado, o que pode trazer novas luzes sobre um dos efetivos escopos desempenhados pelo direito contratual, assim como a respeito de sua conformação e interpretação, com vistas a atender os fins para os quais foi e é erigido.

Importante ressaltar, todavia, que a utilização da abordagem de Direito e Economia no presente trabalho é tão somente complementar à análise jurídica, em hipótese alguma indicando ou sugerindo que a mesma possa suplantar ou mesmo ser

⁶ Importante salientar que são consideradas expressões sinônimas *Direito e Economia* e *Análise Econômica do Direito*, tanto na literatura nacional quanto estrangeira, com os seus equivalentes *Law and Economics* e *Economic Analysis of Law*, respectivamente. Entretanto, parte da doutrina vem sustentando ser preferível a utilização da expressão *Direito e Economia* por ser mais ampla e não transmitir a ideia de redução do Direito a simples objeto de investigação da Economia, até mesmo porque, em realidade, as relações entre essas duas áreas do conhecimento, no âmbito do movimento ao qual aqui nos referimos, são recíprocas. Sobre o tema, interessante e aprofundada distinção entre as expressões *Direito e Economia* e *Análise Econômica do Direito* é feita no artigo intitulado *Law and Economics versus Economic Analysis of Law*, de autoria de Geoffrey P. Miller, in **NYU Law and Economics Research Paper**, New York, n. 11-16, 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1804920>>. Acesso em: 20 jan. 2012. Contudo, no Brasil, inclusive por se tratar de abordagem relativamente nova, a expressão *Direito e Economia* ainda não é devidamente associada ao seu respectivo movimento, sendo até mais utilizada e compreendida a expressão *Análise Econômica do Direito* e mesmo a expressão alienígena *Law and Economics*, sendo que, no presente estudo, ressaltando-se que o entendimento do presente autor é consonante com a ideia de não haver redução do Direito a simples objeto de estudo da Economia no âmbito da abordagem em questão, utilizar-se-ão essas expressões como sinônimas.

preferível, pelo contrário, objetiva unicamente auxiliar e tornar mais completa a análise tradicional.

Feitas essas considerações, muito embora aqui haja a convicção da supremacia do sistema de mercado como promotor da eficiência econômica e do bem-estar, imperioso constatar que a crença na eficiência irrestrita e sem exceções do mecanismo de mercado afigura-se um tanto quanto ingênua,⁷ mormente diante de todas as evidências presentes ao longo da história do capitalismo, sem que existam sinais de que estejam diminuindo em frequência ou intensidade,⁸ tornando até mesmo deveras ultrapassada a compreensão de que o sistema de mercado, sem qualquer regulação ou controle, possa ser sempre eficiente e proporcionar bem-estar individual e social.

Dessarte, o Utilitarismo de Jeremy Bentham⁹, que preceitua que os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações, em todos os aspectos de suas vidas, o que se revela sobremaneira exercitável através dos sistemas de mercado e, por conseguinte, dos contratos, pode não ser sempre aplicável, notadamente quando não estiverem presentes todas as condições necessárias para o funcionamento do mecanismo de mercado (que pressupõe, *exempli gratia*, a existência de uma mínima liberdade de escolha), em outros termos, quando existirem as denominadas falhas de mercado.

Muito embora pareça um tanto quanto pretensioso, talvez seja forçoso reconhecer que o festejado Teorema de Coase¹⁰, o qual nos informa, frise-se, dizendo de forma demasiadamente simplificada, que em não havendo custos de transação, a negociação privada maximiza a eficiência econômica, pode não se revelar sempre verdadeiro, ou melhor, em algumas hipóteses, pode implicar em uma visão incompleta do fenômeno contratual.

⁷ Compreensão essa, aliás, que não é de hoje, já foi devidamente compreendida e incorporada pelo Direito, em que pese em muitos casos se justificar através de argumentos de cunho social ou até mesmo quase ou propriamente assistencialistas, o que, todavia, em algumas situações, acabam também por resultar em distorções no mercado, como se, utilizando uma figura de linguagem, os efeitos colaterais dos remédios utilizados fossem tão prejudiciais quanto a doença que se visava a combater.

⁸ Pelo contrário, considerando a crescente interdependência existente, especialmente devido ao fenômeno da globalização, os mercados cada vez mais tomam maior abrangência, atingindo não só limites regionais, como continentais e mesmo, notadamente, mundiais.

⁹ Jeremy Bentham (1748/1832) jurista e filósofo inglês que ao lado de John Stuart Mill e James Mill, disseminou a teoria ética do utilitarismo. Para aprofundamento, BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril, 1979.

¹⁰ COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/724810?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101684580393>>. Acesso em: 21 dez. 2012. Oportuno, FOX, Glenn. The real Coase Theorems. **Cato Journal**, v. 27, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2007/11/cj27n3-5.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

Dito de outra forma, os mercados, exclusivamente, não são capazes de proporcionar, sempre e em todos os casos, eficiência econômica e bem-estar social e mesmo individual, o que pode explicar muito das crises sistêmicas, quase sistêmicas e mesmo setoriais que se verificam ocorrer, como, *verbi gratia*, a denominada Grande Depressão e recentemente a chamada Crise do *Subprime*, para citarmos algumas das mais notórias e emblemáticas, sem apontar as crises setoriais, as quais, por sua vez, muito embora menos célebres e discutidas, são muito mais frequentes e talvez sejam as mais perniciosas, especialmente se consideradas no longo prazo.

Nesse diapasão, impende se reconhecer e entender as causas das ineficiências do livre mercado, que são as suas já mencionadas falhas, considerando-se como principais, no presente trabalho, de modo semelhante ao que a maior parte da doutrina o faz, a informação assimétrica, o poder de mercado, os custos de transação e as externalidades.

Assim sendo, reconhecendo-se o sistema de mercado como o meio mais eficiente para a promoção da circulação de riquezas e, não só, das trocas de interesses de modo geral, o que, como já mencionado e se verá mais detidamente adiante, toma juridicamente a forma de contratos e, portanto, sendo regulado pelo direito contratual, revelando-se, via de regra, apto a proporcionar eficiência econômica e bem-estar, parece-nos inarredável, todavia, admitir que existam circunstâncias que impedem ou prejudicam o seu funcionamento, comprometendo justamente o atendimento dos fins aos quais se propõe, por excelência, a atingir.

Desse modo, importante identificar quais são esses problemas que podem comprometer o funcionamento dos mercados, assim como investigar de que forma podem ser superados ou amenizados, inclusive de modo a demonstrar que não são os contratos em si que podem ou não estar em crise, mas sim os mercados, ou melhor, o mecanismo de mercado, sendo que, os contratos, por seu turno, e, mais precisamente, o direito contratual, devem ser conformados de modo a debelar esses problemas, garantindo o melhor funcionamento possível do sistema de mercado, o qual, como também já se salientou, consideramos como o meio mais eficaz para a promoção de eficiência econômica e bem-estar.

Antes de se pretender realizar aqui afirmações taxativas, pretende-se com o presente estudo estimular e contribuir para a discussão acerca do tema ora em tela, introduzindo alguns elementos que podem até mesmo parecer um pouco novos para a doutrina jurídica tradicional, mas que já se constituem objeto de estudo consolidado e deveras desenvolvido na seara das Ciências Econômicas e, conseqüentemente, vem se

avultando na abordagem de Direito e Economia. Aliás, considerando que o Direito possui interface fluída com diversas outras áreas do conhecimento humano, é até de se estranhar que os avanços obtidos na Economia ainda não tenham vicejado plenamente no campo jurídico, em que pese tal situação venha se alterando, tendo em conta brilhantes e corajosos trabalhos que realizam essa aproximação.¹¹

Portanto, o problema de pesquisa aqui se consubstancia, dizendo-se quiçá em demasiada síntese, em investigar se o direito contratual e as normas jurídicas que lhe integram podem e se efetivamente desempenham (e de modo eficaz) o papel de reduzir as denominadas falhas de mercado, estimulando as trocas e a cooperação, ensejando o alcance de eficiência econômica e bem-estar, assim como por quais canais e formas isso pode ocorrer.

A despeito de ainda não ter sido objeto de numerosas investigações, quiçá havendo, sobretudo em alguns pontos, um tanto quanto de ousadia, o que, aliás, revela-se através da inexistência de vasta literatura específica sobre o tema, o qual tampouco se encontra devidamente sistematizado, entendemos que a presente temática é de extrema relevância, tanto do ponto de vista teórico quanto pragmático, emergindo o seu caráter aplicativo. Assim, pretende-se identificar e avaliar soluções com potencial propositivo e normativo efetivo.

Outrossim, muito embora o presente estudo não restrinja o referencial teórico à Análise Econômica do Direito, pelo contrário, como já dito, objetiva agregar à análise jurídica tradicional novas espécies analíticas, considerando que a abordagem de Direito e Economia sugere a apreciação das soluções jurídicas também com base em cálculos de custo-benefício, recomendando as soluções que mais diretamente e com menor dispêndio façam convergir, no cômputo individual e agregado, os interesses de todos os envolvidos (isto é, dentro e fora das relação contratuais), de forma a otimizar o bem-estar individual e social, tenciona-se contribuir para a construção de uma teoria contratual mais responsiva, ensejando maior eficiência, o que, contudo, parece-nos que somente seja possível através da compreensão dos aspectos econômicos aí envolvidos, sob pena de se comprometer a

¹¹ Por todos, ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. Esta obra, em nosso sentir, constitui-se em um grande marco não só para a abordagem de *Law and Economics* como para toda a teoria contratual, uma vez que se constitui na primeira proposição de uma verdadeira teoria econômica dos contratos, completa e coerentemente sistematizada.

profundidade da análise e o poder explicativo do fenômeno em questão, o que exige uma interface escorreita entre o Direito e a Economia.¹²

Nesse sentido, o estudo envolverá revisão da literatura, bem como, quando possível, análise jurisprudencial. A pesquisa bibliográfica consistirá no levantamento e inventário das teses sobre o tema, procedendo-se à avaliação e análises comparativas das diferentes abordagens, inclusive buscando encontrar os pontos de tangências entre elas, sempre com o objeto de responder aos problemas formulados.

Assim, no primeiro capítulo, abordaremos, inicialmente, o conceito de contrato e da realidade fática que lhe é subjacente, de modo a diferenciá-los, além de situar e ressaltar a função do direito contratual e das normas jurídicas que lhe são afins e igualmente aplicáveis ao fenômeno contratual.

Dando continuidade a essa tarefa, ainda no primeiro capítulo, veremos o direito contratual como redutor das falhas de mercado, analisando de que forma estas falhas incidem sobre o fenômeno contratual, assim como de que maneira as normas de direito contratual atuam sobre as falhas de mercado, buscando proporcionar maior eficiência econômica e bem-estar.

No segundo capítulo, que versará sobre as falhas de mercado em espécie, atentaremos, na primeira seção, para o problema da informação assimétrica aplicada ao contexto dos contratos, bem como de que forma as normas de direito contratual atuam e podem atuar para debelar e mesmo reduzir os seus efeitos nocivos.

Na segunda seção, veremos o conceito de poder de mercado aplicado aos contratos, bem como por quais canais o direito contratual pode combater tal problema.

Na terceira seção, analisaremos os custos de transação, investigando no que consistem, assim como de que modo o direito contratual pode atuar para mitigar os seus efeitos.

Na quarta seção, abordaremos o conceito de externalidades, além de avaliar se e por quais meios o direito contratual pode atuar sobre esta realidade.

Contudo, cumpre informar, conforme visto acima, na apresentação panorâmica do presente estudo, que em consideração, sobretudo, ao número de falhas de mercado que

¹² Oportuno consignar que a existência e o estudo da Economia e do Direito se justificam, sobretudo e respectivamente, em razão da escassez (limitação) de recursos e dos consequentes conflitos de interesses que daí emanam. Dessa forma, possível inferir que a razão de existência de um é o móvel de existência do outro, ou seja, o que nos leva a estudar a Economia — a escassez — é justamente um dos antecedentes lógicos (razão de existência) do Direito, que são os conflitos de interesses resultantes da disputa pelos bens que naturalmente são escassos. Portanto, como observamos, ambos comungam do mesmo nascedouro, devendo ser tratados e compreendidos diante dessa realidade, pois parece-nos que somente assim se conseguirá, efetivamente, solucionar ou mitigar os problemas provenientes dessa inafastável realidade.

aqui se faz necessário abordar, as quais merecem, cada uma delas, uma seção própria, ainda assim em apertada síntese, importa consignar que o presente trabalho não seguirá precisamente a recomendável metodologia francesa, porquanto não comportaria tal divisão, sobremaneira no que tange à proporção entre os dois capítulos, notadamente por imposição da materialidade que aqui é tratada.

Passamos, agora, então, a abordar a diferença entre o significado de contrato e da realidade fática que lhe é subjacente, ressaltando o papel desempenhado pelo direito contratual nesse fenômeno.

1 O FENÔMENO CONTRATUAL E AS FALHAS DE MERCADO

1.1 O CONTRATO E A CIRCULAÇÃO EFICIENTE DE INTERESSES

Em contextos de liberdade, os indivíduos podem almejar os seus interesses de acordo com os seus próprios anseios e ambicioná-los de forma independente, sendo que, entretanto, importante consignar, com o desenvolvimento social e tecnológico, a grande parte dos objetivos passíveis de serem cobiçados, para não dizer a quase totalidade, revelam-se impossíveis de serem alcançados de forma estrita ou exclusivamente individual, fazendo-se imprescindível que os indivíduos contem com os esforços de outros para atingirem aquilo que perseguem, até mesmo para as necessidades mais básicas de subsistência.

Aliás, oportuno mencionar que tal circunstância cada vez mais se agrava, mormente considerando que estamos em um mundo globalizado¹³, no qual a interdependência vem se aprofundando progressivamente, tanto entre indivíduos, quanto entre organizações e Estados, o que se verifica ocorrer a partir da divisão do trabalho e se aprofunda na medida em que a especialização se acentua, permitindo, assim, maior produtividade e excelência na produção de bens e serviços.

Ocorre que não sendo possível que os indivíduos se imponham uns aos outros através da utilização da força, incluído aí também o reconhecimento, cada vez mais presente, mesmo da impossibilidade da coerção econômica e mesmo informacional, torna-se imperioso que os indivíduos (e também agentes econômicos) realizem as já mencionadas trocas voluntárias para conseguir aquilo que almejam dos demais, agindo de forma coordenada e cooperativa, o que exige prévio acordo de vontades, pelos quais, vale reiterar, as partes envolvidas esperam obter vantagens em aderir a esses acordos. Nas palavras de Emilio Betti, “La iniciativa privada es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de interes privados”.¹⁴

Basicamente e de forma deveras simplificada, esta é a lógica das economias de mercado, nas quais os indivíduos obtêm o que querem ou precisam mediante a realização

¹³ Il fenomeno che siamo oramai abituati a definire <<globalizzazione>> (e che sostanzialmente coincide con un gigantesco trasferimento di funzioni dagli Stati al mercati) ha col contratto un rapporto ambiguo: per un verso ne esalta la forza normativa; per altro vero la deprime.” (ROPPO, Vincenzo. **Il contrato del duemila**. 2. ed. Turim: Giappichelli, 2005. p. 5).

¹⁴ BETTI, Emilio. **Teoría General del negocio jurídico**. Tradução para o espanhol de A. Martin Perez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 40.

de trocas voluntárias, as quais se ajustam por meio de acordos de vontades, que servem para previamente coordenar as ações dos agentes envolvidos.

Nesse contexto, o contrato é, por excelência e essencialmente, a forma escolhida pelos ordenamentos jurídicos para que se realize a circulação da titularidade de interesses¹⁵ no contexto de sistemas de mercado ou, mais precisamente, na vigência do mecanismo de mercado, o qual, por sua vez, constitui-se em um meio de promoção de trocas voluntárias, as quais se realizam em função da expectativa de trazerem vantagens às partes contratantes.¹⁶

Por meio dos contratos, as partes buscam obter o que almejam,¹⁷ vinculando-se voluntariamente aos mesmos, ou seja, realizam contratos a fim de galgarem níveis mais elevados de satisfação, até mesmo porquanto tal ato (de contratar) consiste em manifestação e exercício de liberdade e autonomia.

Precisamente, Fernando Araújo clarifica, *in verbis*:

O contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (<<ou governação>>) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses. Nessa concepção descentralizadora e liberalizadora é que tem pleno cabimento a afirmação da liberdade contratual e do caráter vinculativo das obrigações contratuais, seja no sentido de liberdade de contratar e de não contratar, seja no sentido de <<preferência pelo contrato>>, o princípio segundo o qual é o contrato a fonte principal de obrigações, e em muitas circunstâncias a única fonte admitida para uma vinculação válida (um afloramento, seja do <<favor negotii>>, seja do respeito pela autonomia, que afastará em princípio todas as vinculações não consentidas, salvo os casos excepcionais das fontes não-contratuais.¹⁸

¹⁵ Prefere-se aqui a utilização da expressão interesses, porquanto permite abarcar tanto à circulação de riquezas em sentido estrito, como prestações sem valor patrimonial ou econômico imediato, desde que admitidas pelo Direito, podendo, assim, consubstanciar objeto da aspiração de agentes contratantes, inclusive passíveis de reparação quando indevidamente frustrados. Tal compreensão parece, em certa medida, aproximar-se ao entendimento esposado por Fernando Noronha, como se vê: “No âmbito das obrigações negociais, temos exemplos característicos de obrigações sem conteúdo patrimonial e juridicamente válidas [...]. A verdadeira questão está sempre em discriminar interesses dignos de tutela jurídica e interesses não dignos. Se um interesse for socialmente sentido como digno de tutela, não é o fato de as obrigações normalmente dizerem respeito a necessidades econômicas que impedirá a aplicação das respectivas normas para atender a necessidades afetivas e outras, mesmo quando não exista uma contraprestação, nem se tenha fixado uma cláusula penal. Inversamente, se o interesse não for digno de tutela, não será a existência de contraprestação ou de cláusula penal que dará juridicidade à obrigação assumida”. (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64-65). Muito embora tal premissa não seja indispensável ou sequer prejudicial ao desenvolvimento do que se sustenta na presente dissertação, o registro se justifica uma vez que, ainda que a prestação contratual não seja dotada de patrimonialidade imediata, desde que constitua objeto do interesse de contratantes, parece-nos se sujeitar à mesma lógica econômica, portanto, passível de submeter-se ao mecanismo de mercado.

¹⁶ Ainda que as expectativas de mútuo aumento de satisfação que se formam com a realização dos contratos não venham a se concretizar. Outrossim, a expectativa de obtenção de vantagens mútuas não implica a exata proporção entre prestação e contraprestação.

¹⁷ Sendo que, na franca maioria das vezes, as partes renunciam algo para obterem aquilo que desejam, o que bem corporifica a ideia da prestação e contraprestação presente nos contratos bilaterais.

¹⁸ ARAÚJO, 2007, p. 18.

Nessa perspectiva, compreende-se que as trocas (ainda que não comutativas ou mesmo unilaterais), ordenadas e facilitadas por meio dos contratos, são passíveis, pelo menos em princípio, de trazer eficiência econômica e bem-estar, na medida em que promovem acréscimos de satisfação¹⁹ para os indivíduos²⁰ envolvidos.

Farnsworth, referindo-se às trocas, assim preceitua, *in litteris*: “Troca é a pedra de toque de qualquer sistema econômico que repousa sobre a livre iniciativa como o nosso faz. Esse sistema aloca os recursos largamente pelas trocas bilaterais arranjadas de acordo com as barganhas entre indivíduos”.²¹

Assim sendo, compreende-se que é justamente por meio do mecanismo de mercado, através dos contratos, estes entendidos como a forma ou a veste jurídica que compreende²² os acordos de vontades que pactuam e antecipam as trocas,²³ que se espera alcançar níveis mais elevados de bem-estar individual e social, uma vez que os interesses negociados tendem a se alocar, por meio destes acertos voluntários, em suas utilizações mais satisfatórias ou quiçá em seus empregos mais vantajosos (ou produtivos), de modo não centralizado ou planejado, permitindo o autogoverno e o alcance de eficiência econômica.²⁴

¹⁹ De acordo com a terminologia de Análise Econômica do Direito, que por sua vez o extraiu da Ciência Econômica, o termo mais preciso para se utilizar na hipótese seria Utilidade.

²⁰ Acuradamente Vincenzo Roppo pontua: “Il contratto è, prima di tutto, terreno di confronto e scontro di egoismi privati. Ciascuna parte vi si accosta per assecondare i suoi propri impulsi, per soddisfare i suoi propri bisogni, per conseguire i suoi propri fini: in una parola, per realizzare i suoi propri interessi. [...] Ma il contratto è anche, infine, terreno d'incontro degli egoismi privati. Le parti trovano un punto di equilibrio, accettabile da entrambe, delle iniziali posizioni antagoniste; ciascuna accetta di tenere conto degli interessi dell'altra, che pur le sarebbero indifferenti, se non altro perché solo così l'altra parte accetterà di tenere conto dei suoi.” (ROPPO, 2001, p. 375-376).

²¹ FARNSWORTH, Allan. **Contracts**. 4. ed. New York: Aspen, 2004. p. 5.

²² Como veremos adiante, o contrato vai muito além do mero acordo de vontades ou das disposições contratuais estabelecidas pelas partes.

²³ Compreendendo-se como contrato inclusive àquelas trocas ou transações que se dão de modo imediato e simultâneo, o que algumas vezes difere da concepção encontrada na Economia, a qual, por vezes, limita o termo contrato às hipóteses em que o cumprimento da avença se prolonga no tempo ou se dá de forma diferida. Nesse ponto, aliás, importante esclarecer que o conceito de contrato que aqui se adota não implica em uma distinção estanque entre a noção jurídica e a noção econômica de contrato, mas sim propõe identificar categorias diferentes, quais sejam: a realidade subjacente aos contratos, o direito contratual e os contratos. Nesse sentido, qualquer interesse, com valor econômico imediato ou não, pode se constituir objeto de um contrato, desde que as partes contratantes queiram transacionar e o Direito admita como possível, o que efetivamente se observa ocorrer. Ademais, importante considerar que ainda que interesses sem valor econômico imediato constituam objeto de transações desejáveis e, portanto, objeto de contratos, igualmente se submetem a mesma lógica do mecanismo de mercado, ensejando o aumento de satisfação aos contratantes, em razão da existência de taxas marginais de substituição diferenciadas, que permitem que os intercâmbios proporcionem o alcance de curvas de indiferença mais elevadas. Para esclarecimento sobre preferências, curvas de indiferença, taxa marginal de substituição e trocas, ver os capítulos 3 e 31 de VARIAN, Hal. **Microeconomia: princípios básicos**. Tradução da 7ª edição norte americana por Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

²⁴ Importante reiterar e esclarecer que o movimento de *Law and Economics* não sustenta que a eficiência econômica seja o principal ou único valor digno de promoção. Aliás, tal confusão parece ter surgido a partir

Mais uma vez, Fernando Araújo²⁵ precisa a questão com clareza ímpar, como se observa da seguinte transcrição, *ipsis litteris*:

O contrato se apresenta como a melhor e mais fácil solução de promoção de trocas eficientes, de circulação de recursos em direção aos seus empregos mais vantajosos, tal como eles são assinalados pelas <<disposições de pagar>> dos potenciais adquirentes – ou seja, em que condições a solução ótima acarreta a formulação explícita de um programa de <<cooperação antagonística>> entre duas partes que, [...], por outro lado querem contrapor os seus interesses sem dominação ou exploração de parte a parte, ou seja predispondo livremente um rumo de soluções que não apenas preservem algum nivelamento de poder negocial e de informação, mas também que assegurem, com um mínimo de formalização, uma disciplina comum susceptível de encaminhar, sem subordinações hierárquicas nem alienações irreversíveis, a relação para uma consumação bilateral favorável, uma consumação correspondente à intenção contratual inicial de qualquer das partes, que se presumirá fosse a de promover trocas incrementadoras de bem-estar total, como verdadeiros <<jogos de soma positiva>>.

Nesse contexto, oportuno registrar que o contrato é o instrumento jurídico que abrange e reveste os acordos de vontades que antecipam²⁶ as trocas, servindo para ordenar todo o processo obrigacional e facilitar que os interesses negociados sejam canalizados dos indivíduos que os detêm para aqueles que estejam dispostos a oferecer algo que seja ainda mais valorado pelo detentor inicial, sendo a recíproca verdadeira, de modo que todos os agentes envolvidos esperam²⁷ obter vantagens²⁸ em tais adesões, circunstância essa passível, como já se explanou, de trazer eficiência²⁹ econômica e bem-estar ao contexto individual e social.

das afirmações de Richard Posner (POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen, 2003) de que os sistemas jurídicos deveriam maximizar a eficiência econômica, sendo que tal equívoco também há muito já se encontra superado, não se constituindo entendimento pacífico e tampouco majoritário. Sobre o tema, SALAMA, Bruno. **Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner**. São Paulo: FGV, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30>. Acesso em: 15 jan. 2013.

²⁵ ARAÚJO, 2007, p. 20.

²⁶ Como já ressaltado, ainda que o enlace de vontades e a troca ocorram de modo simultâneo ou, melhor dizendo, imediato.

²⁷ Há expectativa de obtenção de vantagem, muito embora esta possa não se concretizar, sobremaneira nos contratos aleatórios, nos quais o risco é inerente ao seu objeto e, muitas vezes, inclusive, constitui-se em sua razão de existência, como, *verbi gratia*, os contratos de seguros e os contratos de *commodities* nas bolsas de mercadorias e futuros.

²⁸ Vantagens em sentido amplo, vez que não se sustenta que sejam estas de cunho exclusivamente patrimonial ou econômicas em sentido estrito, mas sim no sentido de resultarem em maior satisfação (utilidade) para os agentes que transacionam, o que justamente os motiva a deixarem a posição inicial e buscarem a situação almejada com o contrato.

²⁹ Oportuno registrar, embora não seja objetivo do presente trabalho, pelo que aqui apenas sucintamente se consigna, que a Economia e a abordagem de *Law and Economics*, aqui aplicável, introduzem o conceito de eficiência econômica, não renegando, obviamente, os demais princípios e postulados ressaltados pelos ordenamentos jurídicos, sendo que muito antes de seus adeptos acreditarem que a eficiência econômica deva ser buscada antes de qualquer outro valor ou princípio, sustentam, em verdade, que deverá ela ser utilizada como um dos possíveis parâmetros, justamente por se constituir em um critério, *ab initio*, mais objetivo e

Porém, em que pese por enquanto possa parecer mera retórica, há que se ter em mente, de forma clara, que não são propriamente os contratos em si que permitem o alcance de maior eficiência econômica e bem-estar, mas sim as trocas ou as transações voluntárias efetivamente realizadas e mesmo, em muitos casos, o simples enlace de vontades (a realidade ou a materialidade subjacente ao contrato), ensejadas pelo mecanismo de mercado, no qual o contrato, a bem da verdade e como já referido, é a expressão jurídica, constituindo-se na forma eleita pelos ordenamentos jurídicos, adeptos das economias de mercado, para que as trocas voluntárias e possíveis se procedam, pelo que estão sujeitas, portanto, aos desígnios e arbítrios do direito contratual, podendo os contratos assim, bem ou mal, com maior ou menor propriedade, desempenhar o papel de bem realizar a circulação da titularidade de interesses no contexto das indigitadas economias de mercado.

Nesse exato sentido, desde já há que se salientar que as trocas ou os acordos de vontades (estes enquanto promessas daquelas) não se confundem precisamente com os

quantificável, permitindo, muitas vezes, maior verificabilidade do que a utilização de conceitos deveras subjetivos e destituídos de significados pré-concebidos.

Nesse tocante, pertinente sucintamente dizer que a eficiência econômica é avaliada, primordialmente, em dois aspectos, seja em termos de eficiência Paretiana (Pareto), assim como em termos de eficiência Global ou Kaldor-Hicks. Nesse sentido, no que diz respeito à eficiência paretiana, devemos esclarecer que essa idéia emana do conceito concebido pelo economista italiano Vilfredo Pareto (1848-1923), corporificada na figura conhecida entre os economistas como Ótimo de Pareto, definida como a situação na qual os recursos de uma economia estão dispostos de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer agente econômico sem que haja, pelo menos, a piora de um dos demais. Uma mudança de um estado de alocação de recursos S^1 para uma situação S^2 é Pareto superior quando, comparando-se S^1 e S^2 , as partes estão em S^2 ao menos em igualdade de condições quando comparadas com as condições em que estavam em S^1 e, ao menos uma das partes, encontra-se em S^2 em melhores condições do que estava em S^1 .

Na prática, contudo, pelo menos na maioria dos casos, mudanças implicam no surgimento de beneficiados e prejudicados (fato muitas vezes esquecido, intencionalmente ou não, no processo legislativo). Nessa esteira, importante salientar a existência do conceito de eficiência Global ou, como também denominada, eficiência em termos de Kaldor-Hicks, que consiste na junção das contribuições oriundas dos trabalhos do economista nascido na Hungria e de origem judaica, nacionalizado inglês, Nicholas Kaldor (1908-1986) e do economista inglês John Richards Hicks (1904-1989), na qual se avalia a riqueza total gerada com a mudança, considerando-a preferível quando implicar no aumento da variável riqueza geral. Nesses casos, a alteração é tida como eficiente quando a soma dos ganhos de todos os beneficiados é maior que as perdas dos desfavorecidos, o que enseja, aliás, a possibilidade de que os beneficiados possam compensar os prejudicados e, ainda assim, reterem benefícios. Importante advertir que a mera existência de prejudicados, então, não exclui que as trocas (voluntárias ou não) sejam mais eficientes em termos de Utilidade Global (ou eficiência Kaldor-Hicks). De fato, pode ocorrer que os favorecidos sejam induzidos, através das normas legais, por exemplo, a compensarem os perdedores, de modo que estes permaneçam na mesma posição em que estavam antes da implementação das alterações, viabilizando, dessa forma, inclusive, que modificações que inicialmente não sejam Pareto superiores, revelem-se eficientes em termos de geração de riqueza geral e, portanto, economicamente eficientes.

Por fim, quanto ao tópico, importante reiterar e esclarecer que o movimento de *Law and Economics* não sustenta que a eficiência econômica seja o principal ou único valor digno de promoção. Ao contrário, as análises de cunho econômico, sobremaneira dos tipos preditivo e avaliativo, não são aptas somente para investigar as propriedades relativas à eficiência econômica, mas também em relação a diversos outros aspectos, como, por exemplo, no que toca também a questões distributivas.

contratos que os contemplam, embora com demasiada frequência sejam tratados indevidamente como se sinônimos fossem.³⁰

Dessa forma, importante diferenciar o contrato da realidade fática a qual o mesmo se refere, vez que tais aspectos não podem ser confundidos, o que possui não só importantes implicações no âmbito teórico, mas também de ordem pragmática, como se verá na próxima seção.

1.2 DISTINÇÃO ENTRE O CONTRATO E A REALIDADE QUE LHE É SUBJACENTE

Como dito, imperioso consignar que o contrato não pode ser confundido com a realidade fática que lhe subjaz,³¹ isto é, com o fenômeno eminentemente fático no qual consiste a pactuação das vontades ou a efetiva troca de interesses. Nesse diapasão, frise-se que as partes envolvidas em um processo de transação de interesses ajustam seus comportamentos recíprocos e cooperativos através de um pacto de vontades, que, como igualmente salientado, serve para previamente coordenar as ações dos agentes envolvidos, ainda que tais etapas do processo obrigacional se deem de modo simultâneo ou imediato.

Contudo, tais acordos de vontades ou transações somente se tornam contratos a partir do momento em que se qualificam juridicamente; isto é, sendo dignos do interesse e da chancela estatal, revestem-se de moldura jurídica,³² passando, portanto, a estar sob o pálio do Direito. Todavia, há que se reconhecer que ainda que haja o prévio ajustamento

³⁰ Sobre essa circunstância, Enzo Roppo ressalta que: “Como demonstração, basta reflectir sobre um certo uso da linguagem comum. No âmbito desta, a palavra <<contrato>> é, as mais das vezes, empregue para designar a operação económica *tout court*, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o <<negócio>> em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda a formalização legal, de toda a mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica [...] O contexto em que proposições similares são formuladas é, evidentemente, de molde a atribuir à palavra <<contrato>> um significado que prescinde de qualquer qualificação jurídica pontual, colocando-se, ao invés, no plano da fenomenologia económica-social – como sinónimo, justamente, de operação económica. Em contextos linguísticos diferentes, ao contrário, fala-se de contrato na acepção técnica jurídica do vocábulo, e isto para aludir às implicações e às consequências legais que o sistema das normas de códigos ou de leis especiais e das regras efectivamente aplicadas pelos juízes, liga à efectivação de uma certa operação económica, ou então, para indicar as elaborações doutrinárias construídas pela ciência jurídica sobre aquelas normas e aquelas regras.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 8).

³¹ “Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade económico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de <<contrato>> (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito pura e exclusivamente jurídico). As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação económica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente – para a ideia de operação económica.” (Ibid., p. 8).

³² Para Enzo Roppo, o contrato seria a veste legal. (Ibid., p. 19).

de vontades ou mesmo a efetiva transação, em não havendo a incidência do aparato legal e jurídico, mais especificamente das normas de direito contratual, não haverá contrato.

Frise-se que obviamente se admite que haja mesmo parcela de sobreposição conceitual, no sentido de que os acordos de vontades ou mesmo as trocas sejam parte dos contratos, porém o contrato, em si, não se limita ao mero pacto ou ao efetivo intercâmbio, é, em verdade, um fenômeno muito maior, mais abrangente, que vai muito além da simples livre predisposição e pactuação de vontades com a finalidade de coordenar as condutas futuras e cooperativas dos indivíduos.³³

Por conseguinte, reitera-se que o mero acordo de vontade ou mesmo a efetiva troca de interesses não necessariamente constituem um contrato. Em realidade, para que haja contrato, além da livre pactuação e voluntária vinculação dos agentes transacionantes, deve haver o atendimento dos demais requisitos juridicamente instituídos, de acordo com as escolhas feitas pelo Estado, que se legitimam através do ordenamento jurídico e, mais especificamente, pelo direito contratual e pelas demais normas jurídicas que incidem sobre o fenômeno contratual. Dessa forma, permite-se inferir que pode mesmo haver acordo de vontade sem que haja contrato, mas não há como existir contrato sem acordo de vontades; ao menos não como regra.

Nesse sentido, frise-se, o contrato é o acordo de vontades e tudo mais que o acordo de vontades não é, ou seja, além de compreender a pactuação dos interesses, vai mais além, aliás, muito mais além, dispondo sobre a integralidade do processo obrigacional³⁴, ainda que as partes sequer tenham aventado dispor sobre outros elementos que não aqueles mínimos que lhe são exigidos para perfectibilizar a existência de um contrato.

Nesse sentido, Enzo Roppo sustenta:

Nestas hipóteses – é claro – com o termo <<contrato>> não se referem tanto as operações econômicas concretamente realizadas na prática, mas mais aquilo que

³³ Nesse exato sentido, Enzo Roppo afirma que “Mas se, em tais casos, é o próprio sistema jurídico positivo a excluir que determinado tipo de transferência de riqueza – aquela operação econômica, digamos – possa realizar-se mediante contrato, outras hipóteses existem, em que operações econômicas que juridicamente poderiam constituir matéria de contrato, tendem a ser efetuadas de forma não contratual; isto é, tendem, por vários motivos, a recusar a veste legal oferecida pelo conceito de contrato, e assim, mais concretamente, a subtrair-se, em vária medida, à disciplina que lhe corresponde. Donde resulta a possibilidade de um desfasamento entre contrato e operação econômica, ou, mais precisamente, a constatação de que a correspondência entre os dois termos não é biunívoca: no sentido de que não pode dar-se – como se viu – contrato sem operação econômica, mas podendo em alguns casos existir – e não só no plano de uma indagação histórica – operação econômica sem contrato, transferência de riqueza não mediada pelo instrumento contratual. O conceito de contrato está, em suma, indissolúvelmente ligado ao de operação econômica (ainda que em certo sentido, como já se assinalou e como melhor se especificará, conserve, em relação a esta, uma relevância autônoma), enquanto o inverso não é necessariamente verdadeiro.” In: ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 18-9.

³⁴ COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

podemos chamar a sua formalização jurídica – de vez em quando operada, através das normas legais, das sentenças dos tribunais, das doutrinas dos juristas. Esta formalização jurídica dá vida a um fenômeno que está indiscutivelmente dotado, no plano lógico, de uma autonomia própria, porque as normas, as sentenças, as doutrinas que acabamos de referir, constituem mesmo uma realidade governada pelas suas próprias regras, dotada dos seus próprios estatutos lógicos, cognoscível, portanto, segundo um seu universo próprio de conceitos e de categorias, possuindo uma própria linguagem técnica: a não ser assim, não faria sentido pensar a própria existência de uma ciência do direito.³⁵

Ademais, todavia seja evidente, pertinente ponderar que para que haja contrato também não se cogita que o acordo de vontades deva se realizar, ou seja, efetivamente seja cumprido. Diferentemente, basta para tanto o enlace de vontades juridicamente qualificado, isto é, que haja a incidência do amparo legal e, portanto, a proteção estatal desse pacto, ainda que resulte em consectários diferentes daqueles previamente estipulados pelas partes em si.

Dessarte, as meras pactuações (ou acordos de vontades) e os contratos se diferenciam porquanto a primeira hipótese somente se constitui (qualifica-se) na segunda quando sobre a mesma há a incidência do direito contratual e, portanto, existe a proteção jurídica, embora se reconheça que sobre os simples acordos de vontades possam haver outras formas sociais e culturais de proteção que não o Direito.

Dito de outra forma, o contrato é o acordo de vontades e tudo o mais que o acordo de vontades não é, ou seja, por meio das normas de direito contratual e de todas as demais que sobre si incidem, o acordo de vontades, entendido como o núcleo básico e efetivo que circunscreve as intenções dos contraentes, galvaniza-se, toma proporções distintas, vez que é qualificado, moldado e funcionalizado, como já se mencionou, a partir do direito contratual e das demais normas jurídicas que lhe atingem e o integram.³⁶

Assim sendo, feita essa distinção inicial, esclarecendo-se que o fenômeno contratual precisamente ocorre quando sobre a materialidade que lhe é subjacente incide o

³⁵ Segue o autor: “Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último, - é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir. (Neste sentido, como já se referiu, o contrato-conceito jurídico resulta instrumental do contrato-operação econômica).” (ROPPO, 2009, p. 9-10). Contudo, há que se esclarecer que no presente trabalho, diferentemente de Roppo, não se sustenta que a realidade subjacente ao contrato possa ser resumida a operação econômica (não no sentido ali adotado), pois, como já salientado, qualquer interesse, com valor econômico imediato ou não, desde que admitido pelo Direito, pode se constituir objeto de contratos.

³⁶ Importantíssimo aqui esclarecer que quando nos referimos ao direito contratual, deve-se entender abranger também todas as demais normas jurídicas que lhes são afins e que atuam sobre o fenômeno contratual, independentemente de sua hierarquia e ainda que pertencentes a outros subsistemas.

Direito e, mais especificamente, o direito contratual, resta ainda, com vistas a facilitar a compreensão das suposições que faremos mais adiante, melhor ponderar, ainda que de modo bastante sucinto - até mesmo porque tais ponderações serão objeto de tópico próprio - alguns aspectos sobre o direito contratual.

Nesse ponto, importa reconhecer que o direito contratual ou o direito dos contratos³⁷ consiste no conjunto de regras e princípios que são escolhidos para conformar a materialidade subjacente aos contratos, isto é, melhor dizendo, são justamente as normas jurídicas que definem, delimitam e ordenam os fenômenos eminentemente fáticos – a materialidade - que constituem os contratos, justamente qualificando-os como tais; em outras palavras, é o divisor de águas, a pedra filosofal que torna, efetivamente, determinada realidade fática em contrato.

Não obstante, é forçoso reconhecer que o direito contratual é um conjunto de normas (regras e princípios) historicamente mutável, estabelecido de acordo com os valores e costumes verificados em cada época e lugar, que estruturam juridicamente as materialidades que são subjacentes aos contratos, mas, antes disso, buscam alcançar e funcionalizar os objetivos vigentes em cada contexto cultural e histórico.

Outrossim, vale ainda salientar que o direito contratual não se resume a estruturar e conformar juridicamente a materialidade que é subjacente aos contratos, vez que, da mesma forma que os contratos constituem-se em um fenômeno maior do que a realidade fática que lhes é subjacente, o direito contratual dispõe e regulamenta aspectos que vão muito além da mera pactuação realizada entre as partes contratantes.

Dessa forma, torna-se possível constatar que o contrato não se confunde com a materialidade que lhe subjaz, bem como a circunstância de que é o direito contratual o responsável por conformar o fenômeno jurídico que é o contrato e, assim, funcionalizar a realidade fática que lhe é imanente. Portanto, uma vez que interessa ao desenvolvimento do presente estudo, vale ressaltar que, assim sendo, temos aqui três categorias envolvidas, porém distintas, quais sejam, as realidades fáticas que são subjacentes aos contratos, o direito contratual e os contratos propriamente.

Assim sendo, inelutável é reconhecer que diversas são as fricções que se observam nas relações contratuais que se estabelecem, assim como são os problemas que comprometem os mercados de modo geral e, mais precisamente, o mecanismo de mercado

³⁷ ROPPO, 2009, p. 11 et seq.

que funcionaliza os mercados,³⁸ o que atinge não só os contratos que efetivamente se constituem, mas também todas aquelas potenciais transações que deixam de ser realizadas por força de tais anomalias, pelo que, dessa forma, tais falhas revelam-se dignas de atenção, a fim de que sejam investigadas as suas causas e avaliada a possibilidade de suas correções, que é o que também pretendemos no presente estudo.

1.3 OS MERCADOS E AS SUAS CRISES

Como visto, supõe-se que é justamente a possibilidade da realização de intercâmbios voluntários que enseja o alcance de eficiência econômica e bem-estar, já que viabiliza que os indivíduos promovam voluntariamente as trocas que lhe sejam vantajosas, sendo que, inclusive, em sendo todas as trocas possíveis e vantajosas efetivamente realizadas, esgotar-se-iam os excedentes econômicos potenciais.³⁹

³⁸ Nesse ponto, importante esclarecer dois conceitos que frequentemente se fazem presente no estudo que aqui é desenvolvido, quais sejam: mercado e mecanismo de mercado. Assim, ainda que de forma deveras sucinta, importa dizer que mercado “[...] pode ser entendido como o local, teórico ou não, do encontro regular entre compradores e vendedores de uma determinada economia. Concretamente, ele é formado pelo conjunto de instituições em que são realizadas as transações comerciais (feiras, lojas, Bolsas de valores ou de Mercadorias etc.). Ele se expressa, entretanto, sobretudo na maneira como se organizam as trocas realizadas em determinado universo por indivíduos, empresas e governo. A formação e o desenvolvimento de um mercado pressupõem a existência de um excedente econômico intercambiável e, portanto, de certo grau de divisão e especialização do trabalho. Historicamente, isso ocorre nas cidades européias no final da Idade Média. Com a formação regular de um excedente, a antiga economia natural ou de subsistência passa a ser substituída por um mecanismo de mercado, que é formado basicamente pela oferta de bens e serviços e pela demanda (ou procura) desses bens e serviços. Da interação desses elementos surge um sistema de preços que vai orientar a economia no sentido do aumento ou da redução da produção.” (SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 14. ed. São Paulo: Best Seller, 2004. p. 378-379). Em outros termos, o mercado consiste em “um grupo de compradores e vendedores que, por meio de suas reais ou potenciais interações, determinam o preço de um produto ou de um conjunto de produtos”. (PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6. ed. Tradução Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 7). Já o mecanismo de mercado, por sua vez, dizendo-se de forma deveras sucinta, é a lógica de funcionamento que é peculiar aos mercados, na qual os indivíduos avaliam os interesses (ou recursos) de que dispõem e aqueles que pretendem adquirir, realizando intercâmbios quando percebem vantagens em trocar aquilo que possuem por aquilo que é possuído pela contraparte, a fim de galgarem níveis mais elevados de satisfação, isto é, quando as taxas marginais de substituição dos indivíduos contratantes forem diferentes, havendo, portanto, obtenção de vantagens mútuas com a troca. Natural concluir que o mecanismo de mercado, no mais das vezes, opera por meio dos preços, de modo a compatibilizar interesses antagônicos e formar as escalas ordinais de valoração no âmbito dos mercados. Conforme PINDYCK; RUBINFELD, op. cit. p. 598, o mecanismo de mercado é a tendência “dos preços a se modificarem num mercado livre até que haja balanceamento do mercado”. Por fim, vale dizer que economia ou sistema de mercado é a forma de alocação de recursos que se vale dos mercados e, por conseguinte, do mecanismo de mercado, para promover trocas voluntárias, ou seja, “Uma economia na qual as decisões das famílias e empresas que interagem nos mercados alocam os recursos econômicos”. (HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. **Introdução à Economia**. Tradução Christiane de Brito Andrei, Cristina Bazán e Rodrigo Sardenberg. 2. ed. atual. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 1130).

³⁹ Nesse sentido, deveras pertinente é a figura conceitual denominada de Curva de Contrato, que nos revela todas as alocações eficientes de bens entre dois consumidores ou de dois insumos entre duas funções de produção, assim como da Caixa de Edgeworth, que consiste em um diagrama que demonstra todas as possíveis alocações de quaisquer duas mercadorias entre duas pessoas ou de quaisquer dois insumos entre dois processos de

Contudo, não há como deixar de se constatar as frequentes crises que atingem os mercados verificadas ao longo da história, que ao invés de indicar a inapropriação ou falência dos sistemas de mercado, ao contrário, tão só revelam a eventual existência de deficiências.⁴⁰ Nesse particular, aliás, importante constatar que a frequência dessas crises é bastante variável, assim como o é o grau de gravidade das mesmas.⁴¹ Contudo, é inegável que se apresentam, trazendo, inexoravelmente, questionamentos quanto às suas causas, às suas consequências, bem como quanto às formas de debelá-las e mesmo evitá-las, inclusive se tais melhorias efetivamente são possíveis, não sendo raras as discussões, embora cada vez menos presentes, quanto à pertinência da eleição e da utilização do mecanismo de mercado como forma de alocação de recursos e mesmo de promotor de trocas.⁴²

Tais crises podem tanto atingir os mercados como um todo quanto apenas determinados mercados ou segmentos integrantes dos mercados. Melhor explanando, quanto à primeira hipótese, vale registrar que as crises verificadas podem ser sistêmicas, isto é, capazes de atingir, de forma generalizada, a todos os setores econômicos, basicamente comprometendo todo o seu funcionamento. Nessa esteira, os riscos sistêmicos são decorrentes das interligações e da interdependência entre os diversos agentes que compõem os mercados como um todo, ou seja, a integralidade dos setores que os compõem, no qual a insolvência de uma única entidade ou grupo de entidades pode provocar falências em cadeia, interrompendo o fluxo de riquezas, o que pode ocasionar que o sistema inteiro reste comprometido.⁴³

produção, como nos informam Pindyck e Rubinfeld, 2006, p. 506 e p. 504, respectivamente, ambas as quais estão intimamente relacionadas ao conceito de eficiência econômica e se constituem em pressupostos para uma melhor e plena compreensão do que se sustenta no presente estudo. Para uma fonte acessível e com demonstrações mais intuitivas do que matemáticas, veja-se VARIN, 2006. Capítulo 31, p. 603-629.

⁴⁰ Analogamente à citação de Winston Churchill na qual afirma que “*a democracia é a pior forma de governo, excetuando-se todas as outras que já foram experimentadas*”, as economias de mercado evidentemente possuem suas limitações, porém constituem-se no melhor mecanismo já encontrado para se promover trocas mutuamente vantajosas e, assim, trazer maior eficiência econômica e bem-estar social.

⁴¹ Como exemplo recente, podemos citar a denominada “*Crise do Subprime*”, que foi uma crise financeira que se iniciou em 2006, a partir da quebra de instituições financeiras de crédito dos Estados Unidos, as quais concediam empréstimos hipotecários de alto risco, o que acabou por levar diversos bancos que possuíam seus títulos em carteira à insolvência, afetando severamente as bolsas de valores de todo o mundo. É considerada por muitos economistas a crise financeira mais grave desde a Grande Depressão de 1929, revelando-se uma *crise quase sistêmica*, com potencial de interromper a cadeia de pagamentos da economia global – o que poderia ter atingido, de forma generalizada, a todos os setores econômicos.

⁴² Esclarecendo, o sistema de mercado não é a única forma de alocação dos recursos em uma economia, podendo também se realizar, por exemplo, através da direta intervenção estatal, como nos sistemas de economia planejada, além dos sistemas de economia mista, bem como através de outras formas de trocas, como, por exemplo, o próprio e vetusto escambo.

⁴³ SCHWARCZ, Steven L. Systemic Risk. *Georgetown Law Journal*, v. 97, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1008326>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

Nesse sentido, o Comitê de Bancos da Basiléia definiu o risco sistêmico como sendo aquele em que a inadimplência de uma instituição para honrar seus compromissos contratuais pode gerar uma reação em cadeia, atingindo grande parte do sistema financeiro.⁴⁴ Essa definição pressupõe elevada exposição direta e interdependência entre as instituições, de modo que a falência de qualquer uma delas pode oferecer riscos para todo o sistema, como através de um efeito dominó⁴⁵, com a interrupção da cadeia de pagamentos de toda ou grande parte da economia.⁴⁶

Nessas espécies de acontecimentos, o direito contratual parece ter fundamental importância para os seus surgimentos, uma vez que, dependendo do modo pelo qual conforma os contratos, afastando de forma mais ou menos eficaz as falhas de mercado, parece dificultar ou mesmo permitir o surgimento de problemas que comprometem o funcionamento dos mercados e, na medida em que se agravam, pode mesmo ocasionar as suas derrocadas.

Contudo, para a correção das crises sistêmicas, quando já atingido tal ponto, considerando-se a gravidade em questão, o direito contratual, exclusivamente, parece não ser suficiente, sendo necessária a adoção conjunta de outras medidas, como instrumentos de intervenção direta na economia, como, por exemplo, medidas monetárias⁴⁷ e de estímulo de modo geral,⁴⁸ porquanto o mecanismo de mercado, pelo menos no curto prazo, resta, parcial ou totalmente, comprometido.⁴⁹

Todavia, as crises apresentadas pelos mercados não são necessariamente sistêmicas, pelo contrário. Aliás, verificam-se com maior frequência as crises setoriais (ou não sistêmicas), as quais atingem diretamente apenas um segmento (mercado) ou partes

⁴⁴ Dessa forma, compreende-se que uma crise sistêmica é composta de dois elementos básicos, isto é, o choque inicial e o mecanismo de propagação. O choque pode atingir inicialmente uma única instituição ou um mercado, propagando-se por contágio para o sistema financeiro em geral, ou atingir diversas instituições e mercados ao mesmo tempo. Aliás, o ajustamento para um novo ponto de equilíbrio pode ser particularmente violento, sendo que, muitas vezes, representa uma ruptura completa e abrupta com o equilíbrio anterior, conforme: BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Modelo de Contágio para Avaliação de Risco Sistêmico: Nota Técnica-2009/003**. Brasília, 2009.

⁴⁵ “Quando algum acontecimento, geralmente negativo do ponto de vista econômico, se encadeia com outro, provocando efeito semelhante e assim sucessivamente, ‘até que todas as peças do jogo de dominó’ sejam derrubadas. Por exemplo, a falência de uma grande empresa pode provocar o mesmo efeito em várias outras empresas, acarretando daí uma crise geral.” (SANDRONI, 2004, p. 195).

⁴⁶ DATZ, Marcelo D. Xavier da Silveira. **Risco sistêmico e regulação bancária no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2002. p. 3-5.

⁴⁷ Para aprofundamentos sobre as políticas monetárias, ver HILLBRECHT, Ronald. **Economia monetária**. São Paulo: Atlas, 1999.

⁴⁸ Sobre o assunto, oportuno registrar KARAM SILVEIRA, Marco Antonio. A atuação do estado constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 912, out. 2011. p. 171.

⁴⁹ Pertinente citar, CASSIDY, John. **Como os mercados quebram: a lógica das catástrofes econômicas**. Tradução Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

integrantes dos mercados. Assim, as crises aqui denominadas setoriais, muito embora possam indiretamente implicar efeitos nocivos para todos os mercados, representam problemas situados em determinados segmentos econômicos (compreendendo-se o mercado como um todo, sendo gênero, composto pelos diversos segmentos econômicos existentes, muitas vezes referidos como mercados específicos, como, por exemplo, mercado financeiro, imobiliário etc.), como, *verbi gratia*, quanto ao problema dos carros usados,⁵⁰ o que foi originalmente observado por George Akerlof,⁵¹ seguido por inúmeros estudos constatando problemas nos mais variados mercados (*rectius*, segmentos econômicos ou mercados específicos) e suas respectivas relações contratuais, o que pode ser constatado pela vasta literatura existente, como, por exemplo, no que diz respeito ao Mercado Financeiro,⁵² ao Mercado de Seguros (de Saúde, de Vida e bens em geral).⁵³

Aliás, na hipótese das crises que aqui denominamos de setoriais, as quais acreditamos que sejam muito mais frequentes e rotineiras, muito embora possam não receber tanta atenção quanto as sistêmicas, porquanto menos evidentes, é bastante provável que comprometam tanto ou mais o desempenho das economias afetadas, sobremaneira no longo prazo, uma vez que mais do que propriamente significarem rupturas temporárias e, muitas vezes, representativas de quebras de paradigmas superados, representam falhas persistentes, deficiências ou mesmo inadequações apresentadas pelos mercados, comprometendo, permanentemente, o bom desempenho de suas funções, de modo a causar ineficiência econômica e redução do bem-estar.⁵⁴

⁵⁰ AKERLOF, George. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970

⁵¹ Em 2001, George Akerlof foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia por sua obra.

⁵² Sobre o problema da assimetria de informação no Mercado Financeiro, interessante é o trabalho de BEBCZUK, Ricardo N. **Asymmetric Information in Financial Markets: introduction and applications**. Cambridge: Cambridge University, 2003.

⁵³ No que tange ao Mercado de Seguros, FINKELSTEIN, Amy; POTERBA, James. **Adverse Selection in Insurance Markets: policyholder evidence from the U.K. annuity market**. Cambridge, MA, 2000 NBER Working Paper 8045; bem como ROTHSCILD, Michael; STIGLITZ, Joseph E. Equilibrium in Competitive Insurance Markets: an essay on the economics of imperfect information. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 90, n. 4, p. 629-649, nov. 1976. Disponível em: <<http://www.econ.yale.edu/~dirkb/teach/pdf/rothschild/1976%20equilibrium%20in%20competitive%20insurance.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

⁵⁴ Acirrada é a discussão quanto ao equilíbrio natural dos mercados, sendo diversas as correntes a esse respeito, bem como a heterogeneidade que as compõem. Citando algumas das premissas das principais escolas, de modo geral, para a Teoria Clássica, que possui Adam Smith como o seu precursor, o liberalismo econômico permitiria que o livre mercado conciliasse os interesses individuais por meio de ações maximizadoras tomadas por cada um dos indivíduos em um ambiente de competição, de modo a proporcionar bem-estar individual e social, principalmente no longo prazo, sendo que as ineficiências observadas seriam transitórias. Já a “Teoria Geral do Emprego, Juro e Moeda baseia-se na crítica de Keynes à teoria neoclássica em que uma economia com salários e preços flexíveis tende automaticamente a gerar pleno emprego.” (RIMA, Ingrid Hahne. **História do pensamento econômico**. Tradução Auriphebo Berrance Simões, revisão técnica Helio de Paula Leite. São Paulo: Atlas, 1977), sugerindo que a eficiência econômica não é necessária e automaticamente

E é justamente nas crises setoriais que o direito contratual ganha ainda mais relevo, porquanto pode atuar tanto para evitá-las quanto para debelá-las, uma vez que ainda revelando-se possível o funcionamento do mercado (ou, mais precisamente, do seu respectivo mecanismo de operação – mecanismo de mercado), é o instrumento que precisamente visa a corrigir as falhas que comprometem o seu funcionamento, evitando, inclusive, o surgimento das crises sistêmicas, nas quais, aí sim, serão necessárias medidas além de uma adequada aplicação do direito contratual.

Portanto, como é forçoso reconhecer, o sistema de mercado, isoladamente considerado, ou seja, como expressão das mais livres e irrestritas forças dos agentes econômicos que o compõem, parece muitas vezes não ser capaz de alcançar a tão almejada eficiência econômica e o bem-estar social e, algumas vezes, mesmo individual, em que pese seja o sistema conhecido com maior aptidão para tanto.⁵⁵ Aliás, a própria existência do Direito e, mais especificamente do próprio direito contratual, parece-nos ser uma evidência de que os mercados, sozinhos, não são sempre e em todos os casos capazes de promover eficiência econômica e bem-estar.

Justamente, parece um tanto quanto ingênua a compreensão de que o sistema de mercado, sem a existência de quaisquer instrumentos de correção das falhas que por vezes lhe acometem, possa se revelar, em todos os casos, como um fiel promotor da eficiência econômica e do bem-estar individual e, sobretudo, social. Ao invés, em muitos casos, o que efetivamente se constata é o alcance de equilíbrios ineficientes⁵⁶, nos quais a almejada eficiência econômica resta comprometida pela existência de falhas que causam distorções

atingida pelos mercados, o que despertou o interesse para o estudo da intervenção e regulação estatal como forma de melhorar o desempenho e o crescimento econômico. Oportuno também citar a noção dos ciclos econômicos, concebida inicialmente por Schumpeter, os quais representariam flutuações da atividade econômica no longo prazo, alternando períodos de crescimento do produto (recuperação e prosperidade) e períodos de estagnação ou declínio (contração ou recessão). Diversos autores, como Kitchin (3 - 4 anos), Juglar (7 - 10 anos), Kuznets (15 - 20 anos) e Kondratiev (50 anos), discorrem quanto ao tempo de duração, à natureza e as causas dos ciclos econômicos. Para uma compreensão mais detalhada e abrangente, ver HUNT, E. K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Tradução José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; PRIBRAM, Karl. *A history of economic reasoning*. Baltimore: The Johns Hopkins University, 1983; e TAYLOR, Overton H. **A History of Economic Thought**. New York: McGraw-Hill, 1960.

⁵⁵ Conforme salienta Friedrich Hayek: “o principal mérito proposto por Adam Smith e seus contemporâneos é que se trata de um sistema em que os homens maus podem provocar menos danos. É um sistema social que não depende, para o seu funcionamento, nem da nossa capacidade de encontrar homens bons para o levar por diante nem de que todos os homens se tornem melhores do que são agora, mas que faz uso dos homens em toda a sua diversidade e com todas as suas reais complexidades, umas vezes bons, outras maus, umas vezes inteligentes, mais frequentemente estúpidos.” (HAYEK, Friedrich. **Individualism and economic order**. Chicago: The University of Chicago, 1948. Disponível em: <<http://mises.org/books/individualismandeconomicorder.pdf>>. Acesso em: 18 março 2013).

⁵⁶ Aqui se insere a figura do contrato ineficiente, conforme denominado na literatura brasileira por Luciano Timm e João Francisco Menegol Guarisse. (TIMM, Luciano; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise econômica dos contratos*. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012).

que impedem que o mecanismo de mercado atinja os resultados economicamente mais eficientes, tanto em termos individuais quanto sociais, seja por prejudicar parcela daqueles que integram o mercado, como resultado de desequilíbrios informacionais e de poder de mercado muitas vezes verificados entre os contratantes, seja por prejudicar o mercado como um todo, reduzindo-o e tornando os seus resultados menores, em razão da forma como o mesmo é estruturado, apresentando níveis de eficiência aquém do possível, como veremos mais detidamente adiante.

Entretanto, mandatório desde já ressaltar, a fim de que não parem quaisquer dúvidas nesse sentido, que o entendimento aqui adotado não é de desprezo, tampouco de crítica, quanto ao sistema de mercado, ao contrário, reconhecendo-o como o meio mais eficiente e eficaz de promoção de trocas e alocação de recursos já concebido, constitui-se o presente estudo, a bem da verdade, em sua defesa, objetivando identificar os problemas que lhe acometem e assim buscar e analisar as formas de enfrentá-los, aprimorando a sua realidade, com vistas a ainda mais afirmá-lo e fortalecê-lo.

Assim, imprescindível investigar quais são os males que afligem os mercados e o mecanismo que lhes é peculiar, assim como de que forma o Direito e, mais precisamente o direito contratual e as demais normas jurídicas que incidem sobre o fenômeno contratual, que é o que aqui nos preocupa e é objeto de nossa investigação, podem contribuir para debelar ou mesmo mitigar esses problemas.

1.4 O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DAS DENOMINADAS FALHAS DE MERCADO

Como antes salientado e já se sedimentou na doutrina jurídica tradicional, sobremaneira por meio de outras justificativas,⁵⁷ o mecanismo de mercado inegavelmente apresenta falhas que muitas vezes comprometem o seu funcionamento, pelo que o simples ensejo da livre e irrestrita liberdade negocial e da autonomia privada podem não ser suficientes para permitir o alcance de eficiência econômica e bem-estar social e mesmo individual.

Aliás, o contrato paritário, como uma representação de plena autonomia, composto de “actos de autodeterminación, de autorregulación de los interes propios”⁵⁸, é visto,

⁵⁷ Conforme as profundas alterações verificadas na teoria contratual clássica.

⁵⁸ BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. Tradução para o espanhol de A. Martin Perez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 43.

atualmente, como a exceção e não mais a regra, tendo de se admitir a concepção de que o contrato encontra-se enquadrado na categoria de negócio jurídico a qual “abrange todas as categorias de ato de autonomia, inclusive aquelas em que não se manifesta a liberdade fática de estabelecer cláusulas”,⁵⁹ sendo que alguns autores chegam a, quiçá em demasia, pretender enquadrá-los como fatos jurídicos.⁶⁰

E, precisamente, essa concepção que engloba, na mesma categoria, negócios jurídicos nos quais a autonomia da vontade, princípio fulcral do Direito Privado, tem graduações tão distintas, que causa o desconforto de conceder, por exemplo, aos contratos por adesão, a mesma qualificação conferida aos contratos firmados pelo pleno acordo de vontades.

Foge, então, da própria autonomia privada a capacidade de dar o remédio que possa equacionar os desequilíbrios (congênicos) gerados pelos contratos onde existam desequilíbrios entre as partes contratantes, que não se resumem ao poder de mercado, mas, em verdade, parecem até mesmo ser os desequilíbrios de ordem informacional os mais frequentes e nefastos a atingirem as relações contratuais.

Mas não é só. Não são apenas os desequilíbrios entre as partes contratantes que podem prejudicar e comprometer as relações contratuais, mas também a forma como os mercados se estruturam. Nesse sentido, a forma como os mercados organizam-se, diante de suas idiossincrasias e peculiaridades circunstanciais, pode facilitar ou mesmo prejudicar que os intercâmbios sejam realizados, bem como aumentar ou diminuir as vantagens obtidas com as transações, inclusive no que tange a terceiros não diretamente envolvidos nas relações contratuais que são realizadas nos âmbitos dos mercados.

E é exatamente aqui que a Ciência Econômica pode trazer grande contribuição ao Direito, vez que já há muito identificou e aprofundou o estudo, de forma objetiva e pragmática, das denominadas falhas de mercado, as quais comprometem o funcionamento dos mercados e resultam nas ineficiências verificadas tanto nas relações contratuais que se realizam nos seus âmbitos, como aquelas que deixam de se realizar, causando também, portanto, ineficiências econômicas e a perda de bem-estar individual e social.

Dessa forma, não perdendo o foco que aqui a preocupação diz respeito ao direito contratual, importante verificar de que forma o mesmo, aliado às demais normas jurídicas

⁵⁹ COUTO E SILVA, 2006, p. 73.

⁶⁰ Existem autores que pretendem considerar alguns tipos de contratações como espécies de fatos jurídicos (e não atos). Interessante e recente obra sobre o tema, que discorre sobre a doutrina das relações de fato, é a de autoria de SILVA, Juliana Pedreira da. **Contrato sem negócio jurídico**: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

que lhe integram, podem atuar para aperfeiçoar o funcionamento dos mercados, de modo a reduzir as perdas e as ineficiências que comprometem as relações contratuais, ensejando, assim, o alcance de eficiência econômica e de bem-estar social e individual.

Entretanto, antes disso, importante compreender que na atual conjuntura, o direito contratual, este admitido como produto da conjugação dos valores e da realidade social de cada época, revela mais nitidamente novas finalidades que lhe cumpre desempenhar. Assim, evidencia-se o seu escopo de enfrentar as falhas de mercado, de modo a buscar superar os obstáculos que se apresentam ao correto funcionamento do mercado, otimizando e funcionalizando as realidades fáticas que lhe subjazem,⁶¹ com vistas a atingir eficiência econômica e bem-estar.

1.5 UMA NOVA POSTURA EM RELAÇÃO AO DIREITO CONTRATUAL

Emerge a indagação do porquê da necessidade dos acordos de vontades, nos quais se pressupõe que a autonomia da vontade⁶² seja exercida da forma mais plena possível, serem tutelados pelo Direito, onde supostamente somente poderiam ocorrer restrições a mais ampla liberdade negocial e contratual,⁶³ devido à intervenção estatal, que se legitima através dos sistemas jurídicos e de suas instituições.

Assim, muito embora se admita que a negociação privada permita que os indivíduos possam maximizar as suas utilidades, na busca de níveis mais elevados de

⁶¹ E não só promover medidas redistributivas, o que parece competir a outras áreas do Direito e, mais precisamente, ao campo das escolhas públicas. Para aprofundamento do assunto, oportuno consignar MOREIRA, José Manuel. **O que é a escolha pública**: para uma análise econômica da política. Estoril: Principia, 2004. Pertinente registrar que o significado do termo “redistributivas” aqui utilizado se refere à característica das medidas que se limitam a realocar recursos que, inicialmente, encontram-se assinalados a diferentes agentes econômicos, sem que haja, contudo, aumento de eficiência econômica ou produtividade.

⁶² Imperioso desde já consignar que no presente trabalho nos referimos à autonomia da vontade ou à autonomia volitiva de modo um tanto quanto diferente da forma como parte da doutrina o faz, ao considerá-la como sinônimo de autonomia privada e pertencente ao princípio jurídico contratual da liberdade negocial, vez que consideramos a autonomia da vontade como manifestação livre e não restringida da vontade humana, muito próxima à concepção filosófica de liberdade e, mais precisamente, da liberdade de escolha (como se pontua em nota a seguir). Seria, nas palavras de Emilio Betti, a autodeterminação ou a autorregulação dos próprios interesses. (BETTI, 1959, p. 43). Para Joaquim de Sousa Ribeiro, corresponde ao que chama igualmente de autodeterminação ou de liberdade de decisão (RIBEIRO, Joaquim de Sousa, **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 22 e p. 320, respectivamente). Já a autonomia privada, por sua vez, como bem se observa nas palavras de Menezes Cordeiro, “corresponde ao espaço de liberdade jurídica, isto é, à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as actividades jurídicas que entenderem”. (CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 217).

⁶³ Importante também esclarecer que o significado aqui adotado de liberdade negocial não se confunde com o conceito de liberdade contratual, pois o primeiro diz respeito ao exercício da autonomia da vontade no processo de negociação, sendo que a liberdade contratual se refere ao exercício da autonomia privada.

bem-estar,⁶⁴ a experiência histórica, sobretudo recente, vem nos demonstrando que a liberdade contratual exacerbada pode gerar resultados ineficientes, inclusive agravando as distorções observadas nos mercados, porquanto os mesmos apresentam deficiências que não podem ser resolvidas apenas por meio da pura e simples autonomia privada; ou seja, o sistema de mercado, o que compreende o mecanismo que lhe é peculiar, apresenta limitações no seu funcionamento que não encontram solução em seu próprio interior.

Nesse sentido, as partes contratantes, na grande maioria das vezes, revelam diferentes níveis de poder informacional e de mercado,⁶⁵ o que, ao invés de propiciar livre arbítrio quanto à negociação do conteúdo e das condições dos contratos,⁶⁶ como na muitas vezes utópica ideia da autonomia da vontade,⁶⁷ implica, muitas vezes e a bem da verdade, imposições unilaterais⁶⁸ ou mesmo em adesões involuntárias a determinadas diretrizes

⁶⁴ Segundo Cooter e Ulen, os acordos alcançados sob custos de transação nulos esgotam o excedente resultante da cooperação, como exige a eficiência. (COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Cap. 6. Para maior aprofundamento, ver COASE, 1960.

⁶⁵ O que, desde já, frise-se, não pode ser confundido com nível de renda ou riqueza ou, por exemplo, capacidade contributiva, para se utilizar uma categoria do direito tributário.

⁶⁶ Nesse sentido, avizinha-se, muito embora, frise-se, não seja lindeiro, ao dirigismo contratual. Sobre esse, pertinentes são as ponderações contidas em BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁶⁷ Versando acerca do poder econômico e da liberdade, André Carvalho Nogueira refere que “A capacidade de ação do indivíduo é o poder de transpor em ações externas, de tornar concreto, o resultado do seu processo de escolha. É a liberdade física do indivíduo, ou seja, a liberdade de movimento, de ação. Sendo na fase da ação que a liberdade do indivíduo se manifesta no mundo exterior, é com base nela que classificamos a liberdade nos seus vários ‘ramos’. O indivíduo, quando age externamente, interage com o mundo em que vive e, interagindo com o mundo, o modifica, impõe-lhe suas marcas. Esta interação do indivíduo com o mundo se dá em vários campos, sendo cada campo de interação qualificado segundo a especificidade da ação. Assim, quando o indivíduo impõe seu trabalho ao mundo, com o intuito de produzir riquezas, e troca o produto de seu trabalho com outros indivíduos, diz-se que exerce liberdade econômica. Quando o indivíduo manifesta sua opinião sobre fins que devem ser seguidos pela sociedade em determinado período, em procedimento específico para vincular a sociedade, diz-se que exerce liberdade política. Quando divulga fatos e opiniões aos demais indivíduos, fala-se em liberdade de imprensa. Quando exerce algum direito, fala-se em liberdade civil. Quando vai ao culto, fala-se em liberdade de credo, e assim por diante. Há tantas maneiras de se expressar a liberdade quantos forem os campos de interação do indivíduo com o mundo. [...] O segundo requisito à liberdade de ação é que a ação corresponde à decisão tomada no processo interno de escolha. A ação que não correspondente à vontade do indivíduo, por estar sujeito à coação imposta por outrem, certamente também não é uma escolha livre. A doutrina, inclusive jurídica, há muito já reconheceu, nesses casos, a discrepância entre a vontade interna e sua manifestação externa, possibilitando a anulação dos atos realizados em tais condições. O antigo brocardo romano ‘coagido, mas quis’ já foi há muito ultrapassado. Contudo, numa análise mais abrangente sobre a liberdade, deve-se também ter em conta uma noção mais abrangente de coação. Assim, analisando a liberdade como capacidade humana e não como fundamento para a responsabilidade humana somente, devem integrar a noção de coação também as circunstâncias da vida do indivíduo, que, muitas vezes, coagem-no no a agir contrariamente ao modo que escolheria caso tais circunstâncias não estivessem presentes.” (NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do poder econômico: a liberdade revisitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 59 e p. 62).

⁶⁸ As imposições unilaterais referem-se precipuamente aos casos em que existe uma desigualdade de poder entre as partes contratantes, pelo que a mais forte impõe à parte mais fraca (seja informacionalmente ou em relação ao poder de mercado, tratada pelo Direito, frequentemente, como vulnerável ou hipossuficiente, no que tange às relações de consumo) as condições contratuais que lhe sejam mais favoráveis.

contratuais, estas devidas a incertezas quanto ao verdadeiro conteúdo ou às suas efetivas consequências.⁶⁹

Inegável que, em muitos casos, não se pode mais, isto é, se algum dia já se pôde, assegurar aos sujeitos de uma relação contratual a plena liberdade de contratar amplamente considerada, isto é, não só de fazê-lo ou não, mas também de escolher com quem contratar, assim como estipular livremente o conteúdo do contrato.⁷⁰ A validade do contrato privado, aliás, passa, muitas vezes, a depender do assentimento de uma autoridade.⁷¹

Portanto, a efetiva autonomia da vontade⁷² representa o poder de se autogovernar; nas palavras de Emilio Betti⁷³ e Joaquim de Sousa Ribeiro⁷⁴, a autodeterminação⁷⁵; de acordo com a razão livre do indivíduo, para o que não poderá haver injunções ou mesmo necessidades prementes a espreitá-lo, que lhe conscurpam ou constranjam a liberdade e a autonomia volitiva, em consonância com a acepção de Enzo Roppo, que a define como "*o poder de modelar por si - e não por imposição externa - as regras de sua própria conduta*",⁷⁶ não podendo ser confundido, por óbvio, com o significado e a abrangência da autonomia privada, que é fonte de obrigações, tampouco com a interpretação clássica da autonomia da vontade⁷⁷, porém sim considerada expressão da efetiva liberdade e vontade individual.

Ademais, como já referido, a conformação estrutural apresentada pelos mercados pode, em muitos casos, não permitir que sejam atingidos a eficiência econômica e o bem-estar, porquanto pode não estimular ou mesmo inibir a realização das transações

⁶⁹ Aqui, refere-se aos casos de existência de assimetria informacional, inclusive verificadas nas relações de agente-principal.

⁷⁰ Conforme assente na doutrina, o princípio da liberdade contratual possui dupla dimensão, isto é, de fundo e de forma. Desse modo, quanto à primeira, a liberdade contratual se revela ou se ramifica por meio de tripla faculdade: i) contratar ou não contratar; ii) escolher livremente com quem contratar; e iii) estabelecer livremente o conteúdo do contrato.

⁷¹ MEDICUS, Dieter. **Tratado de las Relaciones Obligatorias**. Tradução espanhola Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1, p. 43.

⁷² Analogamente BARROS, Wellington Pacheco. **Contratos: estudos sobre a moderna teoria geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁷³ BETTI, 1959, p. 43.

⁷⁴ Consubstancia-se no "poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências". (RIBEIRO, 1999, p. 22).

⁷⁵ Interessantíssimo artigo sobre o tema e o seu desenvolvimento é o estudo de RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130 jul./set. 2004. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/10/AUTONOMIA-DA-VONTADE.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

⁷⁶ ROPPO, 2009, p. 128.

⁷⁷ Sobre a crise do dogma da vontade, pertinentes são as considerações tecidas por ROPPO, 2001, p. 36-38.

individual e socialmente vantajosas e, mesmo que as permita, pode comprometer os resultados verificados, apresentando-os aquém das efetivas potencialidades.

Muito embora não acreditamos que seja sempre assim, o que afirma Andrée Brunet e Jean-Claude Ohlman, quando dizem que "O arquétipo do acordo concluído depois de negociações e concessões recíprocas das partes tornou-se um mito",⁷⁸ em muitos casos se revela verdadeiro.

Nesse contexto, em situações de completa ausência ou presença mínima de marcos regulatórios estatais pode ocorrer, em realidade, restrição das trocas ótimas entre partes econômica⁷⁹ e informacionalmente desniveladas.⁸⁰ Assim, pelo menos em parte dos casos, é possível que seja necessário, para que efetivamente seja assegurada uma certa paridade contratual, pressuposto da verdadeira autonomia volitiva, o estabelecimento de condições mínimas por parte do Estado, com a estipulação de diretrizes básicas a orientar a relação das partes, de modo a buscar não só reequilibrar as forças econômicas, mas também e sobretudo a condição informacional das partes contratantes, a fim de que não prevaleça a "lei do mais forte" ou do "mais informado", o que nem sempre gera resultados que coincidem com as hipóteses de eficiência econômica.⁸¹

Significa que, para que seja assegurada a efetiva autonomia volitiva, talvez seja forçoso, inicialmente, restringir, um pouco que seja, a autonomia privada,⁸² não no sentido de permitir intromissões arbitrárias do Estado, com finalidades meramente redistributivas

⁷⁸ BRUNET, Andrée; OHLMANN, Jean-Claude. Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle. In: LE RÔLE de la Volonté dans les Actes Juridiques: études à la mémoire du professeur Alfred Rieg. Bruxelas: Bruylant, 2000. p. 130

⁷⁹ Entendido como existência de poder de mercado, como se verá no capítulo e seção próprios.

⁸⁰ No presente trabalho, não se admitirá como decisiva a discrepância ou o desequilíbrio patrimonial existente entre as partes contratantes, pois o que subjaz, em nosso entender, é a diferença (assimetria) de informação ou de poder de mercado que apresentam as partes em grande parte dos negócios jurídicos que são entabulados.

⁸¹ A eficiência econômica pode ser tanto em termos de Pareto quanto Kaldor-Hicks (ou eficiência Global).

⁸² Analisando a escola clássica do pensamento econômico, mais uma vez, o Direito e a Economia parecem andar de mãos dadas, em que pese nem sempre de forma consciente ou mesmo com precisa simultaneidade, como se, por vezes, algum dos dois se colocasse à frente em razão de imprimir passadas mais largas, como se pode bem observar da seguinte passagem: "Contra a intervenção estatal, a escola clássica apoia-se no liberalismo e no individualismo. Os clássicos ingleses propõem um sistema de liberdade econômica, pois seria mediante o mecanismo impessoal do mercado que se conseguiria harmonizar os interesses individuais. Entretanto, as revoluções que ocorreram na Europa no período de 1830 a 1848 mostraram que a harmonia de uma 'ordem natural' e do não-intervencionismo preconizado pela escola clássica era remota. O liberalismo e o individualismo começam então a sofrer várias críticas de pensadores preocupados com os problemas econômicos e sociais. E já na obra de Stuart Mill, considerada um resumo de todo o pensamento da escola clássica, surgem indícios de aceitação de algumas restrições à liberdade individual. Assim, contra o liberalismo da escola clássica desenvolvem-se, a partir de 1830, reações doutrinárias que apresentam diferentes concepções de mundo. Surgem a doutrina intervencionista de Sismonti, o industrialismo de Saint-Simon, o nacionalismo de List, o liberalismo otimista de Bastiat e o socialismo utópico de Fourier e Proudhon. Esses autores apontam algumas das principais falhas do pensamento clássico - identificam crises e depressões da atividade econômica, destacam a questão do desemprego eventual e econômico, a distribuição desigual de renda e a oposição entre os interesses individuais e coletivos." (SANDRONI, 2004, p. 378-789 e p. 212-213).

ou supostamente em benefício da sociedade, pretexto sob o qual quase tudo pode ser alegado, mas sim de forma a garantir um equilíbrio mínimo de forças que propicie efetivamente o livre-arbítrio e o efetivo tráfego negocial, sendo que aqui consideramos serem justamente as falhas de mercado que o direito contratual visa, entre outros objetivos, a combater. Nesse sentido, necessário investigar como as normas do direito contratual e as demais normas jurídicas que lhe são afins podem debelar esses problemas, ensejando o alcance de maior eficiência econômica e bem-estar social, e mesmo individual, o que, desde já se faz pertinente mencionar, diz respeito à eficiência negocial do mecanismo de mercado.

Muito embora não haja completa identidade com o que aqui se preconiza, interessante ponderar as assertivas de Rafael Vanzella sobre o posicionamento amadurecido de Roppo acerca das funções do direito contratual:

Como Enzo, também em tema de proteção do contratante mais fraco, assume esta como um dado normativo imposto não somente por questões de equidade e justiça, mas sobretudo pela tutela do próprio funcionamento do mercado: empresários eficientes devem prevalecer não pelo abuso de posição dominante, e sim pelo melhoramento da qualidade e diminuição do preço dos produtos, pela inovação tecnológica, pela redução dos custos internos e pela racionalização dos processos produtivos e distributivos [Il contratto, 904]. Entretanto, a noção de proteção do contratante débil, por ter origem na força expansiva do regime dos contratos do consumidor, implica um modelo ao qual um número cada vez maior de situações fáticas pode ser reconduzido. Da proteção à posição (institucional) de consumidor passa-se à proteção à posição (institucional) de contratante débil, independentemente do papel que o agente econômico desempenha no mercado [Il contratto del duemila, 27, 52-53]. Não é mais a qualidade socioeconômica do contratante, mas sim a circunstância concreta na qual ele se encontra que determina a incidência de regras protetivas. No suporte fático destas, não as qualidades subjetivas, não uma debilidade definida legalmente *ex ante*, e sim a assimetria de poder contratual.⁸³

Outrossim, importante investigar como o direito contratual pode debelar as falhas de mercado no que tange ao aspecto operacional dos sistemas de mercado, isto é, que não diz respeito propriamente ao equilíbrio dos poderes informacional e de mercado apresentados pelas partes, mas sim no que tange à estruturação dos mercados e à facilidade e eficiência com que promovem as trocas vantajosas e desejáveis, tanto do ponto de vista individual quanto social.

Portanto, o direito contratual, que nas codificações oitocentistas liberais e no Código Civil Brasileiro de 1916, ressaltava o princípio da liberdade contratual como

⁸³ VANZELLA, Rafael. O contrato: de Enzo a Vicenzo. **Revista de Direito FG 2**, v. 1, n. 2, p. 221/228, jun./dez 2005. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_02_p221_228.pdf>. Acesso: 17 mar. 2013, p. 224-225.

forma de legitimar e proteger o fenômeno contratual,⁸⁴ inclusive frente ao Estado,⁸⁵ hoje, diferentemente, já tendo havido a plena afirmação do fenômeno contratual, parece haver a preocupação de que haja sim o enfrentamento das distorções existentes nos mercados, que são, por excelência, os ambientes em que se realizam os contratos, mas não por meio da intervenção direta do Estado, porém, preferencialmente, através do Direito e, especialmente, por meio do direito contratual amplamente compreendido, como antes referido, a fim de garantir o efetivo exercício da autonomia volitiva, esta entendida de forma diversa da autonomia privada, e assim proporcionar de forma mais eficaz o alcance de eficiência econômica e bem-estar social e individual.

⁸⁴ Sobre o declínio do voluntarismo, “A escolha da vontade como elemento fundamental do conceito de contrato decorreu do processo histórico influenciado por diversos fatores, entre eles, o direito canônico, o direito natural e as teorias contratualistas. Essa escolha representou a síntese das idéias difundidas nos pensamentos jusnaturalista e iluminista que vislumbraram na vontade humana a fonte de qualquer transformação operada no mundo do direito, dando origem ao denominado voluntarismo jurídico. [...] Mesmo no auge do liberalismo não foi colocada em prática a autonomia irrestrita da vontade ou a plena liberdade contratual.” (ROCHA, Silvio Luís Ferreira. **A oferta no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 47).

⁸⁵ Nesse sentido, importante ressaltar que do mesmo modo que a escola econômica clássica assentou seus valores “*nos preceitos filosóficos do liberalismo e do individualismo e firmou os princípios da livre-concorrência, que exerceram enorme influência no pensamento revolucionário burguês*”, assim o fez a teoria clássica do direito contratual. Contudo, a efetiva existência de liberdade e concorrência, nos moldes do pensamento clássico, muitas vezes parece uma realidade um tanto quanto difícil de concretizar. Sobre a escola econômica clássica, importa dizer que “*é marcada pela obra de David Ricardo, Princípios de Economia Política e Tributação, de 1817. Fundada por Smith e Ricardo, a escola clássica desenvolveu-se nos escritos de Malthus, Stuart Mill, McCulloch, Senior e do francês Jean Baptiste Say. Com os representantes da escola clássica, a economia adquiriu caráter científico integral quando passou a centralizar a abordagem teórica na questão do valor, cuja única fonte original era identificada no trabalho em geral. Além da teoria do valor-trabalho, do uso do método dedutivo, do materialismo e da preocupação em simplificar e generalizar as proposições econômicas e de uma visão de conjunto da evolução econômica, a escola clássica baseou-se nos preceitos filosóficos do liberalismo e do individualismo e firmou os princípios da livre-concorrência, que exerceram decisiva influência no pensamento revolucionário burguês. A escola clássica também é caracterizada por enfatizar a produção, relegando a segundo plano o consumo e a procura. Para Adam Smith, o objeto da economia está indicado no título completo de sua obra: é uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações, entendendo-se por riqueza os bens que possuem valor de troca. Adam Smith distingue o valor de uso do valor de troca das mercadorias, destacando que este último é determinado pela quantidade de trabalho necessária para produzi-las. Para os fisiocratas, apenas o trabalho na agricultura produzia valor. Smith refutou-os, demonstrando todas as atividades que produzem mercadorias. E, contra as concepções mercantilistas, Smith argumenta que a riqueza é constituída pelos valores de troca, e não pela moeda, que é apenas o meio que permite a circulação dos bens. Baseando-se na teoria do valor-trabalho, Smith mostra que o crescimento da riqueza de uma nação depende essencialmente da produtividade do trabalho, que, por sua vez, é função do grau de especialização, ou da extensão, obtida pela divisão do trabalho, determinado pela expansão do mercado e do comércio. Nesse processo, todos os participantes ganhariam, beneficiando-se do aumento da produtividade. Smith conclui, então, pela remoção de todas as barreiras ao comércio interno e externo. A política livre-cambista deveria ser posta em prática, uma vez que só ela conduziria ao desenvolvimento das forças produtivas. O padrão mercantilista de regulamentação estatal e controle passa também a ser claramente contestado. A política econômica deveria ser medida por seus efeitos sobre o processo de riqueza e por suas conseqüências sobre a acumulação de capital e especialização do trabalho. A verdadeira fonte de riqueza de um país é seu trabalho, e ela só pode ser elevada com o aumento da produtividade, com a extensão de sua especialização e com a acumulação do produto sob a forma de capital*”. (SANDRONI, 2004, p. 378-379 e p. 212-213). (Grifo nosso).

Natalino Irti, ao discorrer sobre a segurança, sustenta que se exigia do Direito instrumentos que pudessem garantir os valores burgueses dominantes, de modo a assegurar a exigência de estabilidade que estava à base das codificações oitocentistas. Esse mundo que exigia apenas segurança, contudo, pereceu diante das vultosas transformações ocorridas após a Primeira Grande Guerra.^{86 e 87.}

Antonio Junqueira de Azevedo⁸⁸ bem define a atual situação:

Hoje, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.

Dessa forma, o direito contratual atualmente passa a ser visto não mais como expressão da mais ampla e irrestrita autonomia privada, privilegiando-se em toda intensidade o princípio do *pacta sunt servanda*, mas sim como regulador do mercado e otimizador do mecanismo que lhe é peculiar, sendo que muito embora sirva sim para salvaguardar os espaços nos quais a manifestação da vontade dos agentes econômicos possa ser exercida de forma livre, ensejando a realização das transações que lhe pareçam oportunas, deve cuidar do enfrentamento das denominadas falhas de mercado, porquanto, até mesmo, cabe à autonomia privada dispor de todo o restante e, frise-se, como bem lhe aprouver.⁸⁹

⁸⁶ VELLOSO, Andrei Pitten. Mutações Paradigmáticas da Codificação: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 9-52, 2004.

⁸⁷ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1989.

⁸⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 750, abr. 1998, p. 115-116.

⁸⁹ Muito bem capta essa concepção Camila Rezende de Martins, conforme se pode constatar nas suas seguintes ponderações: “As transformações econômicas e sociais ocorridas no final do século XVIII e início do século XIX demonstraram que os alicerces da teoria contratual até então vigentes, com fundamentos na interpretação absoluta do princípio da liberdade de contratar, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e da relatividade dos efeitos contratuais, passariam a ser causa de injustiça contratual, caso a maneira de entendê-los não fosse revista. Com a Revolução Industrial e o conseqüente aumento das relações contratuais (decorrência direta da necessidade de se escoar a produção), constata-se que a igualdade e até mesmo a liberdade preconizadas pelas teorias individualistas era apenas formal. Materialmente, verificava-se tanto uma parte impondo as suas condições contratuais a outra (contratos por adesão), quanto a necessidade de se celebrar determinados contratos como condição da manutenção de uma existência digna do indivíduo, fatos que restringem tanto a liberdade de escolha quanto o poder negocial de uma das partes. Assim, a manutenção

Nesse sentido, frise-se que são deveras notáveis as profundas mudanças que o Direito Privado vem sofrendo, o que muito se deve à inegável realidade de que os institutos jurídicos objetivam acompanhar as necessidades pragmáticas que emergem no curso da vida cotidiana, funcionalizando-os ou então derogando-os, o que se mostra coerente com a “chamada ‘funcionalização dos institutos jurídicos’”, que “toma lugar junto aos institutos de direito civil, à semelhança do que ocorreu com a propriedade privada”.⁹⁰

Nesse diapasão, Judith Martins-Costa designa a funcionalização dos institutos jurídicos como “a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios”.⁹¹

Em sentido semelhante, com a precisão que lhe é peculiar, Luís Renato Ferreira da Silva leciona, pelo que vale transcrever⁹²:

Não por outra razão a Constituição Federal acolhe a economia de mercado mas dá a ela uma dimensão fora do individualismo que foi o seu solo primitivo.

exclusiva da concepção clássica do contrato significaria um enclausuramento do contrato no dogma da autonomia da vontade, o que, por sua vez, o tornaria alheio as condicionantes fáticas e sociais e, conseqüentemente, fonte de injustiças. Desse modo, com o objetivo de se evitar este tipo de efeito causado pelo individualismo metodológico é que as Constituições do pós-guerra introduziram no sistema jurídico o paradigma solidarista, com princípios e normas que estabelecem deveres sociais a serem cumpridos pelos indivíduos no desenvolvimento de suas atividades e que devem pautar suas condutas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional que surgiu sobre sua égide (como o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil) é exemplo claro do modelo do Direito social como centro do nosso Direito positivo.

Em consequência foi desenvolvida a concepção contratual social, com a reafirmação de princípios, que embora já existentes, tinham sua aplicação apagada pelo absolutismo dos princípios contratuais clássicos. Esses princípios, agora revalorizados, quais sejam, da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato, são responsáveis pela relativização dos princípios clássicos, numa verdadeira busca da manutenção da justiça contratual e da construção de uma sociedade livre e solidária, objetivo de nossa República, conforme artigo 30, I da Carta Magna.” (MARTINS, Camila Rezende. **O princípio da relatividade dos contratos: a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03082012-161321/>>. Acesso em: 15 fev. 2013). (Grifo nosso). Contudo, ao invés de darmos ênfase ao aspecto da proteção do interesse social que se dá por meio de uma nova leitura dos princípios que regem os contratos, entendemos que esta nova realidade em que se inserem os contratos é necessária sim com o fito primordial de permitir o efetivo funcionamento do sistema de mercado, o que não enseja somente o bem-estar social, porém igualmente o bem-estar individual, ambos corolários da eficiência econômica. Ou seja, não haveria uma maniqueísta dicotomia entre o indivíduo e o interesse social, todavia, na verdade, há um conflito entre a possibilidade do funcionamento de um mecanismo (de mercado), que é fundamentado na liberdade volitiva e de agir, e a imposição da força informacional ou do poder de mercado, como veremos, com mais detalhe, oportunamente.

⁹⁰ FERREIRA, Gustavo Pinto Zardi. **A função social do contrato**. Porto Alegre: Fabris, 2013. p. 11-12.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: 2002. p. 148.

⁹² FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 32.

Afirma-se que a livre iniciativa é fundamento da sociedade nacional, porém, assume, um valor meta-individual, sendo um valor social. Tanto há aspectos de imposição no sentido de estimular-se atividades produtivas como de profligar-se o que é mera especulação não produtiva. E esta é a interpretação da doutrina constitucional pátria.

Inarredável também é consignar as palavras de Franz Wieacker, ainda que no presente estudo, reitera-se, a ênfase que se dá não se destina simplesmente à proteção de um suposto interesse social, porém sim ao ensejo do efetivo funcionamento do sistema de mercado, passível de proporcionar eficiência econômica e bem-estar social e individual:

Os princípios constitutivos do direito privado clássico – a fundamentação dos direitos subjectivos privados e da autonomia negocial privada e as conexões conceituais e a unidade interna do sistema – estão necessariamente postos à prova e submetidos a uma mutação decisiva de funções. Uma nova legitimação do direito privado na consciência jurídica do estado social e a sua convincente sintonização com o direito social (ao lado de sua integração numa economia concorrencial concebida como princípio de funcionamento do mercado) passaram a constituir a tarefa mais premente da jurisprudência e da dogmática civilísticas da atualidade.⁹³

Ademais, inarredável registrar a percepção de Cristiano de Sousa Zanetti⁹⁴, que ao discorrer sobre a fragmentação da liberdade contratual nos dias atuais, consigna o que a seguir se transcreve, sendo que antes, contudo, há que salientar que de acordo com o que se sustenta no presente estudo, tais restrições não se limitam a ocorrer nas relações de consumo:

No direito brasileiro, não se hesita em afirmar que há, de um lado, os contratos submetidos aos limites clássicos e, de outro, os que regulam as relações de consumo, sujeitos a restrições bastante incisivas. Esse foi o panorama que se apresentou em 1990, quando o Código de Defesa do Consumidor passou a conviver com o Código Civil de 1916 e com o Código Comercial de 1850.

Pelo fio do exposto, a consideração do aspecto do direito contratual como redutor das falhas de mercado parece propor uma trégua ou mesmo oportunizar um ponto de convergência entre a teoria contratual clássica, eminentemente individualista e liberal, e os indiscutíveis e notáveis avanços operados a partir da influência, sobretudo, solidarista, inseridos pelo legislador com o manifesto escopo de conduzir a um novo paradigma, qual seja, do Estado do Bem-Estar Social, *Welfare State ou Étate Providence*.

⁹³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 633.

⁹⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e a sua fragmentação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5, p. 271.

Isso porque se, de um lado, é certo que devem ser combatidos os inegáveis desequilíbrios que se verificam entre os indivíduos e que oportunizam o exercício abusivo dos poderes informacional e de mercado, que tantos efeitos nocivos podem causar, também é certo que se generalizadas tais circunstâncias e admitida a intervenção estatal desmedida nos domínios privados, conduzir-nos-á às mesmas espécies de problemas, tão somente alterando quem e quantos serão os prejudicados, bem como a magnitude dos prejuízos envolvidos.

Portanto, a validade da teoria contratual clássica parece-nos ainda plenamente hígida, tampouco podendo constituir objeto de desprezo. Todavia, a sua aplicação restringe-se àquelas situações nas quais se apresentam as mesmas circunstâncias que se supunham quando de sua elaboração.

Assim, em decorrência das gigantescas transformações econômicas e sociais dos últimos tempos, cada vez mais observamos situações em que os seus pressupostos de aplicação não se fazem presentes e nem mesmo possíveis, isto é, evidenciam-se com maior frequência e profundidade as denominadas falhas de mercado, que estão a exigir uma melhor compreensão pela teoria contratual, até mesmo para auxiliar a análise e a aplicação dos avanços jurídicos até aqui conquistados.

1.6 O DIREITO CONTRATUAL COMO REDUTOR DAS FALHAS DE MERCADO

Supõe-se no presente estudo que uma das razões precípua para a existência do direito contratual⁹⁵ decorra da existência das falhas de mercado, as quais não permitem que o mercado, isoladamente, proporcione o alcance de eficiência econômica e bem-estar social⁹⁶ e mesmo individual.⁹⁷ Nesse sentido, registre-se que o mercado nem sempre é capaz de promover as trocas mutuamente vantajosas, uma vez que em determinadas circunstâncias, em que se apresentam algumas características particulares, conhecidas como falhas de mercado, o mecanismo de mercado, através do simples respeito a mais

⁹⁵ Assim como das demais normas jurídicas que lhe integram e incidem sobre o fenômeno contratual.

⁹⁶ O primeiro Teorema da Economia do Bem-Estar diz que o equilíbrio em mercados competitivos é eficiente no sentido de Pareto. Contudo, a suposição que lá é feita é que, além de os mercados serem competitivos, as partes são informacionalmente equilibradas, o que restringe e muito a possibilidade da sua aplicação. Ademais, não é devidamente considerada a limitação imposta aos mercados decorrente dos custos de transação, tampouco são sopesados os efeitos decorrentes das externalidades que emanam das relações contratuais estabelecidas no âmbito dos mercados.

⁹⁷ Considerando que uma das partes pode ter a sua satisfação (ou utilidade) sobremodo prejudicada, sendo que, no longo prazo, ambos os contratantes podem perder, devido ao efeito agregado da redução dos excedentes econômicos.

livre e irrestrita liberdade contratual, consagrando o princípio da autonomia privada, não é capaz de proporcionar a realização dos acordos de vontades possíveis e, frise-se, eficientes (e, por conseguinte, das trocas), porquanto tais características causam distorções nos incentivos irradiados e resultados percebidos pelos agentes econômicos que participam do mercado.

Como veremos adiante, as falhas de mercado atuam negativamente sobre o que aqui chamamos de eficiência negocial, assim como sobre a eficiência operacional dos mercados, tornando necessário que o direito contratual se faça presente justamente para debelar tais problemas e proporcionar, tanto quanto possível, o alcance de eficiência econômica e bem-estar.

Nesse sentido, economistas, especialmente aqueles dedicados ao estudo da Microeconomia, frequentemente se ocupam acerca da investigação das possíveis causas das falhas do mercado e das possíveis formas de correção. Tal análise desempenha um importantíssimo papel nas decisões sobre políticas públicas.⁹⁸ Aliás, a corrente majoritária (*mainstream*) neoclássica e keynesiana acredita ser possível corrigir os resultados ineficientes do mercado através da atuação dos governos, muito embora outras escolas do pensamento econômico discordem disso⁹⁹.

Nessa esteira, sabidamente a existência das falhas de mercado é com frequência utilizada como justificativa para a intervenção governamental direta, inclusive para

⁹⁸ Inarredável salientar que a intervenção estatal (como, por exemplo, controle de preços e salários, concessão de subsídios, imposição de impostos e regulamentos), inclusive quando supostamente buscam corrigir falhas de mercado, também pode levar a alocações ineficientes de recursos, de modo a igualmente comprometer a eficiência econômica e o bem-estar social, o que é chamado de falhas de governo, pelo que se sustenta que para a tomada de tais medidas é preciso realizar-se uma escolha (*trade-off*) entre os resultados imperfeitos devidos às falhas do mercado ou às falhas de governo.

⁹⁹ Economistas da escola de Chicago, como Milton Friedman, bem como da escola da Escolha Pública (*Public Choice*), sustentam que os efeitos prejudiciais das medidas de intervenção do Estado que buscam corrigir as falhas de mercado, chamadas falhas de governo, podem se revelar ainda mais nocivas. Entre outras considerações, alegam que as falhas de governo podem ser oriundas da cooptação da máquina estatal e do próprio processo democrático por grupos de interesses, denominados de *rent-seekers*, que buscam assim satisfazer os seus anseios, além da própria dificuldade de qualquer tomador de decisão em tentar prever todas as possíveis interações entre produtores e consumidores que ocorrem nos mercados. Para aprofundamento, ver: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo: uma introdução à teoria de escolha pública**. Tradução de Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005. Já os defensores mais extremados do capitalismo livre ou "*laissez-faire*", como os economistas da Escola Austríaca, entre os quais Friedrich Hayek se encontra como expoente, sustentam que não existem os fenômenos denominados de falhas de mercado, somente sendo observadas ineficiências quando os meios escolhidos pelos indivíduos mostram-se incompatíveis com seus objetivos almejados. Ademais, os economistas da Escola Austríaca argumentam que o mercado tende a eliminar suas ineficiências no processo de empreendedorismo, que é motivado pelo lucro, o que o governo, por seu turno, possui grandes dificuldades para conseguir detectar e mesmo corrigir. (CORDATO, Roy E. The Austrian Theory of Efficiency and the Role of Government. **The Journal of Libertarian Studies**, v. 4, n. 4, p. 393–403, 1980. Disponível em: <http://www.mises.org/journals/jls/4_4/4_4_6.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2013).

supostamente legitimar incursões do Estado nos mercados e na esfera particular de modo geral.

Todavia, oportuno ressaltar que antes de o presente trabalho constituir-se na advocacia da intervenção governamental nos domínios privados, em realidade, consubstancia-se na defesa do sistema de mercado, reconhecendo-o como meio de promoção de eficiência econômica e bem-estar¹⁰⁰, mas que, entretanto, não está imune a apresentar deficiências, pelo que o seu funcionamento pode ser aprimorado através de sua adequada normatização, a fim de se corrigir as denominadas falhas de mercado que, por vezes, fazem-se presentes. E não propriamente através da intromissão direta, a qual, acreditamos, possui notadamente efeitos redistributivos, mas sim através do direito contratual, com vistas a corrigir o funcionamento do sistema de mercado¹⁰¹ quando presentes circunstâncias (falhas de mercado) que não permitem a sua regular atuação.

Nesse sentido, interessante ponderar o que Giambiagi e Além prelecionam quando dizem que “deixando de lado questões políticas e ideológicas, a existência do governo é necessária para guiar, corrigir e complementar o sistema de mercado que, sozinho, não é capaz de desempenhar todas as funções econômicas”.¹⁰²

Dessa forma, inicialmente, salienta-se que falha de mercado é um conceito primordialmente oriundo da Microeconomia, especialmente da Teoria do Equilíbrio Geral e da Economia do Bem-Estar, o qual descreve as situações nas quais a alocação de bens e serviços pelo sistema de mercado não se revela economicamente eficiente, tampouco responsável por promover o bem-estar social e, inclusive, em alguns casos, até mesmo o bem-estar individual. Em outras palavras, as falhas de mercado podem ser vistas como

¹⁰⁰ Frise-se que a reiterada menção à eficiência econômica e ao bem-estar não significa que estes sejam os únicos valores ou postulados a serem buscados ou promovidos pelos sistemas jurídicos e ordenamentos legais, mas representam critérios que abarcam grande parte dos valores almejados pelas sociedades livres e constituídas na forma de Estados Democráticos de Direito, sendo mais facilmente identificáveis, verificáveis e mesmo quantificáveis, diferentemente de conceitos mais vagos.

¹⁰¹ Nesse sentido, Luciano Benetti Timm assevera: “Defendemos que o serviço público e a assistência social prestados pelo Estado ou por suas concessionárias ou permissionárias (neste último caso dentro da lógica do mercado) com o subsídio dos impostos é a forma mais eficiente de promoção do texto constitucional e, portanto, dos direitos sociais. Contrariamente a isso, muitos autores, no entanto, tendem a defender que a necessidade de implementação dos direitos fundamentais torna imperiosa a aplicação dos dispositivos constitucionais mesmo no âmbito das relações privadas (contratuais, privadas, etc). Seria esse remédio necessário para combater a ‘injustiça social’ e promover a dignidade humana. Ou seja, um mecanismo de implementação de justiça redistributiva mediante a transferência de riquezas entre privados”. (TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51-62, p. 58).

¹⁰² GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 24. Os mesmos Autores, na mesma página, referem que: “Essa constatação é importante à medida que demonstra que a discussão sobre o tamanho adequado do Estado tem a ver mais com questões técnicas que ideológicas.”

situações nas quais a busca dos indivíduos pelo puro e exclusivo interesse individual pode levar a resultados ineficientes, inclusive de forma a comprometer o funcionamento de todo o mecanismo de mercado, permitindo, assim, que tais situações possam ser melhoradas por meio da intervenção estatal, que aqui defendemos seja através do direito contratual, e não de modo direto.

Portanto, esclareça-se que falhas de mercado, de modo geral, são situações em que o custo marginal social se revela maior que os benefícios marginais obtidos através dos contratos realizados, isto é, em outras palavras, as falhas de mercado comprometem o funcionamento do sistema de mercado, fazendo com que o mesmo não consiga proporcionar a realização das trocas eficientes e possíveis.

Vale registrar que o primeiro uso conhecido do termo se deu pelo economista Francis Bator, no ano de 1958, em seu artigo "*The Anatomy of Market Failure*",¹⁰³ mas o conceito pode ser rastreado até o filósofo vitoriano Henry Sidgwick.¹⁰⁴

Desse modo, a fim de facilitar a compreensão acerca do papel do direito contratual enquanto redutor das falhas de mercado, oportuno mencionar, ainda que de forma sucinta e panorâmica, até mesmo porque cada uma delas será objeto de análise mais aprofundada em capítulo e seções próprias, quais são e em que consistem as falhas de mercado, adaptando-as ao contexto contratual, que é a temática relevante aqui a ser investigada.

Por conseguinte, inicialmente cabe salientar que quatro são as falhas de mercado que consideramos expressamente no presente estudo, as quais são, de modo geral, as mais frequentemente apontadas na literatura econômica. Desse modo, indicamos como principais falhas a assimetria informacional, o poder de mercado, os custos de transação e as externalidades, sendo oportuno registrar, outrossim, que as demais falhas de mercado tratadas na literatura, constituem, em geral, desdobramentos ou subespécies daquelas que aqui são consideradas, porém nada há a impedir a compreensão da existência de novas categorias, até mesmo se melhor servirem para explicar e analisar os fenômenos estudados.

Portanto, inicialmente, oportuno registrar que a assimetria informacional consiste nos problemas que se verificam nas situações de interação nas quais uma das partes possui maior conhecimento ou quantidade de informações a respeito dos bens ou interesses, que pretendam transacionar entre si ou mesmo a respeito das suas condutas ou qualidades,

¹⁰³ BATOR, Francis M. *The Anatomy of Market Failure*. **Quarterly Journal of Economics**, v. 72, n. 3, p. 351-79, 1958.

¹⁰⁴ MEDEMA, Steven G. *The Hesitant Hand: Mill, Sidgwick, and the Evolution of the Theory of Market Failure, History of Political Economy*. **On Line Working Paper**, v. 39, n. 3, p. 331-358, 2007.

sendo impossível ou muito custoso para a contraparte proceder à verificação das efetivas características ou monitorar os desempenhos, em outras palavras, são os desequilíbrios informacionais apresentados pelas partes contratantes,¹⁰⁵ o que também pode fazer com que uma das partes se valha dessa circunstância para obter vantagens em detrimento da outra.

Vale dizer que as assimetrias informacionais não influem direta e propriamente sobre o poder de barganha que cada um dos contratantes apresenta, mas sim na percepção das vantagens e desvantagens das reais e efetivas consequências - mediatas ou imediatas - da contratação, o que, por vezes, dizendo-se de forma bastante simplificada, faz com que um determinando contratante imagine estar contratando algo, mas que, na realidade, trata-se de coisa diversa.

O poder de mercado, por sua vez, consiste nos desequilíbrios de forças de mercado observadas entre as partes contratantes, o que pode ensejar que uma parte se sobreponha à outra, impondo os seus desígnios ou restringindo a liberdade de escolha da contraparte e, assim, permite a obtenção de vantagens por uma das partes à custa da outra. Dessa forma, o poder de mercado influi no poder de negociação (negocial) que cada uma das partes contratantes apresenta, mais precisamente sobre o poder de barganhar os termos e as condições da negociação e, ressalte-se, em relação a todos os aspectos negociais, o que não se limita apenas ao preço e à quantidade, mas atinge a própria delimitação do objeto do contrato e dos seus sujeitos,¹⁰⁶ além da forma de pagamento e mesmo o modo do cumprimento contratual, ou seja, a quase totalidade das possíveis previsões e disposições contratuais.

Já os custos de transação consistem nos custos que se incorre ao realizar as trocas no mercado, o que reduz os excedentes econômicos, ou seja, é o custo de se participar do mercado, o que, evidentemente, não se confunde com os gastos ou valores referentes aos bens em si transacionados.

¹⁰⁵ Ressalte-se que não se restringe a atingir somente as partes efetivamente contratantes, uma vez que seus efeitos podem também recair sobre a demanda e a oferta potenciais existentes nos mercados e, assim, inclusive inibir a atividade contratual, comprometendo a eficiência econômica e o bem-estar social, o que igualmente se observa ocorrer, inclusive com maior nitidez, em relação aos problemas dos custos de transação e das externalidades.

¹⁰⁶ Como se verá adiante, muitas vezes a delimitação do objeto e dos possíveis sujeitos dos contratos são definidos por normas de outras áreas do Direito que não especificamente o direito contratual, como, por exemplo, no que tange à exigência dos contratos possuírem objeto lícito, pelo que, portanto, dependem do que é definido pelo sistema jurídico como lícito, ilícito ou licitamente transacionável. Outras vezes, é a realidade fática ou circunstancial que restringe quem pode ou não ser sujeito de determinados contratos, como, por exemplo, nos casos dos monopólios naturais.

Ademais, vale desde já ressaltar que os custos de transação classificam-se em subespécies, dentre as quais, estão inseridas as despesas referentes à monitoração e à implementação dos contratos, o que, por seu turno, abrange a necessidade de se assegurar o cumprimento ou a reparação dos contratos descumpridos. Dessa forma, inserem-se os custos referentes à necessidade da existência de instituições responsáveis por assegurar o cumprimento dos contratos e mesmo de deliberar acerca das consequências oriundas da verificação da impossibilidade de seus cumprimentos, como é o caso dos sistemas judiciais, o que se verá na seção própria.

Por fim, as externalidades (ou consequências sobre o exterior), de acordo com a definição estritamente econômica, são os efeitos positivos (benefícios) ou negativos (custos) impostos a terceiros, como decorrência da produção ou do consumo de bens ou serviços, sendo que, entretanto, no caso aqui estudado, decorrentes das relações contratuais (ou mesmo incidentes sobre elas). Ou seja, trata-se da imposição involuntária de custos ou benefícios a terceiros que não aquiesceram ou que não estão diretamente ligados aos contratos que lhe deram causa.

Como se infere, de modo geral, o indivíduo ou indivíduos atingidos pelas externalidades positivas ou negativas resultantes da produção ou do consumo não estão diretamente envolvidos na respectiva oferta ou demanda dos bens ou serviços em questão. Desse modo, quando ocorre uma externalidade, o preço de mercado não sinaliza adequadamente o nível a ser produzido ou consumido do respectivo bem ou serviço.

Dessa forma, desde já é possível inferir que uma das principais finalidades do direito contratual parece ser justamente enfrentar as falhas de mercado, pelo que sendo compreendida essa circunstância, o que, aliás, quiçá seja imperioso, é possível que seja proporcionado o alcance de maior eficiência econômica e bem-estar social e quiçá individual,¹⁰⁷ ensejando uma mais ampla e orgânica compreensão do fenômeno contratual, permitindo, assim, uma melhor interpretação e mesmo conformação do Direito Contratual,¹⁰⁸ o que conduz a sua aplicação mais eficaz e pragmática.¹⁰⁹

Outrossim, como se verá adiante, tal compreensão parece também servir para subsidiar as teorias jurídicas contratuais de cunho mais abstrato e teórico, muitas das quais

¹⁰⁷ Dependendo das circunstâncias e mesmo dos contornos conceituais adotados.

¹⁰⁸ Frise-se, mais uma vez, igualmente das normas que lhe são afins.

¹⁰⁹ Interessante teste é buscar identificar qual ou quais falhas de mercado cada uma das nas normas de direito contratual, assim como os dispositivos legais pertinentes, como, por exemplo, os referentes aos contratos do Código Civil brasileiro, visam a combater, sendo que, na maioria das vezes, inclusive sem grandes esforços, é possível encontrar, muito embora, frise-se, não seja possível nem tampouco recomendável proceder a generalizações.

intuitivamente pertinentes, mas baseadas fortemente em conceitos subjetivos, algumas vezes até mesmo descoladas da realidade. Dessa forma, torna possível fornecer elementos mais pragmáticos e com maior possibilidade de constatação e verificação, ensejando ao direito contratual uma feição mais realista e funcional, despida o tanto quanto possível dos subjetivismos próprios dos egotismos provenientes, ainda que seminalmente, de compreensões particulares e crenças individuais, as quais não mais encontram lugar na realidade dos mercados atuais, onde o dinamismo e a busca por evidências rapidamente fazem com que teses insuscetíveis de verificação sejam contornadas ou superadas, como o curso da água que encontra no relevo geográfico o seu leito preferível, ainda que muitas vezes não ideal.

De qualquer forma, há que desde já se ressaltar o aparente paradoxo que daí se origina, porquanto a partir dessa compreensão se infere que a existência do mercado somente é possível porquanto ensejado o exercício da autonomia volitiva e da liberdade negocial e mesmo contratual, derivados precipuamente do asseguramento da autonomia privada, porém é justamente em razão de que os mercados sozinhos não se revelam sempre funcionais e eficientes, que emerge a necessidade e mesmo a justificativa para a existência do direito contratual, ou seja, a própria existência do direito contratual é a prova de que o sistema de mercado, exclusivamente, não é, pelo menos não sempre e em todos os casos, capaz de proporcionar eficiência econômica e bem-estar social.

Desse modo, é possível constatar que o tipo de conformação do direito contratual pode criar cenários em que os mercados se revelem, em equilíbrio, eficientes, incentivando a otimização da alocação dos recursos existentes por meio da tendência ao exaurimento das transações mutuamente vantajosas existentes. Todavia, de modo inverso, pode também criar cenários de equilíbrios ineficientes, em que não hajam tais estímulos, isto é, dificultado ou impossibilitado que essas potenciais transações mutuamente vantajosas se concretizem; ou, ainda que se realizem, façam com que uma das partes possa se beneficiar à custa da outra, o que permite considerar, além da existência de equilíbrios eficientes, igualmente equilíbrios ineficientes de mercado, a depender de como os mercados são estruturados pelo direito contratual, assim como pela intensidade em que as falhas de mercado comprometem o funcionamento do mecanismo que lhes é peculiar. Por conseguinte, é possível que a eficiência do mercado, seja em termos negociais ou

operacionais, possa ser perseguida através do desenho ou arranjo ótimo das normas contratuais e das instituições que a ele dizem respeito.¹¹⁰

Exatamente nesse sentido, pertinente é ponderar que o maior ou menor crescimento econômico não seja apenas consequência (ou mais fortemente afetada pelas) das características materiais apresentadas por um determinado país ou região,¹¹¹ como tradicionalmente são consideradas as condições de produção (disponibilidade de recursos naturais, custos de matéria prima e mão de obra), mas sim decorrência do cenário jurídico e institucional,¹¹² no caso, especialmente no que se refere ao direito contratual e aos meios de implementá-lo, que podem ou não estimular a realização de um maior número de transações e, com isso, ensejar maior crescimento e eficiência econômica, tanto no sentido de Pareto como de Kaldor-Hicks, contribuindo inclusive para melhorias nos níveis de bem-estar social.¹¹³

Antecipando críticas, há que se dizer que existem normas que incidem sobre os contratos e mesmo sobre os mercados enquanto instituições que na realidade pertencem ou são originárias de outras áreas do Direito, muito embora se comuniquem com o direito contratual, exercendo, direta ou indiretamente, influência sobre esta temática. Ilustração dessa circunstância, *verbi gratia*, é a vedação de que os contratos possuam objetos ilícitos, ou seja, a delimitação do que pode ou não ser objeto de um contrato.

Nesse tocante, o que define o que é ilícito e, portanto, o que pode ou não ser objeto de um contrato, não é propriamente o direito contratual, mas sim outros ramos do Direito, inclusive de hierarquias normativas diferentes, nos quais, muitas vezes, são realizadas escolhas de ordem moral e axiológica, o que o mercado como instituição e mesmo o direito contratual puro não deveriam - pelo menos não como objetivo precípua - valorar, mas sim induzir ou otimizar o alcance desses objetivos previamente estipulados por normas de outros matizes.

¹¹⁰ Como exemplo já enfrentado pela literatura, podem-se citar, relativamente aos problemas oriundos da assimetria informacional, as ineficiências observadas nos mercados de carros usados (AKERLOF, 1970), o que será visto mais detalhadamente na seção própria sobre informação assimétrica. Quanto ao poder de mercado, pode-se citar como exemplo a ocorrência de peso morto, que é gerado tanto em razão da existência de poder de monopólio como de monopsonio, o que também será visto com mais minúcia na seção pertinente, da mesma forma em relação aos custos de transação e às externalidades.

¹¹¹ Para aprofundamento, sobre Economia Institucional, ver NORTH, Douglas. **Transactions Costs, Institutions and Economic Performance**. San Francisco: ICS, 1992.

¹¹² TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; BALBINOTTO NETO, Giacomio. Economia constitucional: efeitos das variáveis econômicas sobre o crescimento econômico. **Berkeley Program in Law and Economics**, 2008. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alcde/042308-1>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

¹¹³ Nesse diapasão, ademais, oportuno também mencionar que a forma como é formatado o direito contratual pode contribuir para o maior ou menor alinhamento dos interesses individuais e coletivos ou mesmo sociais, o que pode refletir, por sua vez, na observação de maiores níveis de bem-estar social.

Nessa exata esteira, encontramos a muito atual e acirrada discussão acerca dos limites do mercado, ou seja, sobre o que pode ou não ser negociado, em outros termos, ser ou não objeto de um contrato, como, por exemplo, os debates sobre a possibilidade de se negociarem órgãos humanos¹¹⁴ e outros bens considerados de elevado valor moral, pelo que muitos consideram indevida a possibilidade de suas precificações e que até mesmo seja isso afrontoso.

Nesse tocante, o mercado como instituição parece não possuir a capacidade de fornecer respostas satisfatórias quanto ao que deve ou não ser passível de negociação e, por conseguinte, constituir-se objeto de um contrato. Todavia, podem, sim, os mercados, por meio do direito contratual, ser formatados de modo que as escolhas realizadas, independentemente de quais, sejam melhor e mais facilmente alcançadas, com maior eficácia e eficiência em termos econômicos.¹¹⁵ Aliás, como já ressaltado, supõe-se que cabe, por exemplo, a outros ramos do Direito a efetiva incumbência de delimitar a exata extensão do mercado.

1.6.1 Falhas de Mercado e suas Implicações

Conforme aqui sustentamos, as falhas de mercado, em essência, afetam negativamente de duas formas o funcionamento dos mercados.¹¹⁶ Nessa esteira, registre-se que as falhas de mercado podem tanto comprometer a eficiência negocial, como a eficiência operacional dos sistemas de mercado, que é o que se verá a seguir.¹¹⁷

1.6.1.1 Eficiência Negocial

A escolha do termo eficiência negocial se deve ao fato de que algumas das falhas de mercado atuam mais diretamente sobre os processos negociais que se estabelecem no

¹¹⁴ O que é vedado pela legislação brasileira.

¹¹⁵ Esclareça-se que eficiência em termos econômicos não significa preocupações de ordem financeira ou monetária, mas tão somente otimizar a alocação e utilização de recursos que são escassos, através da análise das alternativas disponíveis e de suas respectivas implicações.

¹¹⁶ Oportuno distinguir, sucintamente, que o mercado constitui-se em uma abstração que representa os agregados da oferta e da demanda, sendo que o mecanismo de mercado, por seu turno, representa a lógica econômica pela qual as transações se realizam no âmbito dos mercados (expectativas de acréscimos de satisfação recíprocas), isto é, através do livre acordo de vontades que estipulam as trocas. Nesse particular, pertinente mencionar que os mercados existem ainda que as trocas não se realizem mediante correspondente em pecúnia, vez que para tanto basta que sejam realizadas trocas voluntárias.

¹¹⁷ Os problemas oriundos das falhas de mercados podem surgir antes mesmo do estabelecimento das relações contratuais, bem como na fase de negociação e formação, e, ainda, durante o processo de cumprimento ou extinção dos contratos.

âmbito dos mercados, de modo a comprometer a eficiência dos acordos de vontades e de suas respectivas transações, ou seja, atingem as relações que se instauram entre as partes contratantes, por meio do desequilíbrio do poder de barganha ou do poder informacional apresentado entre os contratantes, no interior da própria relação contratual.

Nesses casos, o mecanismo de mercado, que se supõe seja capaz de promover as trocas mutuamente vantajosas, torna-se incapaz de fazê-lo, pelo menos em sua plenitude. E mesmo que os acordos de vontades e transações ocorram, a eficiência econômica e o bem-estar restam comprometidos, não sendo atingidos em todas as suas potencialidades, ou seja, ficam aquém dos patamares alcançáveis quando existentes entre os contratantes um mínimo de equilíbrio informacional e de poder de barganha,¹¹⁸ ensejando um mínimo de liberdade contratual, o que se constitui pressuposto para o efetivo funcionamento do mecanismo de mercado (e, igualmente, pressuposto da teoria contratual clássica).

Desse modo, quanto à eficiência negocial, primeiramente, importa dizer que existem falhas de mercado que incidem sobre o equilíbrio do poder de barganha ou mesmo sobre a capacidade ou aptidão negocial dos agentes envolvidos, fazendo com que uma das partes possa se beneficiar às custas da outra,¹¹⁹ como, *verbi gratia*, através do próprio poder de mercado e mesmo dos efeitos nocivos da assimetria informacional, o que faz atentar para a circunstância de que em cenários de completa inexistência de marcos estatais pode ocorrer, em realidade, redução da liberdade de escolha (e, portanto, da efetiva autonomia volitiva), comprometendo assim a eficiência econômica e o bem-estar.

Por conseguinte, quando uma parte contratante, detentora de poder de mercado ou de poder informacional, vale-se dessa condição para impor a sua vontade à contraparte, de modo, geralmente, consciente (poder de mercado) ou não (assimetria informacional), restringe ou mesmo elide quase que completamente a liberdade de escolha e a autonomia volitiva da parte prejudicada, atingindo, assim, a eficiência negocial dos mercados e, conseqüentemente, comprometendo o alcance da eficiência econômica e do bem-estar.

Nesse ponto, interessante consignar que o problema da informação assimétrica difere do poder de mercado na medida em que não atinge propriamente o poder de barganha das partes informacionalmente desniveladas, mas em verdade faz com que o agente prejudicado desconheça os efetivos efeitos ou implicações de suas escolhas. Assim,

¹¹⁸ Compreenda-se aqui que o equilíbrio ao qual se refere não significa que supostamente deveria haver perfeita simetria, mas tão somente que haja um mínimo de equilíbrio de poder informacional e de poder de mercado que impeça imposições de uma parte à outra.

¹¹⁹ Tais benefícios podem ser obtidos intencionalmente ou não, bem como de forma, geralmente, consciente (poder de mercado) ou inconsciente (assimetria informacional).

as restrições provenientes do poder de mercado, via de regra, são conhecidas ou passíveis de observação pelo contratante prejudicado, sendo que, diversamente, aquelas oriundas da informação assimétrica não o são, pelo menos não na formação do negócio.

Portanto, pode mesmo haver restrição da liberdade contratual e mesmo do efetivo exercício da autonomia da vontade¹²⁰ de uma das partes, pois tais falhas - poder de mercado e assimetria informacional - incidem sobre a capacidade ou a aptidão negocial das partes, inclusive direta (poder de mercado) ou indiretamente (informação assimétrica) afetando o equilíbrio do poder de barganha existente entre os agentes econômicos envolvidos, fazendo com que uma das partes, como antes referido, possa se beneficiar prejudicando a outra.

E não se entenda que a liberdade de escolha e a autonomia volitiva que aqui se preconizam devam ser exercidas no mercado e por meio do mecanismo de mercado assim o sejam de forma plena e irrestrita, como se todas as vontades pudessem ser conjuntamente equacionadas ou atendidas, até porque a liberdade contratual individualmente considerada que se exerce no mercado, isto é, por cada uma das partes, em razão da própria lógica do funcionamento do mecanismo de mercado, é formalmente equilibrada, mas, frise-se deveras, materialmente limitada, principalmente pelos recursos (por exemplo, bens, serviços e interesses de modo geral) disponíveis pelas partes contratantes e as suas respectivas taxas marginais de substituição¹²¹, o que

¹²⁰ O que, como vimos no primeiro capítulo, não mais pode ser confundido com a autonomia privada, fonte de obrigações para os particulares, tampouco com o princípio da liberdade contratual.

¹²¹ Conforme PINDYCK; RUBINFELD, 2006, a taxa marginal de substituição correspondente à quantidade máxima de um bem que um consumidor deseja deixar de consumir para obter uma unidade adicional de outro bem. HUBBARD; O'BRIEN, 2010, por sua vez, definem a taxa marginal de substituição como a inclinação de uma curva de indiferença, o que representa a taxa que um consumidor estaria disposto a trocar um bem por outro. Outrossim, oportuno transcrever o que Varian preleciona quando esclarece que “a inclinação da curva de indiferença é conhecida como a taxa marginal de substituição (TMS). O nome provém do fato de que a TMS mede a taxa à qual o consumidor está propenso a substituir um bem por outro. Suponhamos que retiramos do consumidor um pouco do bem 1, Δx_1 . Damos-lhe, então, Δx_2 , quantidade suficiente apenas para colocá-lo de volta em sua curva de indiferença, de modo que ele fique tão bem depois dessa substituição de X_2 por X_1 como estava antes. Consideramos a razão $\Delta x_1/\Delta x_2$ como sendo a taxa à qual o consumidor está propenso a substituir o bem 2 pelo bem 1. Imaginemos agora Δx_1 como uma mudança muito pequena - uma mudança marginal. Então, a taxa $\Delta x_1/\Delta x_2$ mede a taxa marginal de substituição do bem 2 pelo bem 1. À medida que Δx_1 diminui, $\Delta x_1/\Delta x_2$ aproxima-se da inclinação da curva de indiferença, conforme pode ser visto na Figura 3.11. Quando grafarmos a razão $\Delta x_1/\Delta x_2$, consideraremos tanto o numerador quanto o denominador sempre como números pequenos - que descrevem mudanças marginais na cesta de consumo original. Assim, a razão que define a TMS descreverá sempre a inclinação da curva de indiferença: a taxa à qual o consumidor está propenso a substituir um pouco mais de consumo do bem 2 por um pouco menos de consumo do bem 1. O que confunde um pouco a respeito da TMS é que ela costuma ser um número negativo. Já vimos que as preferências monotônicas implicam que as curvas de indiferença têm de ter inclinação negativa. Como a TMS é a medida numérica da inclinação de uma curva de indiferença, ela naturalmente será um número negativo. A taxa marginal de substituição avalia um aspecto interessante do comportamento do consumidor. Suponhamos que o consumidor tenha preferências bem-comportadas, isto é, monotônicas e convexas, e que ele atualmente consuma algum tipo de cesta (X_1, X_2). Agora, proporemos a ele um negócio: ele poderá trocar o bem 1 pelo

primordialmente permite o aumento de eficiência econômica e bem-estar, mas também e inclusive pelo poder informacional e de mercado que cada uma das partes apresenta.

Contudo, admitir excessos¹²² quanto à utilização do poder informacional e de mercado para definir o processo de barganha (o que, frise-se, não se confunde com os ganhos de utilidade que se dão a partir das trocas oportunizadas em razão das diferenças existentes entre as taxas marginais de substituição observadas entre dois indivíduos e que se devem, principalmente, às preferências individuais, a dotação de recursos e a restrição orçamentária de cada um dos contratantes¹²³) pode ser tão nocivo quanto não permitir que as partes livremente equacionem, resolvam e delimitem seus próprios termos negociais, com base no livre confronto de suas forças, sejam elas informacionais ou de poder de mercado.

Oportuno consignar as impressões de Rafael Vanzella ao discorrer sobre a evolução da compreensão de Roppo sobre o fenômeno contratual (O contrato, de Enzo a Vicenzo), que precisamente se encaixam com o que aqui se sustenta:

Em terceiro lugar - e é aqui que se delinea o novo paradigma contratual -, a contemplação do modelo de assimetria de poder contratual, caracterizado pela circunstância de um dos contratantes estar em situação de desequilíbrio por não poder exercer seu poder (formativo) de estabelecer o clausulado contratual, o qual é fixado unilateralmente pela outra parte contratante [Il contratto del duemila, 56].

bem 2, e vice-versa, em qualquer quantidade, a uma 'taxa de troca' de E. Ou seja, se o consumidor abrir mão de Δx_1 unidades do bem 1, ele poderá obter em troca $E\Delta x_1$ unidades do bem 2. Ou, ao contrário, se abrir mão de Δx_2 unidades do bem 2, poderá obter $\Delta x_2/E$ unidades do bem 1. Do ponto de vista geométrico, estaremos oferecendo ao consumidor a oportunidade de se mover para qualquer ponto ao longo de uma reta com inclinação de -E que passa por (X_1, X_2) , conforme mostrado na Figura 3.12. A movimentação para cima e para a esquerda de (X_1, X_2) envolve a troca do bem 1 pelo bem 2, e a movimentação para baixo e para a direita envolve a troca do bem 2 pelo bem 1. Em qualquer dos movimentos, a taxa de troca é E. Como a troca envolve sempre a desistência de um bem em troca de outro, a taxa de troca E corresponde à *inclinação* de -E. Agora podemos perguntar qual deve ser a taxa de troca para que o consumidor prefira continuar em (X_1, X_2) ? Para responder a essa pergunta, observamos simplesmente que a qualquer tempo em que a reta de troca cruze a curva de indiferença, haverá alguns pontos naquela reta que serão preferidos a (X_1, X_2) - que se situam acima da curva de indiferença. Assim, se (X_1, X_2) não se mover, a reta de troca terá de tangenciar a curva de indiferença. Ou seja, a inclinação da reta de troca, -E, tem de ser a inclinação da curva de indiferença em (X_1, X_2) . A qualquer outra taxa de troca, a reta de troca cortaria a curva de indiferença, permitindo, assim, que o consumidor se movesse para um ponto de maior preferência. Assim, a inclinação da curva de indiferença, a taxa marginal de substituição, mede a taxa em que o consumidor se encontra na fronteira entre trocar ou não trocar. A qualquer taxa de troca que não seja a TMS, o consumidor quererá trocar um bem pelo outro. Mas, se a taxa de troca igualar a TMS, o consumidor quererá ficar onde está." (VARIAN, 2006, p. 50-52).

¹²² Mas saliente-se, tais situações não podem ser generalizadas, porém consideradas como *hard cases*, com todo o rigor e cautela. Pertinente, ver CARVALHO, Cristiano; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. The Overcoming of Legal Rules in the Judges' Decision-Making: a Maximizing Model. UC Berkeley. 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/4h7508fp>>. Acesso em: 10 de fev. 2013.

¹²³ Para uma compreensão melhor a respeito do tema, o que inclusive faz necessário compreender no que consistem as curvas de indiferença (que representam todas as combinações de cestas de mercado que geram o mesmo nível de satisfação para um consumidor), ver, por todos, PINDYCK; RUBINFELD, 2006, capítulos 3, 4 e 5, e VARIAN, 2006, capítulos 1 a 7.

Neste ponto se identifica o novo Roppo. Enzo, conquanto conteste a fórmula "do contrato ao status" [O contrato, 26-27] - inversa portanto àquela de H. S. Maine -, não deixa de se referir às posições de superioridade ou inferioridade econômica e social das partes contratantes [O contrato, 327], o que é muito próximo da idéia de classe e de status. Roppo não havia, então, se livrado das amarras de um modelo que considera as características subjetivas dos contratantes, tanto que privilegia um controle da liberdade contratual *ex ante*, por meio de ações neutralizadoras do legislador [O contrato, 327-334]. *Vincenzo rompe com esse vacilo e, na verdade, reajusta a dogmática do direito contratual à fórmula de H. S. Maine, desprezando por completo a idéia de posição socioeconômica dos contratantes. O fundamental, no modelo de Vincenzo, é a assimetria de poder contratual verificada em concreto, apreciável com maior ou menor discricionariedade caso por caso pelo juiz [Il contratto del duemila, 44].*^{124 e 125} (Grifo nosso).

Imperioso existir, assim, um mínimo equilíbrio, de modo que não seja tão desprezada a vontade de contratar de uma das partes (em sentido amplo, abarcando-se as três dimensões da liberdade de contratar), que o próprio mecanismo de mercado deixe de ser funcional, tornando-se somente palco de supostas trocas, as quais, em realidade, não passam de imposições quase despóticas, como em uma espécie de ditadura privada, em que a reedição da primitiva lei do mais forte toma novos e mais sofisticados contornos.

Ou seja, se não houver pelo menos a potencial¹²⁶ existência de aumento de satisfação recíproca, de acréscimos de utilidade mútuos, não haverá contrato, mas sim tão somente sujeição. E, ressalte-se, parecem ser justamente essas distorções que ensejam, em grande parte, o surgimento de movimentos socializantes e voltados a uma suposta justiça

¹²⁴ VANZELLA, 2005, p. 225.

¹²⁵ Segue o Autor indagando para então responder principalmente de acordo com a visão do agora Vincenzo (Roppo): "Estar-se-ia, então, com o enfraquecimento do *pacta sunt servanda*, diante do definitivo declínio da figura do contrato, idéia repelida por Enzo nos anos 70 do século XX [O contrato, 335-348]? Não, certamente. As previsões apocalípticas, Roppo - ambos aliás - objeta sempre com tendências outras do próprio sistema, aparentemente contraditórias, mas que, em verdade, acabam por redefinir o contrato, de modo não a sucumbilo, e sim a revalorizá-lo. Em primeiro lugar, caberia afirmar que não é em todos os contratos que se apresenta assimetria de poder contratual. Em segundo lugar, aponta Vincenzo que as próprias nulidades com que se sancionam contratos econômica ou normativamente desequilibrados ou que, ainda, violem deveres secundários são, em sentido atécnico, 'relativas': tanto subjetivamente, pois só o contratante débil pode invocá-las, quanto objetivamente quando 'contamina' somente uma parte do contrato, apenas das cláusulas nulas é que se decreta a invalidade, cabendo a suplementação *ex lege* da lacuna com base em parâmetros normativos pró-contratante débil [*Il contratto del duemila*, 32-33]. Ocorre, destarte, uma contenção das conseqüências da invalidade, em função da preservação do vínculo contratual. E, em terceiro e último lugar, conforme já no século passado sustentou Enzo - quem não é, absolutamente, desprezado por Vincenzo -, verifica-se, cada vez mais constantemente, a 'recuperação da contratualidade': em diversos fenômenos assume o contrato a função de instrumento de mediação social, retomando para sua lógica situações que nela ingressariam só de forma distorcida se não fossem as modificações do próprio direito dos contratos, e, outrossim, conquistando espaços novos [O contrato, 337]." (VANZELLA, 2005, p. 226).

¹²⁶ Essa ausência de aumento potencial (ou inexistência da possibilidade de aumento) das satisfações recíprocas, ainda que desequilibradas, pode se dar tanto no nascimento do contrato, como no próprio decorrer do seu cumprimento, o que, inclusive, parece justificar parte das teorias de revisão dos contratos por causas supervenientes.

social, que podem e muitas vezes causam tantos prejuízos e desvios quanto visam a pretensamente combater.

Assim, aliás, pertinente ressaltar, conforme será visto nos tópicos pertinentes, que não é qualquer poder de mercado ou informação assimétrica que deverá ser alvo de repúdio. Em verdade, é necessário ponderar, obviamente, tanto as restrições que são oriundas das falhas de mercado, como aquelas que podem surgir a partir da tentativa de corrigi-las. Um bom guia para tal tarefa é verificar qual das medidas representa menor cerceamento da liberdade das partes contratantes. Ademais, vale perquirir a origem das falhas de mercado, parecendo-nos menos reprováveis quando oriundas de investimentos produtivos e não meramente derivadas de circunstâncias acidentais ou, por exemplo, através da obtenção de privilégios governamentais.

Reitera-se, sucintamente, que a eficiência negocial, que é relacionada à liberdade contratual (em suas três dimensões, atingindo o que entendemos por liberdade de escolha e, portanto, inclusive a autonomia volitiva), pelo comprometimento do poder de barganha e do equilíbrio informacional das partes, é mais diretamente atingida pelos problemas do poder de mercado e da informação assimétrica, fazendo com que a alocação ineficiente seja decorrência de falhas que se verificam internamente às relações contratuais, causando desequilíbrios entre as partes contratantes, de modo a comprometer as suas capacidade ou aptidões negociais.

1.6.1.2 Eficiência Operacional

De outro lado, existem falhas de mercado que não atuam propriamente sobre o poder de barganha ou sobre a aptidão negocial das partes contratantes, mas sim sobre a magnitude dos retornos esperados de todos os contratantes, efetivos ou em potência, o que pode fazer que tanto trocas que inicialmente seriam mutuamente vantajosas deixem de sê-lo, pelo que, dessa forma, deixam de ser realizadas; quanto trocas que, muito embora ainda assim se realizem, apresentem retornos diminuídos aos contratantes, o que implica no surgimento de ineficiências, tanto em âmbito individual quanto social.

Outrossim, a eficiência operacional do mercado também pode ser comprometida quando, embora a magnitude dos retornos esperados das partes contratantes não seja diretamente afetada, haja a irradiação de efeitos para terceiros estranhos às relações contratuais (caso em que os contratos prejudicam a terceiros), fazendo com que o custo

social de tais atividades seja mais elevado do que os benefícios experimentados por uma ou ambas as partes.

Ademais, a impossibilidade ou mesmo a dificuldade de proceder à adequada mensuração dos custos esperados das atividades contratuais pode se consubstanciar em desestímulo às contratações, porquanto os potenciais contratantes não conseguem mensurar devidamente os seus retornos esperados.¹²⁷

Como ilustração de falhas de mercado que atuam, ou melhor, prejudicam a eficiência operacional dos mercados, podemos citar os custos de transação e as externalidades, que influem na magnitude dos retornos esperados de uma ou de ambas as partes, o que pode tornar as trocas menos benéficas ou, até mesmo e não raras vezes, não passíveis de realização, por não se revelarem vantajosas.

Outra hipótese de consequência nociva sobre a eficiência operacional é aquela decorrente notadamente das externalidades, que embora muitas vezes não comprometam diretamente os retornos esperados, prejudicam os resultados percebidos pela sociedade, que acaba por arcar com custos (ou prejuízos) de atividades das quais não se engajou voluntariamente.

Por último, inafastável reconhecer que o mercado, isoladamente, não é capaz de garantir que as avenças previamente pactuadas sejam efetivamente adimplidas, isto é, não assegura o cumprimento, mesmo que forçado,¹²⁸ dos acordos de vontade entabulados, o que, por sua vez, torna imprescindível a existência de instituições que criem incentivos que estimulem os seus cumprimentos ou mesmo mecanismos que forcem as suas execuções. Todavia, inolvidável desde já consignar que o próprio mercado possui sim mecanismos que buscam corrigir tais falhas, entretanto, muitas vezes não se revelam suficientemente eficazes e, em muitos casos, revelam-se verdadeiramente inúteis.¹²⁹

¹²⁷ Em linha semelhante, ver TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; FRAGA, Patrícia. Contratos de Investimento Estrangeiro: segurança jurídica como pressuposto e como incentivo. **Revista Eletrônica da Associação Mineira de Direito e Economia**, maio 2012. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/C2012/article/view/166>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

¹²⁸ Trata-se das hipóteses de execução específica dos contratos, que, aliás, foram substancialmente reforçadas através das últimas alterações implementadas no Código de Processo Civil, as quais parecem se consubstanciar em uma verdadeira valorização das disposições contratuais estabelecidas pelas partes contratantes.

¹²⁹ Por exemplo, citam-se as penalidades sociais, como o ostracismo ou mesmo o comprometimento da reputação, que, mormente em comunidades de tamanho reduzido, podem mesmo se revelarem mais eficazes que medidas judiciais. Interessantes artigos nessa linha: MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, 1963. Disponível em: <http://law.wisc.edu/facstaff/macaulay/papers/non-contractual.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2013; e JUURIKKALA, Oskari. Law and social norms in contractual relationships. **Helsinki Law Review**, p. 49-67. Disponível em: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/6160.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2013.

Nesse particular, como se verá na seção própria sobre os custos de transação, a incapacidade de o próprio mercado fazer valer ou cumprir os acordos de vontade que são entabulados em seu âmbito trata-se de uma das espécies dos custos de transação, mais especificamente no que diz respeito aos custos de monitoramento e implementação dos contratos, o que abrange também as hipóteses de extinção dos contratos diferentes do cumprimento.

Assim, as falhas de mercado podem comprometer a eficiência operacional dos mercados, reduzindo a magnitude dos retornos esperados ou mesmo impossibilitando a realização dos cálculos estimativos quanto aos retornos esperados, o que faz reduzir o número de contratos entabulados e, portanto, resta por prejudicar a eficiência econômica e o bem-estar, bem como, outrossim, faz incidir, em alguns casos, custos ou prejuízos a terceiros que não integram as relações contratuais, o que igualmente prejudica a eficiência econômica e o bem-estar social.

Ademais, vale salientar que, em geral, as falhas de mercado que incidem sobre a eficiência operacional dos mercados não atuam propriamente sobre o processo negocial que se estabelece entre as partes contratantes, seja no que toca ao poder de mercado ou sobre o poder informacional (não incide sobre o poder negocial das partes), tampouco, no mais das vezes, age especificamente sobre determinado contratante, ou seja, não afeta internamente as relações contratuais que se estabelecem no mercado. Incidem, sim, sobre o mercado (ou mercados) como um todo, até mesmo anteriormente ao estabelecimento das relações contratuais (sobremaneira no caso dos custos de transação); seja na magnitude dos retornos esperados de todos os agentes envolvidos, inclusive sobre potenciais contratantes,¹³⁰ seja no surgimento de custos sociais (principalmente quanto às externalidades), acarretando efeitos nocivos para a sociedade de modo geral.

Ainda, importante salientar que as falhas de mercado que atuam sobre a eficiência operacional dizem respeito à forma pela qual os mercados são estruturados através do direito contratual, podendo, assim, facilitar ou mesmo dificultar a realização das relações contratuais, bem como otimizar (ou não) a circulação de riquezas e interesses que ocorre por meio dessas relações. Ou seja, dependendo da forma como os mercados são organizados, faz com que as titularidades dos interesses transacionados sejam mais facilmente e menos onerosamente transmitidas, assim como com o mínimo de perdas

¹³⁰ O que, como já salientado, pode fazer com que trocas que inicialmente se revelariam mutuamente vantajosas não mais assim se revelem, pelo que deixam de ser realizadas, implicando no surgimento de ineficiências.

possível, devido a eventuais fricções internas ao mercado (custos de transação) ou perdas e transbordamentos¹³¹ (externalidades) para o exterior do sistema.

Nesse tocante, muito pertinente é utilizar uma analogia para melhor compreender o que aqui se sustenta. Assim, poderia se imaginar o direito contratual como as normas viárias e de trânsito (sendo que os contratos, por seu turno, podem ser vistos como os veículos), que devem mesmo facilitar o tráfego e a circulação. Portanto, tão mais eficazes (maior eficiência operacional) serão as normas de trânsito quanto, do modo mais seguro possível, facilitarem o tráfego e diminuïrem as perdas que possam daí decorrer.

O direito contratual, de modo análogo, tão mais eficaz será, isto é, possuirá maior eficiência operacional, quanto mais facilitar a circulação de interesses e riquezas entre os indivíduos que os queiram negociar, reduzindo os custos e as fricções que podem ocorrer, o que, inclusive, inclui assegurar, tanto quanto possível, o cumprimento das avenças que ocorrem no âmbito dos mercados.

1.6.2 As Normas de Direito Contratual

Conforme se sustenta, uma das principais finalidades do direito contratual¹³² é debelar ou mesmo mitigar as falhas de mercado, o que se dá através da aplicação de suas normas e mesmo das demais normas jurídicas que incidem sobre o fenômeno contratual.

Aliás, nesse tocante, oportuno destacar que a intervenção estatal no mercado que aqui se admite como sendo precipuamente pertinente restringe-se àquela que se destina a corrigir as falhas de mercado e por meio do direito contratual, até mesmo porque a maior parte das demais espécies de intervenção governamental nos domínios econômicos possui, em nosso sentir, maior probabilidade de apresentar as já mencionadas falhas de governo, porquanto o Estado pretende substituir as escolhas ou atividades que competem, essencialmente, aos particulares, por supostamente se considerar mais capaz para tanto, proporcionando, todavia, em grande parte dos casos, tão somente efeitos redistributivos e mesmo graves distorções no sistema de mercado, com suas consequentes ineficiências econômicas.

¹³¹ Ou *spillover*, como se refere à doutrina de língua inglesa. (COOTER; ULLEN, 2010, p. 231).

¹³² Embora seja evidente, vale salientar que ao se referir a normas, subentende-se tanto regras como princípios, em consonância com a Teoria dos Princípios, ressaltada por autores como ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53-54; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33/34; e CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.

Nesse ponto, ainda, esclareça-se que o direito contratual deve atuar sobre as realidades fáticas que subjazem aos contratos, com vistas a corrigir as falhas de mercado, e não de modo a indicar quais as escolhas deveriam ser eleitas, como se agisse em substituição aos atos decisórios e de escolha dos contratantes; ao contrário, tão somente de forma a permitir que as escolhas sejam feitas da forma mais livre e não constrangida possível por ambas as partes, buscando assim fazê-lo, inclusive, com a menor interferência possível.

Desse modo, importa registrar que o direito contratual atua sobre a materialidade que é subjacente aos contratos basicamente por meio de duas espécies de normas¹³³, sejam elas imperativas ou supletivas¹³⁴, como se verá, sucintamente, na seção seguinte.

1.6.2.1 Ponderações Conceituais acerca das Normas Imperativas e Supletivas de Direito Contratual

Com o desenvolvimento econômico, a dinâmica social e a crescente complexidade das relações negociais, foi tornando-se difícil conceber, progressivamente, que as partes, por si, apenas, pudessem, de forma eficiente, dispor sobre todas as contingências que restavam por ser muito mais metamórficas que o contrato firmado. Não obstante, com o crescente desenvolvimento tecnológico, os desequilíbrios informacionais e de poder de mercado observados parecem cada vez mais se agravar. Assim sendo, os ordenamentos jurídicos foram se adaptando e se conformando de modo a tratar, imperativamente, acerca das circunstâncias que causam ineficiências no mecanismo de mercado e que impedem o escoamento tráfego negocial.

Ao mesmo tempo, passou-se a alargar o quadro de normas que, subsidiariamente, pudessem nortear e, de certa forma, padronizar, a solução dos conflitos envolvendo os negócios jurídicos, conferindo maior segurança, facilidade e eficiência ao tráfego negocial, o qual está por exigir, aliás, cada vez com maior frequência, o enfrentamento de situações massificadas.

¹³³ Classificação esta que leva em conta o caráter obrigatório e inafastável ou suplementar das normas.

¹³⁴ O direito contratual, como aqui se sustenta, constitui-se, basicamente, por normas imperativas e supletivas, as quais incidem sobre as materialidades e as qualificam juridicamente, transformando-as em contratos. Assim, o direito contratual é tudo aquilo que adere ao acordo de vontades, transformando-o em algo distinto, isto é, no efetivo contrato.

Nesse sentido, pertinente realizar, ainda que de forma concisa, algumas ponderações acerca das normas imperativas e supletivas do direito contratual, como a seguir se faz.

1.6.2.1.1 Normas Contratuais Imperativas

Princípio basilar do Direito Privado, o princípio da autonomia privada determina que, no campo dos negócios privados, as partes podem livremente dispor sobre seus interesses, segundo sua vontade, dentro do marco regulatório proposto pelo Estado. Isso significa que não há uma liberdade plena ou absoluta, mas uma liberdade exercida dentro dos limites normativos impostos pelo Estado de Direito.

Nessa esteira, podem-se definir, então, as normas imperativas de direito contratual como aquelas que são impostas, de modo geral, a todos os indivíduos inseridos em uma relação contratual e que são de observação obrigatória, não podendo constituir objeto de negociação ou ser afastadas, ainda que com a concordância de todas as partes integrantes da relação contratual.

Nesse diapasão, cabe salientar que as normas imperativas de direito contratual podem ter origem nos mais diferentes níveis hierárquicos normativos, distinguindo-se, contudo, pela cogência e inafastabilidade. Assim, podem se encontrar não só na legislação infraconstitucional, como se observa, *verbi gratia*, no Brasil, por excelência, no Código Civil, que trata das relações de Direito Privado, bem como no Código de Defesa do Consumidor, mas também em diversas disposições da própria Constituição Federal.

As normas imperativas de direito contratual são disposições imperiosas às partes e que, inicialmente, podem insinuar limitações à liberdade contratual, porém, podem, em realidade, constituir pressupostos para a redução dos excessivos desequilíbrios entre as partes, na medida em que combatem, principalmente, os problemas decorrentes da existência de informação assimétrica e do poder de mercado, assegurando o efetivo exercício da autonomia volitiva ou da autodeterminação.

Mas não é só. Muito embora, em princípio, as normas contratuais imperativas pareçam mais precisamente se destinarem ao enfrentamento dos problemas decorrentes da assimetria informacional e do poder de mercado, podem também servir para o enfrentamento das externalidades, assim como mesmo dos custos de transação, como se verá na segunda parte do presente estudo, no qual se abordará cada uma das espécies de falhas de mercado.

1.6.2.1.2 Normas Contratuais Supletivas

De outra banda, como normas de caráter subsidiário, podem-se enquadrar as normas supletivas às disposições contratuais. Diferentemente das normas imperativas que dispõem sobre termos que não estão sujeitos à negociação e ao afastamento pelas partes contratantes, as normas supletivas são todas as normas (normas em sentido amplo, compreendendo princípios e regras) que podem servir à integração e ao preenchimento das lacunas contratuais existentes, sejam essas lacunas voluntárias ou não (com isso, reduzindo o custo de negociação de cláusulas específicas cujo tratamento já tenha sido dado por normas supletivas).¹³⁵

Ou seja, são aquelas disposições que serão aplicadas aos negócios jurídicos quando as partes não as tenham afastado no próprio contrato ou não tenham convencionado qualquer regime específico a ser submetido na ocorrência de eventualidades ou contingências. Poderão dizer respeito a diversos aspectos da avença, tanto à divisão dos riscos pelas partes quanto à repartição dos prejuízos oriundos do contrato, mas incidirão apenas para suprir a falta ou a insuficiência de estipulação das partes no clausulado contratual, situação muito comum, levando-se em conta os custos e a perda de eficiência de contratos excessivamente clausulados.

Analisando o instituto com o enfoque multidisciplinar que se lhe impõe, vale dizer que o direito contratual supletivo corresponde a um conjunto de normas que, assim como serve para balizar a conduta das partes em todas as fases da contratação, serve, igualmente, para dar resposta a questões supervenientes não previstas, primordialmente em razão dos custos de transação; entretanto, em alguns casos, também em razão dos problemas decorrentes da assimetria informacional ou mesmo da impossibilidade de previsão pelas partes no decorrer do processo negocial.

Contudo, não há como ser refutado o papel desempenhado pelas normas contratuais supletivas para o enfrentamento das demais falhas de mercado, isto é, as externalidades e o próprio poder de mercado. Isso porque, considerando-se que tal espécie normativa é aplicada sempre quando ausentes disposições privadas, serve, dessa forma, ao

¹³⁵ Importa atentar para o fato de que semelhantemente à força obrigatória das normas imperativas, as normas supletivas, quando aplicáveis (isto é, quando nada for disposto de modo contrário no clausulado contratual, tampouco reconvenção pelas partes no momento oportuno), terão de ser cumpridas, independentemente da vontade de uma das partes apenas, uma vez que já houve a oportunidade de afastá-las quando da negociação do contrato. Assim sendo, percebe-se a relevância do conhecimento do teor e das consequências que a regulação supletiva pode acarretar no preenchimento das lacunas contratuais.

enfrentamento de todas as falhas de mercado que podem comprometer o bom funcionamento dos mercados e, conseqüentemente, das relações contratuais.

Completando o que foi mencionado também com o entender de Fernando Araújo, cumpre citar como objetivos da normalização supletiva:

[...] fornecer às partes algumas regras supletivas que *ajudem a «focalizar» as suas condutas em torno de expectativas objectivamente adequadas, dados os valores em presença, às probabilidades de cumprimento, incentivando a convergência para um ponto de «confiança óptima»* que não destrua, pela via da indemnização, o equilíbrio de bem-estar que provavelmente seria alcançado através do cumprimento espontâneo do contrato¹³⁶ (grifo nosso).

Faz-se proveitoso, igualmente, trazer à baila o ensinamento de Robert Cooter e Thomas Ulen, vez que relacionam, diretamente, às normas supletivas, quando eficientes, o aumento de bem-estar das partes negociantes, como segue:

Ambas as partes preferem que o contrato tenha condições eficientes, e não ineficientes. De modo semelhante, ambas as partes preferem condições supletivas eficientes, e não ineficientes. *Quando a lei fornece condições supletivas preferidas por ambas as partes, elas podem omitir essas condições do contrato. Omitindo essas condições do contrato, as partes podem se concentrar na negociação de outras condições. Quanto menor for o número de condições que exigem uma negociação, tanto mais barato será o processo contratual.* Portanto, a lei pode poupar dinheiro para as partes contratantes fornecendo condições supletivas eficientes para preencher lacunas existentes nos contratos. [...] ¹³⁷ (grifo nosso).

Outrossim, vale salientar que a temática referente às normas supletivas de direito contratual, ou como também conhecido na literatura sobre *Law and Economics* pela expressão *Default Rules*, como parte integrante da Teoria dos Contratos Incompletos, é de extrema relevância, sobretudo do ponto de vista pragmático, insurgindo o seu caráter aplicativo. Como de costume, precisamente salienta Fernando Araújo (2007, p. 174):

Se tivéssemos que escolher as contribuições mais originais e férteis da Análise Económica para a Teoria do Contrato, num lugar cimeiro colocaríamos decerto a intuição da chamada “*Incomplete-Contract Theory*” sobre as vantagens do “contrato incompleto” e a ponderação dos seus inúmeros corolários, entre eles a colocação do instrumento contratual numa posição intermediária entre, por um lado, o recurso ao mercado e ao seu mecanismo de puros incentivos, e por outro lado o recurso a soluções integradas, com os seus mecanismos de comando e de dissipação de risco – associando a opção contratual e, dentro dela, a opção sobre

¹³⁶ ARAÚJO, Fernando. Uma análise económica dos contratos – a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 139.

¹³⁷ COOTER; ULEN, 2010, Cap. 6, p. 225.

o acabamento do clausulado contratual, a uma espécie de opção implícita entre “incentivo” e “seguro”.¹³⁸

Voltando à compreensão de Fernando Araújo,¹³⁹ vale registrar a sua explanação quanto à classificação da normatização supletiva, que pode ser subdividida em normas supletivas majoritárias e normas supletivas penalizadoras.

Assim, as normas supletivas majoritárias (*majoritarian default*) dizem respeito àquelas normas que preveem uma solução que deveria corresponder à conduta adotada pela maioria em casos similares, ou uma solução que se presume ser aquela que as partes chegariam após negociações custosas e demoradas.¹⁴⁰

Já as normas supletivas penalizadoras (*penalty default*) são aquelas que irão objetivar o nivelamento da informação entre as partes contratantes, forçando a parte mais informada a revelar suas informações privadas e que sejam relevantes ao negócio, no intuito de evitar, o quanto possível, o comportamento contratual oportunista *ex ante* (seleção adversa) ou *ex post* (risco moral).¹⁴¹

Por fim, vale reiterar que muito embora cada uma das espécies de normas contratuais, sejam elas imperativas ou supletivas, possam apresentar preponderância no combate a algumas das falhas de mercado em específico; em diversos casos, servem, simultaneamente, ainda que com intensidades diferentes, a mais de um desses propósitos.

1.6.2.2 Normas Contratuais Imperativas e Supletivas como Redutoras das Falhas de Mercado

Muito embora a negociação privada permita que os indivíduos possam maximizar as suas utilidades, na busca de níveis mais elevados de bem-estar, a experiência histórica, sobretudo recente, vem demonstrando que a liberdade contratual exacerbada, frise-se, a qual não se confunde com o efetivo exercício da liberdade volitiva individual, pode causar

¹³⁸ ARAÚJO, 2007, p. 174.

¹³⁹ Ibid., p. 526.

¹⁴⁰ Sobre a regra majoritária Fernando Araújo aduz que: “[...] pretende decalcar-se do arranjo contratual dominante num determinado sector de actividade, representando por isso a solução rematada a que as partes plausivelmente chegariam ao fim de demoradas e custosas negociações, ou a solução a que deveriam chegar se prezassem a conformação da sua conduta com a conduta da maioria (desempenhando neste segundo caso uma verdadeira «função expressiva»”. (Ibid., p. 526).

¹⁴¹ Nas palavras do autor: “[...] visa forçar a revelação e partilha de informação, fazendo corresponder sanções à falta dessa revelação ou partilha (uma variante desta última é a regra «minoritária», a «*minoritarian default*», que se apresenta tão desvantajosa que obriga as partes a renegociarem, com o fito de a contornarem)”. (Ibid., p. 526).

distorções nos mercados,¹⁴² porquanto as partes contratantes, na grande maioria das vezes, revelam diferentes níveis de poder informacional e de mercado, o que, ao invés de propiciar livre arbítrio quanto à negociação das condições dos contratos, como na utópica ideia da autonomia da vontade, implica, muitas vezes, adesões involuntárias a determinadas diretrizes contratuais, devido a incertezas ou à não ciência quanto ao verdadeiro conteúdo ou às consequências das mesmas,¹⁴³ ou mesmo em imposições unilaterais.¹⁴⁴

Nesse contexto, em situações de completa ausência ou presença mínima de marcos regulatórios estatais, pode ocorrer, em realidade, a realização de transações ineficientes ou mesmo a restrição das trocas ótimas entre partes informacionalmente desniveladas¹⁴⁵ ou que apresentem diferentes níveis de poder de mercado. Por conseguinte, é possível que seja necessário para que efetivamente seja assegurada certa paridade contratual, pressuposto da efetiva autodeterminação e do alcance de vantagens mútuas, o estabelecimento de condições mínimas por parte do Estado, com a estipulação de normas a orientar a relação das partes, de modo a buscar não só reequilibrar as forças econômicas, mas também a condição informacional das partes contratantes, a fim de que não prevaleça a “lei do mais forte” ou do “mais informado”, o que nem sempre gera resultados que coincidem com as hipóteses de eficiência econômica,¹⁴⁶ o que parece ser, como já ressaltado, uma das precípuas razões da existência do direito contratual e que, inegavelmente, constitui-se em uma forma de limitação a uma possível mais ampla e irrestrita atuação das partes.

Significa que, para que seja assegurada efetiva autodeterminação e liberdade de escolha por parte de ambas as partes contratantes, talvez seja forçoso, em alguns casos,

¹⁴² Importa registrar que muitos dos mais radicais defensores dos mercados sem qualquer regulamentação parecem não distinguir propriamente a liberdade contratual com a efetiva liberdade volitiva dos indivíduos, vez que pressupõem que a ausência de marcos estatais no mercado asseguraria o pleno exercício da liberdade de escolha, sendo que, entretanto, conforme aqui se sustenta, a ausência de qualquer regulação estatal pode ocasionar, inclusive, a imposição de posições contratuais por uma parte à outra, como que por força de uma reedição ou nova versão da “lei do mais forte”.

¹⁴³ Aqui, refere-se aos casos de existência de assimetria informacional, principalmente, verificadas nas relações de Agente-Principal.

¹⁴⁴ As imposições unilaterais referem-se precipuamente aos casos em que existe uma desigualdade de poder entre as partes contratantes, pelo que a mais forte impõe à parte menos informada (tratada pelo Direito, frequentemente, como vulnerável ou mesmo hipossuficiente, no que tange às relações de consumo) as condições contratuais que lhe são mais favoráveis.

¹⁴⁵ No presente estudo, não se admitirá como decisiva, embora possa existir, a discrepância econômica ou patrimonial entre as partes contratantes, pois o que subjaz em nosso entender é a diferença (assimetria) de informação ou de poder de mercado que possuem as partes em grande parte dos negócios jurídicos, como, por exemplo, os firmados por mera adesão.

¹⁴⁶ Como já explanado, a eficiência econômica pode ser tanto em termos de Pareto quanto Kaldor-Hicks (ou eficiência Global).

restringir, um pouco que seja, a liberdade contratual¹⁴⁷ e, em alguns casos, mesmo a força do *pacta sunt servanda*¹⁴⁸; porém, importante ter em mente, não no sentido de permitir

¹⁴⁷ Consubstanciaríamos espécies de solução conferidas *ex ante* para o problema de desequilíbrio de poder informacional e de mercado. Nesse sentido, oportunas são as palavras de Cristiano de Sousa Zanetti: “O regramento contratual brasileiro apresenta relevante diferença quando comparado com aquele da Argentina e do Chile. *Todos os três países advertiram a necessidade de adequação da disciplina legislativa aos tempos presentes, na qual são freqüentes os contratos cujo conteúdo é determinado por apenas uma das partes.* Todos os três apresentam leis de proteção ao consumidor, o que acarreta, como se procurou demonstrar, importante fissura na liberdade contratual. No direito brasileiro, não se hesita em afirmar que há, de um lado, os contratos submetidos aos limites clássicos e, de outro, os que regulam as relações de consumo, sujeitos a restrições bastante incisivas. Esse foi o panorama que se apresentou em 1990, quando o Código de Defesa do Consumidor passou a conviver com o Código Civil de 1916 e com o Código Comercial de 1850.

Com a edição do Código Civil de 2002, surgiu nova fissura na liberdade contratual. Seu art. 424 impõe sejam preservados os direitos do aderente que estejam diretamente relacionados com a natureza do contrato concluído. [...] É um fato que a maior parte dos contratos por adesão regula relações de consumo. Não todos, porém. Observa-se quotidianamente a celebração de contratos por adesão entre sociedades empresárias, os quais não estão sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, em que pese a força expansiva do art. 29 deste texto legal.

Os contratos por adesão que não tratam de relações de consumo são disciplinados pelo o art. 424 do Código Civil. Ficam a meio do caminho entre o contrato clássico, submetido aos limites da licitude, dos bons costumes, da ordem pública, da boa-fé e da função social; e os contratos de consumo, nos quais são proibidas diversas cláusulas, em especial aquelas previstas no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. Nos contratos sujeitos à incidência do art. 424, deve-se respeitar a natureza do negócio, o que torna sempre necessário examinar o contrato concluído em concreto. Isso não impede enunciar, todavia, as cláusulas potencialmente inválidas.

Com o importante auxílio da comparação jurídica, é possível identificar estipulações que estão relacionadas de modo tão próximo ao sinalagma que seu afastamento, em princípio, desnatura qualquer contrato bilateral. De particular importância são as cláusulas de exoneração de responsabilidade, tão comuns nos negócios concluídos por adesão. Avulta também a consideração das normas dispositivas, comumente relegadas a um segundo plano nos contratos submetidos aos limites clássicos. Tais normas costumam integrar a natureza dos tipos contratuais previstos na legislação e, nessa condição, não podem ser excluídas nos negócios concluídos por adesão sempre que gerem direitos para o aderente. A amplitude do art. 424 do Código Civil não permite, entretanto, que se modifique o conteúdo mínimo do negócio, isto é, a proporção estabelecida pelas partes entre as prestações. Semelhante intervenção descaracterizaria o próprio contrato, negócio este que não existe se não houver pactuação de interesses entre as partes. Para determinar a invalidez das cláusulas, mostra-se sempre necessário examinar o caso concreto. Não há cláusulas proibidas de modo absoluto, à diferença do que ocorre no Código de Defesa do Consumidor.

Com isso, o Brasil antecipa a evolução contratual que provavelmente será observada nos países que ajudaram a fundar a ciência jurídica latino-americana. Diversamente do que se verificou na tradição ibérica desde a edição do Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, não há mais um contrato, submetido a limites gerais. Há, sim, três grandes categorias contratuais, submetidas a diferentes limites. Resiste o contrato clássico, regrado pelo Código Civil, ao qual se impõe a observância das restrições decorrentes dos limites da licitude, dos bons costumes, da ordem pública, da boa-fé e da função social. No outro extremo, a categoria dos contratos de consumo, nos quais são vedadas diversas e importantes cláusulas contratuais. No meio, os contratos por adesão regrados pelo art. 424, nos quais a validade das estipulações está condicionada à preservação da natureza do negócio.

Não se trata pura e simplesmente da expansão do limite da licitude, conhecido desde o direito romano. *Não se está apenas a restringir a liberdade em dados contratos, mas sim em amplas categorias, todas de inequívoca e concreta importância. Do ponto de vista exclusivamente sistemático, claro, os limites clássicos valem para todos os contratos. A soma de restrições outras, todavia, não pode deixar de ser considerada relevante, se isso implica fundadas limitações a importantes categorias contratuais, como são os negócios de consumo e os contratos civis por adesão. Tais categorias são verdadeiros continentes, visto que podem ser preenchidas com praticamente todos os conteúdos contratuais conhecidos, sejam típicos, sejam atípicos. As modificações legislativas que permitem identificá-las repercutem diretamente na configuração do princípio da liberdade contratual, pois, insista-se, não se está a impor regras especiais para alguns contratos, mas, potencialmente, para todos os negócios conhecidos pela atualidade. Segue-se daí que, no direito brasileiro de hoje, a liberdade contratual encontra-se indubitavelmente fragmentada.” (ZANETTI, 2008, v. 5, p. 271-273). (Grifo*

intromissões arbitrárias do Estado nos domínios privados e contratuais, com finalidades meramente redistributivas, mas, sim, de modo a garantir um equilíbrio mínimo de forças que propicie efetivamente o livre-arbítrio e o eficiente tráfego negocial.

Não obstante, cabe igualmente ao direito contratual estruturar o funcionamento dos mercados, de modo que as transações sejam estimuladas e facilitadas, o que implica buscar a minimização dos gastos de recursos que ocorrem devido às fricções (custos de transação) que surgem com a utilização do mecanismo de mercado, além de restringir os efeitos negativos de transbordamento (externalidades) que podem emergir do processo contratual.

Nesse sentido, o direito contratual, através da imposição de suas normas imperativas e do fornecimento de normas supletivas, serve, principalmente, para debelar ou mitigar as falhas de mercado, com a finalidade de reequilibrar as forças dos agentes, assim como facilitar e otimizar as transações, além de incentivar ou mesmo garantir o cumprimento das avenças contratuais.

Assim, ressalte-se que o reequilíbrio de forças se dá através do enfrentamento dos problemas da assimetria de informação e do poder de mercado, o que ocorre sobremodo por meio da imposição das normas imperativas de direito contratual, uma vez que, na maior parte vezes, *ab initio*, objetivam atingir as mesmas soluções contratuais que seriam observadas caso as partes possuíssem níveis informacionais e de poder de barganha minimamente equilibrados, ensejando assim maior eficiência econômica, seja em termos individuais ou sociais, muito embora, registre-se, as normas supletivas também sejam utilizadas para tal finalidade (qual seja, atuar sobre a informação assimétrica e o poder de mercado).

Já a facilitação e otimização das transações, compreendida aí também a busca pelo exaurimento de todas as potenciais transações vantajosas e, portanto, economicamente eficientes, dá-se através do enfrentamento pelo direito contratual dos custos de transação e das externalidades, o que ocorre, precipuamente, por meio da aplicação das normas supletivas quanto ao primeiro problema - custos de transação (muito embora, frise-se, também possam ser utilizadas as normas imperativas para tanto), bem como através das normas imperativas e supletivas quanto ao segundo problema - externalidades.

nosso).

¹⁴⁸ Nessa linha, “Para Vincenzo, porém, não precisamente o fim, mas sim a relativização do *pacta sunt servanda* é o cerne do ‘novo paradigma contratual’”. (VANZELLA, 2005, p. 224). As hipóteses de abrandamento da obrigatoriedade dos contratos, por sua vez, constituem soluções de reequilíbrio conferidas, notadamente, *ex post*.

Pertinente reiterar que o direito contratual serve também para garantir a execução (*enforcement*) dos pactos que são realizados no âmbito dos mercados, o que implica tanto a expectativa de se obter o cumprimento voluntário por parte dos agentes contratantes, como, se necessário, obter a execução forçada dos contratos e, ainda, apresentar soluções alternativas para os casos em que o cumprimento se revelar impossível, o que se faz tanto por meio das normas imperativas quanto supletivas do direito contratual.

Por fim, importante consignar que a concepção aqui sustentada, que pretende compreender e identificar o direito contratual como redutor das falhas de mercado, é aplicável e possui serventia a todas as categorias e tipos contratuais, sejam considerados paritários, empresariais, consumeristas, de adesão e assim por diante.

Todavia, inarredável reconhecer que há maior probabilidade de se observar a ocorrência das falhas de mercado sobre determinadas classes de contratos,¹⁴⁹ em razão de suas características fáticas e conjunturais (realidade subjacente ao contrato), que ensejam, com maior facilidade, a incidência dessas falhas, o que, inclusive, parece justamente justificar tais classificações.

É o que ocorre, por exemplo, com os contratos consumeristas,¹⁵⁰ que por força das características que tipicamente são atribuídas aos seus sujeitos¹⁵¹ e aos seus demais aspectos, parecem estar mais inclinados a padecer de algumas das espécies de falhas de mercado em particular (informação assimétrica e poder de mercado), circunstância essa, inclusive, que ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, muito fez aproximar dessa temática.

Contudo, há que se ressaltar, mais uma vez, que a compreensão do direito contratual enquanto redutor das falhas de mercado não está restrita aos contratos consumeristas; muito pelo contrário, principalmente considerando que tais falhas podem atingir, em princípio, qualquer espécie de relação contratual.

No próximo capítulo, ver-se-á especificamente cada uma das falhas de mercado, bem como de que forma o direito contratual pode enfrentá-las, a fim de proporcionar níveis mais elevados de eficiência econômica e bem-estar.

¹⁴⁹ Assim como determinadas falhas de mercado estão mais sujeitas a incidir sobre determinadas categorias de contratos, dependendo das características de cada uma dessas categorias.

¹⁵⁰ Como bem revela, por todos, MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁵¹ Embora não seja sempre assim.

2 AS FALHAS DE MERCADO EM ESPÉCIE

2.1 A ASSIMETRIA INFORMACIONAL

“Liberdade pressupõe a possibilidade da escolha; contudo, antes é necessário que seja possível se conhecer as alternativas”.¹⁵²

Admitindo-se que as liberdades individuais sejam direitos inafastáveis, como de fato vem ocorrendo de forma crescente e gradual no curso da história da humanidade, supõe-se que seja através da negociação privada, por meio de acordos voluntários,¹⁵³ que os indivíduos possam, em regra,¹⁵⁴ maximizar as suas utilidades (satisfações), na busca de níveis mais elevados de eficiência e bem-estar, o que, aliás, geralmente vem a sugerir ser a intervenção estatal nociva.

Entretanto, certo é que nem sempre as soluções de livre mercado, obtidas em circunstâncias onde não haja nenhuma ou pouquíssima intervenção ou regulação estatal, sejam estritamente eficientes, tanto do ponto de vista individual quanto agregado (social). Como antes já referido, prova maior disso é a própria existência do direito contratual, o qual existe porquanto o mercado, sozinho, não é capaz de produzir, pelo menos em todos os casos, as soluções mais eficientes, tendo em conta precipuamente a existência das falhas de mercado,¹⁵⁵ dentre as quais se encontra a assimetria informacional, que mais recentemente fora identificada e vem ganhando deveras relevo nos meios acadêmicos, especialmente nos Estados Unidos da América e na Europa.

Imperioso salientar que os efeitos deletérios da assimetria informacional¹⁵⁶ podem atingir a quase totalidade dos fenômenos sociais, o que não é diferente do ponto de vista

¹⁵² Do autor.

¹⁵³ Para maior aprofundamento, ver TAYLOR, 1960; HUNT, 2005; e OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. **História do pensamento econômico**. Tradução Carmem Terezinha Santoro dos Santos. São Paulo: Atlas, 1983.

¹⁵⁴ Tal observação se justifica porquanto ainda que se trate de tema deveras polêmico, é possível que seja atingida eficiência produtiva, ainda que de forma temporária, em cenários onde não haja garantia de liberdade econômica, como observamos ocorrer atualmente na China.

¹⁵⁵ Para uma análise das demais das falhas de mercado, ver VARIAN, 2003. Cap. 24, 25, 26, 27, 34 e 36; bem como PINDYCK; RUBINFELD, 2006, parte IV.

¹⁵⁶ Mais adiante será explicitada a circunstância de que não é a pura e simples diferença no nível de conhecimento e informações que resulta no problema denominado pela expressão assimetria informacional ou informação assimétrica e, portanto, responsável pelas distorções nos sistemas de mercado e mesmo nas interações involuntárias. Todavia, quando se utilizam as expressões assimetria informacional ou informação assimétrica está a se referir, normalmente, aos aspectos patológicos e nocivos decorrentes dos desequilíbrios

jurídico, tendo em conta poderem ser encontrados em grande parte dos temas tratados pelo Direito. Nessa senda, os problemas decorrentes da informação assimétrica, expressão a qual igualmente refere-se aos problemas aqui tratados, podem ser e com frequência são observados tanto nas relações de direito privado, como nas relações de direito público, implicando em diversos efeitos nocivos às partes direta e indiretamente envolvidas, com variável intensidade de gravidade.

Nesse sentido, a assimetria informacional explica grande parte dos arranjos institucionais que se observam atualmente nas mais diferentes sociedades, tanto no que diz respeito à infraestrutura legal quanto à organização estatal e política, nos moldes sustentados por Douglas North,¹⁵⁷ podendo influenciar, inclusive, os níveis de desenvolvimento atingidos pelas diferentes nações.

Registre-se que o problema da informação assimétrica foi primeiramente identificado, de forma clara e estruturada, a partir do seminal artigo de George Akerlof, “*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”,¹⁵⁸ onde foi constatado que a impossibilidade de se observar, por parte dos compradores, a efetiva qualidade dos automóveis usados, fazia com que tais bens fossem avaliados pela qualidade média dos veículos existentes no mercado, isto é, pelo preço médio daqueles carros usados e colocados à venda, existindo entre eles, todavia, tanto automóveis em boas como em más condições, o que, por fim, restava por expulsar os automóveis de melhor qualidade, em face do desinteresse ocasionado aos seus respectivos proprietários, que não possuíam incentivos em vender seus veículos por preço inferiores aos quais efetivamente os avaliavam.¹⁶⁰

Assim, em face da assimetria informacional existente entre potenciais compradores e vendedores, considerando que somente estes conheciam a qualidade efetiva de seus veículos, sendo impossível ou demasiadamente custoso para os potenciais compradores identificar a qualidade efetiva dos bens, resultava na impossibilidade da diferenciação entre os carros de boa e má qualidade, implicando em ineficiências no mercado de veículos usados, observando-se, portanto, um número reduzido de automóveis disponíveis

informativas existentes entre as partes contratantes, conforme consagrado pela literatura de *Law and Economics*, a qual está em grande parte aqui citada.

¹⁵⁷ NORTH, Douglas C. **Transactions Costs, Institutions and Economic Performance**. San Francisco: ICS Press, 1992.

¹⁵⁸ Nos EUA, *Lemon* corresponde a uma gíria que designa carros de baixa qualidade, correspondente no Brasil à conotação de “abacaxi”.

¹⁵⁹ AKERLOF, 1970.

¹⁶⁰ Para uma demonstração matemática deste problema, ver a primeira parte do livro de MOLHO, Ian. **The Economics of Information: Lying and Cheating in Markets and Organizations**. Malden: Blackwell, 1997.

no mercado de carros usados e, dessa forma, um menor número de transações, isto é, aquém do possível caso existisse cenário informacional completo e equânime, circunstância a qual não interessava aos vendedores e tampouco aos compradores; em outras palavras, restava por gerar ineficiências e o comprometimento do bem-estar social. Aliás, na margem,¹⁶¹ tais mercados poderiam, inclusive, curvarem-se ao colapso.

Porém, há que se ressaltar que o problema da assimetria informacional vai muito além do mercado de carros usados, o que pode ser constatado pela vasta literatura existente a respeito do tema, como, por exemplo, no que diz respeito ao Mercado Financeiro,¹⁶² às Organizações Corporativas,¹⁶³ ao Mercado de Seguros (de Saúde, de Vida e bens em geral),¹⁶⁴ ao Mercado de Trabalho,¹⁶⁵ sendo proeminente a sua importância sobretudo no que tange às relações contratuais, nas mais diversas espécies de contratos existentes, sejam eles típicos ou atípicos.

Entretanto, no Brasil, os problemas decorrentes da assimetria informacional não vinham recebendo a devida atenção pelo meio jurídico, situação a qual, felizmente, vem se modificando, até mesmo em razão da necessidade de se enfrentar com maior eficiência os graves danos que daí emergem, especialmente no que tange aos contratos, que é onde mais se fazem presentes e evidenciam as suas nefastas consequências, revelando a necessidade de o direito contratual enfrentar esta falha de mercado, que cada vez mais se observa ocorrer, especialmente por força do contínuo e progressivo fenômeno da especialização.

Portanto, diga-se que a assimetria informacional ou informação assimétrica pode ser conceituada como os problemas que ocorrem em situações de interação nas quais uma das partes possui maior quantidade de informações a respeito dos bens ou interesses que pretendam transacionar entre si ou a respeito das condutas (comportamentos) que cada uma efetivamente irá apresentar, sendo impossível ou muito custoso verificar a efetiva qualidade dos bens ou interesses pertencentes à outra parte, ou mesmo monitorar o seu desempenho, permitindo que uma das partes possa se valer desta circunstância para obter, inadvertidamente, vantagens às custas da outra.

¹⁶¹ Entendendo-se como casos extremados.

¹⁶² BEBCZUK, 2003.

¹⁶³ Quanto ao Mercado corporativo, pertinente é o trabalho de CAI, Jie; QIAN, Yiming; LIU, Yixin. Information Asymmetry and Corporate Governance. **Drexel College of Business Research Paper**, n. 2008-2, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1082589>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

¹⁶⁴ No que tange ao Mercado de Seguros, FINKELSTEIN; POTERBA, 2000; ROTHCHILD; STIGLITZ, 1976.

¹⁶⁵ Referentemente ao Mercado de Trabalho, ver SPENCE, Michael. Job Market Signaling. **Quarterly Journal of Economics**, v. 87, n. 3, p. 355-437, 1973, assim como LIPPMAN, Steven A.; McCALL, John J. **The Economics of Job Search: a survey, economic inquiry**, v. 14, p. 155-189, 1976.

Obviamente que dessa sucinta conceituação decorrem diversos subconceitos e espécies que derivam desta mesma origem, isto é, da informação assimétrica. Nessa esteira, há que ainda se registrar o conceito de informação privada, que são os dados ou o conhecimento que apenas uma das partes detém. Tal ou tais informações podem assumir este caráter por diversas razões, como, por exemplo, em decorrência de conhecimentos técnicos, profissionais, experiências pessoais, características naturais e, mesmo, por força do mero acaso, entre outras fontes.

Assim sendo, compreende-se a informação assimétrica como sendo gênero, do qual se ramificam duas espécies, a saber: a) Seleção Adversa e b) Risco Moral (*Moral Hazard*). Ademais, no âmbito do Direito Privado, mais especificamente no campo do direito contratual, entende-se que a Seleção Adversa ocorre na fase pré-contratual, tratando-se de problemas de informação oculta (*Hidden Information*), sendo que o Risco Moral surge na fase do cumprimento contratual, sendo referente a problemas de ação oculta (*Hidden Action*).¹⁶⁶

A seguir, ver-se-á cada uma destas espécies com maior detalhamento.

2.1.1 Seleção Adversa

Seleção Adversa, por sua vez, é o problema decorrente da circunstância de uma das partes possuir maior conhecimento (maior quantidade de informações) sobre as características dos bens ou interesses que pretendam transacionar entre si, ou mesmo a respeito de seus próprios atributos, sendo muito custoso ou mesmo impossível para a contraparte verificar ou se certificar a respeito de tais informações. Dessa forma, torna-se inviável a diferenciação da qualidade dos bens ou do desempenho (*performance*) dos indivíduos envolvidos nessas relações de interação.

Diversas são as suas implicações. Primeiramente, como já visto, nos mercados de consumo, conforme constatado por Akerlof (1970), a impossibilidade (ou mesmo dificuldade) de se diferenciar os produtos de boa e má qualidade restava por fazer com que bens que apresentassem diferentes níveis de qualidade fossem vendidos pelo mesmo preço (ou semelhante), ou seja, pelo preço médio de todos os bens disponíveis, o que resultava na tendência de expansão dos bens de melhor qualidade do mercado.

¹⁶⁶ Consigna o presente autor que esta classificação é apropriada para descrever a maioria dos casos, porém não a totalidade, vez que é possível verificar a ocorrência dessas hipóteses de forma sobreposta ou mesmo inversa.

Ademais, tomando-se como exemplo o mercado de veículos usados e considerando que o preço médio dos veículos corresponde à média ponderada¹⁶⁷ do preço de todos os veículos disponíveis no mercado, bem como considerando que os proprietários de veículos de boa qualidade restam prejudicados pela circunstância de seus bens serem precificados, pelo mercado, da mesma forma do que os bens de baixa qualidade, dada a impossibilidade de diferenciação, há, como dito, desincentivo para a disponibilização (oferta) dos bens de alta qualidade, o que implica na tendência das suas retiradas, pelo menos em parte, do mercado, efeito este que se reforça e se agrava.

Ou seja, verifica-se, de modo espiral e decrescente, uma queda ainda mais acentuada na qualidade média dos veículos disponíveis, o que, novamente, faz com que os proprietários de veículos de qualidade mais elevada, ainda que não tão boa quanto os melhores (ou os que anteriormente haviam sido incentivados a deixar o mercado), também sejam desestimulados a vender os seus veículos, ou seja, tal efeito se agrava e faz com que seja criada a tendência de o mercado vir a ser tomado pelos produtos de pior qualidade, expulsando os melhores. Daí o porquê da expressão Seleção Adversa, que se justifica porquanto a assimetria informacional resulta em selecionar, negativamente, os bens de pior qualidade, resultando na tendência de que os bens de menor qualidade venham a tomar conta do mercado.

Situação similar pode ser observada no mercado de seguros. Ponderando a impossibilidade das empresas seguradoras conseguirem (por força de impossibilidades fáticas) ou mesmo poderem (devido a limitações de ordem legal) diferenciar os riscos que os seus contratantes efetivamente apresentam, faz com que os preços (prêmios) cobrados de todos sejam iguais ou muito semelhantes, independentemente do risco efetivo apresentado por cada um dos segurados. Isso ocorre vez que não sendo possível esta discriminação, as empresas seguradoras irão cobrar o prêmio correspondente ao perfil médio de risco apresentado pelos segurados (média ponderada de todos os segurados), transferindo, assim, aos contratantes que apresentam o menor risco a responsabilidade do pagamento de pelo menos parte do prêmio do risco dos segurados que apresentam o maior risco.

¹⁶⁷ A média ponderada, que é um dos métodos de cálculo das medidas centrais, consiste no quociente da soma dos produtos dos números pela soma dos respectivos pesos de cada um desses números. Portanto, a média ponderada dos números reais positivos $x_1 \dots x_n$ é definida de acordo com a seguinte equação:

$$\frac{\sum_{i=1}^n w_i x_i}{\sum_{i=1}^n w_i} = \frac{w_1 x_1 + w_2 x_2 + \dots + w_n x_n}{w_1 + w_2 + \dots + w_n}$$

Assim sendo, a impossibilidade de diferenciar os segurados, que é decorrente da assimetria informacional existente no mercado de seguros, faz com que os contratantes que apresentam perfil menos arriscado arquem (internalizem)¹⁶⁸ parte do prêmio relativo ao risco apresentado pelos segurados de perfil mais arriscado, sendo que estes, por sua vez, de modo inverso, beneficiam-se, porquanto externalizam¹⁶⁹ parte do pagamento dos prêmios referentes aos seus riscos.

Tal circunstância resta por desestimular os segurados com perfil de menor risco a contratarem seguros, ao contrário dos perfis mais arriscados, que restam incentivados a contratar, o que implica, mais uma vez, na redução da qualidade média do perfil de risco observado. Ou seja, a seleção adversa implica na seleção dos perfis de maior risco para a composição dos portfólios (carteira de contratos) das seguradoras, com a consequente elevação de preços e maior desestímulo aos segurados de melhor perfil (menor risco) a contratarem seguros.

Ademais, conforme também sustentado no âmbito da Teoria da Informação Assimétrica, a Seleção Adversa trata dos problemas oriundos de informação oculta (*Hidden Information*), já que uma das partes possui maior quantidade de informações sobre as características de um determinado bem ou mesmo sobre si, o que faz com que a mesma possa se aproveitar dessa assimetria para obter vantagens em detrimento da contraparte. Nesse sentido, identifica-se que a parte mais informada pode apresentar comportamento oportunista, com vistas a obter proveitos em razão da ignorância da outra, o que pode ocorrer, por exemplo, na hipótese do contratante de seguro que omite, intencionalmente, a sua precária condição de saúde ou, então, o que se verá a seguir (porquanto situação pertencente à espécie denominada Risco Moral), quando o contratante de seguro, como na hipótese de seguro de veículos, altera seu comportamento após a contratação, apresentando menor aversão ao risco, ou seja, age de forma mais arriscada, porquanto sabe que não mais suportará os danos que porventura seu bem vier a sofrer, vez que os eventuais prejuízos serão externalizados.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Internalizar pode ser entendido como a situação na qual um indivíduo ou agente econômico é obrigado a suportar os prejuízos (ou mesmo os benefícios, o que não é a hipótese do caso em análise) decorrentes de uma externalidade verificada no mercado, ou seja, no caso acima, quando os segurados de perfil menos arriscado são responsabilizados pelo pagamento do prêmio que, em realidade, caberia ao grupo de segurados com perfil mais arriscado, pelo que é dito que eles internalizam ônus que pertenceria a outrem.

¹⁶⁹ Externalizar seria a situação inversa, quando um indivíduo ou agente econômico transfere a outrem os ônus (ou até mesmo bônus) que inicialmente lhe tocariam.

¹⁷⁰ Justamente para debelar tal problema é que as seguradoras fazem com que pelo menos parte do risco e, conseqüentemente, dos eventuais danos, seja suportado pelo efetivo segurado, como, por exemplo, através da imposição de valores de franquia, de modo a que o segurado seja estimulado a apresentar comportamentos não tão arriscados ou displicentes (menor aversão ao risco).

2.1.2 Risco Moral

O Risco Moral (*Moral Hazard*) decorre da dificuldade ou mesmo da impossibilidade de uma das partes verificar ou mesmo monitorar o comportamento (conduta) da outra depois de realizada a contratação, isto é, durante a fase de cumprimento contratual. Dessa forma, considerando a inviabilidade de verificação do comportamento ou mesmo do elevado custo para monitorar as ações da contraparte, principalmente em relações nas quais existe conflito de interesses, ainda que potenciais, pode resultar que a parte insuscetível de verificação ou monitoramento venha a agir de modo contrário aos interesses (objetivos) da outra, com vistas ao seu próprio benefício. Pertinente é colacionar a síntese de Pindyck e Rubinfeld, que bem definem o Risco Moral como sendo “*Quando uma parte apresenta ações que não são observadas e que podem afetar a probabilidade ou a magnitude de um pagamento associado a um evento.*”¹⁷¹

Portanto, como é possível inferir, o Risco Moral, diferentemente da Seleção Adversa, que diz respeito às características dos bens ou dos interesses envolvidos, refere-se às ações ou ao comportamento da contraparte, os quais não são observáveis e, em sendo assim, podem comprometer tanto o alcance dos objetivos da parte dependente, quanto à magnitude dos seus resultados, de modo a prejudicá-la.

Assim sendo, o Risco Moral está sobremaneira presente nas situações em que uma parte contrata outra para que esta desempenhe uma determinada atividade em seu benefício, sendo que os resultados dependem, total ou parcialmente, das ações e do grau de dedicação desempenhado pelo contratado. Desse modo, aquele que contrata é denominado de Principal, sendo que o contratado é denominado de Agente, daí advindo a terminologia adotada por esta Teoria quando se refere especificamente a esse tipo de relação, onde uma das partes age em nome e interesse da outra, chamada de Teoria do Agente-Principal ou Teoria da Agência.

Outrossim, como é possível deduzir, tais pressupostos são perfeitamente aplicáveis às hipóteses nas quais uma parte, detentora de conhecimento técnico e profissional sobre determinada atividade, é contratada para desempenhar ações que requeiram tal conhecimento, com o intuito de atingir os interesses almejados pelo contratante, sendo que tais ações, justamente por serem especializadas, tornam-se inverificáveis pela parte leiga

¹⁷¹ PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 539.

(contratante). É o caso, por exemplo, das relações que se estabelecem entre clientes e seus respectivos advogados, pacientes e médicos, acionistas e administradores, investidores e gestores, além de uma quase infinidade de situações.

Ainda, é importante registrar que não é só o conhecimento técnico que faz surgir esta espécie de relação. Também se verifica ocorrer tais problemas na contratação de trabalhadores desprovidos de maiores qualificações técnicas, vez que o resultado obtido pelo contratante depende, fundamentalmente, do grau de empenho e zelo disponibilizado pelo contratado no desenvolvimento de suas tarefas, ainda que estas sejam simples, haja vista que, em muitos casos, em razão de ser muito custoso, pode revelar-se faticamente inviável a monitoração dos seus comportamentos.

Imperioso registrar que o Risco Moral trata dos problemas de Ação Oculta (*Hidden Action*), porquanto uma das partes não observa as ações praticadas pela outra, o que permite e pode mesmo incentivar o surgimento de comportamentos oportunistas, uma vez que a parte não monitorada pode lançar mão de ações que visem ao seu exclusivo benefício, em detrimento da parte contratante.

Tal situação se observa ocorrer com acentuada frequência no Mercado Financeiro,¹⁷² haja vista que os interesses dos investidores, compreendidos como poupadores líquidos (detentores de recursos financeiros) conflitam, em grande parte das vezes, com os interesses dos gestores desses recursos, entendidos aqui, grosso modo, como os indivíduos especializados e dedicados exclusivamente na identificação e alocação desses recursos em nome e no interesse de seus contratantes (principais), com a finalidade de obtenção dos maiores retornos possíveis; ou mesmo entre os poupadores líquidos e os intermediários (instituições financeiras), estes os quais respondem pela drenagem destes recursos até os detentores das melhores oportunidades de alocação (investimentos no sentido econômico),¹⁷³ ou, ainda, entre aqueles e os indivíduos com necessidades imediatas de consumo.¹⁷⁴

¹⁷² Conforme bem esclarece em sua obra, MISHKIN, Frederic. **Moedas, bancos e mercados financeiros**. Tradução Christine Pinto Ferreira Studart. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000. Cap. 2. p. 14 et seq., referindo-se especialmente à realidade dos EUA: “Os mercados financeiros desempenham a função econômica essencial de canalizar fundos de pessoas que pouparam fundos em excesso por gastarem menos que sua receita, para pessoas que têm escassez de fundos porque desejam gastar mais do que sua receita [...] Os principais emprestadores-poupadores são famílias, mas empresas comerciais e o governo (particularmente governos local e estadual), bem como estrangeiros e seus governos, algumas vezes também se encontram com excesso de fundos, e então os emprestam. Os tomadores-gastadores mais importantes são empresas e o governo (particularmente o governo federal), mas famílias e estrangeiros também pedem empréstimos para financiar as suas compras de carros, mobílias e casas.”

¹⁷³ Desde já é imperioso salientar que aqui se refere a investimento no sentido usual, como costumeiramente se faz. Contudo, importante registrar que o conceito econômico de investimento, mais restrito, é distinto, como

Oportuno exemplo é a situação das Corretoras da Bolsa de Valores e dos Agentes Autônomos de Investimentos no Brasil, que possuem a sua remuneração relacionada às operações que são efetuadas em nome de seus contratantes. Melhor explanando, a remuneração destes agentes corresponde, normalmente, a um percentual do montante das operações realizadas pelo principal, no caso, o cliente. Outrossim, em grande parte das vezes, o ganho destes intermediários independe dos resultados obtidos pelos clientes, isto é, a magnitude das suas remunerações está diretamente relacionada ao volume das operações, sendo maior quanto mais elevado o número e a dimensão das transações. Para o cliente (principal), todavia, somente interessa que sejam realizadas aquelas operações que efetivamente venham a trazer retornos positivos, e na maior proporção possível.

Dessa forma, como se pode inferir, é possível que estes agentes, visando exclusiva e estritamente aos seus ganhos, possam desenvolver comportamentos oportunistas, estimulando ou mesmo realizando para os seus clientes o maior número de operações, independentemente dos riscos e dos retornos esperados, o que pode trazer graves consequências para os interesses dos investidores,¹⁷⁵ principalmente considerando que, em regra, o investidor (principal) possui menor conhecimento sobre o mercado que os agentes (por exemplo, corretoras e agentes autônomos de investimentos), sendo difícil ou mesmo impossível verificar, sobremaneira *ex ante*, se a conduta dos seus contratados está efetivamente sendo direcionada no sentido da maximização dos seus interesses (retornos). Aliás, cada vez mais e com maior frequência observa-se apontarem demandas judiciais dessa natureza na Justiça Brasileira.

Portanto, como sucintamente se buscou demonstrar, os problemas decorrentes da informação assimétrica estão frequente e constantemente influenciando em diversos aspectos

se pode observar da seguinte passagem: “Assim, mandatário esclarecer o significado do termo investimento, em conformidade com a literatura econômica, que consiste na aplicação de recursos (dinheiro ou títulos) em empreendimentos nos quais existe a expectativa de rendimento de juros ou lucros, em geral a longo prazo. Portanto, em sentido amplo, o termo se aplica tanto à compra de máquinas, equipamentos e imóveis para a instalação de unidades produtivas, assim como à compra de títulos financeiros (letras de câmbio, ações e bond’s). Entretanto, o seu significado técnico é outro, mais restrito, o qual é utilizado em Economia, onde investimento é definido como a aplicação de recursos em bens de capital, ou seja, em meios que levam ao crescimento da capacidade produtiva, como, por exemplo, em instalações, máquinas e meios de transporte.” (TRINDADE; FRAGA, 2012).

¹⁷⁴ As diferentes necessidades ou pretensões de consumo apresentadas pelos indivíduos (agentes econômicos) podem ser explicadas, entre outras razões, pela propensão marginal ao consumo, ponderando-se, inclusive, a escolha intertemporal, conforme elucidativo modelo de escolha intertemporal de FISCHER, Irving. **The Theory Interest: As Determined by Impatience to Spend Income and Opportunity to Invest It.** Clifton: Augustus M. Kelley, 1970.

¹⁷⁵ Sem falar na tomada de ações inadequadas frente às características apresentadas pelo investidor, isto é, a adoção de condutas, em nome do contratante (principal/investidor), por parte de seus contratados, em desalinho com o perfil frente ao risco apresentado pelo investidor, que geralmente é classificado como: i) avesso ao risco (conservador), ii) neutro ao risco (moderado), ou iii) propenso ao risco (arrojado).

das relações contratuais, tanto na fase de formação quanto de execução dos contratos, sendo que o direito contratual é a principal ferramenta existente para debelar e neutralizar, tanto quanto possível, os efeitos perniciosos daí decorrentes, podendo ensejar, assim, maior eficiência econômica e bem-estar, tanto do ponto de vista individual quanto social.

2.1.3 Redução da Assimetria de Informação através das Normas Contratuais Imperativas e Supletivas

Na presente seção, buscar-se-á investigar de que forma e por quais canais o direito contratual pode servir para debelar a assimetria de informação, afastando ou reduzindo a utilização nociva do poder informacional no âmbito das relações contratuais. Desta feita, uma vez compreendidos os significados das normas contratuais imperativas e supletivas, importa analisar de que forma essas espécies normativas podem reduzir a assimetria informacional existente entre as partes. Nesse sentido, como já salientado, em grande parte das vezes, pressupõe-se que elas servem para garantir que as soluções contratuais efetivamente implementadas sejam as mesmas que seriam observadas caso todas as informações relevantes fossem devidamente reveladas e conhecidas pelas partes.

Portanto, como também já salientado, o contrato paritário, como representação de plena e recíproca autonomia (“auto-regulamento de interesses privados”¹⁷⁶), não é mais a regra, o que se verifica ocorrer sobremaneira por força da divisão do trabalho e da consequente e vigorosa especialização, sendo forçoso reconhecer que atualmente o que se denomina de contrato “abrange todas as categorias de ato de autonomia, inclusive aquelas em que não se manifesta a liberdade fática de estabelecer cláusulas”.¹⁷⁷

Aliás, essa concepção que abarca em uma mesma categoria negócios jurídicos nos quais a autonomia da vontade (como expressão da autodeterminação) possui graduações tão distintas, que gera o desconforto de conceder, por exemplo, aos contratos por adesão, a mesma denominação conferida aos contratos firmados pelo pleno e paritário acordo de vontades.¹⁷⁸

¹⁷⁶ COUTO E SILVA, 2006, p. 72.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 73.

¹⁷⁸ Pertinente citar ementa de julgamento da lavra do eminente Des. Francisco José Moesch, então integrante da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Ao analisar o contrato, com suas diversidades, e que se constitui alvo especial do chamado Direito do Consumidor, está o juiz bem longe da principiologia clássica do contrato, onde se presumia que as partes eram livres para contratar, e eram iguais, sem qualquer distinção de informação, conhecimento e poder de cada uma. A atuação do magistrado, frente a uma relação de consumo, pode e deve ser mais dinâmica, pretendendo assegurar igualdade ao mesmo no

Assim sendo, a autonomia privada revela-se incapaz de equacionar os desequilíbrios (congênitos) observados nos contratos que são permeados pela assimetria informacional¹⁷⁹. Assim, mandatário admitir-se a regulação do mercado para manter, na medida do possível, uma situação de paridade entre partes com níveis desiguais de informação.

Ademais, crucial desde já salientar que não é só o desequilíbrio de poder econômico ou de mercado - o que será visto na próxima seção - a circunstância mais prejudicial à autonomia da vontade e mesmo à liberdade contratual das partes, mas, sim, as assimetrias de informação que permitem o surgimento de comportamentos oportunistas em grande parte dos negócios jurídicos. Estas conjunturas afetam, com maior frequência, os retornos das partes nas contratações realizadas, vindo a, inesperadamente, prejudicar a parte menos informada, até mesmo porque são mais dificilmente identificáveis, ao contrário da situação do exercício abusivo de poder de mercado.

E, se bem analisado, pode-se intuir que, efetivamente, este é um dos motivos pelos quais são erigidas muitas das normas imperativas de direito contratual (em que pese esse objetivo nem sempre ser consciente ou revelado), que dizem respeito ao controle do conteúdo do contrato, impossibilitando que uma das partes se valha de sua posição informacional superior para obter vantagens às custas da ignorância da outra, por meio do qual o Estado, inicialmente, pela lei e, subsidiariamente, pelo Poder Judiciário, ameniza os problemas de assimetria de informação, estabelecendo as soluções as quais teriam sido alcançadas caso as informações tivessem sido devidamente reveladas por ambas as partes (o que impõe a observância, por exemplo, dos deveres de clareza, informação, cuidado, colaboração, etc.).¹⁸⁰

plano jurídico”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Segunda Câmara Cível. Apelação cível n. 197278518. j. 17 jun. 1998).

¹⁷⁹ Oportuno salientar, mais uma vez, que quando se refere à informação assimétrica não se está a tratar das informações privadas que justificam a valoração de ativos e mesmo a realização de transações, inclusive constituindo-se objetos de contratos (v.g., contratos de transferência de *know-how*, *market research*, entre inúmeros outros), mas sim daquelas situações em que o desequilíbrio informacional enseja que uma das partes obtenha vantagens em detrimento da outra, desenvolvendo comportamentos oportunistas para tanto. Ademais, importante salientar que “encontra-se como limite de um direito à informação o sigilo empresarial. O sigilo empresarial é essencial para a competição da empresa com outras empresas concorrentes. Ele abrange todos os fatos sobre a empresa, que não são acessíveis para o público, e cuja não-divulgação fica no interesse econômico e legítimo da empresa.” (FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

¹⁸⁰ Exemplos desses dispositivos legais contidos no Código Civil vigente:

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

Não obstante, as cláusulas contratuais supletivas, muito embora não sejam cogentes, sendo aplicadas somente sobre as questões não expressamente previstas pelas partes, também visam a impor, na maior parte das vezes, as mesmas soluções que teriam sido tomadas caso as partes estivessem equilibradamente informadas, além de implicar em prejuízos ou sanções para a parte que tenha manejado com intuito meramente oportunista.

Vale retomar, nesse aspecto, a distinção apresentada por Fernando Araújo quanto às normas supletivas majoritárias e penalizadoras. As *majoritarian default* compreendem àquelas normas que preveem uma solução que deveria corresponder à solução majoritária, ou a solução que as partes, presumidamente, chegariam após negociações custosas e demoradas. Já as *penalty default*, as quais objetivam o nivelamento informativo das partes contratantes, deveriam induzir a parte mais informada a revelar as suas informações privadas relevantes, evitando a ocorrência de subespécies de falhas de mercado como a seleção adversa e o risco moral, ambas oriundas da assimetria de informacional.

Impondo sanções à parte mais informada, as normas penalizadoras acabam por diminuir o benefício da parte em permanecer negligenciando a informação privada e induz a sua revelação ou a sua publicização (a utilidade de permanecer negligenciando a informação torna-se menor que a utilidade de revelá-la à contraparte).

Todavia, oportuno ressaltar que a normatização supletiva penalizadora não deve, sob pena de ineficiência, de redução das trocas ótimas e de diminuição do bem-estar total, exigir que a parte mais informada revele toda e qualquer informação que possua sobre o objeto do negócio (até porque essa façanha, por certo, lhe imporia ônus e custos bastante excessivos, que encareceriam a própria transação e retirariam da parte a possibilidade de explorar estrategicamente suas “vantagens negociais mais básicas”),¹⁸¹ mas sim informar o que for relevante e venha a proporcionar uma melhor alocação de riscos e de excedentes, propiciando o aumento das trocas ótimas.

Dessarte, o próprio Estado, por meio das normas jurídicas imperativas e supletivas, passa a introduzir limitações à autonomia privada e mesmo à liberdade contratual¹⁸², de modo a nivelar as diferenças informacionais verificadas entre os agentes econômicos presentes no mercado.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

¹⁸¹ ARAÚJO, 2007, p. 543.

¹⁸² Que abarca a liberdade de querer ou não contratar, de decidir de com quem e como contratar e, também, decidir acerca do **conteúdo** dos contratos firmados.

E, mandatório reiterar, contrariamente à crença majoritária existente no âmbito jurídico, não é tão somente o desequilíbrio de poder de mercado (ou econômico) que enseja à imposição de cláusulas excessivamente vantajosas por uma das partes à outra, muito menos o desequilíbrio patrimonial e financeiro (este o qual, aliás, parece não guardar relação direta alguma), mas sim os problemas da seleção adversa e *moral hazard* provenientes das informações assimétricas presentes em grande parte das relações contratuais. Portanto, é com esse novo enfoque que se acredita que devam ser analisadas as situações dessa natureza.

Deste modo, infere-se que em mercados cujas transações sejam realizadas por meio de contratos permeados de assimetria de informação, como, por exemplo, aqueles que são firmados por adesão, deve haver, pelo Estado, um controle exógeno do conteúdo do contrato (sobremodo através de normas imperativas) e, por conseguinte, restrição da liberdade contratual, sob pena de se restringirem às trocas e, assim, a eficiência econômica e o bem-estar social, em virtude da parte mais informada se aproveitar do seu poder informacional (por exemplo, transferindo todos os riscos para os aderentes e para si todo o excedente contratual), haja vista que as condições estipuladas pelo predisponente nem sempre corresponderão ao efetivamente intencionado pela parte menos informada, que supõe estar escolhendo determinadas condições e soluções contratuais enquanto que, em realidade, por desconhecer as efetivas implicações dessas escolhas, não obtém a utilidade esperada pela negociação.¹⁸³

2.1.4 Ponderações acerca da mitigação dos efeitos nocivos da assimetria informacional por meio do direito contratual

O Direito pode atuar de diversas formas no combate à informação assimétrica, tanto no diz respeito à seleção adversa, quanto no que se refere ao risco moral. Outrossim, pode o Direito tanto atuar diretamente sobre a assimetria informacional, ou seja, induzindo a revelação das informações privadas, quanto sobre as condutas dos agentes

¹⁸³ “Em síntese, a informação assimétrica resulta na não efetivação de relações econômicas socialmente desejáveis (seleção adversa) ou em práticas indesejáveis, em desacordo com os termos negociados pelas partes (risco moral). Em outras palavras, contratar é uma atividade custosa e, portanto, o modo de se proceder a contratação é relevante para atenuar esses custos, com efeitos diretos sobre o desempenho econômico”. (SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102-136).

detentores dessas informações, de modo a evitar que pelos mesmos sejam apresentados comportamentos oportunistas.

Ademais, a legislação pode contribuir para debelar os problemas da assimetria de informação através da elaboração de normas que diretamente obriguem ou incentivem a revelação das informações relevantes, bem como através da configuração de arranjos institucionais que induzam à revelação de informações, em ambos os casos com o objetivo de reduzir as assimetrias informacionais.

Inolvidável desde já constatar, todavia, que o direito contratual, em diversas oportunidades, já enfrenta a questão aqui tratada, ainda que não com esta terminologia ou plenamente consciente de toda a sua extensão, como o faz, precisamente, através da aplicação do Princípio da Boa-Fé Objetiva,¹⁸⁴ que entre outros deveres anexos, prevê o dever de informação,¹⁸⁵ visando à limitação da assimetria de informação e o abuso do poder informacional entre os contratantes, coibindo o oportunismo¹⁸⁶ e a deslealdade contratual.

Acerca da Boa-Fé Objetiva, observando-se o que dispõe Arnoldo Wald sobre o tema, possível é identificar o incontestável objetivo de mitigar o problema da informação assimétrica, em que pese tal intuito nem sempre se revelar tão claro, como se constata:

Trata-se de incluir nos contratos, em virtude da interpretação e da construção, deveres secundários ou derivados de informação, conselho e até cooperação, assim como a proibição de certas omissões. Cria-se, assim, um dever de lealdade na contratação e na execução do contrato que está vinculado basicamente às noções de confiança e de equilíbrio. Confiança entre as partes contratantes, que devem ter e manter, uma em relação à outra, o comportamento do bom pai de família e até, conforme o caso, do parceiro sério, diligente e confiável, sob pena de responsabilidade se uma delas não corresponder à expectativa da outra.¹⁸⁷

¹⁸⁴ O artigo 422 do Código Civil Brasileiro, que insere o princípio da Boa-Fé Objetiva, assim está redigido, *in verbis*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

¹⁸⁵ WALD, Arnoldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 21, jul./set. 2003. p. 43.

¹⁸⁶ Discorrendo sobre o significado e as formas de poder, precisamente se encaixando ao que aqui se sustenta, André Carvalho Nogueira assevera que: “Estabelecendo-se o poder numa relação, depende ele de uma certa duração no tempo. É certo que poderá alguém exercer poder sobre outro de forma imediata e instantânea, cessando-se a relação assim que o exercício do poder produzir os efeitos desejados. Aquele que induz alguém a erro uma única vez para aplicar-lhe um golpe de alguma forma influenciou a liberdade do indivíduo.” (NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do poder econômico: a liberdade revisitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 82). As circunstâncias mencionadas na passagem transcrita dizem respeito especialmente aos contratos que não se repetem entre as mesmas partes, analisados na Teoria dos Jogos como as hipóteses de jogos não repetidos. Para uma interessante abordagem da Teoria dos Jogos aplicada ao Direito, oportuno é o trabalho de PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, capítulo 4.

¹⁸⁷ WALD, 2003, p. 43.

Já em uma visão muito atualizada, Ricardo Garcia Lupion,¹⁸⁸ ao discorrer sobre as desigualdades das partes e o papel do princípio da Boa-Fé Objetiva nesse sentido, frise-se, compreendido o caráter de excepcionalidade, mormente à realidade dos contratos empresariais, que são o objeto de sua obra, com muita propriedade assevera:

Todos os aspectos antes examinados – competição, rivalidade, padrão de cuidado e diligência empresarial, ônus de investigação no procedimento de *due diligence* – também devem ser ponderados e avaliados no caso concreto em que houver desigualdades das partes, assimetria de informações ou dependência econômica,¹⁸⁹ hipótese em que a função criadora de deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva deve ser retomada na sua função plena.

Ademais, inafastável salientar que a construção de uma espécie de salvaguarda contra os efeitos nocivos e abusivos decorrentes da assimetria informacional, por força e em virtude do princípio da Boa-Fé Objetiva, emerge claramente a partir do dever de transparência ao qual o cumprimento contratual está vinculado, nos preclaros termos de Cesar Santolim,¹⁹⁰ que aqui se reproduzem, *in verbis*:

Entretanto, tomada a boa-fé objetiva em seu sentido mais amplo, não há como deixar de considerar que este princípio é, na realidade, embora ele próprio gerador de consequências próprias e imediatas, matriz de outros três princípios, diretamente vinculados ao cumprimento dos deveres secundários decorrentes das relações obrigacionais: a transparência, a confiança e a probidade. [...] Conforme a doutrina, a ideia de transparência nada mais é do que uma derivação do princípio maior da boa-fé objetiva, sem que isso indique, todavia, a sua desimportância. Sem dúvida alguma, um dos aspectos mais significativos da proteção ao consumidor é o seu direito a uma informação clara e correta sobre o produto ou serviço a ser adquirido, daí decorrente a necessidade de que as relações entre consumidores e fornecedores sejam pautadas em um ambiente de absoluta visibilidade.

Não se desconhece o fato de que a ideia de transparência funciona também no sentido de preservar o princípio da autonomia privada, já que sem esta condição o próprio processo de formação da vontade do consumidor fica prejudicado.

Assim, constitui-se em uma nova e mais sofisticada forma de impedir o uso da força, isto é, da força informacional, a qual, em contextos de desequilíbrios, pode e muitas vezes é utilizada para se obter, indevida e inadvertidamente, vantagens sobre a parte informacionalmente hipossuficiente. Todavia, importante compreender a exata extensão do fenômeno da assimetria informacional, até mesmo com o fito de bem balizar a tarefa de

¹⁸⁸ LUPION, Ricardo Garcia. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 176.

¹⁸⁹ Esta hipótese será objeto de investigação na seção própria, a qual versará sobre o poder de mercado.

¹⁹⁰ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, p. 74, jul./set. 2005.

dar conteúdo, coerente e mesmo verificável, ao princípio da Boa-Fé Objetiva, no sentido assinalado por Judith Martins-Costa, *in verbis*:

O caminho antes assinalado é fruto da necessidade, já aqui grifada, de isolar a boa-fé como norma técnica dotada de um específico – embora alargado – domínio de aplicação. Essa necessidade, repito, advém da constatação segundo a qual, se vista apenas como norma de reenvio a padrões éticos, tanto faria apelo à boa-fé, como ao abuso de direito, quanto a um vago juízo de equidade, a uma cláusula geral de exceção de dolo ou conceito similares, pois, em todos os casos, se estaria apenas ampliando a extensão dos poderes do juiz e não se permitindo um juízo com base em certo conteúdo substancial e específico.¹⁹¹

Igualmente enfrentando a informação assimétrica, é a previsão constante da parte geral do Código Civil, em seu artigo 147, onde está expressamente consignado que “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”. Tal previsão, como se percebe, visa a incentivar a revelação das informações privadas, ou seja, combate diretamente o problema do desequilíbrio informacional.

De outro modo, atuando não diretamente sobre a informação assimétrica, mas sim inibindo o surgimento de comportamentos oportunistas, em razão de desequilíbrios decorrentes da assimetria informacional, é a previsão da interpretação contra o proponente (*contra stipulatorem*) nos contratos por adesão, consoante o art. 423 do Código Civil, que determina: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Como se evidencia, muito embora essa determinação não atue própria ou diretamente induzindo a revelação de informações privadas, evidentemente possui o propósito de incentivar o proponente a elaborar os instrumentos contratuais de forma clara, buscando impedir o manejo de comportamentos oportunistas, como ocorreria ao se confeccionarem clausulados herméticos e incompreensíveis, principalmente aos leigos, objetivando confundir e mesmo impedir o entendimento das reais intenções do proponente, sob pena de, assim agindo, prejudicar a si próprio.

Não obstante, outro dispositivo pertinente é aquele que proíbe a alocação dos resultados contratuais, exclusivamente, ao proponente, como consta do artigo 424 do Código Civil, que, *in litteris*, preceitua: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Esta

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 456.

previsão auxilia sobretudo aqueles que desconhecem os possíveis desdobramentos dos negócios aos quais aderem, pelo que, justamente, oportuna é a referida proteção legal, que permite reequilibrar-se as consequências oriundas da assimetria informacional.

Outrossim, visando a enfrentar a mesma patologia, vale apontar instrumentos como o Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁹², que ao invés do que frequentemente se supõe, em grande parte das vezes, estar protegendo a parte vulnerável econômica ou mesmo financeiramente¹⁹³, está, em realidade, quiçá na maioria dos casos, protegendo a parte vulnerável em termos informacionais,¹⁹⁴ vez que grande parte de suas diretrizes militam no sentido de redistribuir equilibradamente os efeitos decorrentes da assimetria informacional.¹⁹⁵

¹⁹² Ilustrativamente, seguem alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor brasileiro:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.[...]”

“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”.

“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

“Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

¹⁹³ Nesse ponto, importante consignar que aqui não se exclui obviamente a proteção voltada à vulnerabilidade econômica derivada do exercício abusivo do poder de mercado, como se verá na seção seguinte. Contudo, o simples desequilíbrio financeiro ou patrimonial não nos parece constituir motivo para que haja a intervenção nos acordos realizados entre particulares, até mesmo porque tal escopo não pertence ao direito contratual, além de causar distorções no mecanismo de mercado.

¹⁹⁴ Fernando Araújo, com a acurácia que lhe é de praxe, reconhece essa realidade também na seara consumerista, assim dizendo: “É evidente que subsiste em toda esta área a assimetria informativa, essa indelével, sobretudo se estão em causa transações de <<experience goods>>, que como vimos fragilizam a posição do adquirente/consumidor. Dir-se-ia que para ela basta a solução da responsabilidade objectiva, mas mesmo essa deve ser sujeita a uma avaliação de eficiência: seja uma ponderação dos custos de segurança por unidade comparados com os custos de litigância (para se ter a certeza de que a via das <<liability rules>> é, naquele contexto, a melhor), seja a apreciação da susceptibilidade de sujeição dos riscos a um cálculo actuarial, visto que na falta de tal susceptibilidade não apenas se veda ao produtor a adequada cobertura de riscos por um seguro, como ainda pode estar-se a abrir a porta a uma nova complicação, referente esta aos efeitos da imprevisibilidade dos riscos nos concretos regimes de responsabilidade civil.” (ARAÚJO, 2007, p. 481-482).

¹⁹⁵ Do mesmo modo, o “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

Aliás, já em seu artigo 6º, o Código de Defesa do Consumidor expressamente preceitua que: “São direitos básicos do consumidor: ... III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”.

Ademais, vale especialmente salientar a previsão referente à inversão do ônus da prova, que se constitui em um nítido reconhecimento do problema da informação assimétrica, vez que admite a existência de desnivelamento informacional existente entre, de um lado, os consumidores e, de outro, produtores, fornecedores e seus equiparados, referindo-se à hipótese como sendo de hipossuficiência. Ou seja, a previsão da inversão do ônus da prova (Art. 6º, VIII, do CDC), trata-se de norma de caráter processual aplicada às relações contratuais em que existem desequilíbrios informacionais que justificam a imputação de tal ônus à parte mais apta a produzir as provas necessárias, até mesmo em razão de um critério de eficiência econômica, porquanto tal incumbência se revela, via de regra, menos onerosa à parte que a detém ou mais facilmente pode produzi-la.

Por conseguinte, impende consignar que a hipossuficiência a que o CDC se refere, no caso, parece claramente se referir ao desnivelamento informacional, ou seja, a uma forma de hipossuficiência de conhecimento, vez que, obviamente, não são simplesmente as diferenças de forças econômicas ou financeiras que a justificam, pelo contrário, mas sim a desigualdade informacional e, inclusive, na hipótese, a consequente impossibilidade da demonstração e produção de provas em juízo, acerca dos fatos e fundamentos que constituem os fundamentos de suas pretensões.

Assim, como já explanado, não seria o simples desequilíbrio econômico-financeiro porventura observado entre os contratantes a circunstância mais frequente e prejudicial à autonomia volitiva e à liberdade contratual, mas, sim, a diferença (assimetria) de informação existente em grande parte dos negócios jurídicos, vez que é justamente ela que afeta negativamente os retornos da parte menos informada.

A jurisprudência pátria vem admitindo a existência de tais situações, nos termos aqui propostos, como se pode observar, por exemplo, do aresto de julgado do Superior Tribunal de Justiça, que ao tratar da vulnerabilidade, a qual sobremaneira justifica a

V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação. (Redação dada pela Lei nº 9.298, de 01/08/1996).

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

§ 3º (Vetado).”

política nacional das relações de consumo e as suas diferentes espécies,¹⁹⁶ assim reconhece:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. *A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.*

4. *A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor).*

Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio.

Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equiparar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ,

¹⁹⁶ Nesse sentido, é imperioso que seja devidamente distinguida a vulnerabilidade que é decorrente do problema da informação assimétrica, daquela que é oriunda do poder de mercado, até mesmo para que as soluções judiciais adotadas sejam consentâneas com realidades que são completamente distintas, permitindo, assim, proporcionar-se maior eficiência e bem-estar, aliás, ao menor custo social.

fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.

7. Recurso especial a que se nega provimento.¹⁹⁷

Aliás, há que se ressaltar, deveras, o que se registra com muita alegria, que a realidade aqui tratada (o reconhecimento da necessidade de tratamento pelo Direito dos problemas decorrentes da assimetria informacional) já vem sendo progressivamente reconhecida no meio jurídico. Justamente, no âmbito do Anteprojeto da Comissão de Juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor, conforme precisamente nos informa Cesar Santolim, em artigo de sua lavra,¹⁹⁸ foi introduzida uma das mais significativas contribuições para todo o sistema de proteção do consumidor, exatamente ao prever expressamente o objetivo da “diminuição da assimetria de informações”,¹⁹⁹ pelo que aqui se faz oportuno consignar as suas palavras, inclusive ressaltando-se a parte final da transcrição, na qual existe expressa referência à circunstância de que quando há assimetria informacional entre os contratantes, pode “o mercado (‘sistema de preços’) não funcionar satisfatoriamente como mecanismo de obtenção de eficiência”:

Na seção específica sobre o comércio eletrônico, surge, logo no *caput* do (proposto) art. 45-A, uma das mais significativas contribuições do anteprojeto, e não apenas para a disciplina do comércio eletrônico, senão que (por força de uma eventual interpretação sistemática) para todo o sistema de proteção do consumidor.

É que ali está assinalado como objetivo da proteção ao consumidor a “diminuição da assimetria de informações”, introduzindo na legislação um conceito de extrema relevância para a economia: o de que quando há uma relevante diferença entre as informações disponíveis para os agentes econômicos em interação, o mercado (“sistema de preços”) não funciona satisfatoriamente como mecanismo de obtenção de eficiência.

Desse modo, inegável descurar da função redutora da assimetria de informação que esta ínsita em grande parte tanto das normas imperativas quanto nas supletivas. E, reitera-se, contrariamente à crença majoritária, não é tão somente o desequilíbrio econômico que enseja à imposição de cláusulas abusivas ou excessivamente vantajosas por uma das partes

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1195642/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 13 nov. 2012. **DJe** 21 nov. 2012.

¹⁹⁸ SANTOLIM, 2012, p. 76.

¹⁹⁹ Segue a redação integral do referido dispositivo: “Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.” Para a íntegra do texto: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteproyetos_finais_14_mar.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2013.

a outra, mas sim os problemas de seleção adversa e *moral hazard* provenientes da assimetria de informação. Nesse diapasão, oportunas são as palavras de Thereza Christina Nahas, que ao discorrer sobre as cláusulas abusivas, bem esclarece:

É muito importante que se tenha em mente que o que o Legislador quer vedar é a obtenção de resultado que possa causar uma surpresa ao consumidor. Não se proíbe que o fornecedor efetivamente obtenha vantagem no sentido de lucro, de circulação de riqueza, de desenvolvimento do comércio ou da prestação de serviços. O rol supramencionado nos dá a exata noção dessa máxima. Ora, a essência do contrato é a circulação de riqueza, e no contrato de consumo isso não é diferente, tanto é verdade que somente se fala em relação de consumo quando há contraprestação, ou seja, não se caracteriza relação de consumo se o produto ou serviço é adquirido de forma filantrópica ou gratuita.²⁰⁰

Portanto, sobre aqueles contratos que são eivados de assimetria informacional, como os que são realizados por adesão, deve haver o controle exógeno do conteúdo do contrato (normas imperativas e supletivas), de modo a impedir a instituição de relações manifestamente lesivas a uma das partes, uma vez que as condições estipuladas pelo predisponente nem sempre (ou quase nunca) corresponderão ao efetivamente intencionado pela parte menos informada, que supõe estar escolhendo determinadas condições e soluções contratuais enquanto que, por desconhecer as efetivas implicações dessas escolhas, não obterá a utilidade esperada pela negociação.

Já no âmbito das soluções privadas, não é por outro motivo que um dos campos mais promissores de estudo é o das modernas técnicas de desenho de contratos (*Contract Design*),²⁰¹ que incentivam as partes a revelarem²⁰² e ²⁰³ as informações privadas relevantes e, com isto, trazer maior eficiência ao contexto contratual, além de alinhar, com maior eficácia, os interesses de todas as partes envolvidas, como ocorre, por exemplo, através das contratações que preveem remunerações variáveis e proporcionais aos resultados obtidos pelo contratante (principal), sobremaneira quando dependente dos esforços do agente contratado.

Cabe frisar que por meio das técnicas de desenho contratual, as próprias partes buscam configurar os contratos de modo a criar mecanismos que estimulem ou mesmo obriguem a revelação das informações relevantes, ou seja, trata-se de iniciativas oriundas

²⁰⁰ NAHAS, Thereza Christina. **Cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: Ltr, 2002. p. 117.

²⁰¹ Sobre o tema, interessante é o trabalho de SCOTT, Robert; TRIANTIS, George Triantis. *Anticipating litigation in contract design*, 115 **YALE Law Journal**. 814, 2006. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/339.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

²⁰² Sobre a temática, ver CAMPBELL, Donald Edward. **Incentives: motivation and the economics of information**. 2. ed. New York: Cambridge University, 2006.

²⁰³ Ainda sobre a temática, EISENBERG, Melvin A. *Disclosure in Contract Law*. **California Law Review**, n. 99, 2000. p. 1743.

da própria autonomia privada e que objetivam reduzir a informação assimétrica. Todavia, saliente-se que não existem óbices para que tais soluções sejam aplicadas por meio de imposição legal,²⁰⁴ pelo que o legislador deve estar igualmente preparado para tanto.

Aliás, Robert Cooter e Thomas Ullen sustentam que o direito contratual pode auxiliar as partes a lidar com informações assimétricas criando regras de formação e execução dos contratos que orientem as partes sobre quais informações elas possuem a obrigação de divulgar e quais informações podem manter sigilosas. Desta forma, defendem que uma das finalidades do direito contratual é justamente incentivar a revelação eficiente de informações dentro das relações contratuais.²⁰⁵

Ainda, Cooter e Ullen²⁰⁶ sustentam que os contratos baseados no conhecimento de informações produtivas por uma parte - especialmente se esse conhecimento resultou de um investimento ativo - devem ser estimulados, ao passo que contratos baseados no conhecimento de informações puramente redistributivas ou informações adquiridas fortuitamente por uma das partes não deveriam ser. Essa providência faria com que fosse recompensado o investimento dedicado à descoberta de informações produtivas, bem como desestimularia “o investimento na descoberta de informações redistributivas”.

Nesse ponto, aliás, há que se fazer importante ressalva. Esclareça-se que não é qualquer desequilíbrio informacional que deve ser considerado nocivo ou patológico²⁰⁷, devendo, portanto, ser combatido.²⁰⁸ Dessarte, imperioso compreender que a informação privada oriunda de investimento pela parte que a detêm se constitui em ativo valorável e mesmo desejável, consubstanciando-se em objeto de interesse e de transação entre agentes econômicos, permitindo a obtenção de maior eficiência no contexto negocial. Como exemplo, podem-se citar os esforços em estudo e investigação a respeito do desenvolvimento de técnicas mais modernas de produção, ou mesmo conhecimentos em *Know-How*, os quais, inclusive, encontram-se devidamente protegidos pelas normas do direito da propriedade intelectual. De modo geral, constituem os investimentos em pesquisa e desenvolvimento (*P&D*).

²⁰⁴ Exemplo de norma que visa a estimular a revelação de informações é aquela constante do artigo 443 do Código Civil brasileiro, que determina que “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”.

²⁰⁵ COOTER; ULEN, 2010, p. 213.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 296.

²⁰⁷ Esclareça-se que, usualmente, a doutrina convencionou denominar os desequilíbrios informacionais nocivos e patológicos pela expressão informação assimétrica ou assimetria informacional, conforme trabalhos aqui citados.

²⁰⁸ Também compartilha deste entendimento RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 132-133.

Igualmente podem-se citar os esforços em pesquisa e análise de mercados, a fim de se prospectarem oportunidades de investimentos que apresentem os melhores retornos esperados, nos quais são analisadas, com profundidade, as empresas envolvidas, suas características, as suas demonstrações contábeis, a estrutura de governança e de capital, a conjuntura macro e microeconômica envolvida, o risco sistêmico e segmentado, além de diversos outros dados e fatores de considerável complexidade, como ocorre na figura da administração de carteira de valores mobiliários (Instrução CVM 306, de 5 de maio de 1999).

Situação diametralmente oposta é aquela em que a parte detentora da informação ou informações privadas as obtêm através de meios meramente redistributivos, valendo-se, muitas vezes, indevidamente de sua posição ou meramente do acaso. Justamente nesta hipótese se encontra a vedação à divulgação e ao uso de informações sobre atos ou fatos relevantes referentes às companhias abertas, isto é, àquelas que possuem ações negociadas em bolsa de valores, nos moldes da Instrução CVM nº 31, de 08 de fevereiro de 1984, como se pode observar de seus próprios termos, *in verbis*:

Art. 10 - É vedado aos administradores e acionistas controladores de companhia aberta valerem-se de informação à qual tenham acesso privilegiado, relativa a ato ou fato relevante ainda não divulgado ao mercado, nos termos dos artigos 2º e 7º desta Instrução, para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante negociação com valores mobiliários.

Art. 11 - É vedada, como prática não eqüitativa, a negociação com valores mobiliários realizada por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição, tenha conhecimento de informação relativa a ato ou fato relevante antes de sua comunicação e divulgação ao mercado.

Parágrafo único. A mesma vedação aplica-se a quem quer que tenha conhecimento de informação referente a ato ou fato relevante, sabendo que se trata de informação privilegiada ainda não divulgada ao mercado.

Art. 12 - Cabe, ainda, aos administradores zelar para que subordinados e terceiros de sua confiança:

I - guardem sigilo sobre informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado;

II - não se utilizem daquelas informações para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante negociação com valores mobiliários.

Nessa senda, Carvalhosa e Ezirik²⁰⁹ trazem oportunas ponderações a respeito da prática da utilização de informação privilegiada (*Insider Trading*):

Dentro desse entendimento, a Lei n.º 10.303/2001 acrescentou o §4º ao artigo 155, o qual dispõe que qualquer pessoa estará proibida de praticar o *insider trading*. Ao colocar essa norma no art. 155, a nova lei pressupõe que o administrador representa o *tipper*, que transmite ao *tippee* a informação não

²⁰⁹ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A nova Lei de S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 322-323.

divulgada. Há sempre uma correlação entre o administrador e o terceiro. Daí estar o novo §4º adequado à matéria tratada no art.155.

Assim, por força do novo §4º do art. 155, o *insider* será, também, a pessoa que, em conluio ou mesmo por negligência do administrador, efetivamente se aproveita das informações privilegiadas para obter ganhos ou evitar prejuízos, mediante a compra e/ou venda precipitada de valores mobiliários de emissão da companhia, os quais, necessariamente, seriam negociados em outras bases ou simplesmente não o seriam se o público investidor tivesse simultaneamente conhecimento dessas mesmas informações.

Além do administrador, caracteriza-se como *insider* qualquer pessoa que, por ação ou omissão, aproveita-se da ação ou omissão dos administradores, de boa ou má-fé, para operar no mercado, com os valores mobiliários emitidos pela companhia.

Desse modo, será considerada *insider* qualquer pessoa que, em decorrência do exercício de funções na sociedade ou mesmo por circunstâncias especiais de acesso à administração da companhia, venha deter, antes dos demais acionistas, investidores ou agentes e operadores do mercado de capitais, informações relevantes, relativas aos negócios e ao estado da companhia.

Além disso, inclusive na seara do direito penal, a Lei nº 10.303/01 criminaliza a prática da utilização de informações privilegiadas no Brasil, prevendo o tipo penal descrito no art. 27- D da Lei nº 6.385/76, com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Não distante, retomando-se o exemplo já antes mencionado da situação das Corretoras da Bolsa de Valores e dos Agentes Autônomos de Investimentos no Brasil, os quais possuem as suas remunerações fixadas, normalmente, em percentual do valor das operações realizadas pelos seus clientes, estando, portanto, diretamente relacionadas ao volume e número de transações, pode fazer emergir comportamentos oportunistas, em razão do potencial conflito de interesses, ensejando que os agentes (Corretoras e Agentes Autônomos de Investimentos) possam vir a induzir²¹⁰ o principal (cliente/investidor) a realizar o maior número de operações, independentemente do perfil do cliente e do efetivo retorno esperado.

Exatamente para inibir estes tipos de situações que a legislação veda, por completo, a prática de gestão (administração de carteira de valores mobiliários) pelas corretoras de valores ou agentes autônomos de investimentos, vez que emerge, inexoravelmente, uma

²¹⁰ Ou mesmo realizem em nome do cliente, situação que é ilegal. Vale registrar, outrossim, que pela mesma razão, é vedado aos Agentes Autônomos de Investimentos fazerem indicações de investimentos aos seus clientes.

direta e inversamente relacionada colisão de interesses, porquanto as corretoras de valores mobiliários e os agentes autônomos de investimentos mais ganham quanto maiores e mais numerosas forem as operações realizadas pelos seus clientes, enquanto que estes, por seu turno, somente ganham quando os ativos que adquirem possuem alta de preços, no mercado à vista, ou se os preços se deslocem no mesmo sentido da operação contratada nos demais casos.²¹¹

Não é por outra razão que a Comissão de Valores Imobiliários (CVM) regrou a matéria, determinando que os Agentes Autônomos de Investimentos²¹² não podem desempenhar a função de gestores de recursos de seus clientes, atividade esta que é restrita aos administradores de carteiras,²¹³ como se observa das vedações constantes da Instrução CVM nº 497/2011, atualmente em vigor, *in litteris*:

CAPÍTULO IV – VEDAÇÕES

Art. 13. É vedado ao agente autônomo de investimento ou à pessoa jurídica constituída na forma do art. 2º:

...

II - receber de clientes ou em nome de clientes, ou a eles entregar, por qualquer razão e inclusive a título de remuneração pela prestação de quaisquer serviços, numerário, títulos ou valores mobiliários ou outros ativos;

III - ser procurador ou representante de clientes perante instituições integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários, para quaisquer fins;

IV - contratar com clientes ou realizar, ainda que a título gratuito, serviços de administração de carteira de valores mobiliários, consultoria ou análise de valores mobiliários;

[...]

²¹¹ Aqui se apresenta uma explanação bastante simplificada quanto às operações, apenas com o intuito de permitir a compreensão da ideia de fundo, porquanto o número e a forma de produtos disponíveis no mercado atualmente é muito grande, sendo alguns deles de grande complexidade, especialmente nas bolsas de mercadorias e futuros.

²¹² A definição de Agente Autônomo de Investimentos consta do Art. 1ª da Instrução CVM 497/2011, de 03 de junho de 2011, nos seguintes termos: “Art. 1º Agente autônomo de investimento é a pessoa natural, registrada na forma desta Instrução, para realizar, sob a responsabilidade e como preposto de instituição integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários, as atividades de:

I - prospecção e captação de clientes;

II - recepção e registro de ordens e transmissão dessas ordens para os sistemas de negociação ou de registro cabíveis, na forma da regulamentação em vigor; e

III - prestação de informações sobre os produtos oferecidos e sobre os serviços prestados pela instituição integrante do sistema de distribuição de valores mobiliários pela qual tenha sido contratado.

Parágrafo único. A prestação de informações a que se refere o inciso III inclui as atividades de suporte e orientação inerentes à relação comercial com os clientes, observado o disposto no art. 10.”

²¹³ Já a definição de administração de carteira de valores mobiliários está insculpida no Art. 2º da Instrução CVM 306, de 5 de maio de 1999, como se pode observar, *in litteris*: “Art. 2o A administração de carteira de valores mobiliários consiste na gestão profissional de recursos ou valores mobiliários, sujeitos à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários, entregues ao administrador, com autorização para que este compre ou venda títulos e valores mobiliários por conta do investidor.” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM nº 306**, de 5 de maio de 1999. Dispõe sobre a administração de carteira de valores mobiliários e revoga as Instruções CVM ns. 82, de 19 de setembro de 1988; 94, de 4 de janeiro de 1989 e 231, de 16 de janeiro de 1995).

§ 1º Para exercer as atividades de administração de carteira, de consultoria ou de análise de valores mobiliários, o agente autônomo de investimento que seja registrado pela CVM para o exercício daquelas atividades na forma da regulamentação em vigor deve requerer à entidade credenciadora a suspensão de seu credenciamento como agente autônomo de investimento.

§ 2º O disposto no inciso I não se aplica aos agentes autônomos que realizam exclusivamente a distribuição de cotas de fundo de investimento para investidores qualificados.

§ 3º O agente autônomo de investimento que mantiver contrato com um intermediário por meio de pessoa jurídica na forma do art. 2º não poderá ser contratado diretamente por outro intermediário.²¹⁴

Nesse ponto, inafastável salientar que a matéria aqui tratada é de suma importância tanto para indivíduos diretamente envolvidos nas hipóteses as quais ora se versam (contratantes), quanto para o sistema financeiro de modo geral, especialmente para a Bolsa de Valores nacional, a qual nos últimos tempos vem ganhando relevo e sobremaneira importância, decorrente do desenvolvimento do País e da conseqüente necessidade e surgimento de alternativas mais modernas e eficientes de investimento e financiamento para as empresas, bem como, por outro lado, de aplicação para os indivíduos, de acesso democrático e igualitário.

Entretanto, em decorrência, sobremaneira, dos problemas decorrentes da informação assimétrica, os mercados devem ser rigidamente fiscalizados e regulados, além de enfrentados tais problemas pelo Judiciário com plena ciência das particularidades que são provenientes da assimetria informacional, a fim de que os seus efeitos nocivos não reduzam ou mesmo impossibilitem o desenvolvimentos destes modernos mercados, que são tão necessários para o avanço econômico e social. Nesse sentido, aliás, importante salientar que o problema da informação assimétrica pode resultar no surgimento de outras falhas de mercado, como a ocorrência de externalidades negativas, que muitas vezes comprometem todo o mercado financeiro, e não só às partes diretamente participantes das relações contratuais específicas.

Ademais, pertinente registrar outro importantíssimo assunto, que é o caso das Sociedades Anônimas, no qual a assimetria informacional exerce enorme influência e que vem recebendo grande atenção no meio acadêmico, principalmente norte-americano, devido aos graves efeitos oriundos da informação assimétrica, os quais foram severamente sentidos na última crise financeira que lá se instaurou (chamada de crise do *subprime*).

Nesse tocante, objetivando a combater um dos diversos males que nesta seara podem ocorrer, a legislação brasileira determina a divulgação de diversas informações,

²¹⁴ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM nº 497**, de 3 de junho de 2011. Dispõe sobre a atividade de agente autônomo de investimento.

buscando primar por boas práticas de *disclosure*.²¹⁵ A obrigatoriedade da publicação de informações está prevista no artigo 176, § 1º, e 289 e seus parágrafos, da Lei nº 6.404/76, disciplinando a divulgação das demonstrações financeiras e de outras informações que devem ser disponibilizadas aos detentores de valores mobiliários emitidos por tais companhias, de capital aberto e fechado, como, por exemplo, editais de convocação para assembleias gerais extraordinárias e ordinárias, editais de ofertas públicas primárias e secundária de ações, divulgação de fatos relevantes, entre outros.²¹⁶

Aliás, o §1º do indigitado artigo 289 enuncia que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) "poderá determinar que as publicações ordenadas por esta Lei sejam feitas, também, em jornal de grande circulação nas localidades em que os valores mobiliários da companhia sejam negociados em bolsa ou em mercado de balcão, ou disseminadas por algum outro meio que assegure sua ampla divulgação e imediato acesso às informações", para àquelas sociedades anônimas que possuem ações listadas em Bolsa de Valores.

A Instrução CVM nº 457, por sua vez, dispõe acerca das sociedades destinatárias da obrigação de elaboração e divulgação das demonstrações financeiras consolidadas, com base no padrão contábil internacional emitido pelo *International Accounting Standards Board* - IASB, sendo que a Instrução CVM nº 59 determina a obrigatoriedade da

²¹⁵ Medidas impositivas dos órgãos oficiais reguladores dos mercados de capitais, que obriga a companhia à divulgação de todas as informações relevantes, boas ou más, que possam influenciar uma decisão de investimento naquela companhia, bem com a transparência na política empresarial, focada em informar todos os fatos relevantes da companhia, conforme BOVESPA. Disponível em: <<http://www.enfin.com.br/bolsa/main.php>>. Acesso em: 14 out. 2012.

²¹⁶ Não há como se deixar de mencionar hipóteses de arranjos institucionais criados pelos próprios mercados para debelar ou amenizar o problema da assimetria informacional, como é o caso da criação do denominado "Novo Mercado" pela *BM&FBOVESPA*, que, em conformidade com a própria Instituição, trata-se do mais elevado padrão de Governança Corporativa, onde as companhias listadas só podem emitir ações com direito de voto, as chamadas ações ordinárias (ON). Por se tratar de uma mudança relevante na estrutura de capital das companhias, é mais comum que as empresas que decidam abrir o seu capital já tomem esta decisão de integrar o segmento especial de listagem do Novo Mercado durante esse processo. Algumas de suas características são as seguintes: o capital deve ser composto exclusivamente por ações ordinárias com direito a voto; no caso de venda do controle todos os acionistas têm direito a vender suas ações pelo mesmo preço (*tag along* de 100%); em caso de "deslistagem" ou cancelamento do contrato do Novo Mercado com a *BM&FBOVESPA*, a empresa deverá fazer oferta pública para recomprar as ações de todos os acionistas no mínimo pelo valor econômico; o Conselho de Administração deve ser composto por no mínimo cinco membros, sendo 20% dos conselheiros independentes e o mandato máximo de dois anos; a companhia também se compromete a manter no mínimo 25% das ações em circulação (*free float*); divulgação de dados financeiros mais completos, incluindo relatórios trimestrais com demonstração de fluxo de caixa e relatórios consolidados revisados por um auditor independente; a empresa deverá disponibilizar relatórios financeiros anuais em um padrão internacionalmente aceito; necessidade de divulgar mensalmente as negociações com valores mobiliários da companhia pelos diretores, executivos e acionistas controladores. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/pages/empresas_novo-mercado.asp>. Acesso em: 10 out. 2012.

elaboração e publicação da demonstração das mutações do patrimônio líquido pelas companhias abertas.²¹⁷

Ainda nesse contexto, importa reiterar que vem sendo muito debatida, sobremaneira nos Estados Unidos da América, notadamente após o recente colapso financeiro conhecido como Crise do *Subprime*, a forma de remuneração dos administradores (executivos) das grandes companhias de capital aberto, vez que se identificou, nas raízes desta crise, a existência de nítidos conflitos de interesses entre administradores e acionistas, porquanto as remunerações daqueles, em muitos casos, estavam relacionadas ao desempenho²¹⁸ (*performances*) de curto prazo, o que nem sempre se revelava sustentável e condizente com os almejados retornos de longo prazo esperados pelos acionistas, o que efetivamente, de forma deveras drástica, veio a se concretizar, consubstanciando-se em uma das maiores e mais graves crises financeiras já verificadas na história.

Portanto, imperioso que seja assegurada transparência e a atenta observância dos problemas decorrentes da assimetria informacional, para o que a comunidade jurídica deve estar devidamente preparada, a fim de que tais mercados possam efetivamente funcionar de modo profícuo e representar fontes de progresso e crescimento econômico, afastando-se os graves problemas decorrentes das reiteradamente observadas más práticas de alguns operadores destas espécies de sistemas de vital importância, especialmente decorrentes dos problemas de seleção adversa, risco moral e das relações de agente-principal, como visto recentemente e com contundência no cenário internacional.

Aliás, importa salientar que os exemplos acima dizem respeito apenas há alguns poucos casos em que o problema da assimetria informacional se faz presente, sendo que, como já mencionado, pode ser encontrado na maior parte das relações contratuais, mas que, todavia, nem sempre são facilmente identificáveis, até mesmo porque, em muitas hipóteses, sequer os prejuízos são aparentes, porém ocultos, até mesmo porquanto se referem a ineficiências, ou seja, resultados aquém das potencialidades, os quais podem ser efetivamente muito maiores do que aqueles que se revelam aos olhos.²¹⁹

²¹⁷ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM nº 457**, de 13 de julho de 2007. Dispõe sobre a elaboração e divulgação das demonstrações financeiras consolidadas, com base no padrão contábil internacional emitido pelo International Accounting Standards Board - IASB e COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM nº 59**, de 22 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a obrigatoriedade de elaboração e publicação da demonstração das mutações do patrimônio líquido pelas companhias abertas.

²¹⁸ Por exemplo, elevadíssimos bônus e *Stock Options*.

²¹⁹ Exemplo dessa hipótese se refere aos custos econômicos, que se diferem dos custos meramente contábeis, vez que englobam também os custos de oportunidade.

Portanto, buscou-se trazer à tona a temática da informação assimétrica, a qual muito embora ainda não seja plenamente identificada e debatida no Brasil, vem recebendo cada vez maior atenção, principalmente em razão das graves e perniciosas consequências que pode ocasionar. Dessa forma, conforme se objetivou demonstrar, uma vez compreendido o problema e os seus limites, é possível que o Direito e principalmente o direito contratual e as demais normas jurídicas que o integram e incidem sobre o fenômeno contratual possam ser utilizados como os principais instrumentos para debelá-la, assim como mitigar os seus efeitos, de modo a trazer maior eficiência econômica e bem-estar.

Outrossim, há que se atentar para o problema da assimetria informacional, a fim de que as normas jurídicas sejam estruturadas e aplicadas de forma a atingir, com maior eficácia, os objetivos para os quais são erigidas, além de se desenharem arranjos institucionais que possam atingir os fins e valores efetivamente pretendidos.

2.2 PODER DE MERCADO

"O homem é o homem e a sua circunstância."²²⁰

De acordo com a definição encontrada na Microeconomia, poder de mercado consiste, sinteticamente, na capacidade do vendedor ou do comprador de influenciar o preço dos bens. Ou seja, em outras palavras, corresponde ao poder dos agentes econômicos de exercer influência sobre a determinação dos preços dos bens que são transacionados no âmbito do mercado.

Entretanto, desde já há que se salientar, deveras, que diferentemente da simplificação que usualmente é feita no estudo do poder de mercado no campo da Microeconomia,²²¹ parece-nos que tal poder pode não ser exercido, ou melhor, não é

²²⁰ A passagem acima transcrita e que é atribuída ao filósofo espanhol José Ortega y Gasset (1883-1955) se trata de uma variante universalmente difundida da frase original "eu sou eu e minha circunstância", de sua obra *Meditações do Quixote*, 1914. O filósofo sustentava não ser possível considerar o ser humano enquanto sujeito ativo sem levar em conta simultaneamente tudo o que o circunda e o integra, a começar pelo próprio corpo e chegando até o contexto histórico em que está inserido, pelo que arrematava afirmando: "Se não a salvo, não me salvo eu". (ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967).

²²¹ Ressalte-se que a simplificação aqui referida diz respeito à circunstância de que são analisados apenas os aspectos considerados mais importantes para a estruturação do mercado, como o é o preço e a quantidade; e não no que concerne ao nível de complexidade de análise, a qual, efetivamente, é deveras aprofundada.

apenas utilizado em relação ao preço, mas na realidade é possível que seja sobre diversos aspectos do complexo contratual²²², evidenciando-se, sobretudo, no processo negocial.

Igualmente, não é só o poder de mercado oriundo da comumente considerada ausência de concorrência (ou escassez de competitividade) que atingem os mercados enquanto instituições, isto é, os agregados da oferta e da demanda, como rotineiramente conceituado na Microeconomia, que pode atingir os fenômenos contratuais; mas também pode ser aquele surgido nas relações específicas, casuisticamente consideradas, que ocorrem tanto por força dos contextos acima descritos, como em razão de circunstâncias fáticas que igualmente ensejam, pontualmente, o surgimento do que aqui se denomina de poder de mercado circunstancial, de modo a desequilibrar sobremaneira as forças de mercado existentes entre os contratantes, permitindo o seu exercício abusivo e disfuncional.

Isto é, o poder de mercado ao qual aqui se refere é mais amplo, abrangendo não só a capacidade dos agentes econômicos de se imporem sobre a representação coletiva da contraparte, que corresponde aos agregados da oferta e da demanda, porém igualmente sobre as contrapartes especificamente, de cada relação contratual casuisticamente considerada e, sobretudo, diante de suas peculiaridades e diferenças circunstanciais.^{223 e}

224

²²² Mais uma vez mandatório é fazer remissão ao entendimento de obrigação como processo, nos moldes sustentados por COUTO E SILVA, 2006.

²²³ De imediato, vem-nos à mente a situação ocorrida nos Estados Unidos da América do Norte, quando, no verão de 2004, o furacão Charley atingiu a Flórida, ceifando vidas e causando prejuízos de aproximadamente 11 (onze) bilhões de dólares, descrita no aclamado livro de Michael Sandel, *Justice*. Nessa ocasião, em razão da decorrente transitória e catastrófica escassez dos mais variados artigos de subsistência, produtos de consumo e toda a sorte de bens e serviços de modo geral, os preços sofreram elevadíssimos aumentos, superando em diversas vezes o preço habitual, instaurando acirradas discussões acerca dos preços extorsivos. Tal situação resultou em diversas ações judiciais que culminaram em condenações ao pagamento de multas e restituições por cobranças abusivas. (SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011).

²²⁴ Sobre os requisitos da capacidade de ação, assim como as circunstâncias e as influências sobre o poder econômico ou de mercado, “Há, contudo, situações menos claras de restrição à capacidade de agir, provenientes de diversas circunstâncias que, quando tomadas em seu conjunto, afetam significativamente nossas possibilidades de ação. [...] Nestes casos, não sobra mais que um sopro de liberdade ao homem; há, na verdade, mera aparência de liberdade, mas não liberdade efetiva, no sentido mais abrangente do termo. [...] Tão importantes são as circunstâncias em delimitar nossas escolhas que as discussões atuais a respeito da liberdade, principalmente na doutrina anglo-saxã, passam todas invariavelmente pelo tema ‘escolha versus circunstâncias. [...] foi Rawls que retomou o assunto mais recentemente e lhe deitou primorosa análise ao elaborar o seu ‘princípio da diferença’, no que foi posteriormente seguido por Dworkin, ao estabelecer a sua ‘igualdade de recursos’. Segundo estes dois autores liberais-igualitários, em linhas bem gerais, uma sociedade será tão mais justa quanto mais conseguir estruturar-se de modo a permitir um sistema de distribuição de recursos que se determine mais pelas escolhas, ou ‘ambições’, das pessoas (*ambitious sensitive*), do que pelas circunstâncias (*circumstances or endowment-insensitive*). Para tanto, por conseguinte, é necessário um sistema em que não só a liberdade de ação seja incentivada, mas também no qual as circunstâncias de cada um sejam equalizadas ao máximo.” (NOGUEIRA, 2011, p. 59-61).

Ademais, há que se salientar que no presente estudo não se estará a cuidar direta ou especialmente dos problemas de formação, organização e arranjos dos agentes econômicos, com vistas a reprimir o surgimento de monopólios, monopsonios, cartéis ou figuras afins, o que é objeto do Direito Econômico,²²⁵ mas sim das relações contratuais que se dão nestes contextos, considerando os aspectos concorrenciais como fatos dados, isto é, realidades que se apresentam, vez que estamos cuidando do direito contratual (e, respectivamente, de todo o fenômeno contratual), o qual atua sobre as relações que se estabelecem internamente nos mercados, ou seja, intramercados, muito embora, registre-se, sirvam também para estruturá-los (e aí indiretamente influenciar o tipo de conformação dos próprios potenciais contratantes), e não propriamente sobre a forma de estruturação dos agentes econômicos, que, em princípio, é algo anterior e externo às relações contratuais.

Todavia, para melhor compreender de que forma o poder²²⁶ de mercado pode comprometer a eficiência econômica e o bem-estar social, inclusive no que tange às

²²⁵ Para aprofundamentos, ver MATTOS, César. **A revolução antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2003; POSNER, R. **Antitrust Law: an economic perspective**. Chicago: The University of Chicago, 1976; ANDREWS, P. W. S. **On Competition in Economic Theory**. London: MacMillan, 1964; AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. **Antitrust Analysis: problems, texts, cases**. 4. ed. Boston: Little-Brown, 1988; MÉNDEZ GALEANA, Jorge M. **Introducción al derecho económico**. México D.F.: Trillas, 2007. p. 21-22.

²²⁶ Versando sobre a regulação do poder econômico através do Direito, precisamente se encaixando ao que aqui se sustenta, pelo que se faz imperioso consignar, André Carvalho Nogueira esclarece que “O termo ‘poder’ é, de maneira geral, utilizado num sentido genérico e num sentido estrito. No sentido genérico, ele significa a capacidade de intencionalmente produzir efeitos no mundo em que se vive. Neste sentido, conforme acabamos de ver, ele se equipara e se confunde com a manifestação prática da liberdade individual. Assim, eu ‘posso’, eu ‘tenho o poder’ de fazer isto ou aquilo. Normalmente, tal ‘poder’ se manifesta entre o indivíduo e uma coisa sob sua posse ou controle. Na teoria jurídica, ele é normalmente representado por um direito real. O direito real não exprime uma relação entre o seu detentor e uma coisa objeto desse mesmo direito, mas sim entre o detentor do direito e as demais pessoas não detentoras deste mesmo direito. Ele limita a ação das demais pessoas sobre o campo da influência de seu detentor sobre a coisa em questão. Está no campo da coexistência de liberdades [...] No sentido estrito, que é o sentido mais técnico do termo, poder significa a capacidade de controlar as ações de outros. Quem manifesta sua vontade sob o poder de outro, na realidade, manifesta a vontade do outro e não a de si próprio. Nesta noção genérica, a questão é praticamente pacífica na doutrina. Kelsen, assim, diz que a ‘pessoa tem poder sobre outras se puder levá-las a se comportarem de acordo com a sua vontade’. É ter a capacidade de fazer com que alguém aja de uma forma quando agiria de outra maneira. Se a liberdade é a capacidade de definir o próprio destino, poder é a capacidade de definir o destino de outrem.

Esta capacidade de definir o destino de outrem, contudo, possui determinados níveis, que precisam ser delineados, para evitar confusão. As influências interpessoais podem ser colocadas em três níveis distintos. O primeiro é o da mera influência, em sentido estrito. A influência afeta, mas não determina o comportamento dos demais. Quando alguém tem influência sobre nós, significa que, ao tomarmos nossas decisões, levamos em consideração suas opiniões ou seu modo de comportamento, mas isto não define nosso próprio comportamento. O que o continua definindo é a nossa própria vontade e, por isso, a mera influência não atenta contra a nossa liberdade.

Isto vale tanto para as influências nas relações sociais informais, ou extrajurídicas, quanto para as relações jurídicas, principalmente nas de cunho contratual, onde a vontade de cada um cumpre papel essencial na determinação do conteúdo do ato. Weber, ainda que sem se referir diretamente à influência em sentido estrito, dá um bom exemplo de como ela pode funcionar, nas relações contratuais de troca. Quando encomendamos um par de botas ao sapateiro, as vontades de ambos influenciam no resultado final da

relações contratuais casuisticamente consideradas, constituindo-se em uma espécie dentre as falhas que o sistema de mercado pode apresentar, imprescindível primeiramente compreender como a estrutura do mercado pode influenciar o poder dos agentes econômicos, de modo a causar ineficiências no funcionamento do mecanismo de mercado,

contratação, em igual medida. Desta forma, nenhuma das vontades, por si, é capaz de definir o comportamento do outro. Como afirma Blau, 'interdependência e influência mútua de mesma intensidade indicam ausência de poder'.

Num segundo nível na escala de força das influências, está o poder. O poder é, como afirma Comparato, a influência determinante. É aquela que, por si só, é capaz de determinar o comportamento de outrem. Influências decorrentes de sentimentos de respeito, amor e admiração certamente interferem, mas não determinam o comportamento do influenciado. O detentor de poder impõe a sua vontade ao comportamento alheio, independentemente da vontade de quem está sujeito a este poder, e, logicamente, sem que seu próprio comportamento seja determinado pela vontade deste último.

Weber distingue do poder um terceiro nível de influência, no sentido amplo anteriormente destacado. Para ele, o poder ('Match'), definido como 'toda a probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento desta probabilidade', é gênero do qual dominação ('Herrschaft') é a espécie. Dominação corresponde ao poder que se impõe pela criação de um dever de obediência por parte dos subordinados. Os casos de dominação, segundo o autor, vinculam-se à autoridade, entendida como um 'direito à obediência', normalmente decorrente da presença de um quadro administrativo ou associação. O termo dominação, portanto, é mais estreito, designando tão somente as situações em que o poder de mando é institucionalizado por uma determinada administração que confere autoridade a alguns e dever de obediência a outros. Com isto não se quer dizer que tal autoridade seja conferida exclusivamente por normas jurídicas, mas normalmente não prescinde delas para se efetivar.

Este conceito mais estreito de dominação, como categoria analítica da Sociologia e não da Economia, conforme se verá mais adiante, exclui vários fenômenos derivados do poder econômico (ainda que, em alguns casos, este tenda a se converter em dominação, como demonstra o próprio Weber). Deste modo, a definição de poder a que nos referimos neste trabalho é aquela mais ampla, correspondente à influência determinante, sem que seja necessária para sua caracterização a presença de um dever, ainda que moral, de obediência por parte dos que estão a ele sujeitos. Assim, é a este poder em sentido amplo a que faremos referência no presente trabalho, mesmo quando expressões como 'dominante' ou 'dominado' (já por demais difundidas na linguagem sociológica para expressarem relações de poder em sentido genérico) forem utilizadas.

O poder, assim definido, pode expressar-se numa relação bilateral ou multilateral: pode existir poder de um sobre um, de um grupo sobre um, de um sobre um grupo ou de um grupo sobre outro grupo. [...] Os estudiosos destacam, ainda, como essencial à definição de poder a existência da capacidade de quem o detém de impor uma determinada sanção negativa aos que a ele se submetem. Esta sanção, contudo, não deve ser entendida como algo de conotação negativa imposto exclusivamente pela força. Ela pode assumir as mais variadas formas, mas está sempre ligada à concepção de que a não obediência ao detentor de poder pode causar um certo mal ao subordinado. Este mal pode variar desde a efetiva coação física até a uma coação moral, como no caso em que a conduta do subordinado é vista pelos seus próprios pares como merecedora de reprovação.

Por fim, deve-se destacar que o poder é sempre voluntário, intencional, de forma que quem o detém sabe que o detém e o utiliza propositadamente. Quem determina o rumo da vida de outro sem saber que o faz ou sem desejá-lo não exerce poder. A perda da liberdade, quando há influência involuntária, é fruto de mero acaso, de circunstância alheia à vontade e ao controle humanos, e, por isso, deve ser tratada como uma não liberdade natural (decorrente da incapacidade de se controlar o meio).

O poder é, em suma, uma liberdade extrema, superior. É uma liberdade excessiva e, por isso, extrapola os limites da própria noção de liberdade, na medida em que dá ao seu detentor a capacidade de afetar a esfera de liberdade alheia. Indo além dos seus limites, porém, não pode ser liberdade, nem ser tratado como tal. Aliás, sendo fator de anulação da liberdade dos outros, deve ser tratado justamente como seu contrário, sua negação. A linha divisória entre um e outro pode, em muitas situações, carecer de uma delimitação mais clara, como sempre ocorre com conceitos limítrofes. Mas isto não retira a importância analítica nem a praticidade da divisão, uma vez que confere ao cientista instrumento da mais alta relevância para entender a estruturação da sociedade e, por consequência, seu ordenamento jurídico, bem como para desvendar conceitos obscuros, como o da legitimidade, conforme se demonstrará mais à frente." (Grifo nosso). (NOGUEIRA, 2011, p. 78-83). Para uma melhor compreensão das suposições que aqui são feitas, vale consignar que o indigitado estudo traz pressupostos para uma ainda mais ampla e integral compreensão do que aqui se sustenta.

para então, após, ponderarmos acerca dos efeitos desse poder sobre o fenômeno contratual.

Entretanto, necessário aqui fazer importantíssima ressalva. As distorções aqui referidas, as quais se consideram patológicas e, portanto, dignas de preocupação econômica e jurídica, são aquelas que se originam do exercício efetivamente abusivo do poder de mercado, e não simplesmente decorrentes das naturais oscilações verificadas no mecanismo de preços, que além de normais e mesmo desejáveis, servem para equilibrar a demanda e a oferta, alocando de modo eficiente os recursos.²²⁷

Portanto, ressalte-se que em um mercado perfeitamente competitivo, o grande número de compradores e vendedores faz com que nenhum agente econômico em particular possa influenciar o preço das mercadorias dispostas no mercado (e, como aqui se sustenta, igualmente em relação aos demais aspectos negociais do fenômeno

²²⁷ Do mesmo modo que na concepção clássica de contrato (e, portanto, a teoria clássica do direito contratual), a escola econômica clássica assentou seus valores “nos preceitos filosóficos do liberalismo e do individualismo e firmou os princípios da livre-concorrência, que exerceram enorme influência no pensamento revolucionário burguês”. Contudo, a efetiva existência de concorrência, nos moldes do pensamento clássico, muitas vezes parece uma realidade um tanto quanto difícil de concretizar. Neste sentido, “A oferta representa o volume total de determinada mercadoria que os produtores (ou vendedores) estão dispostos a vender a um determinado preço. Ela tende a ser diretamente proporcional ao preço obtido no mercado. Quanto maior o preço, em geral é maior a quantidade ofertada, pois preços maiores oferecem uma margem mais elevada de lucro. A demanda representa o lado dos compradores (ou consumidores), cuja reação tende a ser inversa: quanto mais elevado o preço, menos eles estarão dispostos a comprar. Oferta e procura agem assim em direções opostas em relação aos preços. O equilíbrio seria teoricamente alcançado quando, a determinado preço, as quantidades de bens e serviços procurados fossem iguais às oferecidas. Aqui entra a questão da capacidade que compradores, de um lado, e vendedores, de outro, têm de influenciar o preço. Isso leva a uma classificação dos mercados em cujos extremos estão a concorrência perfeita (suposta pela economia clássica) e o monopólio. Um mercado seria de concorrência perfeita quando reunisse, tanto no lado da oferta como no da procura, um grande número de agentes econômicos (compradores e vendedores), que seriam indiferenciados entre si, criando uma situação em que é indiferente para o produtor vender a este ou àquele, desde que paguem o mesmo preço, a mesma coisa ocorrendo com os compradores. Além disso, a combinação dessas características de mercado ideal teria de acontecer de modo que não permitisse que nenhum dos agentes pudesse individualmente exercer uma influência perceptível sobre o preço: qualquer vendedor que fixasse um preço maior perderia a clientela e, do mesmo modo, os compradores não teriam condições (por serem todos pequenos) de forçar a baixa dos preços. *Economistas clássicos construíram suas teorias na suposição de que a economia capitalista fosse basicamente formada por mercados desse tipo, que tenderiam, portanto, num prazo mais ou menos longo, ao equilíbrio. Entretanto, se é que algum dia existiram, os mercados de concorrência perfeita ou algo próximo disso praticamente desapareceram no desenvolvimento do capitalismo. O funcionamento da economia de mercado (expressão que é usada modernamente como sinônimo de capitalismo) modificou-se de modo irreversível por vários fatores, entre eles o gigantismo das modernas unidades industriais (por exigências técnicas ou por critérios de rentabilidade determinados pela economia de escala, na qual, quanto maior a produção, menores são os custos e maiores os lucros) e o crescente intervencionismo do Estado na economia (formando empresas, regulando preços, estoques e a oferta monetária, por exemplo). Assim, atualmente, entre as situações de mercado comuns em que prevalece a concorrência imperfeita, destacam-se, do lado da oferta, o monopólio (no qual um único produtor determina toda a oferta e exerce grande poder sobre o preço) e o oligopólio (em que há um pequeno número de vendedores, como o mercado de automóveis, por exemplo, controlado por poucas e poderosas empresas); e, do lado da demanda, o monopsonio (em que um único comprador determina toda a demanda e exerce grande influência sobre os preços) e o oligopsonio (no qual um pequeno grupo de compradores controla o mercado e influi decisivamente sobre os preços). (Grifo nosso). (SANDRONI, 2004. p. 378-379).*

contratual). Nesse sentido, o preço é determinado livremente pelas forças de mercado, isto é, da oferta e da demanda. Aliás, nesse cenário, os produtores e vendedores, individualmente, baseiam-se no preço de mercado para decidir quanto irão produzir e vender (ou apenas vender) e os consumidores, por sua vez, quanto irão adquirir.

Todavia, no extremo oposto do mercado competitivo, encontra-se o monopólio e o monopsonio, caracterizando-se o primeiro pela existência de apenas um vendedor e muitos compradores e, o segundo, pela existência de muitos vendedores, porém apenas um comprador.

Nesse sentido, de modo geral, em um mercado monopolista, os produtores ou vendedores constatarem que é mais lucrativa a cobrança de um preço mais elevado do que o custo marginal,²²⁸ ainda que a quantidade negociada seja menor, ou seja, em outros termos, a quantidade ofertada pelo monopolista é, em regra, menor e o seu preço maior do que a quantidade e preço dos mercados competitivos. Tal fato impõe um custo à sociedade, porque menos consumidores poderão adquirir o produto e aqueles que o fizerem pagarão um preço mais elevado.

Não é por outro motivo que a legislação genericamente denominada de antitruste proíbe a formação de monopólios na maioria dos mercados.²²⁹ Aliás, inclusive quando existem economias de escala que tornam o monopólio desejável,²³⁰ como, por exemplo, no caso do fornecimento de água ou de empresas locais de geração de energia elétrica, é notória a admissão da regulamentação do preço do monopolista por parte do Estado,

²²⁸ Como veremos adiante, nos mercados competitivos, a decisão de produção (oferta) que maximiza o lucro do produtor/vendedor é aquela em que o preço é igual ao custo marginal, isto é, na qual o preço se iguala ao custo de se produzir/ofertar mais uma unidade.

²²⁹ E obviamente não só de monopólios, mas também de oligopólios e cartéis. Nesse sentido, importante esclarecer que oligopólio representa o mercado no qual apenas algumas empresas competem entre si, havendo impedimentos para a entrada de novas empresas, o que enseja o surgimento de poder de mercado, mais precisamente de poder de monopólio, como será aprofundado a seguir. De outro lado, o oligopsonio representa o mercado que possui poucos compradores, fazendo emergir poder de monopsonio, o que também será visto com mais detalhamento adiante. Para aprofundamentos, claras são as explicações de VARIAN, 2006, Cap. 26 e 27.

²³⁰ Referem-se, precipuamente, às hipóteses de monopólios naturais. De acordo com Gregory Mankiw, trata-se de um monopólio que surge porque uma só empresa consegue ofertar um bem ou serviço a um mercado inteiro a um custo menor do que ocorreria se existissem duas ou mais empresas no mercado. (MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução da 5. ed. Norte-Americana por Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes de Lima, Revisão Técnica Carlos Roberto Martins Passos e Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: 2009. p. 489).

inclusive através da criação de agências reguladoras,²³¹ com vistas a aumentar a eficiência econômica e o bem-estar social.²³²

Outrossim, diferentemente do comprador competitivo, o comprador monopsonista paga um preço que depende das quantidades que por ele são adquiridas. Seu escopo, então, é escolher a quantidade a ser comprada que seja capaz de maximizar o seu benefício líquido, isto é, a diferença entre o valor obtido com a mercadoria e o preço pago por ela. Assim sendo, muito embora o monopsonio puro também seja raro, com acentuada frequência nos deparamos com mercados onde existem apenas alguns compradores, os quais possuem, portanto, o poder de adquirir os bens em questão por preços inferiores aos que seriam observados em mercados competitivos. Nesse tipo de situação, os compradores possuem poder de monopsonio, sendo que tais hipóteses ocorrem tipicamente nos mercados de fatores de produção.

Assim sendo, considerando que muito embora o monopólio puro seja raro, como igualmente o monopsonio puro o é, a idealização do mercado perfeitamente competitivo, indiscutivelmente, é uma abstração extremamente difícil de se concretizar,²³³ quiçá quase impossível; sendo que, contudo, na franca maioria das vezes, os mercados se encontram em pontos intermediários entre esses dois extremos, nos quais uma das partes contratantes apresenta, em diferentes níveis de intensidade,²³⁴ poder de mercado, o que pode causar distorções no mecanismo de mercado e não apenas no que tange aos preços, mas, em verdade, sobre vários ou até mesmo sobre todos os aspectos negociais do contrato.

²³¹ Oportuna investigação sobre a defesa do consumidor e a regulação na prestação de serviços públicos é o trabalho de Fernando Costa de Azevedo. (AZEVEDO, Fernando Costa de. **Defesa do consumidor e regulação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

²³² Pertinente consignar as palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, que registra que “na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir os bens da vida e os serviços. Até mesmo quando dormimos poderemos estar assumindo obrigações contratuais, como se dá com os fornecimentos de luz e de água”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, n. 16, out./dez. 2003. p. 103).

²³³ Efetivamente, basta analisar o perfil das reclamações efetuadas por consumidores, como nos mostra o Cadastro de Reclamações Fundamentadas, editada pela Fundação de Amparo ao Consumidor do Estado de São Paulo – PROCON/SP, para constatar que o maior percentual de reclamações é referente a setores nos quais existe expressivo poder de mercado, como pode ser visto em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_cadastro_2011.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2013.

²³⁴ Desde já, importa salientar que aqui se sustenta que somente deve ser combatido o poder de mercado que é capaz de cercear severamente a liberdade contratual da parte vulnerável ou hipossuficiente, a qual, assim sendo, não possui qualquer possibilidade de exercer a sua autonomia volitiva, quiçá, nestas hipóteses, tão somente lhe resta escolher entre contratar ou não. Desse modo, percebe-se que, em muitos casos, não há sequer efetivo aumento, ainda que potencial, da utilidade (satisfação) recíproca dos agentes contratantes (em termos econômicos, o deslocamento para curvas de preferências mais elevadas), o que se espera obter através dos contratos; muito embora seja sabido e vale consignar que o indigitado aumento potencial, quando efetivados os contratos, pode ou não se realizar, dependendo especialmente da natureza e do objeto do contrato em questão (contratos bilaterais ou não, comutativos ou não, de risco e etc.).

Dessa forma, considerando que a figura do mercado perfeitamente competitivo é geralmente uma ficção, sendo que, no cotidiano, vendedores ou compradores, quase sempre, apresentam um pouco que seja de poder de mercado, seja de monopólio ou monopsonio, não sendo raro apresentarem considerável ou até excessivamente tais poderes, até mesmo em relação a bens e serviços essenciais ou que são fundamentais no cotidiano da vida moderna,²³⁵ importante compreender como tal poder surge e como ele é exercido, para então contextualizá-lo propriamente às relações contratuais, inclusive quanto a aspectos que vão muito além do preço e da quantidade apenas, que é o que se verá a seguir, buscando fazê-lo, frise-se, da forma mais simplificada possível e, sobretudo, aplicável à análise jurídica, que aqui, não se pode olvidar, é o foco e desiderato maior.

Outrossim, vale salientar que aqui serão vistos tão somente os aspectos econômicos principais a respeito do poder de mercado, vez que se objetiva tão somente fornecer os elementos necessários para compreender a forma como o poder de mercado pode influir nas relações contratuais.

2.2.1 Poder de Monopólio

Conforme já mencionado,²³⁶ o monopólio, em linhas gerais, corresponde àquelas situações nas quais existe apenas um produtor ou vendedor, diferentemente dos cenários nos quais se supõe existirem diversos, onde a competitividade enseja o alcance de eficiência econômica e bem-estar social. Portanto, em situações como essa, isto é, nas quais existe poder de monopólio, ainda que em diferentes níveis de intensidade, as soluções obtidas em mercados sem qualquer regulação ou intervenção estatal podem não se revelarem tão eficientes como se supõe ocorrer quando existe competição, porquanto uma das principais premissas para que o mecanismo de mercado promova eficiência, qual

²³⁵ Exemplos não faltam. Apenas para ilustrar, podem ser citados os casos de telefonia (celular e fixa), serviços de *internet* e televisão por assinatura, transporte comercial aéreo, atacado e varejo de produtos farmacêuticos, entre inúmeros outros e frise-se, o que não se restringe, tão somente, aos aspectos consumeristas, mas abrangem também os intermediários das cadeias de produção e distribuição, que muitas vezes apresentam menor poder de mercado do que os próprios consumidores finais.

²³⁶ Inafastável salientar a importância da obra (Microeconomia) de Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld, o primeiro professor de Economia e Finanças da *Massachusetts Institute of Technology – MIT* e o segundo professor de Direito na *Robert L. Bridges* e de Economia na *Universidade da Califórnia, Berkeley*, para a elaboração de todo o presente capítulo. Para maior detalhamento, pertinente consultar PINDYCK; RUBINFELD, 2006, Cap. 10, 11 e 12.

seja, de que os agentes econômicos possuam liberdade para contratar,²³⁷ dentre as quais inclusive está inserida a possibilidade de negociar o conteúdo do contrato, não se faz presente ou, no mínimo, resta severamente comprometida.²³⁸

Pois bem, necessário compreender que se o monopolista desejar aumentar os seus preços não terá que se preocupar com eventuais concorrentes, porquanto os mesmos não existem; sendo que, ao contrário, caso existissem, poderiam cobrar preços menores e, assim, capturar uma fatia maior do mercado, substituindo aquele ou aqueles que decidissem aumentar os seus preços.

Dessa forma, o monopolista é visto, muitas vezes, como o próprio mercado, controlando a quantidade e o preço do produto que será colocado à venda. Importante salientar que tal premissa também é válida, *mutatis mutandis*, para as hipóteses nas quais muito embora não exista um monopólio perfeito, haja algum poder de monopólio. Nessas situações, ainda que o poder de monopólio não possa ser exercido com a mesma veemência, ainda assim poderá ser exercido por aqueles que o detiverem, em intensidade proporcional ao grau de monopólio apresentado.

Mas, pertinente ressaltar, isso não significa que o monopolista poderá cobrar qualquer preço que desejar, inclusive não poderá assim agir se a maximização dos seus lucros for um dos objetivos perseguidos. Para atingir tal objetivo, qual seja, maximizar os seus lucros, o monopolista deverá, em primeiro lugar, determinar os seus custos, assim como as características da demanda do mercado no qual atua. Uma vez dispondo de tais informações, o monopolista deverá decidir o quanto produzir e vender, sendo que o preço unitário recebido pelo monopolista será obtido diretamente a partir da curva da demanda de mercado. Desse modo, ele poderá determinar o preço, vez que a quantidade a ser vendida é obtida a partir da curva de demanda apresentado pelo mercado em questão, como será explicitado no tópico seguinte.

²³⁷ De acordo com a tripla faculdade, isto é, contratar ou não contratar, escolher livremente com quem contratar e estabelecer livremente o conteúdo do contrato. No que diz respeito à forma, para a liberdade contratual é imprescindível, primordialmente, o consensualismo, pelo que, portanto, o consentimento recíproco é suficiente à conclusão do contrato, como informa o artigo 107 do Código Civil Brasileiro: "a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir".

²³⁸ Importante reiterar que no presente estudo não se está a defender a intervenção direta do Estado nos mercados ou nos domínios econômicos e privados, de modo a substituir o particular. Muito pelo contrário, advoga-se no sentido de que o Estado deva garantir o funcionamento do mecanismo de mercado, dentre o que está inserida a necessidade de garantir a liberdade contratual de todos os sujeitos envolvidos e, conseqüentemente, o efetivo exercício da autonomia da vontade (autodeterminação) para todas as partes contratantes, potenciais ou de fato, a fim de que seja ensejado o alcance de eficiência econômica e bem-estar social e individual. E, para tal tarefa, sustentamos que o direito contratual é, por excelência, o instrumento competente para tanto, aliás, não só para o combate do poder de mercado, mas para todas as falhas de mercado.

2.2.1.1 Decisão de Produção do Monopolista: Receita Total, Média e Marginal

A receita média do monopolista – o preço que recebe por unidade vendida – é exatamente a própria curva da demanda do mercado. Então, para poder escolher o nível de produção capaz de maximizar os seus lucros, ou seja, a sua receita total,²³⁹ o monopolista deverá também conhecer a sua receita marginal.²⁴⁰

Conforme se constata no estudo da Microeconomia, para que um produtor possa maximizar os seus lucros em um mercado competitivo, o mesmo deverá determinar o seu nível de produção (ou oferta) de tal forma que a sua receita marginal se iguale ao seu custo marginal. Da mesma forma, o monopolista, visando a maximizar os seus lucros, deverá produzir a quantidade na qual a sua receita marginal se iguale ao seu custo marginal.²⁴¹ Assim, quando a receita marginal é positiva, a receita total aumenta com o aumento da quantidade transacionada. Todavia, quando a receita marginal é negativa, a receita total diminui na medida em que a quantidade transacionada aumenta.

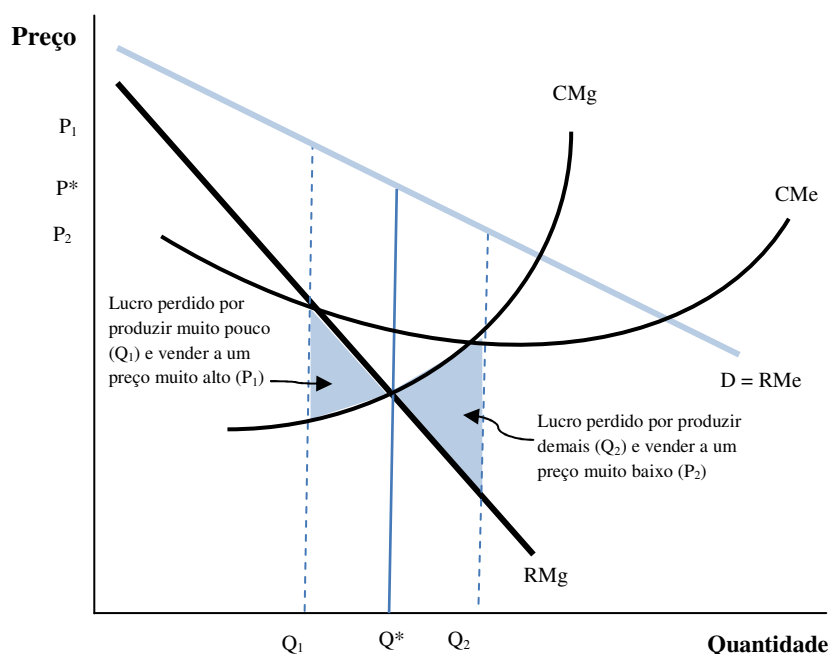
Portanto, sendo a curva de demanda descendente, o preço (receita média) revela-se superior à receita marginal, porquanto todas as unidades são vendidas ao mesmo preço. Se as vendas aumentarem, o preço deverá diminuir, o que ocasionará declínio na receita total, pois, nesse caso, todas as unidades vendidas, e não apenas a unidade adicional, obterão um preço (receita média) menor, fazendo com que a receita total se reduza.

Dessa forma, compreendidas as premissas acima explanadas, analisaremos agora a decisão de produção (ou oferta) do monopolista. Basicamente, o questionamento a ser respondido é qual o nível de produção a ser eleito pelo monopolista que visa a maximizar os seus lucros. Nesse sentido, da mesma forma que no mercado competitivo, o ofertante que busca maximizar os seus lucros deverá determinar o seu nível de produção de tal forma que a receita marginal seja igual ao custo marginal, o que não é diferente no caso do monopólio, conforme se observa na ilustração a seguir.

²³⁹ A receita total corresponde a todo o valor recebido pelo monopolista em razão de suas vendas.

²⁴⁰ A receita marginal é a variação na receita resultante do aumento da produção em uma unidade.

²⁴¹ O custo marginal é a mudança no custo variável associada ao aumento de uma unidade de produto.

Ilustração 1 – Demonstração Gráfica do Monopólio²⁴²

Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 290.

Assim sendo, como se permite constatar, o monopolista, via de regra, irá produzir uma quantidade menor e irá ofertá-la a um preço maior do que ocorreria em um mercado competitivo. E, como já salientado, ainda que não se trate de caso de monopólio puro, na maioria dos mercados é frequente que os agentes econômicos que dele fazem parte apresentem algum grau de poder de mercado, o que não coincide com a suposição, por vezes corrente, de que os mercados, em regra, são perfeitamente competitivos, nos quais as forças da oferta e da demanda interagem livremente, de modo a atingir os pontos de eficiência de preço e quantidades transacionadas.

Contudo, inafastável registrar, com muito destaque, que mesmo um considerável poder de monopólio não implica necessariamente na obtenção de altos lucros. Os lucros, em verdade, dependem da relação entre o custo médio e o preço, pelo que um ofertante que possua maior poder de monopólio pode obter menores lucros do que um ofertante que possua menor poder de monopólio, desde que os seus custos médios sejam mais altos.

²⁴² Interessante esclarecer que Q^* é o nível de produção para o qual RMg (receita marginal) = CMg (custo marginal). Assim, se o ofertante, por exemplo, uma empresa, produzir uma quantidade menor, Q_1 , ela sacrificará parte de seus lucros, porquanto a receita extra que poderia ser obtida com a produção e a venda das quantidades que se encontram entre Q_1 e Q_2 excederia seu custo de produção. Analogamente, se fosse aumentado o seu nível de produção de Q^* para Q_2 , haveria uma redução de seus lucros, pois o custo adicional decorrente desta produção a maior excederia a receita adicional daí advinda. Dessa forma, importante ter em mente que o lucro é maximizado quando a receita marginal iguala-se ao custo marginal.

2.2.1.2 Deslocamentos da Oferta e da Demanda

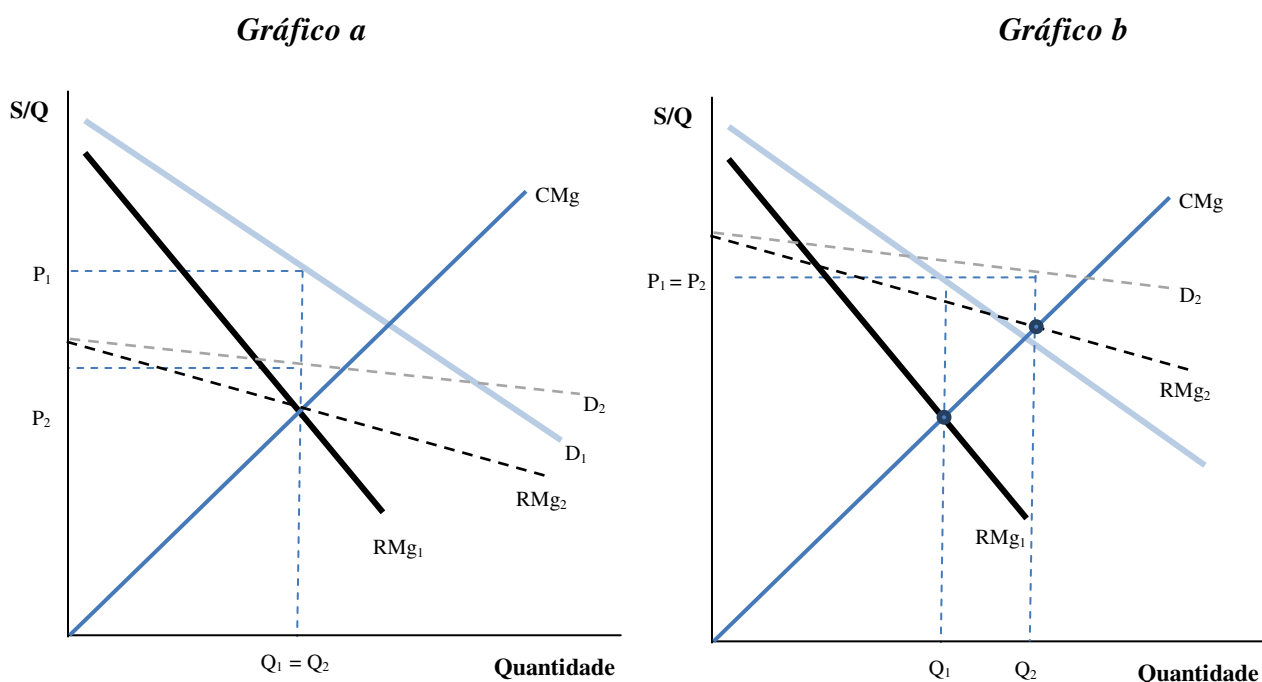
Em um mercado competitivo, deslocamentos da demanda normalmente provocam variações tanto no preço como na quantidade, porquanto é ofertada uma quantidade específica para cada nível de preço, havendo uma nítida relação entre os preços e as quantidades disponibilizadas. Essa relação é representada pela curva da oferta, que representa o custo marginal de produção para todos os ofertantes. Assim, a curva da oferta informa qual a quantidade deverá ser produzida para cada nível de preço.

Em um mercado monopolista, todavia, não existe a curva de oferta,²⁴³ isto é, não há uma relação biunívoca entre o preço e a quantidade produzida. Isso ocorre porque a decisão do nível de produção do monopolista depende não só do custo marginal, mas também do formato da curva da demanda.

Conseqüentemente, deslocamentos da curva da demanda não conseguem indicar os preços e as quantidades correspondentes na curva de oferta, como ocorre em um mercado competitivo. Ao contrário, os deslocamentos da demanda podem resultar em variações do preço sem que exista variação da quantidade ofertada, bem como variações da quantidade ofertada sem que exista variação do nível de preços ou, ainda, podem resultar em variações em ambas as variáveis, isto é, tanto das quantidades quanto dos preços.

Nesse sentido, pertinente salientar uma crucial diferença que se observa entre os ofertantes que se encontram em um mercado onde existe concorrência perfeita e aqueles que detêm poder de monopólio. Para os ofertantes que se encontram em um mercado onde há concorrência perfeita, o preço praticado é igual ao custo marginal; todavia, para aqueles que possuem poder de monopólio, o preço que praticam é superior ao custo marginal, conforme pode se observar através do cotejo das duas ilustrações abaixo, que revelam as diferenças entre um e outro caso.

²⁴³ Nesse exato sentido, no tocante à vulnerabilidade que pode daí decorrer, pertinentes são as colocações de Paulo Valério Dal Pai Moraes, que muito bem constata o que se está aqui a sustentar, ao tratar da vulnerabilidade econômica e social, fazendo-se oportuno registrar: “A vulnerabilidade econômica e social decorre diretamente da disparidade de forças existente entre os consumidores e os agentes econômicos, revelado que estes possuem maiores condições de impor a sua vontade àqueles, por intermédio, da utilização dos mecanismos técnicos mais avançados do que o poder monetário pode conseguir. Este tipo de vulnerabilidade começou a ficar mais evidente, na forma já ressaltada, quando a economia liberal do século XIX passa de um modelo de livre concorrência para o estabelecimento dos oligopólios e monopólios que, extremamente fortalecidos, fizeram aflorar de maneira mais intensa a grande fragilidade do consumidor na relação de consumo”. (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175).

Ilustração 2 – Deslocamentos da Demanda²⁴⁴

Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 295.

Vale registrar que uma das formas de se medir o poder de monopólio é através do chamado Índice de Lerner de Poder de Monopólio ou, mais simplesmente, Índice de Lerner, introduzido pelo economista Abba Lerner, em 1934. Trata-se de uma medida que visa a aferir o quanto o preço que maximiza o lucro excede o custo marginal. Assim, pode-se utilizar a relação de *markup*,²⁴⁵ ou seja, toma-se o preço e subtrai-se o custo marginal, para após dividir este resultado pelo preço. A sua representação matemática é a seguinte:

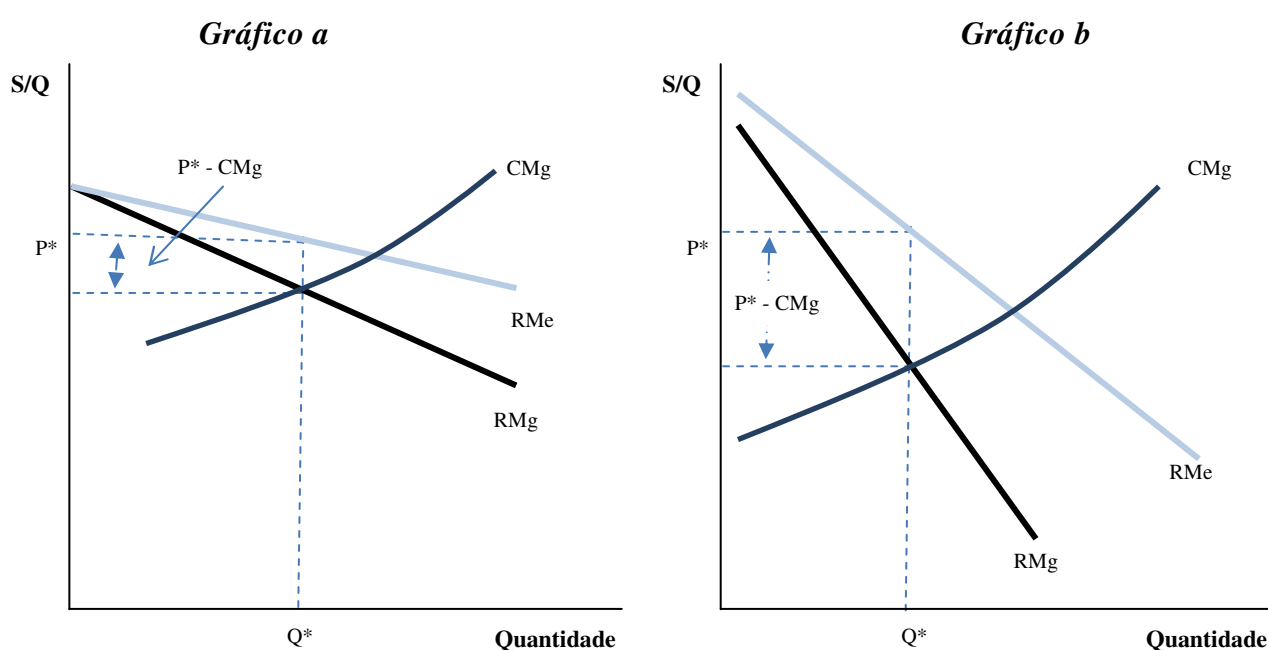
$$L = (P - CMg)/P$$

²⁴⁴ Importa consignar que o deslocamento da curva de demanda permite demonstrar que um mercado monopolista não possui curva de oferta, isto é, não há relação biunívoca entre o preço e a quantidade produzida. Como se vê no **gráfico a**, representativo de um mercado competitivo, a curva de demanda D_1 desloca-se, tornando-se a nova curva de demanda D_2 . Entretanto, a nova curva da receita marginal, RMg_2 , cruza com a curva do custo marginal no mesmo ponto em que se situava a antiga curva do custo marginal RMg_1 , pelo que a quantidade ofertada permanece inalterada, sendo que o preço, no entanto, reduz-se para P_2 . Já no **gráfico b**, representativo de um mercado monopolista, a nova curva da receita marginal, RMg_2 , cruza com a curva do custo marginal em Q_2 , em um nível de produção mais elevado. No entanto, como a demanda possui agora elasticidade maior, o preço permanece inalterado.

²⁴⁵ Conforme Paulo Sandroni, *markup* trata-se de um “Termo em inglês que significa a diferença entre o custo total de produção de um produto e seu preço de venda ao consumidor final. A diferença indica o custo da distribuição física, ou seja, quanto custa levar o produto de onde está armazenado até as mãos do consumidor final, mais o lucro do produtor, dos intermediários e varejistas. Por exemplo, se o custo de produção de um produto é igual a R\$ 20,00 e o preço ao consumidor final deve ser 30% mais elevado (ou um markup de 30%), o preço final ao consumidor deverá ser de R\$ 20,00 + 30% = R\$ 26,00.” (SANDRONI, 2004, p. 368).

Como se vê, o Índice de Lerner de Poder de Monopólio é uma medida do poder de monopólio calculada com relação ao excesso de preço sobre o custo marginal, como fração do preço. O referido índice possui valor entre zero e um, sendo que para um ofertante perfeitamente competitivo, tem-se o preço igual ao custo marginal ($P = CMg$) e, portanto, o índice de Lerner é $L = 0$. Quanto maior for o L , maior será o grau de poder de monopólio. Esse índice também pode ser expresso em termos da elasticidade da demanda com que o ofertante se defronta.

Ilustração 3 Elasticidade da Demanda e Preço de Markup²⁴⁶



Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 301.

2.2.1.3 Custos Sociais do Poder de Monopólio

Como já se salientou, em um mercado competitivo, o preço é igual ao custo marginal. Por outro lado, havendo poder de monopólio, o preço ultrapassa o custo marginal. Dessa forma, considerando que o poder de monopólio resulta em preços mais elevados e quantidades ofertadas mais reduzidas, é consectário lógico supor que a situação dos consumidores resulta prejudicada, bem como, de modo inverso, seja beneficiada a

²⁴⁶ Conforme nos informam Pindyck e Rubinfeld o *markup* $(P - CMg)/P$ é igual ao negativo do inverso da elasticidade da demanda do ofertante. Se a sua demanda for elástica, como é demonstrado no **gráfico a**, o *markup* será pequeno e o ofertante terá pouco poder de monopólio. Contudo, se a demanda for relativamente inelástica, ocorrerá o oposto, como demonstrado no **gráfico b**.

situação dos ofertantes. Assim sendo, é importante verificar se tal hipótese realmente se concretiza, bem como se o poder de monopólio melhora ou piora o bem-estar dos demandantes (ou consumidores) e ofertantes (ou produtores) considerados em conjunto e atribuindo-se o mesmo valor ao bem-estar de ambos.

Tal questionamento deve ser enfrentado e respondido analisando-se comparativamente o que ocorre com os excedentes dos consumidores e dos produtores (ofertantes) quando um mercado competitivo produz (oferta) uma mercadoria e quando um monopolista abastece todo o mercado, supondo que o mercado competitivo e o monopolista tenham as mesmas curvas de custo.

Antes, porém, deve ser esclarecido o que são os denominados excedentes do consumidor e do produtor. Frise-se que o excedente do consumidor é o benefício total obtido pelos consumidores, ou seja, é o agregado dos benefícios individuais dos consumidores, que correspondente à soma do valor que cada um dos consumidores percebe além daquilo que paga por determinado bem. Em outros termos, é a soma das diferenças de valor entre aquilo que efetivamente pagam e os seus respectivos preços de reserva²⁴⁷ - preço máximo que se está disposto a pagar por determinado bem - de cada um dos consumidores que efetivamente realizam as transações no mercado.²⁴⁸ O Excedente do Produtor, por seu turno, é a soma das diferenças entre o preço de mercado e o custo marginal de produção relativos a todas as unidades produzidas pelo ofertante.²⁴⁹

Assim, para maximizar os lucros, o ofertante fornece a quantidade no nível em que a receita marginal se iguala ao custo marginal. Em um mercado competitivo, o preço deve igualar-se ao custo marginal, portanto, o preço e a quantidade competitivos encontram-se no ponto de intersecção da curva da receita média (demanda) com a curva de custo marginal.

Já no contexto de monopólio, o preço é mais alto e os consumidores adquirem menos. Devido ao preço mais alto, os consumidores que adquirem a mercadoria perdem excedente, uma vez que é reduzida a diferença entre o preço efetivo e o preço de reserva, que, como já salientado, é o preço máximo que um consumidor está disposto a pagar por um determinado produto. Outrossim, haverão consumidores potenciais que ao preço mais

²⁴⁷ Conforme Pindyck e Rubinfeld, é o “Preço máximo que um consumidor está disposto a pagar por um produto.” (PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 599).

²⁴⁸ Conforme leciona Hubbard e O'Brien, o excedente do consumidor é a “diferença entre o preço mais alto que um consumidor está disposto a pagar e o preço que o consumidor efetivamente paga”. (HUBBARD; O'BRIEN, 2010, p. 1131).

²⁴⁹ Já o excedente do produtor é a “diferença entre o menor preço que uma empresa estaria disposta a aceitar e o preço que ela de fato recebe.” (Ibid., p. 1131).

elevado não irão adquirir a mercadoria, o que também representa perda de excedente do consumidor.

O produtor, muito embora tenha um lucro maior, isto é, haja aumento do seu excedente, considerando que produz e vende uma quantidade menor, deixa de ganhar o lucro adicional que perceberia caso produzisse e vendesse aquilo que deixou de realizar fixando preços mais elevados, o que representa perda de excedente.

Dessa forma, subtraindo-se a perda de excedente do consumidor do ganho de excedente do produtor, observa-se uma perda líquida de excedente. Em outras palavras, atribuindo-se o mesmo valor aos ganhos e perdas de demandantes (consumidores) e ofertantes (produtores), a magnitude dos ganhos do produtor (excedente do produtor) não compensa as perdas dos consumidores (excedente do consumidor). Portanto, como é possível verificar, remanesce um peso morto em decorrência do poder de monopólio, o qual representa o custo social desse poder e que se consubstancia em uma ineficiência econômica, a qual compromete, assim, o bem-estar social²⁵⁰, como se vê na ilustração a seguir.

Portanto, cabe ressaltar o conceito de peso morto, que consiste na perda líquida de excedente total, ou seja, considerando-se tanto o excedente do consumidor como do produtor. Aliás, nesse sentido vale trazer à baila o significado de excedente econômico, que é justamente a soma dos excedentes do consumidor e do produtor.²⁵¹

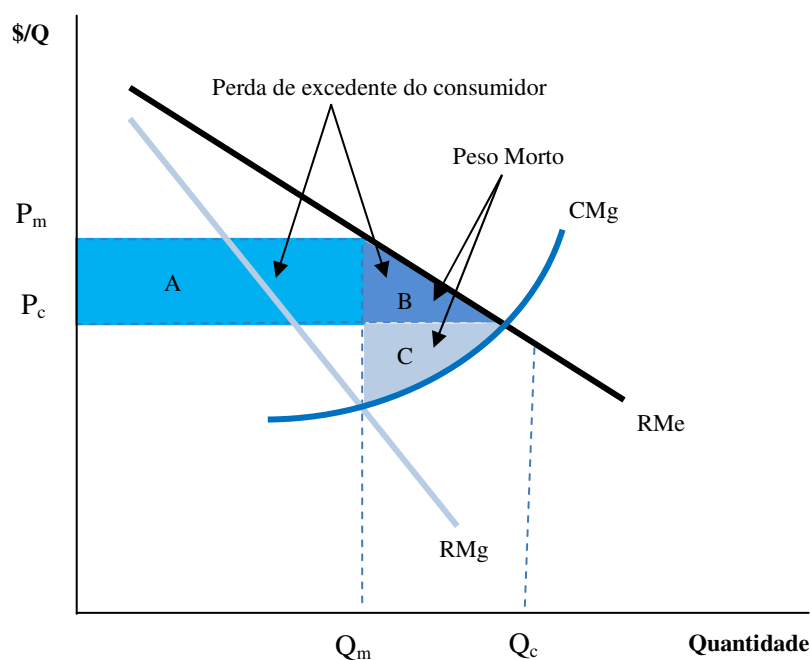
Nesse tocante, ademais, vale esclarecer que ainda que os ganhos do monopolista fossem isonomicamente partilhados com os demandantes, como que por meio de uma política redistributiva, através, por exemplo, da incidência de impostos dos quais a receita fosse posteriormente revertida em prol dos consumidores, ainda assim se observaria a indigitada ineficiência, pois o nível de produção é menor do que em um mercado competitivo. Em outras palavras, o peso morto é o custo social do exercício do poder de monopólio, sendo que os benefícios obtidos pelos ofertantes não compensam as perdas

²⁵⁰ Nesse sentido, ao tratar do princípio das modificações do mercado, no âmbito das relações de consumo, José Luiz Ragazzi afirma que “o inciso VIII dispõe que deverá ser objeto de Política Nacional das Relações de Consumo o estudo constante das modificações do mercado. E isso porque, frente à permanente evolução social, evita que as normas instituídas para reger as relações de consumo se tornem ultrapassadas e desconectadas da realidade factual, e que as autoridades responsáveis por atuação nessa área acabem se conduzindo equivocadamente ou permanecendo inertes por desconhecerem eventuais modificações nos múltiplos aspectos que compõem este contexto. Necessária se faz a criação de dispositivos que a complementem para que saia do campo intencional e dependente da vontade dos seus executores. Conclui-se, então, que as relações de consumo evoluem a cada dia, de modo que devam receber estudo caso a caso.” (RAGAZZI, José Luiz. **Intervenção de terceiros e o Código de Defesa dos Consumidores**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 81).

²⁵¹ HUBBARD; O'BRIEN, 2010, p. 1131.

sofridas pelos demandantes, constituindo-se, na hipótese, em uma ineficiência não passível de ser afastada.

Ilustração 4 – Custo Social: O Peso Morto ²⁵²



Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 305.

2.2.1.4 Fontes do Poder de Monopólio

Mandatário investigar o que faz com que surja o poder de monopólio, ou seja, quais são as suas origens em termos agregados, buscando-se explicar o motivo pelo qual alguns ofertantes possuem considerável poder de monopólio, enquanto outros possuem pouco ou mesmo nenhum. Como visto, o poder de monopólio está alicerçado na capacidade de o preço ser definido acima do custo marginal, sendo que a magnitude na qual o preço ultrapassa o custo marginal depende do inverso da elasticidade da demanda²⁵³

²⁵² Vale salientar que os triângulos e o retângulo hachurados mostram as alterações ocorridas nos excedentes do consumidor e do produtor quando se passa de um cenário de competição, com o preço P_c e a quantidade Q_c , para um cenário de monopólio, onde o preço é P_m e a unidade Q_m . Dessa forma, em consequência do preço mais alto, os consumidores perdem $A + B$, e o produtor ganha $A - C$. O peso morto, que corresponde à perda de excedentes econômicos, que não é apropriado por ninguém, corresponde à soma dos triângulos $A + C$.

²⁵³ Primeiramente, importa esclarecer que a elasticidade, grosso modo, é a variação percentual em uma variável que resulta do aumento de 1% na outra. Já a elasticidade da demanda ou elasticidade preço da demanda consiste na porcentagem de variação na quantidade demandada de um bem que resulta de 1% de aumento em seu preço. Oportuno dizer que a elasticidade de preço da demanda é, em geral, um número negativo. “Quando

com a qual o ofertante se defronta. Frise-se que quanto menos elástica for a curva da demanda na qual o ofertante se depara, maior poder de monopólio ele terá. Portanto, em termos pragmáticos, o determinante do poder de monopólio é a elasticidade da demanda na qual o ofertante está sujeito.

Dessa maneira, é pertinente perscrutar porque alguns ofertantes se deparam com curvas de demanda mais elásticas, enquanto que outros se defrontam com curvas de demanda menos elásticas. De acordo com o que dispõe a literatura sobre o tema²⁵⁴, três são os principais determinantes do grau de elasticidade da demanda na qual os ofertantes se deparam, quais sejam: a) a elasticidade da demanda de mercado; b) o número de ofertantes que atuam no mercado; e c) a interação entre os ofertantes (ou o grau de interação verificado entre os ofertantes); como se analisa mais detidamente a seguir.

2.2.4.1.1 A Elasticidade da Demanda

Como a demanda percebida pelo ofertante será ao menos tão elástica quanto a demanda do mercado, a elasticidade da demanda do mercado limita o potencial de poder de monopólio, ou seja, define o máximo de elasticidade da demanda na qual o ofertante poderá se deparar. Assim, se houver apenas um ofertante, o que configuraria a hipótese de um monopólio puro, a curva de demanda a qual o monopolista se deparará será a própria curva de demanda do mercado. Nessa hipótese, o grau de poder de monopólio do ofertante dependerá integralmente da elasticidade da demanda do mercado.

Entretanto, normalmente observam-se ofertantes competindo entre si, pelo que, nessas situações, a elasticidade da demanda do mercado define o limite para a elasticidade da demanda de cada ofertante, isto é, o máximo de elasticidade que poderá se defrontar qualquer ofertante. Isto ocorre porquanto havendo poder de monopólio e a existência de mais de um ofertante, é possível que cada deles se depare com uma curva de demanda

o preço de uma mercadoria aumenta, a quantidade demandada em geral cai, e, dessa forma, $\Delta Q / \Delta P$ (a variação da quantidade demandada correspondente a uma variação no preço) é negativa, e, portanto, E_p é um valor negativo. Às vezes nos referimos à magnitude da elasticidade de preço – isto é, a seu valor absoluto. Por exemplo, se $E_p = -2$, dizemos que a elasticidade é 2 em magnitude. Quanto a elasticidade de preço é superior a 1 em magnitude, dizemos que a demanda é elástica ao preço, porque o percentual de redução da quantidade demandada é maior que o percentual de aumento no preço. Se a elasticidade de preço for menor que 1 em magnitude, dizemos que a demanda é inelástica ao preço. Em geral, a elasticidade de preço da demanda por uma mercadoria depende da disponibilidade de outras mercadorias que possam ser substituídas por ela. Quanto existem substitutos, um aumento no preço faz com que o consumidor passe a comprar menos de tal mercadoria e mais do bem substituto. Então, a demanda será altamente elástica ao preço. Quando não existem substitutos, a demanda tenderá a ser inelástica ao preço.” (PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 28).

²⁵⁴ Ibid., p. 303.

específica, ou seja, que leva em conta as peculiaridades de cada um dos ofertantes, inclusive a capacidade de diferenciação de seus produtos e serviços.

Como ilustração, podem-se apontar dois públicos e notórios exemplos do comércio internacional, os quais são bastante distintos e bem demonstram a influência da elasticidade sobre a imposição do poder de mercado, na hipótese, do poder de monopólio. O primeiro é a situação vivenciada pela Organização dos Países Produtores de Petróleo (OPEP), que durante a década de 1970 e início da década de 1980, obteve êxito aumentando os preços desta *commodity* muito acima dos custos marginais de sua produção. No caso, importa ponderar que a demanda por petróleo, pelo menos no curto prazo, é razoavelmente inelástica, motivo pelo qual a OPEP conseguiu influenciar consideravelmente os preços.

O segundo exemplo diz respeito às diversas tentativas dos produtores de mercadorias como café²⁵⁵, cacau, estanho e cobre de formarem cartéis e, com isso, elevarem os preços. Na hipótese, todavia, como a demanda por estas mercadorias é muito mais elástica, mesmo as tentativas de se formarem cartéis²⁵⁶ e, assim, manipular o preço, revelaram-se, na grande parte das vezes, inexitosas. Como se infere, a elasticidade da demanda do mercado, de qualquer forma, limita o potencial do poder de monopólio de cada um dos ofertantes (produtores).

2.2.4.1.2 O Número de Ofertantes atuando no Mercado

Havendo muitos ofertantes, será muito pouco provável que qualquer um deles possua a capacidade de influenciar significativamente o preço de mercado, ainda que consideradas as eventuais capacidades de diferenciação do que é ofertado (como ocorre com o fenômeno cada vez mais frequente da customização de produtos), sob pena de, a bem da verdade, estar-se criando o mercado de outro bem ou serviço. Nesse sentido, o

²⁵⁵ Sobre o café, interessante artigo que objetiva gerar estimativas preliminares sobre a demanda mundial de café verde e sobre o comportamento dos ofertantes, a fim de avaliar o grau de competição nesse mercado nos últimos 20 anos, em particular sobre o segmento de café arábica natural, variedade majoritariamente exportada pelo Brasil, é o de autoria de NISHIJIMA, Marislei; SAES, Maria Sylvia Macchione; POSTALI, Fernando Antonio Slaibe. Análise de concorrência no mercado mundial de café verde. **Revista de Economia Sociologia Rural**, Brasília, v. 50, n. 1, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032012000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 jan. 2013.

²⁵⁶ Cumpre esclarecer que cartel representa o mercado no qual alguns ou todos os ofertantes realizam coalizões e coordenam os preços e níveis de produção para maximizar os seus lucros conjuntamente. De outro lado, o oligopsônio representa o mercado que possui poucos compradores, fazendo emergir, assim, poder de monopólio, o que será visto a seguir. Para aprofundamento, claras são as explanações de VARIAN, 2006, Cap. 26 e 27.

número de ofertantes é fator determinante da curva de demanda que se apresenta no mercado e, conseqüentemente, do poder de monopólio.

De modo geral, se outros fatores permanecerem inalterados, o poder de monopólio de cada ofertante diminuirá à medida que aumentar o número de ofertantes que atuam no mercado, porquanto a competição existente fará com que aqueles que promovam aumentos em seus preços venham a perder participação ou mesmo sejam totalmente substituídos pelos seus concorrentes, dependendo das diferenças das curvas de demandas específicas observadas por cada um dos ofertantes, o que, como já salientado, também depende da elasticidade da demanda que cada ofertante especificamente enfrenta.

Outrossim, vale dizer que não é simplesmente o número de ofertantes que influencia o poder de mercado, mas sim a composição qualitativa da oferta, em outras palavras, a existência de ofertantes importantes, considerados assim aqueles que detenham participações (*market share*)²⁵⁷ significativas do mercado. Aliás, mercados altamente concentrados, nos quais poucos compõem a oferta, apresentam maior tendência a revelarem poder de monopólio. Justamente nessa linha é a denominada taxa de concentração do mercado, que mede a fração de participação dos maiores ofertantes, constituindo-se em uma estatística frequentemente utilizada para descrever o grau de concentração de um mercado.

Contudo, há que se esclarecer que além da concentração, barreiras à entrada, as quais se constituem em obstáculos ao ingresso de novos ofertantes, também contribuem para o surgimento do poder de monopólio, tendo em conta que representam dificuldades para o acesso de novos concorrentes. Inolvidável mencionar que a existência de barreiras à entrada pode ocorrer por diversas razões, entre elas legais, naturais e até mesmo políticas.

Exemplo de uma barreira de entrada de origem legal é o caso da existência de patente conferida à empresa farmacêutica, a qual lhe confere o direito de produzir, com exclusividade, determinado medicamento, durante determinado período. No decorrer desse período e até que se expire o período de validade da patente, o direito de produção lhe é reservado, existindo, portanto, uma barreira à entrada no mercado, impedindo que novos concorrentes possam ofertar este mesmo produto. Assim, a empresa farmacêutica detentora dessa patente poderá exercer o seu poder de monopólio, especialmente se a

²⁵⁷ “Significa, literalmente, ‘participação no mercado’, isto é, a fração do mercado controlado por uma empresa ou participação no mercado nas vendas de um determinado produto. Avalia-se que quando uma só empresa tem uma participação superior a 10% de um mercado, ela já é capaz de influir na fixação de preços nesse mercado.” (SANDRONI, 2004, p. 368).

demanda para o remédio em questão, isto é, aquelas pessoas que necessitam e adquirem esse produto, apresentem baixa elasticidade, ou seja, não possam deixar de comprá-lo, tampouco substituí-lo por outro medicamento semelhante.²⁵⁸

Do mesmo modo, direitos autorais, por exemplo, podem se constituir em barreiras à entrada, assim como a necessidade de obtenção de licenças governamentais, como no caso de serviços telefônicos, transmissões de televisão ou transporte rodoviário interestadual e intermunicipal e, igualmente, instituições financeiras e bancárias.

Quanto ao monopólio natural, que é oriundo de barreiras à entrada de origem natural, importa esclarecer que diz respeito aos casos em que é mais eficiente que haja apenas um ofertante para o atendimento de toda a demanda, porquanto ela é atendida a um custo inferior ao qual seria verificado caso existissem outros ofertantes. Dessa forma, é preferível permitir que apenas um ofertante, sozinho, atenda a todo o mercado, ao invés da existência de diversos ofertantes competindo entre si. A explicação para a eficiência do monopólio natural reside, normalmente, na existência de grandes economias de escala, ou seja, a elevação da produção resulta no declínio do custo médio dos bens ou serviços produzidos, permitindo a redução dos preços unitários percebidos pelos consumidores.

De modo contrário, havendo um maior número de fornecedores, a consequente produção reduzida de cada um deles impede a redução do custo médio, que se apresenta acima daquele que é observado na hipótese de monopólio, o que resulta em preços unitários mais elevados. Evidentemente, nessa espécie de situação, de monopólio natural, é comum haver, por parte do Estado que concede o direito à exploração, a regulamentação ou o controle dos preços, assim como da qualidade dos bens e serviços fornecidos, a fim de que o consequente poder de mercado (de monopólio) que daí emana não seja abusivamente exercido, de forma a prejudicar os consumidores.

2.2.1.4.3 O Grau de Interação entre os Ofertantes

Igualmente, o grau de interação entre os ofertantes é um fator deveras importante para a existência do poder de monopólio. Isto porque, ainda que existam apenas poucos ofertantes atuando no mercado, em não havendo interação entre eles, não haverá a possibilidade de que cada um, isoladamente, promova a elevação de seus preços com

²⁵⁸ Sobre o tema, interessante citar o estudo de CORREA, Carlos M. **Propriedade Intelectual e saúde pública**. Tradução Fabíola Wüst Zibetti, Revisão técnica Carolina Pancotto Boher Munhoz. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

vistas ao aumento de lucros, ao menos sem que tal providência resulte na perda de participação no mercado, especialmente se houver agressiva concorrência, na qual cada um dos ofertantes procura captar a maior fatia possível do mercado.

Portanto, a forma de interação entre os ofertantes é extremamente importante para o surgimento de poder de monopólio, uma vez que, independentemente do número de ofertantes, havendo interação, de forma proposital (conluio) ou não (involuntária), o poder de mercado poderá se revelar. Assim, ainda que sejam diversos os ofertantes, se não existir concorrência entre os mesmos, limitando-se, coordenadamente, os níveis de produção, bem com elevando-se os preços, observar-se-á substancial poder de monopólio.

Diferentemente, mesmo que existam apenas dois ofertantes, se existir competição agressiva, os incentivos destinados à captura de maiores fatias de mercado poderão fazer com que os preços sejam reduzidos a níveis competitivos, não havendo, desse modo, o surgimento de poder de monopólio.

De qualquer forma, importante registrar que o poder de monopólio deve ser considerado dentro de um contexto dinâmico, porquanto as curvas de demanda de mercado podem se apresentar, por exemplo, inelásticas no curto prazo, porém elásticas no longo prazo. Outrossim, um poder de monopólio real ou potencial verificado no curto prazo pode permitir que um ofertante torne-se mais competitivo no longo prazo. Analogamente, lucros extraordinários no curto prazo podem induzir novos ofertantes a entrar em um determinado setor, reduzindo, por conseguinte, o poder de monopólio no longo prazo.

2.2.2 Poder de Monopsônio

O monopsônio se caracteriza pela situação na qual existe apenas um comprador no mercado, pelo que o preço depende das quantidades que por ele são adquiridas. Desse modo, o comprador monopsonista escolhe a quantidade que maximiza o seu benefício líquido, ou seja, a quantidade que é capaz de tornar a diferença entre o valor obtido e o preço efetivamente pago pelos bens a maior possível; diferentemente do que ocorreria em um mercado competitivo, onde o preço praticado é aquele determinado livremente pelo embate das forças dos agregados da oferta e da demanda, identificado graficamente pelo ponto em que as curvas da demanda e da oferta se cruzam.

Assim sendo, é possível constatar que o poder de mercado pode surgir não apenas pelo lado da oferta, através do poder de monopólio, que ocorre quando há apenas um,

poucos ou mesmo quando existem diversos ofertantes atuando de modo coordenado, de modo a influenciar os preços praticados e as quantidades ofertadas; mas, necessário salientar, o poder de mercado pode também surgir pelo lado da demanda, o que é chamado de poder de monopólio.

Dessa maneira, registre-se que o poder de monopólio se caracteriza pela existência de capacidade por parte do comprador (ou compradores) de influenciar os preços dos bens, fazendo com que os preços sejam inferiores aos quais prevaleceriam em um mercado competitivo,²⁵⁹ com o objetivo de maximizar os seus benefícios, sendo que a posição dos ofertantes (vendedores) resta prejudicada. Aliás, nesse mesmo sentido, importante referir o oligopólio, que diz respeito às hipóteses em que o mercado exibe poucos compradores (e não apenas um), observando-se poder de mercado.

Muito embora o monopólio puro seja mais raro, com frequência observam-se mercados onde existem apenas poucos compradores, os quais apresentam, pelo menos, algum poder de monopólio. Por exemplo, no Brasil, no mercado de grãos, as quatro maiores compradoras (Bunge, Cargill, ADM e Dreyfus) adquirem cerca de dois terços de toda a produção de grãos do País, obviamente apresentando, assim, considerável poder de mercado, influenciando não só os preços, mas, frise-se, diversos aspectos que compõem o mercado, bem como decisões que, em princípio, caberiam aos próprios produtores.²⁶⁰

Enquanto que em um mercado competitivo o preço e o valor marginal são iguais, um comprador monopsonista, no entanto, pode adquirir a mercadoria por preços mais baixos do que o seu valor marginal. A magnitude da redução do preço em relação ao valor marginal depende da elasticidade da oferta com a qual o comprador se defronta. Se a oferta for muito elástica, essa redução será pequena e o comprador terá pouco poder de monopólio. E, inversamente, se a oferta for muito inelástica, a redução será considerável e o comprador possuirá grande poder de monopólio.

²⁵⁹ Vale reiterar a suposição que é feita no presente trabalho, a qual, diferentemente da simplificação que é realizada no estudo da Microeconomia, sustenta que o poder de mercado, seja ele de monopólio ou monopólio, não se restringe à influência sobre os preços e as quantidades dos bens ou serviços envolvidos, mas também é exercida sobre diversos elementos e aspectos do mercado, até mesmo porque não existem razões lógicas para se presumir que este poder seja utilizado exclusivamente sobre o preço e a quantidade, o que se verifica sobremodo no processo negocial e atinge, portanto, a eficiência negocial, nos moldes aqui ressaltados. Assim sendo, a parcela dispositiva do contrato (isto é, aquela na qual as partes negociam livremente, com base na autonomia privada) resta severamente determinada por uma das partes, atingindo não só o objeto do contrato e a divisão dos excedentes, mas disposições referentes à divisão dos riscos, consectários do descumprimento, garantias e etc.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Cyntia Meireles de; SANTANA, Antônio Cordeiro de. A governança no Arranjo Produtivo de Grãos de Santarém e Belterra, estado do Pará: uma análise a partir do grão soja. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Brasília, v. 50, n. 4, dec. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032012000400006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jan. 2013.

2.2.2.1 Decisão de Compra do Comprador com Poder de Monopsônio

Inicialmente, frise-se que para se identificar qual a quantidade a ser adquirida por um comprador que pretenda maximizar os seus benefícios, deve-se aplicar o princípio marginal básico, ou seja, deverá ser adquirida a quantidade de bens na qual a última unidade possibilite a obtenção de um valor adicional (ou utilidade) exatamente igual ao custo da última unidade, isto é, em termos marginais,²⁶¹ o benefício adicional deve ser exatamente capaz de compensar o custo adicional.

Logicamente que a partir da proposição acima referida emerge a indagação de como é determinado o valor marginal,²⁶² o qual, frise-se, não pode ser confundido com o preço.²⁶³ Nesse sentido, deve ser esclarecido que a curva de demanda individual determina o valor marginal (ou a utilidade marginal) em função da quantidade adquirida. Assim, a curva de valor marginal é a curva de demanda do bem. Já a curva individual da demanda é descendente, porque o valor marginal obtido pela compra de mais uma unidade de um bem diminui à medida que aumenta a quantidade total adquirida.

Por sua vez, o custo adicional da compra de mais de uma unidade de um produto é chamado de despesa marginal,²⁶⁴ a qual dependerá do poder apresentado pelo adquirente, isto é, se trata-se de um comprador competitivo ou com poder de monopsônio. Aqui, imperioso esclarecer que o custo adicional é um indicador referente ao comprador e que não está diretamente relacionado ao custo de produção do bem, o qual, por sua vez, interessa sobremaneira ao produtor.

Dessa forma, em se tratando de um comprador competitivo, que não possui poder de influenciar os preços, o custo de cada unidade adquirida será, como regra, sempre o mesmo, não importando a quantidade de unidades que ele venha a adquirir, uma vez que o preço de mercado prevalece. O preço que é pago por unidade corresponde à despesa média²⁶⁵ por unidade, a qual, portanto, é igual para todas as unidades.

Todavia, é importante identificar-se qual é a despesa marginal por unidade. Mais uma vez, em se tratando de um comprador competitivo, a despesa marginal será igual à despesa média, a qual, por sua vez, será igual ao preço de mercado. Assim, o *quantum*

²⁶¹ Utiliza-se o termo valor marginal para designar o benefício adicional da compra de mais de uma unidade do bem adquirido.

²⁶² Benefício adicional que é derivado da compra de uma mercadoria adicional de um determinado bem ou serviço.

²⁶³ Para aprofundamento do tema, ver PINDYCK; RUBINFELD, 2006, Cap. 4.

²⁶⁴ Custo adicional da compra de mais uma unidade de um produto.

²⁶⁵ Preço pago por unidade de um produto.

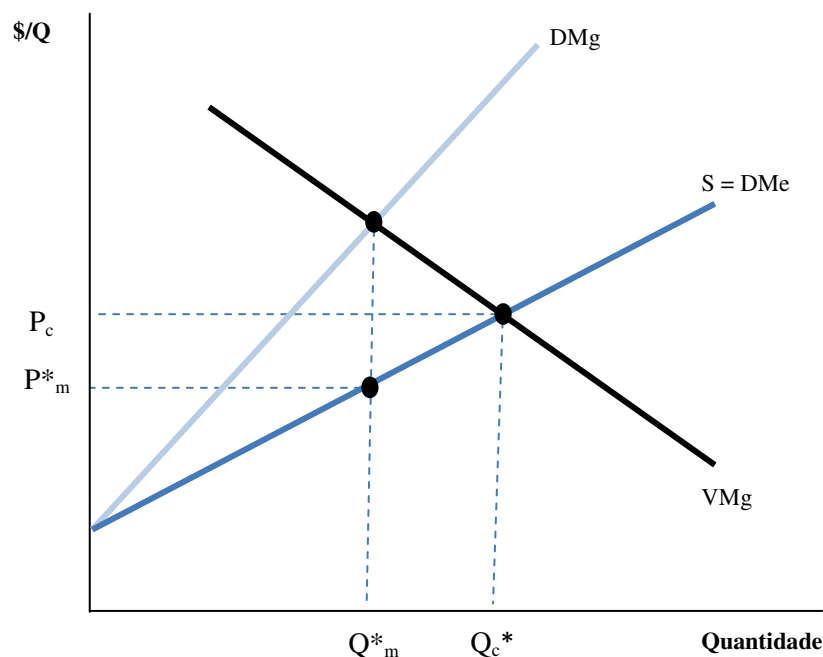
adquirido pelo comprador competitivo corresponde à quantidade na qual o valor marginal da última unidade se equipara ao valor da despesa marginal correspondente àquela unidade. Ou seja, é adquirida a quantidade que se encontra na intersecção entre as curvas da despesa marginal e da demanda.

Desse modo, o comprador se defronta com uma curva de oferta de mercado que lhe informa quais as quantidades os vendedores estarão dispostos a vender, em função do preço que é pago. Todavia, para o comprador monopsonista, a regra de que a quantidade a ser adquirida deva ser aquela na qual a curva do valor marginal cruza com a curva de oferta do mercado não é aplicável, pois, assim agindo, o mesmo não estará maximizando os seus benefícios líquidos. Portanto, a quantidade adquirida deve ser menor, obtendo-se, assim, um preço menor.

Destarte, para se identificar a quantidade a ser adquirida pelo comprador monopsonista, detentor de poder de mercado e que pretende maximizar os seus benefícios, deverá ser encontrada a quantidade na qual o valor marginal da última unidade a ser adquirida seja igual à despesa marginal correspondente a tal unidade. E para poder se determinar qual é esta quantidade, importa considerar que a curva de oferta do mercado não é a curva da despesa marginal, pois ela representa o quanto deveria ser pago por unidade, em função do número total de unidades que serão adquiridas. Em outros termos, a curva de oferta é a curva da despesa média. E, como essa curva tem inclinação ascendente, a curva da despesa marginal deverá estar situada acima dela, pelo que a decisão de se adquirir uma unidade adicional eleva o preço que deverá ser pago por todas as unidades, e não apenas pela unidade adicional.

Por conseguinte, conforme demonstra o gráfico abaixo, a quantidade desejável a ser adquirida pelo monopsonista (Q_m), encontra-se na intersecção das curvas da demanda e da despesa marginal. O preço pago é encontrado por meio da curva da oferta, correspondente ao preço P_m , que resulta na quantidade Q_m . Logo, possível constatar que a quantidade Q_m e o preço P_m são menores do que a quantidade e o preço que prevaleceriam em um mercado competitivo (Q_c e P_c).

Ilustração 5 – Poder de Monopsônio



Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 311.

2.2.2.2 Comparação entre Monopsônio e Monopólio

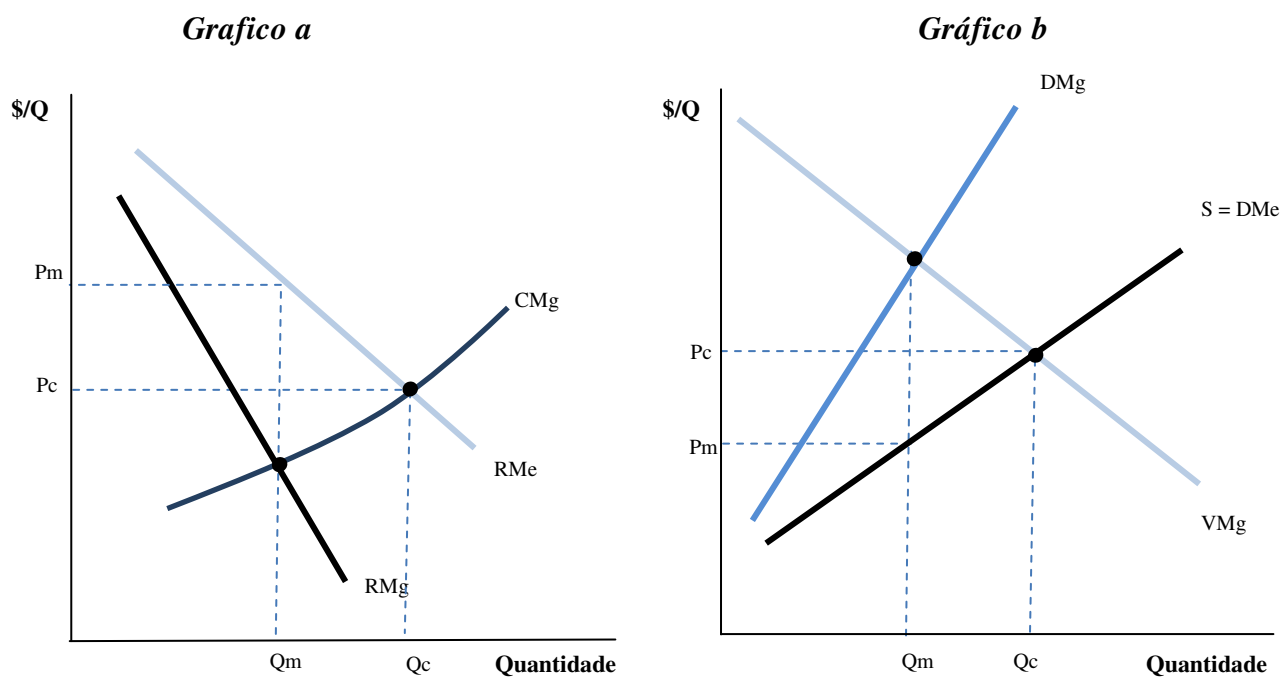
De acordo com o que sugerem Pindyck e Rubinfeld,²⁶⁶ torna-se mais fácil compreender o monopsônio quando comparado ao monopólio. Os gráficos abaixo mostram essa relação. Assim, como já explanado, o monopolista detém o poder de cobrar um preço acima do custo marginal, pois se defronta com uma curva de demanda ou uma curva de renda média descendente, de tal modo que sua receita marginal é inferior à sua receita média. Dessa forma, igualando-se o custo marginal à receita marginal, obtém-se a quantidade Q_m , que é inferior àquela que seria produzida em um mercado competitivo, Q_c , e o preço P_m , que é mais alto do que o preço P_c do mercado competitivo, o que pode ser visto no gráfico *a*.

A situação do monopsônio, retratado no gráfico *b*, é muito semelhante. O comprador monopsonista pode adquirir o bem por um preço inferior ao seu valor marginal, pois se defronta com uma curva de oferta ou de despesa média ascendente. Desse modo, para um monopsonista, a despesa marginal torna-se maior do que a despesa média. Assim, igualando-se o valor marginal à despesa marginal, obtém-se a quantidade

²⁶⁶ PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 311.

Q_m , que é menor do que a quantidade que seria adquirida em um mercado competitivo, e o preço P_m , o qual é mais baixo do que o preço competitivo P_c .

Ilustração 6 – Comparação entre Monopsônio e Monopólio



Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 315.

2.2.2.3 Fontes do Poder de Monopsônio

Igualmente se faz imprescindível investigar os determinantes do poder de monopsonio em termos agregados, ou seja, identificar e analisar os fatores que explicam o surgimento e o funcionamento desse poder nos mercados. Analogamente ao que ocorre com o poder de monopólio, mas que, todavia, surge pelo lado da oferta, o poder de monopsonio depende, por sua vez, de três condições similares, quais sejam: i) da elasticidade da oferta, ii) do número de compradores que atuam no mercado e iii) da forma de interação entre esses compradores, como melhor se explanará a seguir.

2.2.2.3.1 Elasticidade da Oferta do Mercado

Diferentemente do comprador competitivo, o monopsonista é beneficiado pelo fato de se defrontar com uma curva de oferta ascendente, o que significa que a despesa marginal é maior do que a despesa média. Assim, quanto mais inelástica for a curva da

oferta, maior será a diferença entre a despesa marginal e a despesa média, e maior será o poder de monopólio do comprador.

Se houver apenas um comprador atuando no mercado, isto é, um monopsonista puro, seu poder de monopólio será totalmente determinado pela elasticidade da oferta do mercado. Todavia, se a oferta for altamente elástica, seu poder de monopólio será pequeno e haverá pouco benefício pelo fato de ser o único comprador.

2.2.2.3.2 Número de Compradores

Ao se referir aos mercados, é comum se supor a existência de diversos vendedores e, principalmente, compradores. Entretanto, muito embora a maioria dos mercados possuam mais de um comprador, não é raro que se verifiquem apenas alguns. Nesse tocante, impende ressaltar que o número de compradores é um importante determinante do poder de monopólio.

Desse modo, quando a quantidade de compradores é muito grande, em geral nenhum deles possui, individualmente, muita influência sobre o preço. Portanto, cada comprador se defronta com uma curva de oferta extremamente elástica, de forma que o mercado é quase completamente competitivo. O potencial para o poder de monopólio surge quando o número de compradores é limitado.

2.2.2.3.3 Integração entre os Compradores

Outrossim, o grau de integração entre os compradores também é um dos fatores mais importantes para a determinação do poder de monopólio, ao lado da elasticidade da oferta. Assim, se os compradores competirem agressivamente entre si, é de se esperar que haja elevação dos preços até, aproximadamente, o valor marginal, o que significa que haverá pouco poder de monopólio.

Por outro lado, se a competição for menos agressiva ou, até mesmo, verificar-se a união entre compradores, os preços não apresentarão muita elevação, e o grau de poder de monopólio poderá ser quase tão alto quanto se existisse apenas um comprador atuando no mercado, inclusive esmaecendo a importância do número de compradores existentes.

Assim sendo, da mesma forma que ocorre no caso do poder de monopólio, não existe um modo simples para a previsão de qual será o poder de monopólio. Pode-se analisar o número de compradores existente no mercado, assim como realizar estimativas

para a elasticidade da oferta. Contudo, importante frisar que o poder de monopólio também depende da interação entre os compradores, o que pode dificultar a constatação e a mensuração desse poder.

2.2.2.4 Custos Sociais do Poder de Monopólio

Considerando que o poder de monopólio resulta em preços mais baixos e em menores quantidades adquiridas, é até mesmo intuitivo supor que existindo esse poder, a situação dos compradores melhora e a dos vendedores, inversamente, piora. Portanto, do mesmo modo como se analisou na hipótese do poder de monopólio, revela-se deveras pertinente analisar de que forma o bem-estar agregado (social), isto é, do conjunto de compradores e vendedores, é afetado quando o poder de monopólio é exercido, atribuindo-se, mais uma vez, igual valor ao bem-estar de ambos.

Por conseguinte, é preciso analisar os excedentes dos consumidores e dos ofertantes resultantes de um mercado competitivo e os excedentes dos consumidores e dos ofertantes quando um monopsonista é o único comprador.²⁶⁷ O gráfico abaixo revela as curvas de despesa marginal e do valor marginal para o monopsonista. No caso, o benefício líquido do monopsonista é maximizado quando ele adquire uma quantidade Q_m ao preço P_m , no qual o valor marginal se iguala à despesa marginal.

Em um mercado competitivo, todavia, o preço é igual ao valor marginal. Assim, o preço competitivo e a quantidade competitiva, P_c e Q_c , encontram-se no ponto de intersecção entre as curvas da despesa média e do valor marginal.

Por conseguinte, importa identificar de que forma o excedente varia quando se passa do preço competitivo e da quantidade competitiva, P_c e Q_c , para o preço e a quantidade de monopólio, P_m e Q_m . No monopólio, o preço é mais baixo e uma quantidade menor é vendida. Em razão do preço mais baixo, os vendedores perdem o valor de excedente, o que é ilustrado pelo retângulo A. Ademais, como as vendas são diminuídas, os ofertantes perdem o excedente representado pelo triângulo C.

Portanto, a perda total de excedente do ofertante é representada por $A + C$. Já o comprador, ao adquirir por um preço mais baixo, ganha o excedente que é representado pelo retângulo A. Todavia, menor quantidade é adquirida, ou seja, Q_m ao invés de Q_c , pelo

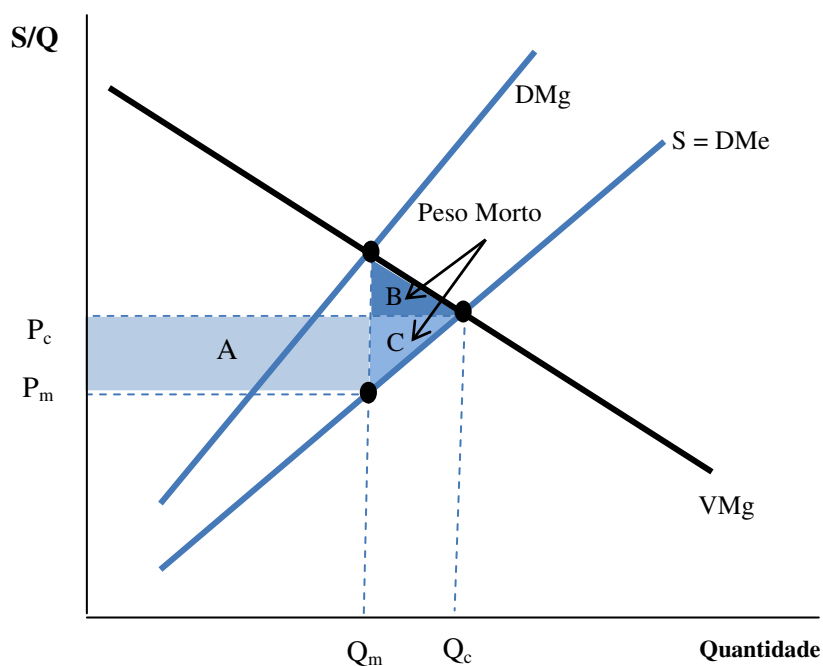
²⁶⁷ O que serve igualmente para as situações nas quais, muito embora exista mais de um comprador, observa-se a possibilidade do surgimento do poder de monopólio e ele é efetivamente exercido.

que também é perdido excedente, esse representado pelo triângulo B. Assim, para o comprador, o ganho total de excedente é representado por $A - B$.

Assim, de forma agregada (conjuntamente), constata-se a existência de uma perda líquida de excedentes, que é representada pelos triângulos $B + C$. Tal perda é o chamado peso morto decorrente do poder de monopsonio.

Por fim, frise-se que de modo semelhante ao que ocorre no caso do monopólio, mesmo que sobre os lucros extraordinários²⁶⁸ do monopsonista, por exemplo, incidissem impostos, capturando-os integralmente, a fim de que o resultado dessa exação fosse distribuído isonomicamente entre os ofertantes e o demandante, ainda assim remanesceria tal ineficiência, pois o nível de produção é menor nas situações onde existe poder de monopsonio do que quando há competição.

Ilustração 7 – Peso Morto decorrente do Poder de Monopsonio



Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 314.

²⁶⁸ Lucros Extraordinários na Economia possuem um significado diferente, vez que, dizendo-se de forma bastante simplificada, não se referem propriamente à magnitude dos mesmos, mas sim aqueles lucros que estão acima dos patamares normais verificados em um mercado competitivo.

2.2.3 Ponderações acerca do Combate ao exercício abusivo do Poder de Mercado por meio do Direito Contratual

Conforme se buscou demonstrar acima, com o auxílio de recursos analíticos oriundos da Economia, existem casos em que não há como se fazer presente uma efetiva liberdade contratual, na qual se supõe que ambas as partes possam se autodeterminar e escolher não só entre contratar ou não, mas também definirem com quem contratar, assim como o conteúdo do contrato ao qual se vinculam; ainda que de modo assimétrico, devido às limitações de ordem material apresentadas pelos contratantes.

Ao contrário, parece haver situações nas quais não só a possibilidade de barganhar seja completamente alijada a uma das partes, como também a capacidade de contrapor e resguardar razoavelmente os seus interesses, não restando alternativas senão ou se sujeitar às condições contratuais que lhe sejam impostas ou, então, não contratar.

Isto é, trata-se, em essência, de uma severa redução ou quase aniquilamento da liberdade contratual e, conseqüentemente, da liberdade de escolha (da autodeterminação²⁶⁹) a uma das partes, porquanto as alternativas existentes se reduzem por demais, restando-lhe apenas, quando muito, a opção entre contratar ou não²⁷⁰.

E isso, principalmente, considerando-se que, cada vez mais, os recursos necessários a uma existência minimamente produtiva e digna são obtidos por meio de contratos, devido, sobretudo, aos já salientados aprofundados e progressivos fenômenos da divisão do trabalho e da especialização, bem como, inolvidável, da concentração dos mercados.

Ademais, como já se referiu, parece evidente que considerar o indigitado poder de mercado a capacidade de impor, tão somente, os principais aspectos do contrato, como o preço e a quantidade, trata-se de uma demasiada simplificação, a qual implica em uma multiplicação indevida, que sequer se sustenta frente ao teste do fio da navalha de Ockham,²⁷¹ vez que não há razão lógica para se supor que quem imponha o principal,

²⁶⁹ No sentido sustentado por BETTI, 1959, p. 43; e RIBEIRO, 1999, p. 22.

²⁷⁰ O que implica para essas espécies de análises, eventualmente, perquirir acerca da essencialidade ou não dos objetos contratuais envolvidos.

²⁷¹ Conforme informa Marcelo Lima Guerra, processualista de escol, “A chamada ‘navalha de Ockham’ corresponde ao *princípio da economia*, de natureza epistemológica, elaborado pelo famoso filósofo e teólogo medieval Guilherme de Ockham (1285-1347/1349), expresso em duas fórmulas distintas: (a) *‘frustra fit per plura quod fieri potest per pauciora’* (inutilmente se faz com muito o que se pode fazer com pouco) e (b) *‘pluralitas non est ponenda sine necessitate’* (uma pluralidade não deve ser pressuposta sem necessidade). Na lição de Willis Santiago Guerra Filho, ‘A célebre fórmula da ‘navalha de Ockham’, *‘entia no sunt multiplicanda sine necessitate’*, não foi cunhada pelo nosso A., pois para ela o princípio da economia não se relaciona com os entes, não são eles que não devem ser multiplicados inutilmente – o que só Deus poderia

como o preço (aliás, frise-se de veras, nem sempre o fundamental, há situações nas quais os demais aspectos negociais são tão ou mais relevantes), não venha, da mesma maneira, impor o que é secundário ou acessório, o que, inclusive, com as eventuais alterações das circunstâncias fáticas em que se inserem as partes, pode alterar completamente o equilíbrio das prestações contratuais, como, *verbi gratia*, ocorre com as disposições concernentes à distribuição dos riscos e aos consectários da inadimplência.

Ou seja, em outras palavras, o poder de mercado pode não ser apenas utilizado em relação ao preço ou quicá à quantidade; porém é possível que seja exercido sobre diversos aspectos do processo contratual, aliás, este amplamente considerado, nos moldes sustentados por Clóvis do Couto e Silva²⁷², sobretudo no tocante aos aspectos negociais do contrato.

Nesse particular, outrossim, conforme também já salientado, no que tange às causas que levam à ausência de concorrência ou competição nos mercados e, dessa forma, afetam o poder de mercado em termos agregados, vale dizer que é circunstância externa e anterior às relações contratuais especificamente consideradas, sendo que o principal instrumento que dispõe o Direito para combatê-las é o direito econômico, responsável por regular a produção e a circulação de produtos e serviços nos mercados como um todo, abrangendo assim os embates travados pelos agentes econômicos, assim como os arranjos realizados para a exploração dos mercados, com o fito de assegurar o desenvolvimento econômico e o bem-estar social.²⁷³ Portanto, o direito econômico visa a impedir a concorrência desleal e a manipulação dos mercados, sendo que, no Brasil, muito embora as suas normas se encontrem esparsas, destacam-se as chamadas Lei Antitruste (Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011) e a Lei de Economia Popular (Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951).

fazer, e de fato, até onde podemos perceber, o faz -, mas sim o conhecimento deles, donde não ser um princípio ontológico, mas tão-somente epistemológico'. Acrescenta Guerra Filho: 'Pela utilização desse princípio, afasta-se uma série de assertivas, por serem supérfluas e, logo, desprovidas de sentido, ao implicarem a existência de entidades para validá-las, quando bastaria estabelecer condições de validação. Note-se, aí, uma antecipação, em Ockham, da substituição operada na ciência contemporânea dos conceitos substanciais em favor daqueles relacionais, evitando o hipostasiamento metafísico' (Willis Guerra Filho, Introdução ao Pensamento de Guilherme de Ockham, trabalho inédito, em manuscrito fornecido pelo autor).'''. (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 47-48).

²⁷² COUTO E SILVA, 2006.

²⁷³ Com pertinentes elucidações do que aqui está a se tratar, ver: OLIVEIRA, G. **Concorrência: panorama no Brasil e no Mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001; ASCARELLI, Tullio. Abuso do Poder Econômico – Agrupamento de empresas – Concorrência – Sociedade por quotas – Gestão de negócio – Ratificação. **Revista Forense**, p. 61-73, jan. 1949; bem como FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Todavia, há que se reiterar que aqui não se está a cuidar direta ou especialmente dessas questões, ou seja, das causas que levam à ausência de concorrência ou competição nos mercados, com vistas a reprimir, pelo menos diretamente, o surgimento destes arranjos que criam o demasiado poder de mercado em termos agregados, o que, como explanado, é objeto do direito econômico, mas sim nos referimos às relações contratuais que se dão nestes contextos e que percebem tais realidades como fatos dados, sendo tuteladas, então, pelo direito contratual.

Diante dessa realidade, o direito contratual pode e deve atuar sobre como o poder de mercado é exercido, compreendendo-se assim que não lhe compete agir, própria ou diretamente, sobre as razões que originam o poder de mercado, mas sim sobre as relações que se estabelecem, casuisticamente, nos mercados, nas quais tal poder é exercido. Ou seja, o direito contratual atua internamente aos mercados (intramercados), muito embora seja importante salientar que, servindo para estruturar as relações que se dão no âmbito dos mercados, influencie a própria estrutura dos agentes econômicos; o que, entretanto, pelos menos em princípio, é algo anterior e externo às relações contratuais em si consideradas.²⁷⁴

De qualquer forma, há que se reconhecer que se é combatido expressa e progressivamente o surgimento das razões que fazem surgir o poder de mercado em termos agregados, justamente porquanto dão ensejo à ocorrência de tal poder e de suas consequências, especialmente no que tange à eficiência econômica e ao bem-estar, inclusive em razão do surgimento de peso morto e, conseqüentemente, do comprometimento dos excedentes econômicos que as trocas podem proporcionar (em outras palavras, redução da utilidade geral); não há razão, portanto, para que as situações individuais, ou seja, que se verificam especificamente nas relações contratuais, onde efetivamente esse poder pode e é exercido, não sejam, igualmente, objeto de preocupação e, quando necessário, análoga proteção jurídica.

Aliás, se não combatido, por meio do direito contratual e das normas jurídicas que lhes são afins, o poder de mercado que se verifica especificamente nas relações contratuais, a quem caberá o tratamento do poder de mercado atomisticamente considerado? No âmbito agregado, como já dito, o poder de mercado é combatido através

²⁷⁴ Analogamente, acerca da preferência pela atomização na formação dos mercados, “O primeiro ponto que se tem em mente é a própria estrutura do mercado a ser formado. Como a regulação, em princípio, cuida (ou cuidou) da criação de mercados, o primeiro efeito prático é que o órgão regulador deve optar sempre pela estrutura mais atomizada possível, conforme autorize a espécie de atividade a ser regulada. Isto significa a obrigatoriedade do órgão regulador de optar por ‘margens regulatórias’ amplas, capazes de abarcar o maior número de empresas.” (NOGUEIRA, 2011, p. 331).

do direito econômico, concorrencial e da regulação, os quais, contudo, consubstanciam-se em medidas externas às relações contratuais que aqui se referem. Portanto, há que se indagar: internamente, às relações contratuais, o que fazer? Deixar sem proteção? Não há razão lógica para tal solução, tampouco seria coerente ao Direito.

Desde já há que se salientar que a proteção²⁷⁵ ou a adequação que aqui se refere não pode ser confundida com uma espécie de assistencialismo ou com a instauração de políticas públicas, levadas a cabo por meio de normas que venham a meramente redistribuir os resultados dos contratos, alocando os recursos de acordo com critérios próprios e distintos do mecanismo de mercado, como que coagindo os particulares a uma espécie de benemerência involuntária. Tampouco se avizinha do significado o qual muitas vezes equivocadamente se atribui ao aclamado princípio da justiça contratual²⁷⁶, o que, por vezes, pode servir aos mais variados propósitos, por faltar um tanto quanto de conteúdo objetivo e pré-concebido.²⁷⁷

Diferentemente, a proteção ou adequação que aqui se refere serve sim àquelas situações nas quais o poder de mercado²⁷⁸ se revela tão grande e abusivo que subverte o funcionamento do mecanismo de mercado e a própria finalidade dos contratos, permitindo que uma das partes venha a auferir ganhos desproporcionais e mesmo prejudiciais à contraparte, aliás, sem que estas perdas tenham decorrido de riscos que, em grande parte

²⁷⁵ Diversas são as possíveis formas para se conferir esta proteção, como se verá adiante, tanto aplicáveis *ex ante*, ou seja, antes e durante a formação do contrato, como *ex post*, aplicáveis na fase do cumprimento contratual.

²⁷⁶ Sobre o princípio da justiça contratual, particularmente quanto à comutatividade, a equivalência material e a proporcionalidade, veja-se a obra de Fernando Rodrigues Martins (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231-242).

²⁷⁷ Bem pondera Frederick Schauer, pelo que se faz imperioso consignar: “Pode consistir em uma desvantagem quando surge no caminho dos sábios julgadores que, ao perseguirem de forma precisa o bem, intuitivamente levam em consideração todos os fatores relevantes. Entretanto, também pode ser uma qualidade, quando surge para restringir julgadores desavisados, incompetentes, de má-índole, ávidos por poder, ou simplesmente equivocados, cujo próprio senso de bem diverge daquele do sistema ao qual servem”. (SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, 1988. p. 543).

²⁷⁸ Muito embora bem apanhe a ideia das desigualdades de poder de barganha que podem ser verificados entre os contratantes, como se vê na seguinte passagem de Kötz e Flessner: “Onde as partes são desiguais em poder de barganha, onde a ‘paridade contratual’ é perturbada, e a parte mais fraca precisa de proteção, deve a liberdade contratual deixar de ser restringida por normas imperativas? Não é tempo de o princípio da liberdade contratual ser substituído ou complementado pelo princípio da ‘justiça contratual’?”. (KÖTZ, Hein; FLESSNER, Axel. **European Contract Law**. Tradução inglesa de Tony Weir. New York: Oxford, 1997. v. 1: formation, validity, and content of contracts; contract and third parties. p. 11), não concordamos que a liberdade contratual possa ser simplesmente substituída por uma espécie de justiça contratual, por evidentemente faltar critérios norteadores para este processo, sendo que a liberdade, valor mais caro, não pode se sujeitar a uma suposta justiça definida casuisticamente, porquanto comprometeria irremediavelmente a funcionalidade e a própria razão da existência dos contratos e do mecanismo de mercado que lhes operacionalizam, vez que um contrato sem liberdade não é contrato, mas imposição, como um corpo sem vida, fantoche ou boneco de luva que se move conforme é manipulado. Nesse contexto, o princípio da justiça contratual serviria sim para calibrar os princípios da liberdade contratual e da autonomia privada, com vistas a impedir ou reprimir o abusivo exercício do poder de mercado, para o que, todavia, deve ser constatada a efetiva existência da falha de mercado a qual aqui se aborda.

dos casos, são inerentes aos negócios e, inclusive, por vezes, sequer são integralmente apropriados pela parte beneficiada.²⁷⁹

Como claro exemplo de combate ao poder de mercado, encontra-se a previsão legal relativa às cláusulas abusivas, constante do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor²⁸⁰ brasileiro, que desempenha papel fundamental precisamente quanto ao abuso do poder de mercado nas relações contratuais consumeristas.²⁸¹

²⁷⁹ Aliás, a constatação de tais espécies de problemas implica, em muitos casos, a necessidade de se encontrarem outros meios jurisdicionais para se enfrentar tal realidade. Ao tratar do tema das *class actions* nos Estados Unidos, André Vasconcelos Roque pontua: “Nos dias de hoje, o requisito da numerosidade previsto na Regra 23 tem por finalidade assegurar que as *class actions* contemporâneas atinjam seus objetivos principais: promover a economia processual e a preservação dos recursos da máquina judiciária, evitando que sejam ajuizadas inúmeras ações individuais envolvendo questões comuns e, por outro lado, fomentar acesso à justiça, sobretudo de pessoas com pretensões de pequeno valor econômico ou com escasso acesso aos meios de informação que, de outra maneira, jamais bateriam às portas do Poder Judiciário.” (ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Jus Podium, 2013. p. 111-112).

²⁸⁰ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

- I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
- II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- III - transfiram responsabilidades a terceiros;
- IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- V - (Vetado);
- VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
- XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
- XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
- XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
- XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
- XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
- XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
- III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”

²⁸¹ No mesmo sentido, notadamente o Caput do “Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de

Aliás, exatamente nesse sentido, Luis Renato Ferreira da Silva, ao discorrer sobre os fundamentos jurídicos da proibição das cláusulas abusivas, tratando especificamente do abuso de direito, assim leciona:²⁸²

O impedimento para essa relação está no pressuposto que vincula o abuso à figura do direito subjetivo. Já se disse que aquele se relaciona com este, pressupondo-o. Só se abusa de um direito, ainda que, paradoxalmente com isto a juridicidade reste prejudicada. Nas cláusulas abusivas é difícil vislumbrar-se, mesmo formalmente, o uso de um direito. Por exemplo, há um direito de ação do qual se pode extrapolar por uma utilização irregular, mas não há um direito prévio de clausular unilateralmente um contrato desde que se apoderou o direito moderno a nova visão de autonomia privada.

E, ao ultimar o raciocínio, com precisão cirúrgica, conclui, pelo que vale ressaltar:²⁸³ “Na verdade, a redação de cláusulas abusivas expressa o chamado abuso de poder econômico, um dado pré-jurídico, verdadeiro abuso de fato, sem revestimento formal de direito”.

Conforme se infere, é verdadeiramente o abuso do poder econômico ou, em outras palavras, do poder de mercado, que ao comprometer a eficiência econômica e o bem-estar, justifica o surgimento de institutos jurídicos destinados a impedir a ocorrência de situações como àquelas que são denominadas de cláusulas abusivas.

E, mais, sendo o poder econômico um dado “pré-jurídico”, utilizando-se as palavras do eminente Autor, é necessário compreender o objeto cognoscível para que seja possível identificar e pertinentemente combater os seus efeitos nocivos, o que exige, portanto, o devido conhecimento de suas premissas econômicas, de acordo com o que aqui é sustentado.

Não obstante, muitas vezes, por não haver uma abrangente e adequada compreensão do que venha a consistir a efetiva falha de mercado que nessas hipóteses incide, qual seja, o poder de mercado, a interpretação e a aplicação desses institutos, como a proibição das cláusulas abusivas, resta deveras comprometida, ocasionando-se tantos males quanto aqueles que justamente se tencionam corrigir; somente resultando, quiçá, na alteração ou inversão dos destinatários dos danos, como que por meio de políticas meramente redistributivas e que igualmente geram distorções no sistema de mercado, sendo implementadas por via oblíqua, isto é, através de uma tutela jurisdicional, algumas

pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.”

²⁸² FERREIRA DA SILVA, 1999, p. 49.

²⁸³ Ibid., p. 49.

vezes açodada e desavisada. Nesses casos, tais medidas tangenciam ou mesmo corporificam o conceito já mencionado de falha de governo, substituindo, na hipótese, as indigitadas falhas de mercado, as quais, como se pontuou, exatamente se propunham superar.

Além do mais, há que se salientar que o combate às falhas de mercado e, dentre elas, o poder de mercado, constitui-se, em muitos casos, tarefa por demais árdua, vez que as medidas necessárias podem ser até mesmo contraintuitivas, pelo que a pura e simples lógica aparente, fundamentada no senso-comum²⁸⁴, pode se revelar enganadora e extremamente prejudicial, aliás, não faltam exemplos para assim demonstrar.²⁸⁵

De qualquer forma, o instituto jurídico das cláusulas abusivas inegavelmente vem a enfrentar esta falha de mercado, tornando iníquas as imposições unilaterais que surgem em razão do exercício do poder de mercado. Caso que bem ilustra tal hipótese é a posição jurisprudencial pátria quanto aos contratos de abertura de crédito que são ofertados pelas instituições financeiras.

Nesses casos, uma vez já há muito ultrapassada a discussão quanto à eventual limitação dos juros, o controle do exercício do poder de mercado excessivo se dá mediante a aplicação do instituto da proibição das cláusulas abusivas e, veja-se bem, somente impondo restrições às taxas cobradas pelas instituições financeiras, como ocorre com a comissão de permanência, quando estas extrapolarem a taxa média de mercado,²⁸⁶ nos

²⁸⁴ Vale citar a interessantíssima obra *Everything is obvious: once you know the answer* do sociólogo Duncan Watts, que foi professor de Sociologia da Universidade de Columbia e possui diversos artigos científicos publicados. Também abordando os problemas dos vieses cognitivos, bem demonstra como o suposto bom-senso, em alguns casos, pode revelar-se um falso indicador. O seu mencionado livro foi traduzido para o português. (WATTS, Duncan J. **Tudo é óbvio**: desde que você saiba a resposta. Tradução Letícia Della Giacoma de França. São Paulo: Paz e Terra, 2011).

²⁸⁵ Além das ilustrações do cotidiano, diversos e interessantes exemplos constam na literatura de Análise Econômica do Direito, como aquele consignado na obra de VELJANOVSKI, C. **A Economia do direito e da lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, que versa a respeito de como as leis que inicialmente objetivariam proteger os locatários podem, em realidade, diminuir o número de imóveis à disposição, assim como aumentar os preços dos aluguéis.

²⁸⁶ Seguem alguns arestos que, em seus resumidos termos de ementa, demonstram esse entendimento jurisprudencial: “Ação de revisão. Embargos à execução. Contrato de abertura de crédito. Juros. Correção monetária. Capitalização. Comissão de permanência. Multa. Precedentes. 1. O contrato de abertura de crédito não é hábil para ensejar a execução, não gozando a nota promissória vinculada de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou, nos termos das Súmulas nºs 233 e 258 da Corte. 2. O Código de Defesa do Consumidor, como assentado em precedentes da Corte, aplica-se em contratos da espécie sob julgamento. 3. Havendo pacto, admite a jurisprudência da Corte a utilização da TR como índice de correção monetária. 4. A Lei nº 9.298/96 não se aplica aos contratos anteriores, de acordo com inúmeros precedentes da Corte. 5. Os juros remuneratórios contratados são aplicados, não demonstrada, efetivamente, a eventual abusividade. 6. A comissão de permanência, para o período de inadimplência, é cabível, não cumulada com a correção monetária, nos termos da Súmula nº 30 da Corte, nem com juros remuneratórios, calculada pela taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, não podendo ultrapassar a taxa do contrato. 7. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. REsp 271214/RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. Rel. p/ Acórdão: Ministro Carlos Alberto Menezes

moldes definidos pelo Banco Central do Brasil (BACEN),²⁸⁷ que mensalmente calcula as médias de cada modalidade de crédito com a classificação por tipo de encargo e por categoria de tomador.

Portanto, evidencia-se a vedação ao abusivo poder de mercado²⁸⁸ e, para que assim seja constatado, é necessário se voltar ao mercado e se valer de instrumentos que efetivamente possam captar tais circunstâncias, algumas delas bastante simples, como ocorreu com a astuta solução encontrada.²⁸⁹ Assim agindo, se de um lado - em nosso sentir

Direito. Julgado em: 12 mar. 2003. **DJ** 04 ago. 2003, p. 216”); “LIMITAÇÃO DE JUROS. APLICAÇÃO DA TAXA MÉDIA DE MERCADO A PARTIR DE JANEIRO DE 1999. COM RELAÇÃO AO PERÍODO ANTERIOR, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE TABELA SOBRE A TAXA MÉDIA PELO BACEN, MANTÉM-SE A LIMITAÇÃO LEGAL, NOS TERMOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Décima Terceira Câmara Cível. Ap. Civ. 509.548-1. Relator: Luiz Taro Oyama. Julgado em: 15 dez. 2010).”; e “[...] CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. 1. Na falta de contrato ou não havendo pactuação de taxa de juros remuneratórios, prevalece a taxa média de mercado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1.059.546/SE. Relator: Vasco Della Giustina. Julgado em: 18 nov. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 fev. 2013).

²⁸⁷ Conforme divulgado pelo próprio BACEN quanto às taxas de operações de crédito: “As informações consolidadas do sistema financeiro nacional são divulgadas para cada modalidade de crédito com a classificação por tipo de encargo e por categoria de tomador. Apresentam periodicidade mensal e referem-se ao volume total de crédito, às novas concessões efetuadas no período, às taxas médias de juros, ao spread e, ainda, ao prazo médio e aos níveis de atraso das carteiras de crédito.

Os dados relativos ao volume indicam o saldo total do sistema financeiro no último dia de cada mês, enquanto que os valores relativos às concessões totais (fluxo) são apresentados na forma de soma dos recursos liberados em cada mês e também como a média diária das concessões.

As taxas de juros representam a média do mercado e são calculadas a partir das taxas diárias das instituições financeiras ponderadas por suas respectivas concessões em cada data. São divulgadas sob o formato de taxas anuais e taxas mensais. As taxas médias mensais são obtidas pelo critério de capitalização das taxas diárias ajustadas para um período padrão de 21 dias úteis. As taxas de cheque especial constituem exceção, pois considera-se o número de dias úteis contidos no período de 30 dias corridos contados na data de referência, incluindo-se o primeiro dia útil subsequente caso o vencimento ocorra em dia não útil.

As taxas anuais são calculadas elevando-se a média geométrica das taxas mensais a 12 (meses). Adicionalmente às informações de taxas de juros, são divulgados também os spreads médios de cada modalidade de crédito, que representam o resultado da diferença entre as taxas das operações de crédito e os custos referenciais de captação, calculados a partir da taxa dos CDB - Certificados de Depósitos Bancários, para as modalidades com prazo em torno de 30 dias, e das taxas dos contratos de swaps DI x Pré com prazos similares aos prazos médios das demais modalidades.

Os prazos médios das modalidades correspondem à média do número de dias de todas as operações ou parcelas registradas na carteira. Os níveis de inadimplência representam a participação de cada faixa de atraso (15-30 dias, 31-90 dias e superior a 90 dias) no volume de crédito concedido.

Esclarecimentos metodológicos adicionais podem ser obtidos na Circular nº 2.957, de 30 de dezembro de 1999 e no Comunicado nº 7.569, de 25 de maio de 2000, disponíveis no SISBACEN público e nesta homepage.” Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?txcredmes>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

²⁸⁸ Na seara consumerista, a justificativa para tais proteções parece estar se inclinando, entre outras razões, a figura do abuso de direito. Contudo, para dar conteúdo mais objetivo e mesmo verificável, parece-nos indispensável o conhecimento do que efetivamente vem a se constituir o poder de mercado. Excelente obra sobre o abuso de direito é o estudo de Bruno Miragem, com título homônimo ao tema. (MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013).

²⁸⁹ Não há como se conferir ao *pacta sunt servanda* uma força desmedida e, portanto, disfuncional, pelo que a jurisdição poderá, nos termos do art. 421 do Código Civil, limitar a liberdade contratual, como ocorre quando existe justificativa “vinculada a um interesse social reconhecido normativamente, seja por disposição legal, seja pelo acolhimento jurisprudencial ou costumeiro de comportamentos socialmente típicos”. (BRANCO, Gerson. Limites da Atuação Judicial na Aplicação da Função Social dos Contratos. **Revista da AJURIS**, Porto

acertadamente - não se procedeu a intromissões arbitrárias nos domínios privados e na pactuação das partes (o que, frise-se, poderia comprometer o funcionamento do mercado e de seu próprio equilíbrio), de outro também não permitiu que se observassem verdadeiras espoliações, onde uma das partes estabelece, unilateralmente, as obrigações contratuais que cabem à parte adversa; o que ocorre quando, por exemplo, os encargos exigidos, sem razão especial, afastam-se excessivamente do que o próprio mercado já determinou, ainda mais em se tratando de um mercado bastante amplo e já deveras consolidado, como se trata no caso.

Todavia, impende ressaltar que tais instrumentos de proteção, em princípio, vêm somente em favor do consumidor e nos termos referidos no indigitado Diploma legal, isto é, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, sendo que para as demais hipóteses, nas quais igualmente se verifica a ocorrência dessa mesma natureza de acontecimento, ou seja, derivada do exercício abusivo de poder de mercado, tal antídoto não possui aplicação, pelo menos não através de uma interpretação literal e restritiva, em que pese a conceituação de consumidor venha se estendendo progressivamente, como se observa claramente na Jurisprudência Pátria,²⁹⁰ inclusive por força das diretrizes abrangentes do artigo 29 do CDC.²⁹¹

Nesse diapasão, inclusive, parece ocorrer, muitas vezes, o despropositado alargamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, porém ainda pelo lado da demanda, estendendo-se para casos nos quais, tecnicamente, não pareceria haver subsunção legal. Não obstante, há que se mencionar que tais institutos, notadamente trazidos no bojo do Código de Defesa do Consumidor, e nomeadamente a figura das cláusulas abusivas, servem apenas aos agentes econômicos (consumidores) que se encontram no lado da demanda.

Todavia, conforme se buscou demonstrar, o poder de mercado pode ser observado em ambos os lados do mercado, ou seja, não só da oferta, mas também da demanda, como ocorre na hipótese do monopólio, ainda que tais hipóteses sejam mais restritas e, via de regra, concernentes aos mercados de fatores de produção.

Alegre, v. 105, p. 219-236, 207. p. 225).

²⁹⁰ Quanto ao tópico, “É um fato que a maior parte dos contratos por adesão regula relações de consumo. Não todos, porém. Observa-se quotidianamente a celebração de contratos por adesão entre sociedades empresárias, os quais não estão sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, em que pese a força expansiva do art. 29 deste texto legal.” (ZANETTI, 2008, v. 5, p. 271).

²⁹¹ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Dessa forma, contudo, importa ressaltar que não se observa, no mínimo com a mesma contundência e com o mesmo vigor, a defesa daqueles que ofertam, talvez por lhes faltar a presunção da vulnerabilidade, a qual, todavia e em muitos casos, pode sim estar presente, do mesmo modo que, não raras vezes, a alegada vulnerabilidade ou hipossuficiência do consumidor não passa de mítica alegoria que, sem razão, o mesmo busca se adornar.

Nessa esteira, impende consignar que, em consonância com o artigo 4º, inciso I, do CDC,²⁹² o princípio da vulnerabilidade, por suposição legal, atinge a todo consumidor assim considerado nos termos do referido Diploma legal. Já a hipossuficiência, por sua vez, consiste em característica individual, que pode ou não apresentar o consumidor, devendo, portanto, ser aferida pelo juiz no caso concreto, nos moldes do art. 6º, inciso VIII, do CDC.

Assim sendo, parece um tanto quanto precipitada a inserção indiscriminada da suposição de vulnerabilidade²⁹³ de forma extensiva a todos os consumidores, porquanto, a exemplo da hipossuficiência, deveria ser ela constatada casuisticamente ou, ao menos, melhor temperada pelas circunstâncias fáticas efetivamente apresentadas pelas partes, porquanto não havendo o efetivo exercício abusivo do poder de mercado, tampouco os efeitos nocivos da informação assimétrica a incidir sobre a relação jurídica sob análise, não subsiste, evidentemente, a necessidade de proteção.

Aliás, sendo presumida, de forma generalizada, tal necessidade, sem o respectivo respaldo fático, tais medidas constituem-se em atos redistributivos dos resultados e dos riscos dos negócios, como se tratassem de políticas assistencialistas,²⁹⁴ as quais, contudo, causam severas distorções no mecanismo de mercado, como sói acontecer, em alguns casos, através do chamado ativismo judicial.

De outra banda, conforme se salientou no intróito da presente seção, resta evidente que o poder de mercado que aqui se sustenta não surge apenas em razão da concorrência imperfeita, nos moldes usualmente analisados pela Teoria Microeconômica, conforme se

²⁹² “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”.

²⁹³ Acerca do princípio da vulnerabilidade, indispensável é a consulta da obra de MORAES, 2009, p. 175-180, sendo que no sentido que aqui é sustentado se manifesta quanto à vulnerabilidade econômica e social.

²⁹⁴ Função, frise-se, que muito embora seja louvável, não pode ser promovida pelos mercados, justamente por comprometer o funcionamento do mecanismo que lhe é peculiar, porquanto distorce os incentivos que são irradiados aos agentes econômicos, que podem se inverter e mesmo tornarem-se erráticos.

observou quando explanadas as hipóteses do surgimento e exercício do poder de monopólio e monopsonio, que possuem como figuras mais extremas e emblemáticas as situações do monopólio e monopsonio.

Diversamente, o poder de mercado pode também surgir em razão das circunstâncias de cada relação contratual e, por conseguinte, dos desequilíbrios circunstanciais de forças existentes entre os contratantes, considerando-se os contratantes e as posições nas quais os mesmos se inserem em cada relação contratual específica, diante de suas diferenças e peculiaridades conjunturais.

Ou seja, o poder de mercado pode também surgir nas relações contratuais específicas, casuisticamente consideradas, não só por força da inexistência de competição em termos agregados, mas também por força de circunstâncias fáticas que igualmente podem, pontualmente, ensejar o surgimento de poder de mercado, quiçá podendo ser chamado de poder de mercado circunstancial, de modo a desequilibrar, sobremaneira, as forças de mercado existentes entre os contratantes, ensejando o seu exercício abusivo e disfuncional.²⁹⁵

Justamente nesse tocante, ao lado das cláusulas abusivas - e aí sim aplicáveis a ambos os lados do mercado, ou seja, tanto da demanda quanto da oferta - não parece ser por outro motivo que fora erigido o princípio do equilíbrio econômico dos contratos, especialmente por meio de suas figuras da lesão e da onerosidade excessiva, insculpidas, respectivamente, no âmbito do Código Civil Brasileiro, em seus artigos 157²⁹⁶ e 478²⁹⁷.

²⁹⁵ Conforme bem ressaltado por Luís Renato Ferreira da Silva, a passagem bíblica sobre Esaú e Jacó muito bem evidencia esta situação, pelo que se faz oportuno aqui consignar: “A ancianidade do instituto da lesão enorme pode ser detectada pelo exemplo bíblico, frequentemente lembrado pelos autores que desenvolveram o tema, segundo o qual Esaú vendera a Jacó os seus direitos de primogenitura pela ínfima e desproporcional retribuição de um prato de lentilhas, o que só foi possível por força da extrema necessidade (fome) em que se encontrava o primogênito”. (FERREIRA DA SILVA, 1999, p. 69). Ao lado dos aspectos religiosos, culturais e históricos contidos na referida passagem, dentre os quais alguns mesmo motivaram a insurgência do instituto da Lesão Enorme, há que se considerar que a força do exemplo reside no fato de que havia a necessidade e, por outro lado, somente um indivíduo com o poder de ofertar aquilo que era necessário; isto é, emergência o poder de mercado justamente em razão das circunstâncias que se apresentavam, resultando, assim, em uma pactuação maculada por demasiada desproporcionalidade.

²⁹⁶ Como se pode observar: “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

²⁹⁷ Nos exatos termos legais: “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Todavia, de início, há que se fazer uma ressalva que bem justifica a necessidade de, pelo menos, um maior conhecimento a respeito das falhas de mercado para o estudo e compreensão do fenômeno contratual, vez que claramente se observa, na redação do artigo 157 do Código Civil, a tentativa de combater duas espécies de falhas de mercado que possuam naturezas muito distintas, através da mesma figura da lesão, o que, entretanto, talvez exigisse tratamento diferenciado e específico para cada uma delas, com vistas a, desse modo, obter maior clareza e eficácia no tratamento de patologias que são, em essência, muito díspares.

Assim, como se observa no *Caput* do artigo 157, a segunda parte do referido dispositivo legal trata expressamente das situações que são referentes ao poder de mercado, falha esta sobre a qual versa a presente seção. Já a primeira parte, diferentemente, trata das hipóteses de informação assimétrica²⁹⁸, senão vejamos: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

Nesse ponto, imperioso ressaltar que não há como serem confundidos os problemas decorrentes do poder de mercado daqueles que são oriundos do poder informacional, porquanto tal confusão pode ocasionar desvios e inadequações na aplicação dos remédios que lhe são pertinentes, como frequentemente se observa ocorrer, por exemplo, no âmbito das relações de consumo, ao se tratar como sinônimos fossem o vulnerável e o hipossuficiente.

Igualmente vinculado ao poder de mercado é a temática da revisão contratual, que abrange o efeito vinculante dos contratos e o alcance do brocardo latino do *pacta sunt servanda*. Nestes termos, o Código Civil brasileiro aborda a revisão em dois momentos, um relacionado às causas concomitantes à contratação (a lesão do artigo 157) e, outro, referentemente às causas supervenientes.²⁹⁹

Dessa feita, verificando-se a existência de lesão, que em conformidade com o que já referido, pode se tratar tanto de hipótese de abuso do poder de mercado quanto de abuso de poder informacional, faz-se possível, além da rescisão, a revisão do contrato, no caso de o autor da lesão se dispor a restabelecer a reciprocidade entre as prestações. Ademais,

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

²⁹⁸ Espécie de falha de mercado que é abordada na primeira seção do presente capítulo.

²⁹⁹ Sobre a revisão contratual, e por todos, excelente obra de FERREIRA DA SILVA, 1999.

não se decretará a anulação do negócio se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito (art. 157, § 2o).

Contudo, quanto às causas supervenientes, há que se fazer importante ressalva. Nesse sentido, diga-se que o Código adota a teoria da imprevisão e a figura da onerosidade excessiva. O artigo 317³⁰⁰ do CC, por sua vez, determina que se “por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Assim sendo, constata-se que a referida desproporção não diz respeito propriamente ao poder de mercado, mas sim a outra falha de mercado, qual seja, aos custos de transação, uma vez que não sendo possível às partes dispor sobre todas as contingências da relação contratual, principalmente em razão da racionalidade limitada, poderão remanescer situações nas quais se observará manifestas desproporções entre as obrigações das partes e, não obstante, exigirão tratamento adequado. Todavia, importante constatar, a responsabilidade por essa desproporção não é atribuível a nenhuma das partes.

Contudo, mesmo na situação acima mencionada, o legislador não se descuidou de enfrentar o problema do poder de mercado, o qual pode surgir, no caso, após a ocorrência da referida desproporção, ou seja, depois de celebrado o contrato entre as partes, exigindo, dessa forma, um tratamento *ex post* à sua formação. Assim, justamente ao tratar da atribuição da competência para realizar o ajuste dessa desproporção verificada, considerando-se já existir o contrato e, portanto, estando as partes já vinculadas, evidencia-se deveras pertinente a opção do legislador, que deixou a cargo do juiz tal correção (e não só de uma eventual renegociação das partes).

Dessa forma, está a se evitar a utilização do poder de mercado (e também do poder informacional), pois se é possível que tal poder se manifeste intensamente quando as partes sequer se encontram vinculadas, é mesmo esperado que se exponencie quando as partes já se encontram vinculadas (e, em grande parte das vezes, já realizaram investimentos tanto na execução quanto na confiança³⁰¹ do cumprimento contratual), nem mesmo mais remanescendo a única liberdade que em alguns casos se verifica, qual seja, escolher entre contratar ou não.

³⁰⁰ “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

³⁰¹ Nesse sentido, ARAÚJO, 2007 e COOTER; ULEN, 2010.

Semelhantemente ocorre com a hipótese de resolução por onerosidade excessiva prevista nos artigos 478 a 480. Os fatos extraordinários e imprevisíveis a que aludem o instituto não podem ser atribuídos aos contratantes. Contudo, deixar a solução a cargo exclusivo das partes, poderia dar azo as mais diversas imposições e sujeições, haja vista que o contratante mais forte, seja em decorrência do poder de mercado ou mesmo de poder informacional, poderia impor à contraparte tudo aquilo que fosse do seu exclusivo interesse.

Justamente nesse tocante, frequente é a observação de situações denominadas de *Hold Up*, onde uma parte explora a fragilidade da outra em renegociações, “*após a assinatura do contrato*”. A literatura também as denomina de problema do refém. Em que pese na seara administrativa, porém igualmente incidente entre particulares, faz-se comumente observável em contratos de grandes obras públicas. Nesse sentido, muito claras são as colocações de Marcos Nóbrega³⁰², pelo que se faz pertinente transcrevê-las:

Esse é o caso de contratos de grande vulto, sobretudo em concessões de serviços público e PPPs. Essa especificidade de grandes obras leva o que a literatura trata como o "problema do refém" ou *hold up*, possibilitando que uma parte explore a fragilidade da outra parte em renegociações após a assinatura do contrato. Isso aparece de forma clara em contratos de infraestrutura, porque há *sunk costs*, ou seja, os investimentos são muito específicos e não há utilização alternativa para eles. Isso, repetimos, recobre os contratos de elevado grau de dependência e grande possibilidade de comportamentos oportunistas. Dessa forma, as partes terão incentivos para se apropriar de qualquer ganho adicional durante a execução contratual.

O grande desafio é encontrar um uso alternativo para o ativo envolvido (*second best*) de forma a diminuir a apropriação de renda, o que chamamos de *salvage value*, ou seja, o seu valor residual. De qualquer forma, uma solução para resolver o problema do *hold up* seria, por óbvio, a diminuição do grau de especificidade do ativo. No entanto, na maioria dos casos, isso não é possível. Uma saída seria maior acuidade na formatação contratual. Logo, se o contrato for excessivamente complexo ou mesmo muito incompleto, o problema pode subsistir. Para tanto, seria fundamental encontrar mecanismos de revelação de informações durante a execução contratual para que os ganhos oportunistas sejam mitigados. Um bom argumento seria a imposição de mecanismos efetivos de controle, como, por exemplo, a análise elaborada pelos TCU sobre obras públicas.

Por fim, fundamental consignar a possibilidade da aplicação do princípio da Boa-Fé objetiva igualmente para conter os excessos decorrentes das diferenças de forças verificadas entre as partes contratantes, não só no que tange ao problema da informação assimétrica, mas também em relação ao exercício de abusivo poder de mercado. Nesse

³⁰² NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 413.

sentido, reveladoras são as palavras de Ricardo Garcia Lupion,³⁰³ que reconhecendo se tratar de situações de exceção, o que também nos perfilhamos, muito bem pondera, pelo que se faz oportuna a transcrição:

Da desigualdade das partes, da assimetria de informações³⁰⁴ ou da dependência econômica poderá resultar a vulnerabilidade de uma das partes e, conforme já referido neste trabalho, os deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais poderão prevalecer diante da necessidade da proteção do equilíbrio e das forças contratuais, a despeito de existência de partes contratantes profissionais voltadas para a obtenção de lucros, já que os traços marcantes da atividade da empresa – profissionalismo, risco e lucros – deverão ser relativizados diante da vulnerabilidade, bem maior a ser protegido.

De todo o exposto, parece imperioso que seja efetivamente compreendido o que consiste o poder de mercado e o seu efetivo e abusivo exercício, de modo a ensejar não só a adequada identificação das hipóteses nas quais realmente se observa a incidência dessa falha de mercado, como também a evitar que se confundam situações que muito embora possam se assemelhar, não se referem à mesma natureza de acontecimento, a fim de permitir o adequado tratamento dos efeitos deletérios que lhe são característicos.

Tal compreensão, aliás, poderá incrementar o balizamento e a calibragem dos princípios que são pertinentes a essa temática, buscando fornecer conteúdo objetivo e verificável, seja como guia delimitador da ocorrência ou não do poder de mercado, assim como quanto à verificação da intensidade do poder de mercado efetivamente existente.

2.3 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

“Como regra, não faz muito sentido que o invólucro seja mais caro que (rivalize com) o próprio conteúdo.”³⁰⁵

Conforme Ronald Coase buscou demonstrar em seu seminal artigo *The Problem of Social Cost*,³⁰⁶ na ausência de custos pela utilização do sistema de mercado, cada bem seria apropriado pelo indivíduo que mais o valorasse, ou seja, os recursos seriam alocados onde possuíssem as suas mais eficientes destinações, indicando, portanto, que a

³⁰³ LUPION, 2011, p. 176.

³⁰⁴ Essa falha de mercado foi oportunamente tratada na seção específica sobre as informações assimétricas.

³⁰⁵ Do próprio autor.

³⁰⁶ Para maior aprofundamento, ver COASE, 1960.

negociação privada, corolário dos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, conduziria a situações de eficiência.

Entretanto, a *contrario sensu*, permitiu inferir que os custos referentes à utilização dos mercados podem não ser desprezíveis, ou melhor, devem ser considerados, sendo que, dependendo da magnitude dos mesmos, pode ocorrer que a negociação privada, por si só, não consiga promover as trocas mutuamente vantajosas ou potencialmente realizáveis, de modo a não conduzir a situações de eficiência. Nesse sentido, os custos pela utilização do mercado (custos de transação) podem dificultar ou mesmo impossibilitar a ocorrência destas trocas e, por conseguinte, o alcance de situações de eficiência e, conseqüentemente, do bem-estar social e mesmo individual.

Assim sendo, mais uma vez é forçoso reconhecer que o sistema de mercado, sem qualquer espécie de regulação ou mesmo de interferência estatal, pode não levar a situações de eficiência, isto é, pode resultar em situações onde se esteja aquém das possibilidades de efetivo aproveitamento,³⁰⁷ ou seja, sem se exaurirem as capacidades correspondentes às circunstâncias verificadas. E, neste ponto, é o Direito, mais uma vez, que entendemos poder atuar para trazer maior eficiência a esses contextos, não de modo a indicar o quê ou de quê forma os indivíduos deveriam querer ou mesmo como possuir os bens ou recursos que lhes tocam e interessam, mas sim proporcionando um cenário onde os mercados, entendidos aqui como produtos sociais, possam funcionar da melhor forma possível, a fim de que os indivíduos consigam realizar e exaurir todas as trocas que lhes sejam mutuamente vantajosas, superando-se as falhas de mercado e, entre elas, os custos de transação.

Dessa forma, considerando-se os custos de transação como sendo uma das espécies das falhas de mercado, ainda que entendidos como subproduto de outras das falhas de mercado existentes, é imprescindível para o estudo do Direito, e aqui mais especificamente para o estudo do direito contratual, que se tenha adequada compreensão da sua existência, do seu alcance e das conseqüências dessa inegável realidade, vez que se encontra presente em quase todos os contextos de negociação e intercâmbio que se estabelecem entre os indivíduos e agentes econômicos de modo geral.

Portanto, os custos de transação não podem deixar de ser ponderados quando se pretenda analisar situações que envolvam relações de intercâmbio e, conseqüentemente, relações contratuais; ao contrário do que outrora ocorreu, não propriamente por

³⁰⁷ Situações de equilíbrio ineficiente.

negligenciamento, mas devido, sobretudo, pela ausência de identificação específica e estruturação da temática ora sob foco, sob pena de se proceder-se a análises incompletas e mesmo irreais dos fenômenos contratuais e dos cenários onde os mesmos ocorrem.

Sem a sua admissão e ponderação, torna-se tormentoso e quiçá mesmo impossível promover melhorias nesse campo, e é por isso que aqui se ocupará de analisar o problema dos custos de transação, assim como apontar como e por quais canais o Direito, nomeadamente através do direito contratual, pode buscar afastar e diminuir os seus efeitos nocivos. Ou seja, conforme aqui se objetiva demonstrar, o direito contratual serve, entre outros objetivos, para facilitar e lubrificar o funcionamento do sistema de mercado, corrigindo as denominadas falhas de mercado e, entre elas, os indigitados custos de transação.

2.3.1 Conceito de Custos de Transação

A concepção da ideia da existência de custos de transação já podia ser identificada no trabalho do economista John Rogers Commons, pertencente à Escola Institucionalista, intitulado *Institutional Economics*, de 1931, como se observa da seguinte passagem, *in verbis*:

These individual actions are really trans-actions instead of either individual behavior or the "exchange" of commodities. It is this shift from commodities and individuals to transactions and working rules of collective action that marks the transition from the classical and hedonic schools to the institutional schools of economic thinking. The shift is a change in the ultimate unit of economic investigation. The classic and hedonic economists, with their communistic and anarchistic offshoots, founded their theories on the relation of man to nature, but institutionalism is a relation of man to man. The smallest unit of the classic economists was a commodity produced by labor. The smallest unit of the hedonic economists was the same or similar commodity enjoyed by ultimate consumers. One was the objective side, the other the subjective side, of the same relation between the individual and the forces of nature. The outcome, in either case, was the materialistic metaphor of an automatic equilibrium, analogous to the waves of the ocean, but personified as "seeking their level." But the smallest unit of the institutional economists is a unit of activity -- a transaction, with its participants. Transactions intervene between the labor of the classic economists and the pleasures of the hedonic economists, simply because it is society that controls access to the forces of nature, and transactions are, not the "exchange of commodities," but the alienation and acquisition, between individuals, of the rights of property and liberty created by society, which must therefore be negotiated between the parties concerned before labor can produce, or consumers can consume, or commodities be physically exchanged.³⁰⁸

³⁰⁸ COMMONS, R. John. *Institutional Economics*. *American Economic Review*, v. 21, p. 648-657, 1931.

Outrossim, importante ressaltar que comumente se imagina que Coase tenha cunhado o termo Custos de Transação, utilizando-o para desenvolver um quadro teórico destinado a prever quando determinadas tarefas econômicas seriam realizadas internamente pelas empresas e quando seriam realizadas no âmbito dos mercados.³⁰⁹ No entanto, o termo é ausente dos seus primeiros trabalhos até os anos 1970. Contudo, enquanto não utilizava o termo específico, Coase discutia os "custos de utilização do mecanismo de preços" em seu artigo de 1937, "*The Nature of the Firm*",³¹⁰ no qual primeiramente abordou o conceito de custos de transação, para então, em seu trabalho mais notório, "*The Problem of Social Cost*",³¹¹ referir-se aos mesmos como "custos de transações de mercado".

A expressão específica "custos de transação" pode ser encontrada na literatura de Economia Monetária da década de 1950, sendo que, todavia, não parece ter sido conscientemente criada por qualquer autor em particular.³¹² De qualquer forma, indiscutivelmente, a idéia de custos de transações se tornou mais conhecida através do trabalho do Economista Oliver Eaton Williamson,³¹³ intitulado justamente Custos de Transação.

Hodiernamente, a economia dos custos de transação é utilizada para explicar uma série de elementos e aspectos que dificultam a circulação de riqueza entre os agentes econômicos. Muitas vezes, tal tarefa envolve considerar como transações não só os casos mais evidentes de transações econômicas, onde existe efetiva circulação de riquezas, mas também as hipóteses concernentes a outras espécies mais coloquiais de interação, incluindo as relações pessoais.

Na literatura, encontra-se a utilização da expressão custos de transação com diferentes níveis de abrangência. Steven Ng-Sheong Cheung³¹⁴ definiu amplamente os custos de transação como quaisquer custos que não são concebíveis em uma "*economia de Robinson Crusoe*"; em outras palavras, todos os custos que surgem devido à existência de

³⁰⁹ KLAES, M. History of transaction costs. In: THE NEW Palgrave Dictionary of Economics. 2. ed. [s.l.]: [s.n.], 2008.

³¹⁰ COASE, 1937.

³¹¹ COASE, 1960.

³¹² KISSELL, Robert; GLANTZ, Morton. **Optimal Trading Strategies**. AMACOM, 2003. p. 1-23.

³¹³ Oliver Eaton Williamson, economista estadunidense que se notabilizou pelos seus trabalhos referentes aos custos de transação e a teoria da firma. Foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia em 2009, conjuntamente com Elinor Ostrom, pela análise da governança econômica, especialmente sobre os limites da firma. Leciona na Universidade da Califórnia, em Berkeley.

³¹⁴ Steven Ng-Sheong Cheung é um economista nascido em Hong Kong, com formação e atuação principal nos EUA, tendo sido um dos primeiros a introduzir, na China, conceitos da Escola de Chicago, especialmente da Teoria dos Preços. Seus trabalhos focaram-se, principalmente, na temática dos custos de transação e nos direitos de propriedade, seguindo a abordagem da Nova Economia Institucional.

instituições, entre elas, do próprio sistema de mercado, incluindo-se aqueles custos que se verificam no interior das empresas privadas. Para Cheung, os custos de transação também podem ser chamados de "custos institucionais".³¹⁵

Nesse sentido, as investigações realizadas buscam identificar quais são os tipos de instituições, no que concerne à forma de estruturação dos mercados, das empresas e dos agentes econômicos, estatais e políticos de modo geral, inclusive quanto aos seus processos internos, que podem minimizar os custos de transação derivados da produção e distribuição de bens e serviços, facilitando a circulação de riquezas. Essa abordagem é frequentemente chamada de Nova Economia Institucional.

Porém, a franca maioria dos economistas restringe a definição para excluir os custos internos das organizações.³¹⁶ A mais moderna definição, paralela à concepção original de Coase, compreende os custos de transação como os custos incorridos pela utilização do mecanismo de preços, como uma espécie de taxa pela utilização do sistema de mercado.

Assim, sucintamente, podem-se definir os custos de transação como aqueles custos que se incorre para que sejam realizados os intercâmbios de interesses e, no que aqui é mais pertinente, para a utilização do sistema de mercado, sendo que, importa esclarecer, não correspondem aos valores atinentes aos interesses negociados. Em outras palavras, é o custo de se participar do mercado, não estando incluídos aí os custos referentes aos bens em si transacionados. Ou seja, são todos aqueles custos que estão acima e além dos interesses (bens e serviços) efetivamente transacionados.

Nessa esteira, desde já importa ponderar que ainda que se objetive a redução dos custos de transação, é muito provável que pelo menos parcela desses custos não poderá ser afastada, porquanto tais custos são da essência do sistema de mercado, como são aqueles concernentes, sobremaneira, à negociação. Todavia, todos aqueles custos que se enquadram sob a rubrica de custos de transação e que podem ser evitados, isto é, que consubstanciam desperdícios de recursos, oriundos de fricções ou ruídos que ocorrem no sistema de mercado, frutos de arestas passíveis de extirpação, podem e devem ser afastados, e aqui se sustenta deva ser por meio do direito contratual e das demais normas jurídicas que lhes são afins, que são os instrumentos próprios para tanto.

³¹⁵ CHEUNG, Steven N. S. Economic organization and transaction costs. In: THE NEW Palgrave Dictionary of Economics. [s.l.]: [s.n.], 1987. v. 2, p. 55-58

³¹⁶ DEMSETZ, Harold. Ownership and the Externality Problem. In: ANDERSON, T. L.; MCCHESENEY, F. S. (Ed.). **Property Rights: cooperation, conflict, and law**. Princeton, N.J.: Princeton University, 2003.

Por conseguinte, necessário compreender que os custos de transação até mesmo poderão impedir a ocorrência da negociação privada, quando forem tão elevados que se revelem maiores que os próprios benefícios oriundos das trocas. Aliás, importa lembrar que não é só a existência e a dimensão dos custos de transação que poderá desestimular os agentes econômicos a negociar, mas também a impossibilidade de suas identificações e mensurações, o que, vale dizer, está intimamente ligada à questão da segurança jurídica, vez que os agentes econômicos, incapazes de dimensionar ao certo as magnitudes dos seus retornos esperados, sequer os riscos envolvidos (o que depende do conhecimento dos custos efetivos e potenciais), restarão desestimulados a realizar contratos, especialmente no que diz respeito a investimentos. De qualquer modo, a tendência é que quanto mais altos forem os custos de transação, menor será o número de contratos estabelecidos, sendo que, na margem, os custos demasiadamente elevados, poderão mesmo inviabilizar as suas realizações.

Assim, as contratações somente ocorrerão se os agentes econômicos envolvidos identificarem como vantajosa a realização das trocas. Para tanto, realizarão, ainda que não com toda a precisão e acurácia técnica, cálculos estimativos de custo-benefício, sendo que os custos de transação, por sua vez, acrescem o passivo dessa equação, ainda que dita parcela de recursos não seja apropriada por nenhum dos integrantes das respectivas relações contratuais; o que, aliás, significa que se consubstanciam em perdas ou transbordamentos, vez que não se constituem em benefícios para os contratantes.

2.3.2 Os Determinantes dos Custos de Transação

Conforme sustenta Oliver Eaton Williamson,³¹⁷ os determinantes dos custos de transação são i) a especificidade, ii) a frequência, iii) a incerteza, iv) a racionalidade limitada e o v) comportamento oportunista. Entretanto, mandatório esclarecer que este rol de determinantes parece ser tão somente exemplificativo, porquanto existem diversas outras causas que podem originá-los.

Nesse sentido, importa dizer que a especificidade se refere ao grau de diferenciação tanto do interesse em si envolvido (normalmente, bem ou serviço), quanto, insofismavelmente, há que se reconhecer, da própria relação contratual em si. Ou seja,

³¹⁷ WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: the transaction cost approach. **The American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, p. 548-577, 1981. Disponível em: <<http://glenn.osu.edu/faculty/brown/home/Org%20Theory/Readings/Williamson1981.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

depende de quanto todos os elementos contratuais (o complexo contratual, incluindo o interesse transacionado e o respectivo instrumento contratual³¹⁸ que lhe reveste) se diferenciam dos demais, sendo que, quanto mais mais específicos forem (o interesse transacionado e o respectivo instrumento contratual), maiores serão os custos de transação envolvidos.

Inversamente, vale dizer, quanto mais rotineiro (e, portanto, conhecido) for o interesse transacionado, assim como padronizado o respectivo instrumento contratual, supõe-se que menores serão os custos de transação esperados.

A frequência, por sua vez, diz respeito à circunstância do tipo de transação envolvida se repetir em maior ou menor número. Supõe-se que transações que se repetem com maior frequência apresentem menores custos de transação, uma vez que após exauridos os custos de aprendizagem – de acordo com a curva de aprendizagem específica para cada caso – tais despesas não mais se farão necessárias, até mesmo porque muitos dos custos, uma vez incorridos, podem ser reaproveitados.

Já a incerteza concerne ao grau de previsibilidade dos desdobramentos e das contingências que podem surgir como consequência e na própria transação, porquanto, quanto maiores forem as possibilidades de intercorrências e maior o número de resultados possíveis, bem como quanto mais imprevisíveis (maior dispersão) e, dessa forma, mais difícil a sua mensuração probabilística, maiores serão os custos de transação destinados à enfrentar tais realidades.

A racionalidade limitada, por seu turno, implica no surgimento de custos de transação à medida em que os agentes econômicos não conseguem prever todos os possíveis desdobramentos, assim como inferir todas as variáveis que estão em jogo, o que faz com que seja necessária a tomada de medidas para combater os problemas daí decorrentes, muitas vezes, inclusive, quando já em curso uma relação contratual, como, por exemplo, nas situações em que se exigem renegociações, com o objetivo de que o contrato não se extinga.

Diferencia-se da incerteza na medida em que a racionalidade limitada se refere propriamente à impossibilidade de se preverem todos os eventuais resultados e as intercorrências contratuais, enquanto que a incerteza se refere ao grau de dificuldade (dispersão) de se realizarem as possíveis previsões.

³¹⁸ O que, como aqui se sustenta e foi explanado no primeiro capítulo, não pode ser confundido com o contrato.

O comportamento oportunista - que também está intimamente relacionado à temática da informação assimétrica, como visto na seção pertinente - diz respeito à possibilidade de uma das partes contratantes apresentar comportamento lesivo à parte adversa, a fim de obter benefícios. Dessa forma, também revela-se necessária a tomada de medidas para impedir, tanto quanto possível, a ocorrência dessas espécies de situações, como que por meio da imposição de salvaguardas e a exigência de colaterias (garantias).

Contudo, vale dizer que muitos dos determinantes acima citados se sobrepõem e mesmo se confundem. Ademais, com também já salientado, muitos dos custos de transação se originam das demais falhas de mercado, como, principalmente, em razão da assimetria informacional existente entre os contratantes.

2.3.3 Classificação dos Custos de Transação

Muito embora a terminologia adotada possa diferir, a literatura a respeito do tema classifica os custos de transação, basicamente, em três espécies, a saber: a) Custos de Pesquisa, b) Custos de Negociação e c) Custos de Monitoramento e Implementação, os quais serão vistos individualmente a seguir.³¹⁹

2.3.3.1 Custos de Pesquisa (*Search and Information Costs*)

Referem-se aos gastos ou investimentos realizados para se encontrar os bens ou serviços almejados, assim como identificar aqueles agentes econômicos que estejam dispostos a transacioná-los, o que abrange os custos atinentes às pesquisas empreendidas para se identificar (localizar, investigar e comparar) as melhores alternativas disponíveis, como melhor qualidade, preço, especificações, além das demais possíveis variáveis a incidirem no caso específico.

³¹⁹ Oportuno mencionar a classificação, também aplicável às demais falhas de mercado, que estabelece duas grandes categorias, isto é, as falhas de mercado exógenas e as falhas de mercado endógenas. As primeiras seriam aquelas que se originam em razão das limitações que são inerentes à própria materialidade do sistema mercado, por força das relações fáticas que o compõem, antes de qualquer juridicalização dos fenômenos em questão. Já as falhas de mercado endógenas, por sua vez, surgem como decorrência da juridicalização da materialidade, isto é, do estabelecimento dos ordenamentos jurídico que são criados justamente para estruturar e enfrentar tais realidades, mas que podem também criar ou mesmo agravar as falhas de mercado já existentes, como ocorre, sobretudo, no que tange aos custos de transação.

2.3.3.2 Custos de Negociação (*Bargain Costs*)

São os custos despendidos para se obter um acordo aceitável para ambas as partes contratantes, a fim de que se efetive a contratação. Desse modo, incluem-se aqui os custos para a elaboração de um instrumento contratual que seja igualmente admitido por ambos os contratantes. Em mercados de ativos, os custos de transação representam a função da distância entre a oferta e a aceitação, a qual, em havendo a efetiva contratação, resta absorvida pelos contratantes e, no caso de potenciais contratações que não se efetivam, revelam-se insuperados; sendo que, como já salientado, dependendo das suas magnitudes, podem, por si só, constituírem-se em obstáculos intransponíveis para a realização de contratos.³²⁰

2.3.3.3 Custos de Monitoramento e Implementação³²¹ (*Policing and Enforcement Costs*)

São os custos incorridos para se monitorar o cumprimento contratual, bem como os custos destinados, quando necessários, para se promover à execução forçada (*enforcement*) da avença e dos demais consectários contratuais, o que abarca os gastos necessários para a tomada das medidas apropriadas, o que inclui, por exemplo, os custos institucionais de solução de conflitos, como da utilização do sistema judicial ou arbitral.

Inolvidável mencionar que sob esta rubrica também estão incluídos os custos para que a transação efetivamente se realize (a realidade fática subjacente ao contrato), ou seja, para que os interesses transacionados sejam transferidos de quem os detém, na posição inicial do contrato, para os destinários da posição final do contrato.

2.3.4 Direito Contratual como Redutor dos Custos de Transação

Em que pese seja através da negociação privada que os indivíduos possam, em regra, maximizar as suas utilidades, na busca de níveis mais elevados de bem-estar,³²² é certo, entretanto, que toda a negociação envolve custos, o que implica perquirir sobre a

³²⁰ Cumpre anotar que a realização de uma transação economicamente viável está condicionada ao fato de que os retornos esperados devem, no mínimo, suplantam os custos de transação existentes.

³²¹ Importante referir que o termo em português aqui adotado, custos de monitoramento e implementação, trata-se de sugestão do orientador do presente estudo, sendo que, devido à sua pertinência, foi devidamente adotado, justificando, portanto, a presente menção.

³²² Segundo COOTER; ULEN, 2010, Cap. 6. Os acordos alcançados sob custos de transação nulos esgotam o excedente resultante da cooperação, como exige a eficiência. Para maior aprofundamento, ver COASE, 1960.

adequada medida de negociação, de forma a otimizar a eficiência alocativa dos recursos e maximizar os excedentes econômicos.

Dessa forma, a elaboração e a execução de um contrato tendem a se tornarem mais dispendiosas quanto mais extensos forem os riscos que se pretendam recobrir, assim como quanto mais amplo e mais detalhado for o panorama das contingências. Por outro lado, quanto menor o número das condições que exijam negociação, tanto menos custoso será o processo contratual.

No mesmo sentido, considerando que a passagem do tempo durante a relação contratual, em grande parte das vezes, altera substancialmente as circunstâncias nas quais as partes se encontram, as previsões contratuais – ainda que eficientes quando da formulação dos instrumentos pactuais – tendem a se tornarem ineficientes, o que recomenda a adoção de normas legais conformadoras de marco jurídico ensejador de eficiência, desde que uniforme e previsível.

Aliás, há que se ressaltar também, que é justamente o detalhamento exacerbado das previsões contratuais que, muitas vezes, justamente subsidiam o comportamento oportunista das partes as quais pretendem justificar o rompimento das relações contratuais que não mais lhe sejam vantajosas; na maior parte dos casos em nítido detrimento dos interesses da parte adversa.

Assim sendo, libertando as partes da custosa e desestimulante tarefa de buscar prever as incontáveis hipóteses de ocorrência de incidentes passíveis de instaurar crise no processo contratual, ressalte-se, sejam elas passíveis ou não de previsão, os contratantes terão mais recursos para destinarem aos elementos essenciais do contrato, como definição do objeto, preço e forma de pagamento.

Portanto, nesse tocante, tanto as normas imperativas quanto, sobretudo, as normas supletivas de direito contratual podem economizar recursos para as partes contratantes e otimizar a alocação de investimentos, através do fornecimento de condições eficientes para conformar os contratos, assim como preencher ou integrar as lacunas existentes.

2.3.4.1 Normas Contratuais Imperativas e Supletivas e Eficiência *Ex Ante* e *Ex Post*

Como salientado, é através da negociação privada que se espera que os agentes econômicos possam maximizar as suas utilidades por meio da obtenção dos excedentes provenientes da cooperação. Contudo, o processo negocial envolve custos (v. g.,

pecuniários, temporais e de oportunidade), os quais tendem a se tornarem mais relevantes quanto maior for a complexidade das tratativas envolvidas para a formação do contrato.

A existência dos custos negociais reduzem os benefícios obtidos pelas partes através da execução do contrato, porquanto implicam no consumo de recursos. Outrossim, a existência destas espécies de custos, verificados *ex ante*, muitas vezes se constituem em fatores inibitórios ao comportamento cooperativo dos agentes econômicos, servindo de incentivos negativos à formação dos contratos.

Outrossim, importa considerar que os custos de negociação se consubstanciam em desincentivos à contratação, na medida em que se avolumam, o que permite supor que a diminuição dos mesmos poderá contribuir para o incremento das trocas e, portanto, para o crescimento econômico, tanto no âmbito individual, como agregado.

Não obstante, a assimetria informacional existente entre as partes negociantes também se revela, em muitos casos, fator desestimulante à pactuação, porquanto os indivíduos não conhecem precisamente os desdobramentos e as consequências contratuais específicas que efetivamente se desenrolarão durante eventual crise do processo obrigacional, tornando necessário que recursos sejam investidos para que se busque prever, bem como estabelecer mecanismos capazes de enfrentar as contingências contratuais, implicando, portanto, no surgimento de custos de transação.

Neste sentido, oportuno citar as palavras de Lewis Koernhauser, *in verbis*:

Si la negociación no tuviera costo alguno, las partes diseñarían contratos completos que definirían los términos de cumplimiento bajo todas las contingencias posibles. En realidad, tanto el diseño como la negociación de un contrato son costosos y estos costos influyen en la elección de las contingencias que el acuerdo contempla explícitamente. Es claro que partes económicamente racionales diseñarán cláusulas que cubran las contingencias más importantes. La importancia de una contingencia depende fundamentalmente del valor y del costo de cumplimiento y de la probabilidad de que se presente. En consecuencia, los costos de formular un contrato implican que los contratos que se firman son 'incompletos'; es decir, las partes advertirán que el costo de incluir una cláusula para cada contingencia excedería los beneficios de hacerlo.

Por lo tanto, el hecho de que los contratos sean inevitablemente 'incompletos' subyace a una función económica de la legislación contractual. Cuando no se contempla una contingencia en el contrato y ella se presenta, una de las funciones más importantes del derecho contractual es llenar el vacío en el contrato con el término que las partes habrían elegido si hubiesen contemplado dicha contingencia. Por supuesto, si las partes saben que la ley impondría término parecidos a los que hubieran negociado para el caso de que se presentara una contingencia determinada, ellas podrían reducir sus costos de diseño del contrato omitiendo contemplar la contingencia. El criterio económico de la

eficiencia identifica una serie de normas jurídicas deseables que minimizan los costos de todas las partes en cuanto al diseño y a la negociación del contrato.³²³

Aliás, ainda que se admitisse a utópica ideia da possibilidade de completude dos contratos, verifica-se na realidade que o processo de negociação não consegue prever e explicitar, de modo exauriente, todos os aspectos relativos à enumeração das contingências suscetíveis de interferirem na onerosidade dos contratos, como, por exemplo, quanto à definição de *standarts* de cumprimento, de descumprimento ou cumprimento defeituoso, tampouco quanto ao estabelecimento de um quadro preventivo e sancionatório, sendo que essas insuficiências *ex ante* ensejam a eclosão de conflitos durante a relação contratual.

Assim, os contratos incompletos nada mais são de que uma resposta pragmática a um contexto econômico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas, muitas vezes, aliás, de forma consciente e voluntária, diante de cenários de informações incompletas e racionalidade limitada aos quais as partes estão, equilibrada ou desequilibradamente, inseridas.

Pertinente é o entendimento de Fernando Araújo, *in verbis*:

Mas, com a rejeição de que todos os contratos são “implicitamente completos”, ou até de que o seja a maioria, impõe-se reconhecer que triunfou a tese “realista” que admite o inacabamento no seio da Teoria do Contrato, e sugere até o pressuposto contrário de que a maioria dos contratos é “implicitamente incompleta”, uma inversão teórica que em larga medida justifica o súbito sucesso do tema das normas supletivas, elevadas de um papel anciliar de “normas integradoras” a um estatuto mais moderno de “normas (supletivas) maioritárias” (“majoritarian defaults”), regras que, consagrando os hábitos contratuais dominantes, dispensam a estipulação detalhada e facilitam as trocas. Um triunfo previsível até no plano dos princípios, note-se: se é a inverificabilidade – a insusceptibilidade de invocação perante um terceiro julgador – que, no modelo econômico, dita o inacabamento contratual, não é de se estranhar que os acordos contenham sempre uma margem dessa inverificabilidade – e preservando sempre a relevância do apoio da heterodisciplina contratual, como forma de mitigar o inacabamento. E um triunfo com tonalidades conciliadoras, contudo, porque rapidamente se notou, do lado “consensualista”, que a proliferação “prêt-à-porter” de normas supletivas pode ter efeitos ambivalentes, podendo limitar o papel do consenso mas também podendo ampliá-lo, bastando pensar que liberta atenção das partes para os recantos menos standartizados e rotineiros da contratação.³²⁴

Outrossim, em muitos casos as partes deixam lacunas nos contratos de forma intencional e estratégica. Em geral, as partes contratantes precisam optar entre alocar

³²³ KORNHAUSER, Lewis. Derecho de los Contratos. In: SPECTOR, H. (Org.). **Elementos de análisis económico del derecho**. Buenos Aires: Rubinzal, 2004. p. 115.

³²⁴ ARAÚJO, 2007, p. 76.

riscos *ex ante* e prejuízos *ex post*, sendo relevante a diferença de custos de transação que se verifica entre a alocação dos riscos (*ex ante*) e das perdas (*ex post*).

Assim sendo, se as partes negociarem condições explícitas para alocar os riscos, certamente arcarão com custos de transação. Caso contrário, se elas deixarem lacunas, arcarão com custos de transação com probabilidade positiva.

Nesse tocante, os custos de transação³²⁵ esperados de uma lacuna no contrato são iguais à probabilidade de que os prejuízos se efetivem multiplicados pelos custos de suas alocações. Por conseguinte, as partes esperam economizar em termos de custos de transação se deixarem lacunas nos contratos quando o custo efetivo da negociação de condições explícitas exceder o custo esperado do seu preenchimento, conforme a formulação abaixo apresentada.

Minimização dos Custos de Transação dos Contratos

1. Custo da Alocação de um Determinado Risco $>$ ³²⁶ Custo da Alocação do Determinado Prejuízo x Probabilidade do Determinado Prejuízo Ocorrer = Deixar Lacuna.
2. Custo da Alocação de um Determinado Risco $<$ Custo da Alocação do Determinado Prejuízo x Probabilidade do Prejuízo = Preencher Lacuna.

Quanto ao tema, Cooter e Ulen (2010, p. 223) afirmam:

Os riscos remotos não justificam o custo da negociação e elaboração das condições para alocar esses riscos, ou uma lacuna deliberada pode ser deixada num contrato por razões psicológicas, como, por exemplo, quando um casal promete casar e silencia sobre a possibilidade de divórcio.

Não obstante, os julgadores precisam de regras para preencher as lacunas dos contratos, pelo que o direito contratual deve orientar de modo eficiente a atividade judicial (e, através da jurisdição, às partes e seus advogados). Nesse sentido, importante atentar-se para o problema da inverificabilidade, e não só para a inobservabilidade, vez que para a *Incomplete-Contract Theory*, o mais relevante já não é a assimetria entre as partes, mas

³²⁵ Quanto aos custos de transação, interessante é o clássico artigo de NORTH, 1992.

³²⁶ Cumpre consignar que o sinal “>” representa “maior que”, sendo o sinal “<” representativo de “menor que”. Portanto, a leitura da primeira anotação seria a seguinte: Sendo o custo da alocação de um risco maior do que o custo da alocação do prejuízo multiplicado pela probabilidade do determinado prejuízo ocorrer, deixa-se a lacuna.

sim a assimetria informativa do terceiro julgador em face das partes – um problema de insuficiência judicial, ou arbitral, que em alguns casos será irresolúvel, mas que se acredita possa ser mitigado com recursos às normas supletivas.

Diante do exposto, verifica-se que umas das mais importantes finalidades do direito contratual é minimizar os custos de transação dos contratos, o que se dá por meio das normas imperativas e, principalmente, através das normas supletivas, fornecendo-se condições e regulamentações supletivas eficientes.³²⁷ Aliás, avulta-se a importância das normas supletivas de direito contratual, as quais podem economizar recursos para as partes contratantes e otimizar a alocação de investimentos, através do fornecimento de condições supletivas eficientes para preencher ou integrar as lacunas existentes nas disposições contratuais das partes.³²⁸

Ademais, impende também ressaltar a figura conceitual, mesmo que ainda utópica, que é o ponto ótimo de negociação, no qual é pretendida a alocação ótima de recursos. Nessa senda, conforme sustenta Fernando Araújo,³²⁹ avulta-se a vertente normativa da abordagem da *Law and Economics*, buscando a possibilidade da obtenção de um ponto de complexidade ótima dos contratos e sobre o papel do Direito na promoção, ou no desencorajamento, de determinados níveis de complexidade.

Nesse contexto, importante salientar o caráter de bem público que o direito contratual supletivo possui, atingindo não só àquelas partes diretamente envolvidas em situações de conflito ou demandas judiciais já estabelecidas, mas também a todos aqueles que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar, vez que adaptam seus comportamentos às diretrizes legais existentes, isto é, dentro de um marco jurídico conformador dos contratos que pode se revelar tão importante quanto o processo negocial que se instaura entre as partes contratantes.

Dessa forma, compreende-se o caráter de bem público das normas de direito contratual, as quais necessitam incorporar e reafirmar as características dos bens públicos, já bem definidas na Ciência Econômica,³³⁰ a fim de poderem exercer, com plenitude, as funções pelas quais são concebidas.

³²⁷ COOTER; ULEN, 2010, p. 225.

³²⁸ Como exemplos bastante simples de normas supletivas de direito contratual redutoras dos custos de transação, pode-se citar o artigo 474 do Código Civil brasileiro, que traz em seu bojo a cláusula resolutiva tácita, a qual integra todos os contratos, assim como o artigo 490 do mesmo Diploma legal, que determina que: “Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição.”

³²⁹ Conforme ARAÚJO, 2007, p. 192. A hipótese da complexidade ótima.

³³⁰ Quanto ao conceito de bem público na Economia, PINDYCK; RUBINFELD, 2006 e VARIAN, 2003.

Portanto, é o caráter de bem público da legislação contratual que permite o funcionamento do sistema de incentivos que a mesma configura, prescrevendo mecanismos (regras, princípios e posicionamentos jurisprudenciais) que tanto visam a estimular os comportamentos almejados pelo legislador, quanto inibir as condutas sociais inadequadas e prejudiciais ao bem comum ou ineficientes.

Nas palavras de Fernando Araújo:

Talvez a esta luz se torne clara a perspectiva mais característica da “Law and Economics”, que é a de, reconhecendo que os tribunais devem ter um papel activo na interpretação e integração dos contratos, sem se remeterem à posição de passivos servidores da vontade contratual das partes (real ou conjuntural), comete a esses tribunais a tarefa de formularem regras susceptíveis de maximizarem o valor *ex ante* dos contratos, complementando ou não normas legais que já existam, e conjuntamente com estas traçando um quadro de “standarts” e de regras supletivas “majoritárias” que, fornecidas como “bem público” e reduzindo os custos de contratação, permitam às partes irem mais longe na auto-disciplina.³³¹

Por conseguinte, o casuísmo judicial e as decisões individualizadas, tomadas sem a devida ponderação perspectiva, portanto, tornam inoperante o sistema de incentivos que o direito contratual constitui, contribuindo para o comportamento errático e colocando em cheque todo o sistema legal, tanto no que concerne ao poder normativo das regras jurídicas, quanto no que diz respeito à jurisdição³³².

Com o enfraquecimento do caráter de bem público da legislação, a sociedade, como um todo, perde em termos de eficiência, haja vista o aumento dos custos de transação, bem como, conseqüentemente, de coordenação, informação, planejamento e deliberação, resultando em menor produto agregado (ou riqueza), de modo a comprometer justamente as razões que justificam a elaboração das normas.

Assim sendo, verifica-se que as normas de direito contratual podem constituir catalisadores dos processos contratuais, formatando, a menores custos, cenários de estabilidade e previsibilidade para as partes contratantes, de forma a estimular a realização de contratos, assim como otimizar os excedentes das respectivas transações.

Outrossim, diga-se que muitas relações de troca ocorrem instantânea e simultaneamente, não havendo muitas razões para se realizar promessas outras que não o efetivo intercâmbio dos interesses. Contudo, transações que exigem trocas ou execuções

³³¹ ARAÚJO, 2007, p. 178.

³³² Sobre o caráter de bem público da legislação de modo geral, bem como da jurisdição, respectivamente, CARVALHO; TRINDADE, 2009 e TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da Law and Economics. **Revista de Processo**, São Paulo, dez. 2009. p. 178.

diferidas implicam que a passagem do tempo entre o intercâmbio das promessas e os seus respectivos cumprimentos acabam por criar riscos e incertezas, o que representa potenciais obstáculos às trocas e a cooperação.

Dessa forma, a passagem do tempo durante a relação contratual pode alterar substancialmente as circunstâncias nas quais as partes se encontravam quando da realização do contrato, concretizando os riscos e as incertezas, inclusive de modo diverso do qual anteriormente cogitado. Assim, até mesmo as previsões contratuais supostamente eficientes quando de suas formulações, por exemplo, concernentes às hipóteses de rescisão, podem se tornar ineficientes.

Nesse contexto, podemos compreender e utilizar as normas supletivas e mesmo imperativas do Direito Contratual como meio para se buscar atingir também eficiência *ex post*, isto é, após a instauração da crise contratual, especialmente quando inexistentes previsões contratuais específicas ou, quiçá, quando as mesmas não se revelarem mais condizentes e, portanto, eficientes à nova realidade fática vivenciada pelas partes.

Nesse tocante, *verbi gratia*, quanto a causas supervenientes, o Código Civil brasileiro, adotando a teoria da imprevisão, em seu artigo 317³³³ preceitua que se “por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Dessa forma, importante constatar que tal desproporção ocorre, no caso, por motivo imprevisível, em outros termos, não constatável por força da racionalidade limitada. Nesse sentido, importante salientar que a racionalidade limitada impõe custos de transação às partes contratantes não só para a tentativa de previsão e adoção de consectários para todas as contingências contratuais, como também para se encontrarem mecanismos adequados para o enfrentamento das situações que são imprevisíveis.

Aliás, ainda que previsíveis, dependendo da magnitude dos custos de transação necessários para as suas estimativas e elaboração de soluções pactuadas, as partes podem restar desincentivadas a destinar recursos para prever, por exemplo, todas as circunstâncias passíveis de alterar o equilíbrio contratual. Assim, o direito contratual pode proporcionar eficiência tanto ao antecipar a possibilidade do restabelecimento do equilíbrio das prestações das partes, quanto ao evitar que as partes necessitem prever todas

³³³ Segue, *in totum*, o indigitado dispositivo legal: “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

as contingências passíveis de gerar tais situações, fornecendo normas que venham a integrar o contrato e suprir essas ausências.

Contudo, no caso em análise, importante constatar, que considerando a ausência de diretrizes específicas para restabelecer o equilíbrio contratual, os custos de transação correspondentes à verificação da eventual ocorrência de desequilíbrio, bem como o seu respectivo ajuste, parecem ter sido imputados ao Estado, mais precisamente ao Judiciário, sem se falar no problema da insegurança jurídica ocasionado também em razão desta falta de critérios legais previamente determinados para se proceder ao reequilíbrio.³³⁴

Portanto, é importante investigar a possibilidade da adoção de normas legais conformadoras de um marco jurídico ensejador de eficiência, isto é, a criação de mecanismo de incentivos que promova a eficiência. Nesse sentido, os contratantes podem se socorrer, basicamente, de soluções de duas origens: soluções jurídicas definidas pelas partes ou soluções jurídicas definidas pela legislação³³⁵, como, por exemplo, quando uma das partes contratantes deixa de cumprir o avençado.

Desse modo, como já salientado, considerando que, em realidade, é impossível que o processo negocial seja exauriente, assim como é tanto mais dispendioso quanto mais previsões se ambicione contemplar, as disposições contratuais providas pelas partes não abrangerão explicitamente toda e qualquer contingência. Nesse caso, a legislação assim deverá procurar fazer³³⁶, fornecendo soluções definidas legalmente.

Outrossim, em muitos contratos, as trocas ou execuções se dão de modo diferido no tempo, pelo que o interregno temporal verificado entre a realização das promessas e os seus efetivos respectivos cumprimentos, resta por gerar riscos e incertezas. Dessa forma, a passagem do tempo durante a relação contratual pode alterar substancialmente as circunstâncias nas quais as partes se encontram, concretizando os indigitados riscos e incertezas, sendo que as previsões contratuais concernentes, novamente como exemplo, às

³³⁴ Oportuno mencionar que as soluções legais que são aplicáveis a um grande contingente de indivíduos podem apresentar os mesmos custos das soluções que são aplicáveis a um pequeno contingente, evidenciando as características de bem público do direito contratual, como a não rivalidade, que exprime a ideia de que o consumo de um indivíduo não afeta o consumo de outros.

³³⁵ No Direito brasileiro, a previsão da possibilidade da rescisão contratual, quando não pactuada e expressamente constante das disposições elaboradas pelas partes, está prevista no Código Civil, podendo ser indicada como exemplo de norma supletiva a integrar o contrato, como se vê:

“Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

³³⁶ Para aprofundamento sobre o tema das normas supletivas, AYRES, I.; GERTNER, R. Filling Gaps in Incomplete Contracts: an economic theory of default rules. *Yale Law Journal*, n. 99, 1989, bem como AYRES, I.; GERTNER, R. Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules. *Yale Law Journal*, n. 101, 1992.

hipóteses de rescisão, ainda que eficientes quando de suas formulações, podem se tornar ineficientes, o que torna necessária a adoção de remédios jurídicos, a fim de se corrigir tais inadequações.³³⁷

Nesse diapasão, importante que entre as alternativas de solução existam mecanismos legais ou remédios jurídicos (que muito embora não tenham sido previstos expressamente pelas partes, constem da legislação) que promovam maior eficiência, o que poderá contribuir não só para a otimização do produto em termos agregados, mas também para os resultados percebidos pelas partes, individualmente consideradas.

Portanto, é através da adoção de soluções (ou remédios jurídicos, para as hipóteses de rescisão contratual, conforme terminologia de Análise Econômica do Direito), determinadas pelos ordenamentos jurídicos, que também será possível atingir ou pelo menos se buscar a eficiência *ex post*, ou seja, aquela que é pretendida e que poderá ser verificada depois de instaurada a crise contratual, após a alteração do cenário fático (e circunstancial) em que as partes contratantes estão inseridas.

2.3.5 Mecanismos de Redução dos Custos de Transação nos Contratos Massificados

Diante do que já foi exposto, torna-se mais evidente a importância das CCG - Cláusulas Contratuais Gerais. Contidas em transações de massa,³³⁸ foram criadas para

³³⁷ Como exemplo, plenamente cabível é a hipótese de resolução por onerosidade excessiva, conforme previsão constante do Código Civil brasileiro:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

³³⁸ Quanto às transações ou relações jurídicas em massa, não existem muitas dificuldades de compreensão. Diariamente, os indivíduos (que aqui podem ser denominados de agentes econômicos) praticam uma grande variedade de atos que visam a atender suas necessidades básicas, como de vestuário, alimentação, transporte, comunicação (telefonia, internet, etc.), dentre outras que são oferecidas por meio de relações jurídicas despersonalizadas, com condições preestabelecidas, nas quais os que necessitam dos produtos, ou dos serviços, não podem negociar suas cláusulas. Esses atos correspondem ao que se designou como tráfico em massa, impulsionado pelo desenvolvimento social, econômico e tecnológico, pelo aumento populacional e sua crescente demanda pela aquisição de bens e produtos, assim como, pelo fato do próprio Estado ser chamado, cada vez mais, a concretizar prestações de caráter de subsistência aos indivíduos e a sociedade, em favor do bem-estar coletivo. O tráfico massificado, caracterizado pela tipificação e standartização das relações jurídicas que o compõem, pode originar-se de duas formas: por meio de um processo de repetição, de reiteração de atos pela maioria dos indivíduos - o que acaba por conceder um certo grau de cogência a esses atos - que, paulatinamente, passam a integrar os usos e costumes negociais, transformando-se em regra de conduta, ou conduta típica; ou, ainda, de outro modo, em virtude de disposição da lei. Para saber mais, ver COUTO e SILVA, 2006, p. 77-7 e BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. transformação

facilitar as trocas, de modo a tornar o processo de criação do instrumento contratual mais célere e barato, vez que são preestabelecidas por uma das partes contratantes e, geralmente, não são negociáveis. Consubstanciam-se em cláusulas contratuais secundárias que, em regra, constam dos contratos de adesão, sendo preestabelecidas, tipificadas, de antemão por uma das partes – o proponente, ou o predisponente – sem possibilidade de negociação pela outra parte – o aderente.

Contudo, ainda que nesse contexto a característica da tipificação unilateral seja a mais marcante, aqui não se enfoca apenas os contratos por adesão e suas CCG, unicamente, como instrumentos contratuais nos quais a liberdade de estabelecer o conteúdo seja drasticamente reduzida, dando ênfase apenas ao aspecto da restrição de direitos; mas admite-se que se tratam de importantes instrumentos para as trocas contemporâneas, sem os quais, em muitos casos, os custos de negociação e, por consequência, os custos de transação, seriam, em muitos casos (considerando-se os bens em questão, principalmente bens de consumo), elevados demais ou mesmo maiores que os excedentes gerados, desestimulando a própria realização das trocas, de modo, portanto, a reduzir, respectivamente, tanto a eficiência econômica quanto o bem-estar.

Aclarando o tema, as CCG, como o próprio nome refere, são cláusulas que irão lidar com as questões que orbitam as cláusulas principais, vez que as cláusulas principais, nessas espécies de contratos, de maior relevo e atenção pelos aderentes, dizem respeito, normalmente, a questões relativas ao preço e às condições de pagamento, porquanto todo o restante, via de regra, já resta definido anteriormente à aproximação das partes, isto quando todo o conteúdo negocial do contrato já não estiver previamente determinado, restando ao aderente somente optar entre contratar ou não. Essas cláusulas acessórias dirão respeito, usualmente, à transferência dos riscos do contrato, às garantias, à eleição de foro, às questões relativas aos vícios do produto ou do serviço, à entrega do bem, etc.

Não obstante, importa registrar que essas espécies de contratação, onde estão insertas as cláusulas contratuais gerais, são denominadas de diversas formas, como, por exemplo, contratos de adesão, contratos em série, contratos “standard” ou mesmo pela própria expressão cláusulas contratuais gerais e, ainda, condições gerais dos contratos. Em Portugal, o legislador expressamente elegeu a expressão cláusulas contratuais gerais, regulando a matéria pelo Decreto-lei n. 446, de 25 de outubro de 1985, alterado pelo

Decreto-Lei n.º 220 de 31 de janeiro de 1995 e pelo Decreto-Lei n.º 249 de 07 de junho de 1999.³³⁹

De modo geral, as características essenciais que lhe distinguem são a pré-disposição, a unilateralidade e a rigidez, ou seja, são cláusulas previamente redigidas por uma das partes (predisponente), sem a possibilidade da outra parte (aderente) alterá-las (contratos de adesão em sentido estrito). Isto é, tratam-se de cláusulas elaboradas previamente e que irão integrar o conteúdo de todos os contratos futuramente celebrados (generalidade), independentemente de com quem o for (indeterminação), pelo que, recapitulando-se, identificam-se como sendo suas características peculiares: a) pré-disposição, b) unilateralidade, c) rigidez, d) generalidade e e) indeterminação.

Nesse ponto, vale fazer uma concisa avaliação sobre os motivos que levam o Direito a acolher esse mecanismo contratual *standard* e justificá-lo como válido.³⁴⁰ Diante de ponderações de ordem econômica e pragmática, pode-se encontrar uma infinidade de justificativas para o uso dos contratos por meio das CCG, como as que respeitam às questões de desenvolvimento, de celeridade, de eficiência dos mercados ou de acréscimo das trocas intersubjetivas. Assim sendo, as CCG atendem, de modo eficiente, às exigências de racionalização, planejamento, celeridade e pragmatismo da sociedade moderna, sem o que não se poderia sequer conceber as contratações em massa que hoje tanto vicejam.

Mas, não obstante sejam essas justificativas bastante relevantes, há, também, outras justificativas de ordem jurídica, além de peculiaridades que surgem pela disseminação dos instrumentos contratuais estandardizados, que não só justificam a admissão, assim como o enfrentamento pelo Estado dessa inegável realidade. Um exemplo pode auxiliar essa compreensão.

Se um particular estabelece com outro particular uma relação jurídica patrimonial por meio de um contrato com clausulado padrão (CCG), numa relação única, na qual a parte aderente não quis, voluntariamente, fazer valer sua possibilidade de estabelecer o conteúdo do negócio, não há por que o Estado interferir e restringir a operação engendrada

³³⁹ Nesse sentido, PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais**: anotações ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 2010.

³⁴⁰ Segundo Ribeiro, a autora Dauner-Lieb (na obra *Verbraucherschutz*) defende ser, o único estímulo da dita “defesa do consumidor”, a *defesa do próprio sistema de mercado*: “Numa posição neoliberal, a Autora assume, de forma particularmente clara, a funcionalidade das políticas do consumidor para a eficiência da economia de mercado, pondo de lado qualquer entoação de cariz ‘social’, com que é frequente justificar as medidas de intervenção nas relações de consumo”. (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 366, nota 285).

pelos particulares.³⁴¹ Entretanto, a partir do momento em que um particular estabelece relações jurídicas patrimoniais, em série, por meio de contratos idênticos, cujo clausulado é padrão, com uma infinidade de particulares, que não possuem a opção de decidir acerca do conteúdo do contrato, existem, no mínimo, três importantes motivos que impulsionam o Estado a intervir: o primeiro, já comentado, é a notória restrição da vontade individual, operada em grande escala nos contratos por adesão; o segundo, diz respeito ao particular (normalmente empresas) passar a desenvolver uma atividade de *normatização* de situações jurídicas abstratas como se Estado legislador fosse;³⁴² o terceiro, corresponde à debilidade da autorresponsabilização e da vinculatividade que a restrição da autotutela proporciona àqueles que apenas aderem às cláusulas preestabelecidas, em virtude do reconhecimento pelo Estado das idiossincrasias que acometem esse tipo de contratação.

O primeiro motivo é a restrição à autonomia dos aderentes em conformar seus interesses como lhes seja mais conveniente, haja vista não lhes ser permitido decidir sobre o conteúdo dos negócios jurídicos que realizam. A restrição da autonomia volitiva individual não significa, necessariamente, a completa inexistência dessa autonomia, mas quer dizer que ela pode demonstrar diferentes graduações nas relações privadas e que, no caso dos contratos por adesão, ela corresponde a uma mínima possibilidade de decidir sobre contratar ou não, dentro dos parâmetros estabelecidos pela outra parte do negócio.

Assim, conforme nos informa Antonio Pinto Monteiro, três espécies de problemas se apresentam. No plano da formação do contrato, o risco do aderente desconhecer as cláusulas que irão integrar o negócio resta aumentado. Já no plano do conteúdo contratual, há o risco de se incluírem cláusulas abusivas. No plano processual, à medida que revela a inadequação e insuficiência do normal controle judicial, que é feito sempre *a posteriori* e dependente da iniciativa do lesado.³⁴³

³⁴¹ “Ao reconhecer às partes competência para livremente modelarem o conteúdo dos contratos que decidiram celebrar, o ordenamento, qualquer que seja o fundamento último, ético ou utilitarista, dessa opção, fá-lo para lhes permitir a autónoma afirmação e defesa dos seus interesses próprios. É esse o sentido ‘positivo’ da abstenção estadual em imiscuir-se na regulação privada. Desse modo os contraentes podem chegar a uma conformação onde livremente se manifestem as suas propensões e necessidades, de acordo com a apreciação que delas fazem, sem qualquer controlo à luz de critérios objectivos de racionalidade ou justiça”. (Ibid., p. 286).

³⁴² “[...] com vista à uniformização do conteúdo de certo tipo de contratos implicados por uma determinada operação económica, o predisponente estabelece de antemão, de forma abstracta, a disciplina por que há-de reger-se a série, mais ou menos extensa, de contratos a celebrar. Adoptando uma perspectiva tipificadora análoga à do legislador, ele não tem em conta os dados singularizantes de cada relação (que, aliás, só no futuro, o momento da celebração, se tornam patentes), conformando um conjunto de cláusulas que, por isso mesmo, são susceptíveis de aplicação, sem alterações, a uma multiplicidade de negócios. [...]”(grifo nosso). (RIBEIRO, 1999, p. 317).

³⁴³ MONTEIRO, Antonio Pinto. Novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 62, p. 111-142, jan. 2002.

Importante destacar, então, que mesmo a autonomia privada não é um princípio absoluto no Direito Privado, comportando gradações, mas que ainda continua presente nas relações jurídicas nas quais outros princípios irão se somar.³⁴⁴ Consequentemente, nas situações em que a autonomia privada consiga, por si, regular satisfatoriamente a relação das partes, sem que as falhas de mercados comprometam a eficiência econômica e o bem-estar social, ela será prevalente, não havendo necessidade do Estado se imiscuir nos negócios privados.

Contudo, nas situações em que a autodeterminação ou a liberdade de decisão³⁴⁵ de uma das partes seja tão severamente reduzida que a autonomia privada não dê conta de resolver os conflitos de interesses estabelecidos entre as partes, pelo menos não sem colocar em risco outros princípios ou valores envolvidos, deverá haver a regulamentação dos pactos negociais por parte da intervenção estatal, mediante a utilização, precipuamente, das normas imperativas e, em alguns casos, das normas supletivas.

Ademais, cumpre salientar que assim não só se estará a proteger o interesse público sobre o individual e, por conseguinte, do bem-estar social, por meio do controle do conteúdo das cláusulas contratuais predispostas, nos casos dos contratos por adesão; mas também do próprio bem-estar individual, notadamente no que toca aos aderentes.

O segundo motivo corresponde à atividade normatizadora do particular, fazendo às vezes de Estado legislador. Para esclarecer o que se pretende dizer sobre o caráter de norma que as cláusulas padronizadas impõem, faz-se proveitoso apresentar os efeitos que o uso universalizado dos contratos por adesão, formados por clausulado preestabelecido e rígido, provocam nas relações entre as partes, que, no dizer Joaquim de Sousa Ribeiro, correspondem à dimensão coletiva das cláusulas contratuais gerais:

Para além dos problemas específicos que a criação, por um sujeito particular, de uma ordenação jurídica com incidência colectiva, em substituição do regime legal, suscita (no plano das relações predisponente-ordenamento), há de ter em conta, no plano da relação concreta estabelecida entre as duas partes no contrato, as repercussões limitativas dessa forma de regulação na liberdade de decisão do aderente. Confrontando com ccg prefixadas e efectivamente aplicadas, de forma usual e típica, em largos sectores do tráfego, com uma estrutura e função que lhe

³⁴⁴ Gize-se, aqui, com muita brevidade, que segundo Alexy, os princípios são comandos ou *mandamentos de otimização*, ou seja, são normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Por consequência, diferentemente das regras, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus que serão determinados diante do caso concreto e por um processo de ponderação, ou sopesamento. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90). No caso dos contratos por adesão, o controle do conteúdo, limitador do poder do proponente, irá preponderar sobre a autonomia privada, vez que ela, por si, não consegue dar a proteção necessária ao aceitante.

³⁴⁵ Utilizando-se expressões de RIBEIRO, 1999, p. 22 e p. 320, respectivamente.

convoca a imagem de objectividade e imodificabilidade associada às normas legais, o aderente não só se vê despojado do poder de conformação, como é inconscientemente motivado à aceitação. A institucionalização, na prática negocial, de uma regulação que, embora de fonte privada, tem uma eficácia geral, leva-o a interiorizar, como norma de conduta a seguir, a aquiescência passiva à sua inclusão no contrato. Para além deste efeito de legitimação, as ccg, por sua natureza (independentemente da sua concreta formulação), e em especial quando formam um clausulado extenso, produzem um efeito de ocultação, gerando, para o aderente, custo de informação que, compreensivelmente, o desmotivam de uma análise e ponderação do seu conteúdo. Eis porque, mesmo no plano da interacção entre dois contratantes, o carácter geral e abstracto e a dimensão colectiva das ccg não são dados neutros, mas antes um factor poderoso de supremacia do utilizador e um dos aspectos mais significativos da assimetria material das posições das partes, contribuindo para intensificar, reforçar e assegurar o êxito da neutralização da liberdade de decisão do aderente³⁴⁶

Quanto ao terceiro motivo, a débil, ou fraca, responsabilização e vinculação do aderente, que é oriunda das cláusulas constantes no tipo de contrato em comento, pode se mencionar que a falta de autodeterminação, ou autotutela, bilateral,³⁴⁷ na formação do conteúdo do contrato, concede às estipulações que o compõem, uma força vinculante e uma responsabilização ao aderente muito menor do que ocorre com as cláusulas conformadas de comum acordo pelos negociantes.

Faz-se importante justificar tal assertiva com o seguinte trecho da doutrina:

Exercitando o aderente, por força do condicionalismo que rodeia a adesão a ccg, uma autonomia “diminuída” ou “diluída”, justifica-se, como medida compensatória, o directo controlo do conteúdo dessas cláusulas. O escasso grau volitivo do consentimento do aderente à vigência das ccg introduzidas pela contraparte, cujo exacto alcance em regra desconhece, não tem suficiente força legitimadora de cláusulas que, afastando-se dos padrões normativos de uma equilibrada repartição de direitos e deveres, claramente o prejudicam. A uma vontade mais ténue, manifestada dentro de um contexto fortemente restritivo da liberdade de decisão, corresponderia uma vinculação de menor eficácia, condicionada à observância, por parte do utilizador de ccg, de determinados limites de conteúdo³⁴⁸ (grifo nosso).

Portanto, se não houvesse, por parte do Estado, uma compensação dessa restrição à liberdade de decisão de uma das partes, por meio, sobretudo, das normas imperativas, mas mesmo também das supletivas (penalizadoras, mormente, eis que objetivam o nivelamento informacional das partes) para o controle do conteúdo das cláusulas insertas nos contratos por uma das partes, não se poderia atribuir ao aderente as responsabilidades

³⁴⁶ Ibid., p. 319-320.

³⁴⁷ “A autonomia é, no contrato, necessariamente bilateral, não apenas no plano formal-estrutural, que aponta para a necessidade de consenso, de declarações convergentes de ambas as partes, mas no sentido de uma imputação materialmente fundada, do acto e dos seus efeitos ao querer dos dois contraentes” (grifo nosso). (RIBEIRO, 1999, p. 276).

³⁴⁸ Ibid., p. 285.

geradas pelo contrato que se obrigou na ausência total de seu poder de autotutela. Logo, esses dispositivos seriam inócuos aos aderentes e inviabilizariam essa forma de contratar.

Diz-se isso porque a autorresponsabilização é uma consequência da autodeterminação negocial das partes.³⁴⁹ Verificando-se que não houve possibilidade da parte gerir seus próprios interesses de maneira paritária com a outra parte, não se lhe pode atribuir os efeitos que foram impostos por disposições ligadas apenas ao interesse do predisponente.

Desse modo, no Brasil, a temática das Cláusulas Contratuais Gerais é regulada no Código de Defesa do Consumidor, tanto através do controle das cláusulas abusivas, as quais estão previstas no artigo 51,³⁵⁰ quanto por meio da sistemática dos contratos de adesão, prevista no artigo 54.³⁵¹ Já no âmbito do Código Civil, o artigo 424 disciplina os contratos de adesão.³⁵²

³⁴⁹ “A imputação dos efeitos negociais decorre da possibilidade de autotutela dos interesses pessoais de afirmação, perante a contraparte, de uma vontade própria a ter em conta na conformação do conteúdo do contrato”. (Ibid., p. 287).

³⁵⁰ As chamadas cláusulas contratuais gerais constituem uma resposta pragmática e eficiente aos custos de transação, sobremaneira e inarredavelmente considerada a possibilidade do controle por parte do Estado dos eventuais abusos, sujeitando-as às disposições do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, como se vê: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - (Vetado); VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 3º (Vetado). § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”

³⁵¹ Quanto à sistemática dos contratos de adesão, vale ressaltar o balizamento dessa realidade no CDC, como se pode constatar: “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde

Já quanto à realidade portuguesa, oportuno frisar que o já mencionado Decreto-Lei n.º 446, de 25 de outubro de 1985, alterado pelo Decreto-Lei n.º 220 de 31 de janeiro de 1995 e pelo Decreto-Lei n.º 249 de 07 de junho de 1999, trouxe ao ordenamento jurídico português o regime da fiscalização judicial das cláusulas contratuais gerais, como forma de proteção aos direitos do consumidor. Tal diploma tem subsunção, nos exatos termos legais contidos no artigo 1º, às "cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar".

Ademais, importante ressaltar a abrangência de sua aplicação, nos moldes do artigo 2º do mesmo diploma, que diz "salvo disposição em contrário, todas as cláusulas contratuais gerais, independentemente da forma da sua comunicação ao público, da extensão que assumam ou que venham a apresentar nos contratos a que se destinem, do conteúdo que as informe ou de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou por terceiros".

Aliás, o Decreto-Lei n.º 249/99, introduziu nova hipótese ao artigo 1º, determinando que "o presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar".

Nesses casos, há que se reconhecer que o postulado da força obrigatória dos contratos nem sempre consegue se sustentar. Inicialmente, em face das desigualdades (informacional e quanto ao poder de mercado) existentes entre os contratantes, emergindo a possibilidade de que o predisponente venha a se utilizar do contrato, normalmente de adesão, como instrumento de sujeição, em outras palavras, como forma de impor o seu poder informacional e de mercado, uma vez que na contratação estandardizada, em grande parte das vezes, observa-se o objetivo (objetivo esse do predisponente), de atribuir ou

que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 3o Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008). § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. § 5 (Vetado)".

³⁵² Quanto aos contratos de adesão, quiçá o Código Civil brasileiro tenha sido um tanto quanto modesto ao regulamentar essa importantíssima e crescente realidade fática, como se observa dos termos do dispositivo legal pertinente: "Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente."

alocar os riscos do negócio para a parte aderente, a fim de reduzir ou mesmo eliminar os riscos de perdas financeiras.

Ademais, a teoria dos vícios do consentimento, que enraíza seus alicerces na doutrina da autonomia da vontade, revela-se insuficiente ou pelo menos inadequada para enfrentar os problemas concernentes à proteção da parte contratual mais débil nessas espécies de relações contratuais, especialmente diante das circunstâncias decorrentes da assimetria informacional e do poder de mercado.

Assim sendo, impende a intervenção judicial que seja capaz de mitigar a rigidez do princípio da força obrigatória dos contratos, reservando-o para aquelas situações nas quais as partes revelam poder informacional e de mercado razoavelmente equilibrados, mas cautelosamente o afastando quando o conteúdo estipulado unilateralmente por uma delas cause excessiva desvantagem para a outra.

O Estado, então, controlando o conteúdo dos contratos por adesão, interferindo em um nível ótimo com suas normas imperativas e supletivas, pode justificar que haja vinculação do aderente, bem como, sejam-lhe imputadas as responsabilidades do negócio que firmou – conquanto que não na mesma intensidade daqueles contratos e daquelas cláusulas que tenha podido, livremente, manifestar seus interesses.

Consequentemente, reduzem-se os custos de transação, incentiva-se um maior número de transações e aumenta-se a eficiência dos negócios (considerando que irão maximizar as utilidades de ambos os contratantes). Frente a esses consectários da realização de trocas mediante instrumentos contratuais *standard*, torna-se inevitável perceber que a própria normatização contratual privada realizada por meio das CCG também se coaduna com uma das finalidades dos contratos atribuída por Cooter e Ulen³⁵³ de “minimizar os custos de transação da negociação de contratos, [...]”.

Por conseguinte, inafastável reconhecer que ao estabelecerem cláusulas padrão, os predisponentes conseguem reduzir severamente os custos de transação. Essa estratégia propicia benefícios que também irão se estender aos aderentes. Enzo Roppo, ao explicar as vantagens dos contratos por adesão ou *contratos standard*, deixa clara a função econômica dessa técnica contratual e menciona as vantagens que o uso generalizado das condições uniformes de contrato oferece aos operadores organizados na forma de empresa, em termos de economias de gestão. E prossegue:

³⁵³ COOTER; ULEN, 2010, p. 225.

Em primeiro lugar, o emprego de contratos standard simplifica e acelera de modo radical os processos de conclusão dos negócios, determinando – através da consequente economia de tempo, de meios e de actividade – a redução daqueles «custos de contratação», que as técnicas de negociação individual (fundadas sobre a discussão de cada uma das cláusulas com cada um dos clientes) contribuiriam, ao invés, para aumentar. Por outro lado, a predisposição de esquemas contratuais uniformes e rígidos, destinados a aplicar-se em todas as relações de um certo tipo, funciona (ainda antes de como imposição de regras vinculativas para os clientes da empresa) como limite à iniciativa e ao arbítrio individual dos auxiliares do empresário, encarregados das actividades de contratação, assegurando, assim, à estratégia da empresa, neste sector, aquela necessária homogeneidade, aquela coordenação a nível central, que seriam prejudicadas se a representantes, agentes e caixeiros, fosse deixada plena liberdade de discutir com a contraparte e determinar, concretamente, o conteúdo de cada contrato[...]³⁵⁴.

Na mesma linha, vale referir o que ensina Mário Júlio de Almeida Costa, em sua obra *Direito das Obrigações*,³⁵⁵ no que respeita os contratos por adesão e as cláusulas contratuais gerais:

Reconhece-se que as mencionadas estandardizações negociais feitas por empresas voltadas ao grande público correspondem, inúmeras vezes, a uma racionalização e normalização necessária ou útil, inclusive para os aderentes singulares. Mas também daí podem as empresas derivar vantagens que signifiquem restrições, despesas e encargos irrazoáveis ou abusivos para os particulares. O sistema é susceptível, em suma, de produzir derrogação pouco equitativa do regime supletivo da lei num sentido desfavorável à posição dos que contratam «uti singuli», através de cláusulas negociais gerais. Facilmente se representa esse efeito, por hipótese, em cláusulas que alterem o regime da responsabilidade civil, as garantias ou os prazos de exercício de direitos.

Assim, o contrato padronizado permite que os proponentes reduzam os custos de negociação, uma vez que se não houver barganha³⁵⁶, não existirão gastos para negociar as cláusulas com o aderente, e os custos, então, restam reduzidos aos custos de pesquisa e de implementação e monitoramento, isso quando estes forem efetivamente existentes.

Oportuno mencionar que os custos de negociação, por vezes, podem representar tão somente, por assim dizer, o valor do papel e da tinta de impressão do instrumento contratual e, dessa forma, nessas espécies de contratações, podem constituir todos os custos de transação existentes.³⁵⁷

Aliás, inarredável salientar que, em muitos mercados, dependendo das suas características fáticas e estruturais, os custos de pesquisa (enquanto custos de transação)

³⁵⁴ ROPPO, 2009, p. 313-314;

³⁵⁵ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 223.

³⁵⁶ Barganha no sentido de negociação, tratativa.

³⁵⁷ Nos casos das Bolsas de Valores e Bolsas de Mercadorias e Futuros, a padronização dos contratos, e a consequente redução significativa dos custos de transação, permite um volume de transações que não seria possível nem mesmo imaginável de ser obtido de outra forma.

são praticamente desprezíveis, haja vista a facilidade de localização dos bens que se pretendam adquirir. Ademais, especialmente nas hipóteses em que as trocas contratuais se deem de modo imediato, os custos de implementação e monitoramento podem igualmente inexistir, desde que não hajam percalços relacionados, especialmente, à garantia dos produtos.

Desta feita, os custos que, em tese, poderiam encarecer esse tipo de contratações, seriam os de negociação, os quais, contudo, em razão da precitada padronização e das CCG, restam drasticamente reduzidos, facilitando assim a realização dessas espécies de transação.

Portanto, as CCG e os contratos de adesão podem consubstanciar, em realidade, em soluções de equilíbrio eficiente para os mercados em que se observam, muito embora seja necessário que o Direito e notadamente o direito contratual forneçam medidas de correção para os efeitos colaterais nocivos que daí podem emanar, como o comportamento oportunista que se evidencia através de condutas abusivas manejadas por parte dos proponentes.

Assim sendo, pode as CCG e os contratos por adesão, em virtude das características restritivas já citadas, como efetivamente vem se observando ocorrer, infelizmente, em alguns casos, tornarem-se instrumentos de excessos por parte dos proponentes, sendo que a responsabilidade de combater tais desvios é justamente do direito contratual (e, portanto, quando necessária, da tutela jurisdicional), notadamente por meio de suas normas imperativas, que devem ter o condão de impedir a sujeição dos aderentes à vontade dos proponentes, frise-se, principalmente em razão da assimetria informacional e do poder de mercado, sem esquecer, contudo, que tais espécies de transação podem trazer eficiência e mesmo representar o alcance de equilíbrios eficientes, desde que combatidos os referidos excessos.

“Se interessa a eles o que atinge a mim, interessa a nós.”³⁵⁸

2.4 AS EXTERNALIDADES

Conforme as definições que se extraem da Microeconomia, as externalidades, também denominadas economias ou deseconomias externas, representam os efeitos das

³⁵⁸ Do autor.

atividades de produção e consumo, que muito embora não façam parte propriamente do mercado, constituem, na maior parte das vezes, consequências indiretas ou reflexas das atividades que em seu âmbito são desenvolvidas.³⁵⁹ Em uma concepção mais ampla, as externalidades descrevem os impactos das ações de um determinado agente ou agentes sobre o bem-estar de outras pessoas que não tomam parte destas ações.³⁶⁰

Dessa forma, quando as externalidades estão presentes, o preço de um bem não reflete necessariamente o seu valor social ou, em outras palavras, no que tange ao fenômeno contratual, que é o que aqui interessa, não são computadas todas as implicações decorrentes das atividades contratuais no ato de suas precificações, tampouco na delimitação das incumbências (obrigações correlatas ou acessórias) imputadas aos contratantes.

Consequentemente, os ofertantes poderão vir a produzir e ofertar em quantidades excessivas ou insuficientes, assim como os demandantes poderão consumir demasiada ou escassamente, de modo que os resultados verificados nos mercados podem não se revelarem eficientes, não só em termos individuais, mas, principalmente, em termos agregados ou sociais.

De qualquer forma, no que tange ao objeto de investigação presente, importante salientar que o direito contratual pode e deve ser conformado, interpretado e aplicado de forma a mitigar o surgimento das ineficiências que se apresentam justamente em decorrência das externalidades advindas das atividades contratuais, bem como estimular a irradiação dos efeitos positivos que podem daí emanar, quando efetivamente isso seja possível.

Precisamente nesse sentido é importante ter em mente que com frequência, para não dizer sempre, o contrato não é só um ato jurídico que se estabelece e importa aos contratantes. Na verdade, em grande parte das vezes, irradia efeitos a terceiros, quando não à sociedade de modo geral, o que, aliás, desde já importa ressaltar, parece estar estreitamente relacionado ao princípio da função social do contrato, ora em voga, assim como aos contornos diferenciados que vêm sendo dados ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que através da evolução da teoria contratual, faz emergir o nítido

³⁵⁹ PINDYCK; RUBINFELD, 2006, Cap. 18.

³⁶⁰ MANKIW, 2009, p. 195.

reconhecimento da necessidade de sua mitigação em alguns casos, como se verá adiante³⁶¹.

2.4.1 Conceito

Importante ora aprofundar o significado do conceito em tela. Assim, frise-se que as externalidades ou efeitos sobre o exterior representam as consequências secundárias ou não diretamente almejadas decorrentes das atividades de produção e consumo, que implicam na imposição involuntária de custos ou benefícios a terceiros; ou seja, são efeitos positivos ou negativos que atingem indivíduos não diretamente relacionados às atividades que lhe originam, entre as quais, e que importam ao presente estudo, àquelas que são decorrentes das atividades contratuais.

Todavia, através de uma compreensão mais abrangente, insta salientar que as externalidades não se restringem somente aqueles efeitos que são irradiados a terceiros,³⁶² porém podem também ser considerados os efeitos secundários que atingem às próprias partes envolvidas,³⁶³ mas que não são diretamente intencionados³⁶⁴, como, por exemplo,

³⁶¹ Desde já importa consigar as palavras de Antonio Junqueira de Azevedo: “Entretanto, dos três novos princípios, é o último, o da função social, que mais de perto diz respeito ao caso da consulta. Este princípio difere do da ordem pública, tanto quanto a sociedade difere do Estado; trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas (sobre esse ponto, estender-nos-emos adiante, porque é o caso das vendas das distribuidoras ‘atravessadoras’, objeto da consulta). A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro - de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998. Citação constante da p. 116).

³⁶² Sobre os efeitos contratuais perante terceiros, versando acerca dos significados desta circunstância, Luciano de Camargo Penteado elucida que “A expressão *penitus extraneus* é composta do advérbio *penitus*, que é advérbio de modo ou intensidade e significa ‘profundamente’, ‘interiormente’, ‘até o fundo’, ‘completamente’, ou ainda, ‘ao longe’. O substantivo que originou o advérbio é *penis*, que designa a genitália masculina, ou cauda ou pincel. Do ponto de vista semântico, o *penitus extraneus* é o sujeito de direitos profunda e intensamente distante das partes, ‘completamente estranho’ ao que se passa entre elas. Dado um determinado contrato, abolida qualquer consideração de efeitos previstos ou previsíveis perante terceiros, logicamente, poderia se conceber a figura. [...] Entretanto, é possível ver diferentes espécies de terceiros, uns mais próximos, outros mais distantes da declaração negocial. A espécie mais próxima de terceiro seria formada por aquele que, nada obstante não ter declarado o negócio, sucessivamente, no plano da eficácia, integra a relação obrigacional de alguma forma.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 43 e p. 45).

³⁶³ Nesse sentido, pode ser colocada a interpretação extensiva da função social do contrato, que atinge não somente os terceiros, mas inclusive os próprios contratantes.

na hipótese de uma transação comercial em que remanesçam consequências secundárias e não ponderadas, por não constituírem o objeto do próprio contrato, não integrando, assim, a sua precificação³⁶⁵ (ou negociação).

Dessa forma, considerando que as externalidades envolvem a imposição involuntária de efeitos, tais implicações resultam no comprometimento do funcionamento do sistema de mercado, porquanto tais decorrências, pelo menos inicialmente, não são precificadas, causando a irradiação de incentivos não fidedignos e condizentes aos atos que representam. Essa circunstância resta por caracterizar as externalidades como uma das falhas do mercado, causando, muitas vezes, ineficiências econômicas e o comprometimento do bem-estar individual e social.

Assim, é imperioso impedir, assim como desincentivar, tanto quanto possível, o surgimento de tais implicações deletérias. Em outros casos, porém, é mesmo desejável que não só sejam afastados os efeitos negativos das externalidades, como também incentivado o surgimento dos efeitos positivos que podem emergir.³⁶⁶

Em ambos os casos, o Direito pode e deve atuar para debelar as ineficiências que são originadas em razão das externalidades, bem como estimular e induzir a ocorrência das externalidades positivas, quando isso não vier a causar, igualmente, ineficiências. Inarredável dizer que, para tal desiderato, o direito de propriedade, por exemplo, exerce fundamental papel, especialmente ao definir com precisão a titularidade dos bens e os seus limites, tornando claro a quem devam ser atribuídas às implicações decorrentes das suas respectivas utilizações.

Nesse particular, a propriedade intelectual também parece possuir enorme importância, vez que pode estimular o crescimento tecnológico, garantindo o retorno dos

³⁶⁴ Igualmente podem ser consideradas externalidades àquelas ações que são intentadas por terceiros estranhos à relação contratual e restam por atingir os contratantes.

³⁶⁵ Importante esclarecer que tais hipóteses não dizem respeito simplesmente a eventos futuros e incertos ou não previsíveis, ainda que verificados *ex post*, mas sim às consequências que não integram diretamente a relação contratual e, portanto, não são contabilizadas no ato de precificação ou mesmo no processo de negociação das prestações a serem assumidas por cada uma das partes contratantes. Nesse tocante, oportuno registrar que o problema que atine aos eventos futuros e incertos, como, por exemplo, as situações de força maior e caso fortuito, incluindo-se a imprevisibilidade, estão mais diretamente relacionados aos custos de transação (principalmente em razão da racionalidade limitada) e a informação assimétrica.

³⁶⁶ Contudo, importante consignar que mesmo as externalidades que inicialmente sejam positivas, podem, em realidade, acarretar efeitos negativos, na medida em que comprometem o funcionamento do sistema de mercado, especialmente no que tange ao processo de precificação, causando ineficiências notadamente operacionais nos mercados. Como exemplo, podem-se citar os transbordamentos (*spillover*) decorrentes da dificuldade de exclusão dos benefícios resultantes da criação de *softwares*, pelo que os seus inventores, em razão de não conseguirem se apropriar de todos os benefícios decorrentes dos seus investimentos, restam desincentivados a realizá-los ou, então, obrigados a realizar gastos para combater esse mal, muito embora tais despesas não sejam destinadas ao objeto de trabalho efetivo. Esse exemplo será retomado adiante e melhor explanado.

investimentos realizados, *exempli gratia*, em pesquisa e desenvolvimento (*P&D*). Ainda, a Responsabilidade Civil³⁶⁷ também se avulta como elemento redutor das externalidades, porquanto baliza a usufruição dos recursos, bem como, outrossim, das atividades contratuais, que devem restringir o alcance dos seus efeitos negativos aos seus limites subjetivos.

Contudo, como já salientado, sendo aqui o direito contratual a principal preocupação e, conseqüentemente, a investigação das suas possíveis formas de debelar esse fenômeno, faz-se imperioso, primeiramente, uma adequada compreensão a respeito das externalidades, assim como das suas espécies, que é o que será aprofundado a seguir,³⁶⁸ para então se buscar identificar as formas adequadas para se lidar com essa falha de mercado.

2.4.2 Classificação

As externalidades podem tanto constituir malefícios como benefícios aos indivíduos que são pelas mesmas atingidas, dividindo-se, assim, em duas espécies, quais sejam, as denominadas externalidades negativas e positivas. Antes, porém, é preciso esclarecer que não só as externalidades negativas é que podem resultar em ineficiências econômicas e no comprometimento do bem-estar social, mas, eventualmente, até mesmo as denominadas externalidades positivas, uma vez que estas igualmente podem comprometer o funcionamento do mecanismo de mercado, porquanto, como já salientado, não são passíveis de precificação, tornando, assim, os incentivos irradiados - o que se dá por meio dos preços - aos agentes econômicos distorcidos, isto é, não correspondente às efetivas e integrais implicações decorrentes das escolhas e das ações que são tomadas pelos agentes econômicos no âmbito dos mercados.

³⁶⁷ Sobre o tema da Responsabilidade Civil pela ótica da *Law and Economics*, especialmente aplicada ao contexto brasileiro, inclusive referindo-se a um dos objetivos dos sistemas de responsabilidade civil, que é internalizar as externalidades, inafastável mencionar a obra de BATESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes do estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 109-110.

³⁶⁸ Desde já, importante consignar em relação às externalidades que, comparativamente as demais falhas de mercado, parece-nos que seja sobre ela que o direito contratual pode menos atuar, cabendo o seu enfrentamento mais intensamente a outros ramos do Direito, como, por exemplo, ao direito de propriedade e, nesse sentido, também à propriedade intelectual, assim como à responsabilidade civil. Todavia, o direito contratual exerce, insofismavelmente, papel crucial para o seu combate.

2.4.2.1 Externalidades Negativas

Considerando que as externalidades não se refletem nos preços que são praticados no mercado, elas podem causar ineficiências econômicas. Para explicar mais claramente essa situação, ilustra-se com a hipótese de usina de aço que lança efluentes em um rio, no qual pescadores exercem a pesca como atividade profissional, exemplo esse apresentado originalmente por Pindyck e Rubinfeld,³⁶⁹ o qual, muito embora não diga respeito especificamente a uma hipótese direta de relação contratual, serve para melhor compreender o ponto, sendo que posteriormente se fará à aplicação direta aos contratos.

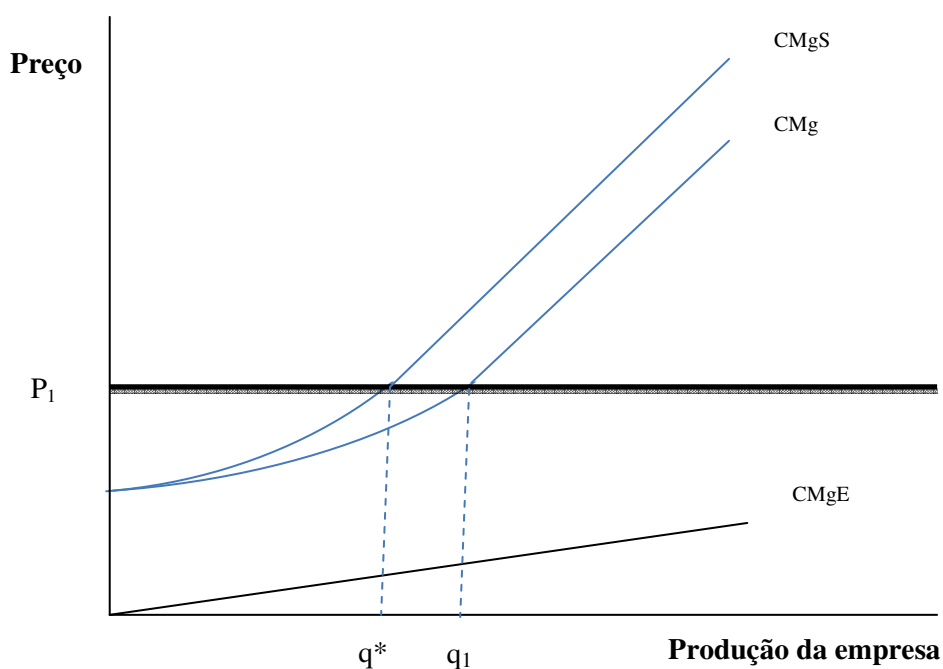
Nesse sentido, os gráficos abaixo demonstram a decisão de produção da usina de aço em um mercado competitivo (Ilustração 8) e as curvas da demanda e da oferta de mercado (Ilustração 9), supondo-se que todas as usinas existentes em um determinado setor geram externalidades semelhantes. Supõe-se que a usina possui uma função de produção de proporções fixas,³⁷⁰ não sendo possível alterar as combinações de seus insumos, pelo que a quantidade de efluentes lançados no rio somente pode ser reduzida através da diminuição do volume de produção, circunstância a qual se verifica em todo o respectivo setor.

Dessa forma, interessante analisar comparativamente duas situações, isto é, quando apenas uma usina de aço polui, bem como quando todas as usinas de aço existentes estiverem poluindo o meio ambiente da mesma maneira.

³⁶⁹ PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 556.

³⁷⁰ Em uma função de produção de proporções fixas, cada nível de produção necessita de uma combinação específica de trabalho e capital, não podendo haver, portanto, variação nas proporções de insumos utilizados para a produção do bem.

Ilustração 8 – Decisão de Produção em um Mercado Competitivo



Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 556.

Assim, o preço do aço é P_1 , que se encontra na intersecção entre as curvas da oferta e da demanda na Ilustração 8. A Curva CMg apresenta um típico custo marginal de produção para uma usina de aço. A empresa maximiza o lucro ao produzir a quantidade q_1 , em que o custo marginal é igual ao preço (que, por sua vez, é igual à receita marginal, pois a empresa adota o preço como dado).³⁷¹

Entretanto, à medida que o nível de produção da empresa varia, o custo externo imposto sobre os pescadores também varia. Esse custo é apresentado pela curva do custo marginal externo ($CMgE$)³⁷² na Ilustração 8. Essa curva possui inclinação ascendente para grande parte dos tipos de poluição, uma vez que, na medida em que a empresa produz quantidades adicionais de aço, despejando quantidades adicionais de efluentes no rio, o prejuízo incremental para o setor de pesca aumenta.

Do ponto de vista social, a quantidade produzida pela empresa é excessiva. O nível de produção eficiente é aquele para o qual o preço do produto é igual ao custo marginal social da produção, o qual, por sua vez, é igual à soma do custo marginal da produção com o custo marginal externo do despejo de efluentes.

³⁷¹ Uma empresa competitiva se defronta com uma curva de demanda horizontal, pelo que maximiza os seus lucros ao escolher um nível de produção em que o custo marginal se iguala ao preço.

³⁷² O custo marginal externo representa o aumento no custo determinado externamente, conforme uma ou mais empresas elevem o volume de produção em uma unidade.

Na Ilustração 8, a curva do custo marginal social é obtida pela soma do custo marginal com o custo marginal externo para cada nível de produção (isto é, $CMgS = CMg + CMgE$). A curva de custo marginal social³⁷³ $CMgS$ cruza com a linha de preço na quantidade produzida q^* . Como apenas uma empresa despeja seus efluentes no rio, permanece inalterado o preço de mercado do produto. Entretanto, a empresa está produzindo uma quantidade muito alta (q_1 em vez de q^*) e está lançando uma quantidade excessiva de efluentes no rio.

Portanto, tendo sido acima analisada a situação na qual apenas uma empresa despeja seus efluentes (poluição) no rio, passa-se, agora, à análise de uma situação na qual todas as usinas despejam seus efluentes no rio, descrita na Ilustração 9.

A curva CMg_1 representa a curva de oferta do setor. Já a curva de custo marginal externo associada ao nível de produção do setor, $CMgE_1$, é obtida pela soma do custo marginal de cada pescador prejudicado em cada nível de produção. A curva $CMgS_1$ representa a soma do custo marginal de produção e do custo marginal externo para todas as empresas produtoras de aço. Por conseguinte, $CMgS_1 = Cmg_1 + CMgE_1$.

Assim sendo, cabe verificar se a quantidade produzida é eficiente quando existem externalidades. De acordo com o que informa a Ilustração 8, o nível eficiente de produção do setor é aquele no qual o benefício marginal obtido mediante a produção de uma unidade adicional de produto é igual ao custo marginal social. Como a curva da demanda mede o benefício marginal dos consumidores, o nível de produção eficiente encontra-se em Q^* , situado na intersecção entre a curva de custo marginal social $CMgS_1$ e a curva da demanda D .

Entretanto, o nível competitivo do setor encontra-se em Q_1 , no ponto de intersecção entre a curva da demanda D e a curva da oferta CMg_1 . Assim, pode-se observar nitidamente que o nível de produção do setor é muito alto.

Em ambos os casos, cada unidade de produção resulta no despejo de certa quantidade de efluentes. Consequentemente, quer estejamos examinando a poluição de apenas uma empresa, quer de todo o setor industrial, a ineficiência econômica é o excesso de produção que faz com que uma quantidade demasiadamente grande de efluentes seja despejada no rio, sendo que a origem dessa ineficiência está justamente no preço distorcido (ou incompleto) do produto, que não leva em conta a existência das

³⁷³ O custo marginal social representa a soma do custo marginal de produção com o custo marginal externo.

externalidades negativas que comprometem o bem-estar dos pescadores e, de modo geral, da sociedade.

Assim, o preço de mercado P_1 indicado na Ilustração 9 é muito baixo, pois se trata de um valor que reflete apenas o custo marginal privado de produção das empresas, e não o custo marginal social. Apenas com o preço mais elevado P^* , as empresas produtoras de aço produziriam em um nível eficiente.

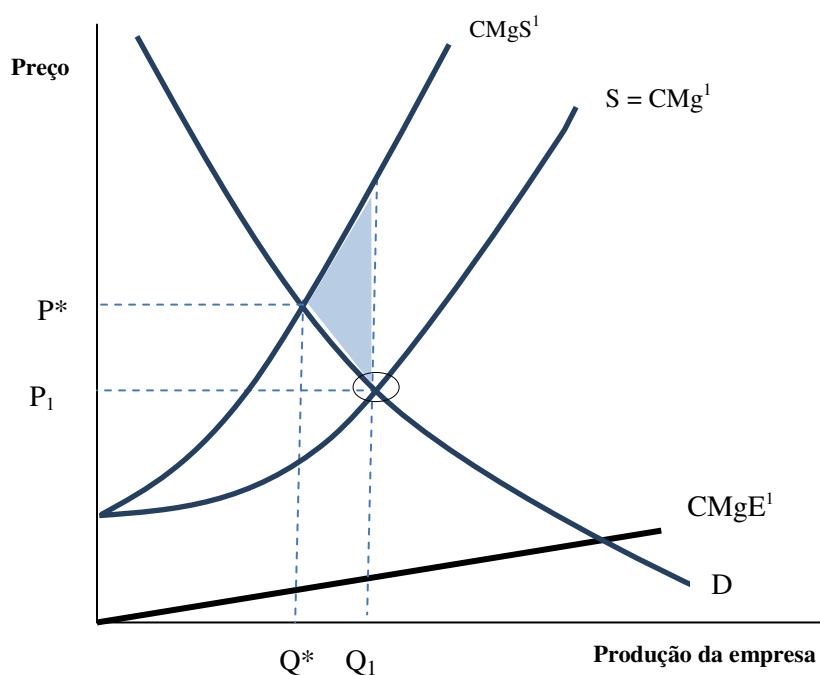
Ainda nesse sentido, pertinente perquirir qual o custo dessa ineficiência para a sociedade. Para quaisquer níveis de produção maiores do que Q^* , o custo social é obtido por meio da diferença entre o custo marginal social e o benefício marginal³⁷⁴ (representado pela curva da demanda). Como resultado, o custo social agregado é indicado na Ilustração 9 como o triângulo hachurado, que se encontra entre $CMgS_1$, D e a produção Q_1 .

Ainda, vale dizer que as externalidades geram ineficiências tanto no longo como no curto prazo. Em regra, as empresas entram em um setor competitivo sempre que o preço do produto está acima do custo médio de produção, deixando o setor sempre que o preço se encontrar abaixo do custo médio. No equilíbrio de longo prazo, o preço é igual ao custo médio (de longo prazo).

Portanto, não havendo falhas de mercado, um mercado competitivo atinge o nível de produção economicamente eficiente. Contudo, quando existem externalidades negativas, o custo médio da produção é inferior ao custo médio social. Sendo assim, algumas empresas permanecem no setor mesmo que sua saída seja mais eficiente. Por conseguinte, as externalidades negativas estimulam a permanência de um número excessivo de empresas (ou ofertantes) no setor.

³⁷⁴ O benefício marginal social representa a soma do benefício marginal privado com o benefício marginal externo.

Ilustração 9 – Curvas da Demanda e da Oferta do Mercado



Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 556.

2.4.2.2 Externalidades Positivas

Inafastável ressaltar que as externalidades positivas podem também resultar em níveis insuficientes de produção (oferta) e, portanto, em ineficiências econômicas. Para evidenciar essa realidade, apresenta-se agora a hipótese de investimentos em segurança, que se trata de uma adaptação do exemplo originalmente descrito por Pindyck e Rubinfeld.³⁷⁵

Na Ilustração 10, abaixo, o eixo horizontal mede os investimentos (em dólares) do proprietário de um imóvel realizados em segurança. A curva do custo marginal mostra o custo dos investimentos, como, por exemplo, em vigilância presencial e armada. Essa curva é horizontal, pois o custo não é afetado pela variação da quantidade desses serviços que as pessoas podem realizar. A curva da demanda, D, mede o benefício marginal privado dos gastos em segurança para o dono do imóvel. Assim, o proprietário irá optar por investir Q₁ em segurança, estando esse ponto situado na intersecção de suas curvas de demanda e de custo marginal.

³⁷⁵ PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 557. Cumpre registrar que aqui são feitas algumas pequenas alterações e adaptações para tornar o exemplo mais claro e aplicável à exposição.

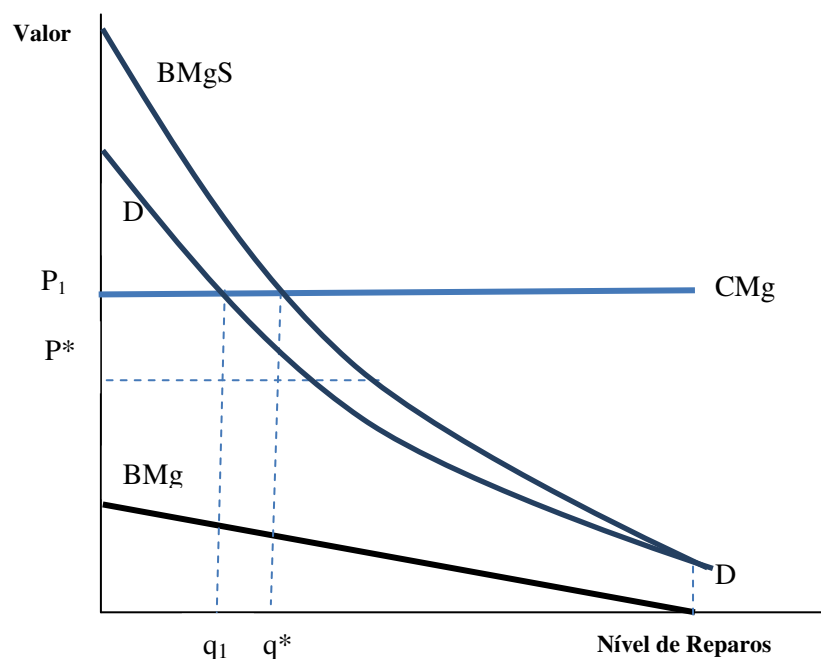
Contudo, inegável que a contratação de um posto de vigilância resulta também em benefícios para os donos de imóveis vizinhos, representados pela curva de benefício marginal externo, $BMgE$, da referida Ilustração 10. Essa curva possui inclinação descendente, uma vez que o benefício marginal é grande para pequenos investimentos em serviços dessa natureza, mas passa a cair à medida que eles se avolumam.

A curva de benefício marginal social, $BMgS$, é calculada pela soma do benefício marginal privado com o benefício marginal externo para cada nível de produção. Resumindo, $BMgS = D + BMgE$. O nível eficiente de produção Q^* , em que o benefício marginal social de níveis mais elevados de segurança adicionais é igual ao custo desses investimentos, encontra-se no ponto de intersecção entre a curva $BMgS$ e a curva CMg .

Desse modo, a ineficiência surge pelo fato de o proprietário do imóvel não conseguir internalizar todos os benefícios oriundos dos seus investimentos realizados em segurança, tampouco consegue impedir o consumo de segurança, ainda que involuntário, pelos demais vizinhos.³⁷⁶ Consequentemente, o preço P_1 torna-se muito elevado para estimulá-lo a investir no nível de segurança socialmente desejável. O preço mais baixo, P^* , é necessário para estimular o nível eficiente de oferta, Q^* .

³⁷⁶ Conceito que se encontra na literatura econômica e que se faz pertinente aqui salientar é o do *carona* ou, como denominado na língua inglesa, *free-rider*, que representa aqueles indivíduos que se valem da existência de externalidades, ocasionadas, sobretudo, em razão da impossibilidade de se excluir o consumo de terceiros (não-excluibilidade), assim como da circunstância de que o consumo de alguns recursos não impede ou diminui a possibilidade do consumo desses mesmos recursos, ao mesmo tempo, por outros indivíduos (não-rivalidade). Tais características são atribuídas aos bens denominados públicos, conceito esse o qual, frise-se, é distinto, pelo menos em parte, do homônimo que possuímos no direito administrativo.

Ilustração 10 – Benefícios Externos



Fonte: PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 558.

Ademais, outro caso de externalidade positiva que pode gerar ineficiências nos mercados são as hipóteses de investimentos realizados em pesquisa e desenvolvimento (P&D), quando os benefícios não são passíveis da devida apropriação pelos seus realizadores. Muitas vezes, por exemplo, os inventores e desenvolvedores não conseguem proteger seus inventos da reprodução não autorizada por parte de outros indivíduos, de modo a não se apropriarem de todos os benefícios oriundos dos seus investimentos. Como ilustração, podemos indicar a situação de um desenvolvedor de programas de computador, que através de árduos esforços em pesquisa e programação, resta por desenvolver um novo e deveras complexo programa computacional, capaz de gerenciar os estoques de grandes atacadistas, reduzindo significativamente os custos das empresas desse setor.

Se tal invenção for devidamente protegida pelas normas de propriedade intelectual, o seu desenvolvedor poderá obter grandes lucros por meio da produção e comercialização do produto. Contudo, se o programa puder ser facilmente imitado por outros, tais indivíduos poderão produzir e comercializar produtos similares, sem, contudo, pagar por esse consumo, obtendo, assim, pelo menos parte dos retornos os quais, em verdade, pertenceriam ao indivíduo que efetivamente realizou os investimentos e o desenvolvimento do indigitado programa.

Na hipótese, aliás, interessante salientar que em se tratando de programas de computador, os investimentos e gastos em pesquisa e desenvolvimento podem se revelar bastantes elevados, especialmente se comparados ao custo de sua reprodução, que podem se aproximar a zero.³⁷⁷ Em outros termos, os investimentos e custos para o desenvolvimento do programa, sobretudo por se tratar de um programa complexo, podem ser deveras relevantes.

Todavia, uma vez criado o programa, o custo de produzir uma unidade adicional desse programa, ou seja, o custo de sua reprodução, é próximo a zero, como, por exemplo, para gravá-lo em um novo disco compacto (*CD - compact disk*). Por conseguinte, os custos verificados desde o início do desenvolvimento até a produção da primeira unidade revelam-se elevados, porém, a partir desse momento, o custo marginal (custo da produção de mais uma unidade) pode cair para aproximadamente zero ou mesmo ser inexistente, ainda que os benefícios marginais permaneçam exatamente os mesmos.

Assim, em não havendo restrição às cópias não autorizadas, o que é justamente a finalidade das normas de proteção à propriedade intelectual, os benefícios pela criação do programa serão quase que completamente externalizados à sociedade, não sendo possível ao efetivo inventor se apropriar de todos os benefícios de sua invenção.

Portanto, em que pese em um primeiro momento tal situação (externalidade positiva) venha a beneficiar a sociedade de modo geral, se não for garantido ao inventor o devido retorno pela dedicação e pelos gastos efetuados no desenvolvimento do programa, haverá redução dos incentivos (desestímulo) para a realização dessas espécies de investimentos, o que, por fim, pode gerar graves distorções no mecanismo de preços, causando ineficiências individuais (mais visivelmente no curto prazo) e sociais (muito embora no curto prazo advenham aparentes benefícios, as ineficiências se evidenciam no longo prazo).

Aliás, tal circunstância pode explicar, pelo menos em parte, o maior ou menor progresso tecnológico e crescimento econômico. Importa salientar que, conforme se buscou explanar, ainda que inicialmente se tratassem de externalidades positivas, podem ocasionar severas distorções nos sistemas de mercado. No caso, de modo geral, como as recompensas para a realização de atividades de P&D ficam diminuídas, serão realizados investimentos insuficientes nesse campo.

³⁷⁷ Seria o custo de gravação da mídia correspondente. Situação semelhante ocorre com os medicamentos, nos quais os custos de desenvolvimento de novos produtos são, em regra, bastante elevados, porém, os custos de reprodução ou, em linguagem econômico, os custos marginais, tornam-se, em muitos casos, quando cotejados aos investimentos em P&D, quase que irrelevantes.

Assim sendo, compreendido no que consistem as externalidades, bem como as suas espécies e os seus efeitos, inclusive o fato de que mesmo as externalidades positivas podem comprometer o funcionamento dos sistemas de mercado, impende que sejam investigadas as possíveis formas de o direito contratual combater esse problema e mitigar os seus efeitos nocivos, como se verá nas seções seguintes.

2.4.3 Direito Contratual como Redutor dos Efeitos Nocivos das Externalidades

Como já mencionado, o enfrentamento dos problemas decorrentes das externalidades se dá, precipuamente, através de outros subsistemas do Direito do que propriamente por meio do direito contratual, como, por exemplo, através de uma adequada definição dos direitos de propriedade, assim como de uma abrangente e integral atribuição da responsabilidade civil.³⁷⁸

³⁷⁸ Aliás, nesse ponto, oportuno salientar que a temática dos danos puramente econômicos parece estar estreitamente relacionada aos prejuízos decorrentes das externalidades, até mesmo podendo existir parcela de sobreposição conceitual. Nesse sentido, muito embora se perfilhe naturalmente à temática da responsabilidade civil, haverá casos nos quais tais espécies de danos poderão estar relacionados às atividades contratuais e, portanto, pertinentes ao direito contratual, como ocorre, por exemplo, na admissão do consumidor por equiparação, como veremos mais adiante, constituindo-se em clara situação de existência de externalidades. De qualquer forma, pertinente consignar que, atualmente, os danos puramente econômicos constituem um dos tópicos mais discutidos dentro do gênero da responsabilidade civil na Europa. A fascinação pela matéria, a qual em um primeiro olhar pode parecer demasiadamente técnica e até mesmo inóspita, desenvolveu-se em uma literatura bastante fértil sobre este conceito fronteiriço. Nos Estados Unidos, embora ainda não tenha tamanho vulto, a indigitada temática cada vez mais vem ganhando espaço e notoriedade acadêmica, sobremaneira alavancada devido à importância pragmática que o assunto revela, tanto no que diz respeito às atividades do mercado, quanto na discussão dos limites da intervenção governamental nos domínios econômicos, influenciando a eficiência e a produtividade. Tal sorte não se observa no Brasil, onde o assunto praticamente não é abordado de forma direta, aliás, tampouco parece ser identificado de forma autônoma, isto é, somente vem sendo tratado de modo indireto, como consectário ou tema relacionado à responsabilidade civil.

Contudo, o desenvolvimento da temática dos danos puramente econômicos está na vanguarda do enfrentamento de muitas questões de ordem contratual, social e até mesmo política, avolumando-se entre elas, com substancial importância, indagações do tipo: quão longe pode se expandir a responsabilidade civil sem que se imponham fardos demasiadamente altos sobre as atividades individuais, de modo a frear o desenvolvimento e a geração de riqueza? Ou, em que medida as regras de responsabilidade podem ser compatíveis com as concepções de livre mercado? Portanto, imperioso se faz o estudo do tema, o qual evidentemente não pode mais ser negligenciado, sob pena de relegar-se a anacronismos que não permitem a superação para estágios mais avançados, nos quais a quebra de paradigmas é condição necessária e cada vez mais frequente para o progresso, principalmente em um cenário de crescente integração mundial, notoriamente estimulada pelo comércio internacional.

Questões dessa natureza certamente virão a ser enfrentadas com frequência em nossos tribunais, como discretamente já vem sendo feito. Desse modo, pela magnitude das implicações as quais estão associadas, é importante que haja o devido preparo para interpretá-las, a fim de garantir, de modo adequado, a preservação dos direitos individuais, bem como da coletividade, sem que se desestime o desenvolvimento da economia e a produção de riquezas.

Dito isso, é importantíssimo registrar que ainda não há uma definição aceita universalmente sobre o conceito de danos puramente econômicos. Isso talvez aconteça pela simples razão de que na maioria dos sistemas legais esta noção não é reconhecida como uma categoria legal autônoma, tampouco é distinguida dos danos em geral.

Ademais, vale dizer que o direito intelectual, no que tange ao combate das externalidades, as quais - de forma deletéria - atingem especialmente os investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), parece exercer notável papel, desde que, é claro, as suas disposições sejam devidamente observadas, assim como compreendidas as suas implicações.

Aliás, oportuno reiterar que de todas as falhas de mercado que são abordadas na presente dissertação, as externalidades parecem ser a espécie que o direito contratual possui a menor capacidade de enfrentar, haja vista que, em grande parte dos casos, refoge à sua área de subsunção, em que pese tal realidade venha se modificando, principalmente em virtude das novas interpretações que vêm sendo dadas ao princípio da relatividade dos

De qualquer modo, há consenso que as perdas econômicas referem-se às espécies de prejuízos sofridos por pessoas físicas ou jurídicas que são identificados ou mensurados, direta e fundamentalmente, em termos financeiros ou monetários.

Nesses termos, as perdas econômicas podem ser: a) perdas econômicas consequentes, decorrentes de danos ou ferimentos físicos à própria vítima, tais como a perda de rendimentos em decorrência de um acidente, ou danos ao direito de propriedade do próprio lesado; b) perdas econômicas puras (ou danos puramente econômicos), oriundos de outras circunstâncias. Como se vê, este último elenco é obtido de forma excludente, acrescido do caráter eminentemente financeiro da perda. Aqui, vale dizer, o termo puro exerce papel essencial, pois os danos emergem sem a necessidade de qualquer prejuízo antecedente a qualquer pessoa ou patrimônio. Importante advertir que em certas jurisdições, as previsões legais para o ressarcimento das perdas puramente econômicas vêm sendo sistematicamente limitadas, em especial nos sistemas oriundos da *Common Law*, por temor de que tais encargos tornem-se potencialmente ilimitados, podendo representar uma "responsabilidade esmagadora", a qual os sujeitos passivos não teriam condição de assegurar ou suportar. Aliás, de modo geral, a política adotada pelos tribunais europeus, especialmente os ingleses, têm sido a de recusar os pedidos de reparação por perdas puramente econômicas.

Um exemplo de perdas puramente econômicas incluem os prejuízos financeiros decorrentes de auditorias ou avaliações inadequadas, que não identificam os riscos de insolvência ou quebras, o que abrange às hipóteses das agências de classificação de risco, que supostamente causam prejuízos a investidores, sem que, todavia, tenham sido diretamente contratadas pelos prejudicados.

Portanto, as perdas puramente econômicas são perdas financeiras que não estão ligadas a danos físicos à pessoa ou à propriedade da vítima. Assim, se a perda sofrida é relacionada com danos físicos ao imóvel pertencente ao lesado, ou conectados com danos referentes à sua integridade física, não se pode dizer que a perda seja puramente econômica, sendo, nessas espécies de casos, recuperável pelos meios ordinários previstos nas normas comuns de responsabilidade civil.

Ao considerar a existência de um caso de pura perda econômica, deve-se inicialmente classificar o dano efetivamente sofrido, indagando-se como o mesmo surgiu e qual a sua natureza. Se a perda é tão somente um prejuízo financeiro (para o bolso do lesado), sem nexo de causalidade direto, então é provável que seja efetivamente um caso de perda puramente econômica. Nesse contexto, muitas vezes o prejuízo é relacional, no sentido de que a vítima perde alguns benefícios esperados, em razão de danos causados a outras pessoas, ou, o que aqui sobremaneira nos interessa, devido a atividades contratuais as quais a vítima não faça parte, isto é, em decorrência de externalidades.

Nos países que o termo é bem reconhecido, o seu sentido é explicado essencialmente de forma negativa. Assim, considera-se que são perdas que existem mesmo sem prévias lesões às pessoas ou ao patrimônio dos demandantes. *É dito que as perdas econômicas puras são aquelas que atingem somente a carteira do demandante e nada mais.* Por exemplo, na Suécia, onde o legislador restringiu a legitimidade para se pleitear o ressarcimento somente às vítimas de perdas puramente econômicas decorrentes de crimes, a "*Tort Liability Act 1972*", em seu § 2º, define a noção nos seguintes termos, conforme tradução livre: "*No presente ato, a perda puramente econômica significa a perda econômica surgida sem conexão com ferimentos físicos ou a danos à propriedade de alguém*". Semelhantes conceitos prevalecem na Alemanha e na Inglaterra. Para aprofundamento ver BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine (Org). **Pure Economic Loss in Europe**. Cambridge: Cambridge University, 2003.

efeitos do contrato, assim como, ressalte-se, através da edificação do princípio da função social do contrato.

Todavia, mesmo considerando-se as ponderações feitas acima, concernente às limitações de atuação nesse tocante, urge que o direito contratual consiga afastar ou reduzir, tanto quanto possível, os efeitos nocivos das externalidades que lhe sejam pertinentes. Nessa esteira, mandatório ressaltar o esmaecimento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, bem como o surgimento do princípio da função social do contrato, que é o que se verá a seguir, em tópicos próprios.

2.4.4 O Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato e as Externalidades

De acordo com a concepção clássica de contrato, na qual repousam os princípios da liberdade contratual e da obrigatoriedade do contrato, insere-se também o da relatividade dos efeitos contratuais, o qual determina, em regra, que o contrato somente obriga e atinge aqueles que participam do respectivo negócio jurídico, pelo que os seus efeitos, em princípio, não podem beneficiar nem prejudicar terceiros.³⁷⁹

Assim sendo, sob a ótica dos efeitos internos do contrato, um sujeito que não se vinculou voluntariamente a um contrato não pode ser por ele afetado³⁸⁰, uma vez que ninguém pode se tornar credor ou devedor de uma obrigação contra a sua própria vontade³⁸¹, ressalvados expressamente os casos previstos em lei.

Aliás, válido mencionar que tal compreensão se alicerça no pensamento liberal,³⁸², inclusive de modo a proporcionar segurança jurídica, vez que evita surpresas aos indivíduos.³⁸³

³⁷⁹ FERREIRA, 2013, p. 29.

³⁸⁰ Oportuno mencionar o parecer de Antonio Junqueira de Azevedo, intitulado “Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual”, (AZEVEDO, 1998, p. 113-120), no qual leciona que: “O antigo princípio da relatividade dos efeitos contratuais precisa, pois, ser interpretado, ou *re-lido*, conforme a constituição” (AZEVEDO, 1998, p. 116).

³⁸¹ Igualmente nessa linha, Fernando Noronha afirma que: “terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados”. (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119).

³⁸² Oportuno consignar o entendimento de Clóvis Beviláqua, consentâneo com sua época: “os direitos obrigacionais consistem exclusivamente em prestações, actos positivos ou negativos, pelo que se fixam apenas no acto ou facto a ser executado, e somente podem ferir a pessoa que se acha vinculada pela obrigação no momento de seu cumprimento”. (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1896. p. 16).

³⁸³ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio de função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 40.

Todavia, os efeitos contratuais que são irradiados ao exterior, sobretudo hodiernamente, são inegáveis, considerando, sobretudo, a interdependência quase total a qual todos os indivíduos estão submetidos, devido notadamente à divisão do trabalho e a profundíssima e progressiva especialização, além da conseqüente proliferação do fenômeno contratual como meio de obtenção dos bens e serviços necessários à própria subsistência.³⁸⁴

Nesse sentido, bem pontua Gustavo Ferreira:³⁸⁵

Destarte, defende-se que em determinados casos é possível vislumbrar verdadeiras exceções ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, por atingirem a esfera jurídica de terceiros. São os chamados efeitos externos do contrato. Como exemplo destas exceções ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, parte da doutrina cita a estipulação em favor de terceiros e o consumidor por equiparação (consumidor *bystander*).

De acordo com os exemplos consignados pelo supracitado Autor, pertinente se revela analisar tais supostas exceções ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais, o que pode ilustrar e esclarecer o que aqui se sustenta. Assim, diga-se que o primeiro deles, isto é, a estipulação em favor de terceiro³⁸⁶, em nosso sentir, não se trata propriamente de hipótese de combate a externalidade, porquanto, ainda que o sujeito beneficiário não faça parte da relação contratual originária, os efeitos que lhe são impostos são diretamente intencionados, sendo o contrato realizado, aliás, justamente para que tal resultado seja atingido, o que torna desnecessário maiores tergiversações a esse respeito.

Da mesma forma, cumpre consignar, como observa Gustavo Pinto Zardi, que alguns autores entendem que a promessa por fato de terceiro³⁸⁷ (arts. 439 e 440 do CCB) e

³⁸⁴ LÔBO, 2003, p. 103.

³⁸⁵ FERREIRA, 2013, p. 30.

³⁸⁶ O Código Civil Brasileiro, através dos artigos 436 a 438, prevê a estipulação em favor de terceiro, que se consubstancia em contrato no qual duas ou mais pessoas o celebram, em nome próprio, mas com o expreso e direto intento de beneficiar a terceiro, o qual, entretanto, não participa da relação contratual, conforme é possível constatar dos próprios termos legais, *in verbis*:

“Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

Art. 437. Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor.

Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante.

Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade.”

³⁸⁷ Sobre a promessa por fato de terceiro, o Código Civil assim dispõe: “Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.

o contrato com pessoa a declarar³⁸⁸ (arts. 467 a 471 do CCB) também constituiriam exceções ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos. Contudo, como bem esclarece o referido Autor, considerando que nesses contratos, em algum momento, os terceiros que não integraram a formação do contrato desde a fase de negociações terão, todavia, que manifestar o seu consentimento, tais hipóteses também não poderiam se enquadrar como exceções ao princípio da relatividade dos contratos.³⁸⁹

Diferentemente, o exemplo do consumidor por equiparação, também conhecido como consumidor *bystander*, parece muito bem se encaixar à hipótese de existência de externalidades, porquanto se subsume precisamente às características que lhe são definidoras. Assim sendo, para facilitar a compreensão do que aqui se supõe, válido lembrar que a figura do consumidor por equiparação está prevista no Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC), conforme determinam os artigos 17 e 29 do CDC.³⁹⁰

Nesses termos, pertinente esclarecer que a figura do consumidor por equiparação representa o indivíduo que é vítima de fato do produto ou do serviço, o qual, todavia, não fez parte da relação contratual por meio da qual o produto ou serviço em questão fora adquirido. Portanto, trata-se de terceiro que não integrou a relação de consumo originária, porém restou prejudicado pela utilização do bem ou do serviço posto no mercado³⁹¹.

Assim, os efeitos do contrato lhe atingem, ainda que não tenha relação anterior com os contratantes, motivo pelo qual lhe é estendido o mesmo regime que é destinado ao consumidor original.

Parágrafo único. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens.

Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação”.

³⁸⁸ Já sobre o contrato com pessoa a declarar, a disciplina legal do Código Civil brasileiro é a seguinte: “Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.

Art. 468. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado.

Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato.

Art. 469. A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado.

Art. 470. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários:

I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la;

II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação.

Art. 471. Se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários.”

³⁸⁹ FERREIRA, 2013, p. 30.

³⁹⁰ Ibid., p. 31.

³⁹¹ Sobre os aspectos processuais, como às hipóteses de intervenção de terceiro, oportuno é citar a obra de RAGAZZI, 2010, p. 91.

Exatamente nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo precisamente essas circunstâncias, como se pode ser observar dos arestos a seguir transcritos, a maioria recentíssimos, entre diversos outros existentes:

CIVIL, PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. REPARAÇÃO CIVIL. PRESCRIÇÃO. PRAZO. CONFLITO INTERTEMPORAL. CC/16 E CC/02. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO FORNECEDOR DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAS. TERCEIRO, ALHEIO À RELAÇÃO DE CONSUMO, ENVOLVIDO NO ACIDENTE. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO OMISSA. INTUITO PROTETÓRIO. INEXISTÊNCIA.

1. Em relação à regra de transição do art. 2.028 do CC/02, dois requisitos cumulativos devem estar presentes para viabilizar a incidência do prazo prescricional do CC/16: i) o prazo da lei anterior deve ter sido reduzido pelo CC/02; e ii) mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada já deveria ter transcorrido no momento em que o CC/02 entrou em vigor. Precedentes.

2. Os novos prazos fixados pelo CC/02 e sujeitos à regra de transição do art. 2.028 devem ser contados a partir da sua entrada em vigor, isto é, 11 de janeiro de 2003.

3. O art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (bystander), sujeitando à proteção do CDC aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação.

4. Em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, o terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo deve ser considerado consumidor por equiparação.

Excepciona-se essa regra se, no momento do acidente, o fornecedor não estiver prestando o serviço, inexistindo, pois, qualquer relação de consumo de onde se possa extrair, por equiparação, a condição de consumidor do terceiro.

5. Tendo os embargos de declaração sido opostos objetivando sanar omissão presente no julgado, não há como reputá-los protetórios, sendo incabível a condenação do embargante na multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

6. Recurso especial parcialmente provido.³⁹²

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÚNCIO ERÓTICO FALSO PUBLICADO EM SITES DE CLASSIFICADOS NA INTERNET. DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS PRESTADOS EM CADEIA POR MAIS DE UM FORNECEDOR. SITE DE CONTEÚDO QUE HOSPEDA OUTRO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TODOS QUE PARTICIPAM DA CADEIA DE CONSUMO.

1. No caso, o nome do autor foi anunciado em sites de classificados na internet, relacionando-o com prestação de serviços de caráter erótico e homossexual, tendo sido informado o telefone do local do seu trabalho. O sítio da rede mundial de computadores apontado pelo autor como sendo o veiculador do anúncio difamante - ipanorama.com - é de propriedade da ré TV Juiz de Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do portal O Click, que se hospedava no site da primeira ré e foi o disseminador do anúncio. Este último (O Click) responsabilizava-se contratualmente pela "produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, webmail e outros serviços de divulgação".

2. Com efeito, cuida-se de relação de consumo por equiparação, decorrente de evento relativo a utilização de provedores de conteúdo na rede mundial de

³⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1125276/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 28 fev. 2012. **DJe** 07 mar. 2012.

computadores, organizados para fornecer serviços em cadeia para os usuários, mediante a hospedagem do site "O click" no site "ipanorama.com".

3. Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifiquem as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema.

4. No caso em apreço, o site O click permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposo, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se cancelar o linchamento moral e público de terceiros.

5. Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do site O click, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do site ipanorama.com, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa in eligendo.

6. Indenização por dano moral arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Recurso especial provido.³⁹³

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AÉREO. PESSOA EM SUPERFÍCIE QUE ALEGA ABALO MORAL EM RAZÃO DO CENÁRIO TRÁGICO. QUEDA DE AVIÃO NAS CERCANIAS DE SUA RESIDÊNCIA. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. ART. 17 DO CDC. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓDIGO CIVIL DE 1916. INAPLICABILIDADE. CONFLITO ENTRE PRAZO PREVISTO NO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA (CBA) E NO CDC. PREVALÊNCIA DESTES. PRESCRIÇÃO, TODAVIA, RECONHECIDA.

1. A Segunda Seção sufragou entendimento no sentido de descaber a aplicação do prazo prescricional geral do Código Civil de 1916 (art. 177), em substituição ao prazo específico do Código de Defesa do Consumidor, para danos causados por fato do serviço ou produto (art. 27), ainda que o deste seja mais exíguo que o daquele (Resp 489.895/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/3/2010).

2. As vítimas de acidentes aéreos localizadas em superfície são consumidores por equiparação (bystanders), devendo ser a elas estendidas as normas do Código de Defesa do Consumidor relativas a danos por fato do serviço (art. 17, CDC).

3. O conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica - que é anterior à CF/88 e, por isso mesmo, não se harmoniza em diversos aspectos com a diretriz constitucional protetiva do consumidor -, deve ser solucionado com prevalência daquele (CDC), porquanto é a norma que melhor materializa as perspectivas do constituinte no seu desígnio de conferir especial proteção ao polo hipossuficiente da relação consumerista. Precedente do STF.

4. Recurso especial provido.³⁹⁴

³⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 997.993/MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 21 jun. 2012. **DJe** 06 ago. 2012.

³⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 1281090/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 07 fev. 2012, **DJe** 15 mar. 2012.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACIDENTE AÉREO. TRANSPORTE DE MALOTES. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. VÍTIMA DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. ARTIGO 17 DO CDC.

I - Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, "... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Abrandamento do rigor técnico do critério finalista.

II - Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor .

Recurso especial provido.³⁹⁵

Desta feita, os entendimentos jurisprudenciais que vem emergindo e se avolumam indicam claramente já haver a percepção da existência das externalidades, ainda que não seja adotada a mesma terminologia utilizada na abordagem de Direito e Economia. Outrossim, importante registrar que a compreensão do alcance dos efeitos deletérios decorrentes das externalidades ainda se revela modesta, circunscrevendo-se a hipóteses restritas, muito embora não pareça existir empecilhos para uma interpretação mais realista e abrangente.

De qualquer forma, a temática das externalidades, muito mais do que ser enfrentada por meio das puras exceções feitas ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, pode ser combatida através do princípio da função social do contrato, o qual, inclusive e justamente, vem justificando a “*amenização na regra do relativismo contratual*”³⁹⁶, como se vê no tópico seguinte.

2.4.5 A Função Social do Contrato e as Externalidades

Importante desde já frisar que aqui não se pretende nem mesmo é possível precisar o significado do princípio da função social do contrato, até mesmo porque sequer a doutrina específica sobre o tema já logrou alcançar consenso; muito pelo contrário, em

³⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 540.235/TO. Relator: Ministro Castro Filho. Julgado em: 07 fev. 2006. DJ 06 mar. 2006. p. 372.

³⁹⁶ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social dos contratos e a solidariedade. In: SARLET, Ingo (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 147-170. Importante registrar que diversos dos argumentos e exemplos mencionados na presente e na próxima seção foram extraídos do referido artigo. Citação constante à p. 158.

que pesem os louváveis trabalhos que vem sendo desenvolvidos e que deveras contribuem para essa construção.³⁹⁷

Oportuno salientar que de modo deveras sucinto e sem maiores instruções foi introduzida no texto do Código Civil brasileiro a figura da função social do contrato, o que faz avolumar sobremaneira a responsabilidade dos respectivos intérpretes e doutrinadores.³⁹⁸ Portanto, acreditamos que a compreensão do fenômeno das externalidades pode muito contribuir para o aperfeiçoamento do significado e do alcance da função social do contrato, quicá sejam mesmo indispensáveis as possíveis contribuições das Ciências Econômicas para tal desiderato. Justamente, parece-nos que o princípio em questão foi erigido, consciente ou inconscientemente, precisamente para debelar os efeitos deletérios oriundos das externalidades.

Nesse sentido, conforme os ensinamentos de Luis Renato Ferreira da Silva, os princípios da liberdade contratual, da função social do contrato e da boa-fé, consagrados nos artigos 421 e 422 do Código Civil, visam ao objetivo inscrito no artigo 3º, I, da Constituição, isto é, a construção de uma sociedade solidária. A ideia de solidariedade, por seu turno, remonta à doutrina solidarista, preconizada por Émile Durkheim, que sustenta que nas sociedades mais simples haveria uma forma de solidariedade um tanto quanto automática, mesmo mecânica.³⁹⁹

Já nas sociedades mais complexas, com acentuada divisão do trabalho, a solidariedade seria orgânica, à semelhança do que se verifica acontecer nos organismos animais superiores. Assim, a solidariedade social orgânica exigiria a cooperação entre os seus membros sociais, fazendo com que a sua integração estruture e mantenha o funcionamento social.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Entre os quais, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009; MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, maio 2005; SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 823, maio 2004. p. 84; TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

³⁹⁸ Como se observa dos deveras sucintos termos legais, *in verbis*: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

³⁹⁹ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social dos contratos e a solidariedade. In: SARLET, Ingo (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 147-170.

⁴⁰⁰ Nesse sentido, já se tem referido, ao lado do *homo economicus*, ao *homo reciprocans*, sustentando que, no longo prazo, os positivamente recíprocos podem observar vantagens. Para aprofundamento, ver: DOHMEN, Thomas; FALK, Armin; HUFFMAN, David; SUNDE, Uwe. Homo reciprocans: Survey evidence on behavioural outcomes. **The Economic Journal**, Blackwell Publishing, n. 119, p. 592-612, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.cens.uni-bonn.de/team/board/armin-falk/publications/economicjournal2009.pdf>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2013.

Exatamente nesse sentido, a cooperação deve ser observada e mesmo exigida não somente entre os contratantes, reciprocamente considerados, mas, de modo análogo, destes em relação a terceiros, que é o que os valores contidos no artigo 421 e 422 do Código Civil brasileiro expressamente inserem no direito contratual, através da concepção solidarista, por força do referido artigo 3º, I, da Constituição Federal brasileira.

Tal concepção se faz sobremaneira importante uma vez que o organismo de normas jurídicas devem ter uma finalidade e buscar determinados objetivos. Nesse diapasão, o artigo 421 do Código Civil reconhece a liberdade básica de contratar, mas, ressalva expressamente, “em razão e nos limites” da função social do contrato, isto é, a liberdade de contratar encontra-se subordinada à função social do contrato. E é justamente quando essa função deixa de se fazer presente que a liberdade de contratar deixa de ser jurídica, passando mesmo a ser antijurídica, por não estar cumprindo a sua função.

Precisamente nessa linha, Antonio Junqueira de Azevedo assevera:

Não é possível que, ao final do século XX, os princípios do direito contratual se limitem àqueles da *survival of the fittest*, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria fazer *tabula rasa* de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção, conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de *harmonia social*. O alvo, hoje, é o equilíbrio entre sociedade, Estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a liberdade individual e a *solidariedade social*. É grande, nessa função, o papel do Poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios do direito contratual – o da boa-fé e o da economia contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e aos terceiros.⁴⁰¹

Dessa forma, considerando que os contratos são os instrumentos jurídicos de circulação e ativação da economia de mercado, há que se reconhecer que o contrato cumprirá a sua função social na medida em que permitir a manutenção das trocas econômicas, pelo que, considerando a precisão com que se encaixa ao que aqui se sustenta, faz-se oportuno transcrever o que conclui, com maestria, Luis Renato Ferreira da Silva⁴⁰²:

Hoje em dia, é inegável que a economia se estrutura, fundamentalmente, a partir de relações contratuais. Relações que traduzam uma troca de bens e valores a permitir assim a circulação das riquezas. Os contratos são os instrumentos jurídicos de circulação e ativação da economia moderna. Sua importância e

⁴⁰¹ AZEVEDO, 1998, p. 119-120.

⁴⁰² FERREIRA DA SILVA, 2003, p. 156-157.

precedência com relação a outros institutos que em momentos outros da evolução humana tiveram destaque (como a propriedade imobiliária para o Código de 1916, por exemplo), fez com que se percebesse o caráter transcendental dessas relações no que diz respeito ao interesse dos contratantes. Quero dizer que se passou a considerar que o contrato atende ao interesse dos contratantes, mas extrapola a esses interesses na medida em que atinge toda a cadeia econômica em que se insere.

Neste sentido, o contrato, típico ato de autonomia privada, passa a ter uma faceta pública, no mínimo em relação àqueles que possam estar indiretamente vinculados ao adimplemento ou à quebra de um contrato. Admitindo-se o encadeamento das relações econômicas como antes cogitado, certo que os contratos passam a entretecer uma rede na qual cada trama se imiscui com outra de modo a formar um todo que, rompido em um nó, tende a esgarçar toda a rede. Nas economias de mercado, não há predeterminações de como, quando ou a quanto se trocam as mercadorias. As trocas são construídas casuisticamente por esta rede contratual. De tal sorte, o mercado (objeto de estudo dos economistas) é movido pelos contratos. Éric Brosseau, um economista escrevendo sobre o tema, afirma que na França, a partir dos anos setenta, os economistas começaram a perceber esta realidade [...].

Nestes termos, é viável afirmar que são os contratos que mantêm a agilidade das relações econômicas em uma sociedade de mercado, uma "sociedade de direito privado", na qual o direito privado assume um "papel constitutivo", e que deve conjugar tanto um aspecto utilitarista (de maximização das oportunidades econômicas) quanto um aspecto ético (de comportamento médio de oportunidades e vantagens recíprocas). Assim, mesmo quem adote um ponto de vista mais liberal do direito, afastando intervenções maiores nas atividades privadas, reconhece que há um campo em que o Estado se imiscui para permitir a utilidade e a eticidade das relações contratuais.

Por isto, pode-se dizer que o contrato cumprirá a sua função social na medida em que permita a manutenção das trocas econômicas. Como instrumento de circulação de riquezas, ele estará atendendo às razões de seu reconhecimento jurídico na medida em que estiver mantendo esta circulação.

De acordo com o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, onde se insere a lógica do dogma da vontade, quem não declarou sua vontade não pode ser atingido pelos efeitos contratuais, porquanto não aquiesceu voluntariamente, sendo que admitir o contrário ofenderia a liberdade contratual, consubstanciado no brocardo latino *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*. Todavia, considerando que o contrato é um elo da cadeia econômica e que, assim sendo, transcende “*os interesses exclusivos dos contratantes (ainda que primariamente seja construído a partir e para estas vontades)*”, há que se admitir que a função social exige um esmaecimento deste princípio.⁴⁰³

Interessante e notória situação de oponibilidade de um contrato a terceiros se revela através do caso das distribuidoras de petróleo, inicialmente abordado no parecer de Antonio Junqueira de Azevedo⁴⁰⁴, seguido por Luis Renato Ferreira da Silva⁴⁰⁵, no qual tendo havido o afastamento de imposição governamental que determinava a comercialização de produtos derivados de apenas uma mesma marca ou bandeira de

⁴⁰³ FERREIRA DA SILVA, 2003, p. 158.

⁴⁰⁴ AZEVEDO, 1998, p. 113-120.

⁴⁰⁵ FERREIRA DA SILVA, op. cit., p. 159-161.

combustível, ensejou que diversos postos de abastecimento passassem a adquirir produtos de outros fornecedores, rompendo a exclusividade.⁴⁰⁶

Neste contexto, certa distribuidora, pretendendo demandar contra uma concorrente – que vendia seus produtos aos donos dos postos que possuíam contratos com a demandante –, sustentando a proibição de prejudicar contratos alheios, contratou Antonio Junqueira de Azevedo para a elaboração de parecer.⁴⁰⁷ Assim, afastando a ilegitimidade passiva, esta eventualmente embasada na circunstância de não existir relação contratual entre a concorrente e a distribuidora primitiva, concluiu o Jurista que a concorrente, ao quebrar a exclusividade contratualmente assegurada, estava a cometer ato ilícito, sendo solidariamente responsável pelo inadimplemento contratual praticado pelo posto adquirente, afirmando que “Aceita a idéia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são partes no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse”⁴⁰⁸.

Outro caso também bem ilustra essa situação. Trata-se de hipótese da aquisição de imóvel hipotecado.⁴⁰⁹ Em precedente do Superior Tribunal de Justiça, tendo o adquirente de imóvel pago a integralidade do preço e o construtor, todavia, não adimplido com o mútuo que contratara com instituição financeira, esta ajuizou demanda com o fito de executar o apartamento, objeto de hipoteca a garantir tal dívida. Todavia, foram acolhidos os embargos opostos pelo adquirente, conforme pode se ver dos seguintes termos de ementa:

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador.

Embargos de terceiro.

- Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora.

- O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.

Recurso conhecido e provido.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ FERREIRA DA SILVA, 2003, p. 160.

⁴⁰⁷ AZEVEDO, 1998, p. 113-120.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 116-117.

⁴⁰⁹ FERREIRA DA SILVA, op. cit., p. 160, AZEVEDO, op. cit., p. 163-164.

⁴¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 187940/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em: 18 fev. 1999. DJ 21 jun. 1999. p. 164.

Sobre o julgado, oportunas são as palavras de Luis Renato Ferreira da Silva, que ora se reproduzem:

Novamente, acabou-se por estender a terceiro, que não era parte no contrato, os efeitos da quitação que houve entre os contratantes. Isto poderia fundamentar-se, a meu juízo, mais cientificamente, na função social, pois o contrato de mútuo para edificação dá ensejo, sabidamente por parte tanto do financiador quanto do construtor financiado, à alienação dos imóveis edificados, cujo pagamento do preço é o garantidor do seu recebimento. Se a construtora não paga, o agente financeiro deve tomar medidas para cobrar, e não ficar esperando uma situação final na qual o adquirente pagou e ainda corre o risco de perder o imóvel. Mais do que uma questão de justiça abstratamente considerada, trata-se de reconhecer a continuidade dos contratos e a sua inserção em uma cadeia. Isto impede o agente financeiro de vir executar a hipoteca como se ignorasse que houve a alienação e que os pagamentos foram feitos ao construtor.⁴¹¹

Mais um claro exemplo, de lógica inversa ao caso das distribuidoras de petróleo antes mencionado, mas igualmente estribado na função social dos contratos, é a hipótese da realização de um contrato no qual haja a inclusão de cláusula de “não concorrência” entre os contratantes, de modo a prejudicar sobremaneira os consumidores dos produtos ou serviços fornecidos individualmente por ambos os contratantes.

Dessa forma, além de eventualmente tal contratação estar sujeita ao crivo do direito econômico, inclusive submetidas à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), haja vista tais espécies de acordos restringirem a competição (semelhantemente ao que ocorreria na formação de um cartel), parece-nos plenamente confrontável por meio do princípio da função social do contrato, vez que tal pacto pode se revelar demasiadamente nocivo à sociedade, prejudicando abusivamente terceiros, o que faz com que o indigitado contrato não atenda, evidentemente, a função social que lhe compete.

Ainda, no âmbito do direito societário, poder-se imaginar que a atividade contratual, por exemplo, entre apenas alguns sócios, como a aquisição do controle acionário de determinada empresa, seja capaz de gerar externalidades negativas para os demais sócios (minoritários) ou mesmo à população. Nesse sentido, a transferência acionária, condicionada (e devidamente clausulada no instrumento contratual) à posterior incorporação ou mesmo extinção da empresa, poderia ser objeto, em tese, de apreciação judicial, em razão de ofender o princípio da função social do contrato⁴¹², porquanto ainda

⁴¹¹ FERREIRA DA SILVA, 2003, p. 164.

⁴¹² Aqui cumpre registrar agradecimentos ao Orientador Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim e ao Prof. Dr. Ricardo Lupion, que através de profficuas conversas sobre o assunto, travadas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, muito contribuíram para o presente trabalho, enviando, do além-mar, sugestões de exemplos, os quais, frise-se, foram adaptados pelo autor.

que os contratantes queiram assim contratar, tal disposição, em verdade, irradia efeitos prejudiciais a terceiros.

Por fim, oportuno mencionar outro exemplo, referente à regra constante no artigo 1.147 do Código Civil brasileiro, que determina que “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”. No caso, observa-se evidente hipótese de norma a incidir supletivamente nos contratos, impedindo o surgimento de externalidades negativas, manejadas por parte do alienante e a incidirem sobre o adquirente, em virtude da atividade contratual pretérita havida entre ambos.

Todavia, pertinente salientar, ainda que haja a autorização expressa que determina a lei, poder-se-ia ponderar a utilização do princípio da função social do contrato para enfrentar situações dessa natureza, vez que se a concorrência realizada por parte do antigo alienante se revelar tão nociva a ponto de inviabilizar a continuidade do negócio do adquirente, considerando-se o inegável desvirtuamento e comprometimento da transação pretérita que se realizara entre os mesmos, haveria, em tese, ofensa ao princípio da função social do contrato, por evidente desvirtuamento da funcionalidade do instituto jurídico em apreço.⁴¹³

Feitos os registros dos exemplos acima, impende salientar o entendimento mais restritivo, ao qual nos perfilhamos, pelo menos como regra (admitida exceções pontuais, como as citadas acima), do princípio da função social do contrato,⁴¹⁴ considerando que o

⁴¹³ De modo análogo ao que sustenta MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: 2002. p. 148.

⁴¹⁴ Conforme Gustavo Pinto Zardi Ferreira, “Diante disso, verifica-se a existência de duas correntes que tentam preencher o conteúdo do princípio da função social do contrato. A primeira delas busca encontrar no artigo 421 do Código Civil brasileiro uma instância de proteção de interesses externos às partes contraentes, por meio dos chamados ‘interesses institucionais’. Esta expressão remonta ao constitucionalismo alemão, assinalando os interesses de determinados grupos sociais (em certo sentido, instituições), os quais são jurídica e economicamente diversos dos interesses individuais, a exemplo do meio ambiente e da defesa da concorrência. Esta corrente defende uma aplicação mais restritiva do princípio da função social, negando a sua eficácia no plano interno do contrato, entre os contratantes. Sendo assim, o campo de aplicação deste princípio ficaria restrito à lesão de interesses institucionais, necessariamente externos ao contrato.

Por sua vez, a outra corrente que se apresenta defende uma aplicação ampliada do princípio da função social do contrato, de modo a possibilitar uma utilização mais prática deste instituto. Segundo esta corrente, pode-se vislumbrar pelo menos três hipóteses em que o contrato será atingido por uma ineficácia superveniente em consequência da violação do princípio da função social. Assim sendo, além da ofensa a interesses coletivos, tais como o meio ambiente e a concorrência, por exemplo, deve-se incluir a lesão à dignidade humana, bem como a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato. Quanto à dignidade da pessoa humana, Maria Celina Bodin de Moraes defende que por ser este princípio o valor cardeal do sistema, nas relações de direito privado em que se observa a ocorrência de conflitos entre uma situação jurídica existencial e uma situação jurídica patrimonial, aquela deverá prevalecer. O que se busca proteger é o valor da personalidade humana, sem qualquer tipo de limitação, ressalvados casos que também está em questão interesses de outras pessoas, dotadas de igual dignidade. A elasticidade deste conceito torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, baseadas no interesse à existência e no livre exercício da

seu campo de aplicação está limitados às lesões que atingem interesses pertencentes a indivíduos que não fazem parte do contrato⁴¹⁵, nos moldes sustentados por Calixto Salomão Filho.⁴¹⁶

Aliás, sustentando tal posicionamento, o referido Autor justifica “em primeiro lugar pela própria ligação histórica e de essência da expressão aos interesses institucionais, que, como visto, não se confundem com os individuais”, e, em segundo, “porque uma aplicação da expressão às partes contratantes levaria a tentativas assimétricas e difusas de reequilíbrio contratual”,⁴¹⁷ problemas estes que, ponderamos, ofereciam acentuados riscos de restarem por se consubstanciar em falhas de governo, dito de outra forma, ineficiências não passíveis de aumentar o bem-estar social, de modo a não justificar a intervenção, pela própria equivalência de riscos.

Não obstante, para o supracitado Autor, a tarefa de reequilibrar o contrato já é desempenhada pela boa-fé objetiva e pela cláusula *rebus sic stantibus*, não se fazendo necessária a função social do contrato para tal objetivo, “pelo menos em base casuística”.⁴¹⁸ Aliás, assim preconiza:

Ter por base disparidades de poder das partes é fundamental, desde que o reequilíbrio se faça por categorias (como os consumidores, por exemplo). Trata-se aqui necessariamente de uma política pública de reequilíbrio que deve partir de iniciativas legislativas e ter certo grau de coerência. Admitir um reequilíbrio difuso, além de provavelmente não garantir qualquer redistribuição de riqueza efetiva exatamente por ser assistemático - cria situações de insegurança jurídica, extremamente danosa aos contratos.⁴¹⁹

Dessa forma, parece-nos que o princípio da função social do contrato se destina exatamente ao combate das externalidades. Contudo, permitir o enfrentamento de outras

vida de relações. Tal proteção decorre do fato de a dignidade humana (ou dos direitos da personalidade), não ser propriamente um direito, mas sim um valor - valor fundamental do ordenamento -, de maneira que está na base de uma série aberta de situações existenciais, que traduzem a sua incessante mutável exigência da tutela. Deste modo, não se pode falar em um número fechado de situações tuteladas, pois o que se busca proteger é o valor da pessoa em suas múltiplas características que compõe a sua dignidade. Por fim, o contrato que já não pode promover trocas justas e úteis tampouco é capaz de desempenhar uma função social. Segundo Orlando Gomes, a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato faz com que ele perca sua função social, devendo ser juridicamente ineficaz. Nesse sentido, afirma o referido autor, que entre os casos de frustração do fim do contrato, que agora encontraram um ‘lugar cômodo’ sob a exigência da função social do contrato, pode-se destacar os ‘coronation cases’ de Windscheid. Ele cita o caso em que os cidadãos que alugaram sacadas e terraços com o fim específico de assistir a passagem do cortejo de Eduardo VII se viram frustrados diante do cancelamento do percurso das carruagens, apesar de as janelas e sacada permanecerem à disposição.” (FERREIRA, 2013, p. 68-70).

⁴¹⁵ Contudo, em algumas espécies de relações contratuais parece ser necessário amenizar esse entendimento, como, *verbi gratia*, nas relações consumeristas. Pertinentes ponderações constam da obra de RAGAZZI, 2010.

⁴¹⁶ SALOMÃO FILHO, 2004, p. 84.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 84.

⁴¹⁸ FERREIRA, 2013, p. 68.

⁴¹⁹ SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 84.

anomalias que também atingem as relações contratuais, como toda a sorte de desequilíbrios existentes entre contratantes, faz avançar sobre temas que competem, preferencialmente, a outros princípios e regras do direito contratual, bem como, respectivamente, tocam a outras espécies de falhas de mercado, como os problemas da assimetria informacional e do próprio poder de mercado.

Ainda, inarredável esclarecer, de acordo com o que bem já foi constatado por Humberto Theodoro Júnior, que a dita função social do contrato não pode ser violentada com o escopo de se atender, por exemplo, atividades assistenciais ou caritativas, haja vista que a função social do contrato não pode ser confundida com função de “assistência social”, até mesmo porque o contrato não é o remédio para suprir tais espécies de carências.⁴²⁰

De acordo com Luciano Timm:

[...] em uma perspectiva de direito e economia, o contrato, de fato (ou como um fato), não é um elo solitário entre pessoas vivendo em sociedade, mas sim uma transação de mercado na qual cada parte se comporta de acordo com os seus interesses, como se estivesse em um jogo armando as suas estratégias (individualismo). Dessa forma, como evidenciado pela teoria dos jogos, uma parte somente irá cooperar com a outra na medida em que puder desfrutar de algum benefício proporcionado pelo jogo (a menos que o direito contratual ou a moral ditem as regras e estabeleçam o contrário).⁴²¹

Assim sendo, em consonância com o supracitado Autor, “a principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação”.⁴²²

Por derradeiro, não se pode olvidar em ressaltar o princípio da Boa-Fé também como instrumento apto, ainda que não prioritariamente, a aparar as arestas resultantes das externalidades decorrentes de atividades contratuais. Aliás, não há como se negar que o princípio da Boa-Fé Objetiva parece exercer um importante papel sobre a mitigação de todas as falhas de mercado, talvez mesmo por isso as dificuldades em objetivamente

⁴²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 100.

⁴²¹ TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica**. Disponível em: <<http://www.amde.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013. p. 21.

⁴²² *Ibid.*, p. 27.

conceituá-lo e delimitar o seu campo de aplicação, o que, talvez, poderá ser melhor solucionado através de uma melhor compreensão e delimitação de cada uma das falhas de mercado existentes.

CONCLUSÕES

Em termos de conclusão, a boa técnica científica indica, sobretudo, clareza e concisão. Assim sendo, conforme se buscou demonstrar no presente estudo, o direito contratual e as demais normas jurídicas que são incidentes sobre o fenômeno contratual, compreendidas, portanto, tanto as regras quanto os seus princípios, possuem a finalidade de mitigar, tanto quanto possível, as falhas de mercado.

Dessa forma, *ab initio*, é importante bem distinguir categorias que são bastante distantes, quais sejam, os contratos, as realidades fáticas que lhe subjazem e o direito contratual - esta última, quando incidente sobre a segunda, transforma-a na primeira.

Compreendida essa circunstância, enseja-se a percepção de que não é a categoria dos contratos que eventualmente pode ou não estar em crise, mas sim os mercados e o próprio direito contratual, o qual, por sua vez, ao conformar as transações que ocorrem em seu âmbito, pode desempenhar, de melhor ou pior forma, a tarefa de debelar as falhas de mercado, proporcionando, assim, eficiência econômica e bem-estar social e mesmo individual.

Entretanto, para se investigar se o direito contratual está devidamente desempenhando tal função, é imperioso antes bem compreender no que consistem e quais os limites das denominadas falhas de mercado, nomeadamente a assimetria informacional, o poder de mercado, os custos de transação e as externalidades.

Dessa forma, muito embora se reconheça que a negociação privada permita que os indivíduos possam maximizar as suas satisfações (utilidades), na busca de níveis mais elevados de bem-estar, todavia, em conformidade com o que a experiência histórica, sobretudo recente, vem demonstrando, a liberdade contratual exacerbada, frise-se, a qual não se confunde com o efetivo exercício da liberdade volitiva, pode causar distorções nos mercados, porquanto as partes contratantes, muitas vezes, revelam diferentes níveis de poder informacional e de mercado, o que, ao invés de propiciar livre arbítrio quanto à negociação e determinação do conteúdo e das condições dos contratos, implica, muitas vezes, imposições unilaterais ou mesmo em adesões involuntárias a determinadas diretrizes contratuais, estas devido a incertezas quanto ao verdadeiro conteúdo ou às consequências das mesmas.

Nesse contexto, em situações de completa ausência ou presença mínima de marcos regulatórios estatais pode ocorrer, em realidade, a realização de transações ineficientes entre partes informacionalmente desniveladas ou que apresentem diferentes níveis de

poder de mercado, e mesmo a restrição das trocas ótimas, em razão da existência de custos de transação proibitivos ou da existência de externalidades, o que, aliás, permite compreender que existem equilíbrios eficientes e mesmo ineficientes nos mercados.

Assim, pelo menos em parte dos casos, é possível que seja necessário, para que efetivamente seja assegurada uma certa paridade negocial, pressuposto da autodeterminação e do alcance de vantagens mútuas, o estabelecimento de condições mínimas por parte do Estado, com a estipulação de normas a orientar a relação das partes, de modo a buscar não só reequilibrar as forças econômicas, mas também a condição informacional das partes contratantes, a fim de que não prevaleça a “lei do mais forte” ou do “mais informado”, que nem sempre geram resultados que coincidem com as hipóteses de eficiência econômica e bem-estar social, o que parece justamente ser uma das razões de existência do direito contratual, que, inegavelmente, constitui-se em uma forma de limitação a uma possível mais ampla e irrestrita atuação das partes.

Nesse sentido, em certos casos, pode se fazer necessário restringir, um pouco que seja, a autonomia privada (e nela compreendida a liberdade contratual), a fim de se assegurar o efetivo exercício da autonomia volitiva de ambas as partes contratantes, ensejando o alcance de eficiência econômica e bem-estar.

Essa concepção enseja, aliás, uma compreensão mais ampla e orgânica do fenômeno contratual, assim como uma melhor interpretação e mesmo conformação do direito contratual, oportunizando a sua aplicação mais pragmática e eficaz.

Igualmente, tal compreensão parece servir para subsidiar as teorias jurídicas contratuais de cunho mais abstrato, oportunizando uma teoria contratual mais responsiva, que, além de proporcionar maior clareza de entendimento e do alcance de seus objetivos, permite maior verificação e objetividade.

Por fim, a consideração do aspecto do direito contratual como redutor das falhas de mercado parece propor uma trégua ou mesmo oportunizar um ponto de convergência entre a teoria contratual clássica, eminentemente individualista e liberal, e os indiscutíveis e notáveis avanços operados a partir, sobretudo, da influência solidarista, inseridos pelo legislador com o manifesto escopo de conduzir a um novo paradigma, qual seja, do Estado do Bem-Estar Social, *Welfare State* ou *État Providence*.

REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- ANDREWS, P. W. S. **On Competition in Economic Theory**. London: MacMillan, 1964.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. Uma análise económica dos contratos – a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. **Antitrust Analysis: problems, texts, cases**. 4. ed. Boston: Little-Brown, 1988.
- ASCARELLI, Tullio. Abuso do Poder Econômico – Agrupamento de empresas – Concorrência – Sociedade por quotas – Gestão de negócio – Ratificação. **Revista Forense**, p. 61-73, jan. 1949.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- AYRES, I.; GERTNER, R. Filling Gaps in Incomplete Contracts: an economic theory of default rules. **Yale Law Journal**, n. 99, 1989.
- _____. Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules. **Yale Law Journal**, n. 101, 1992.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.
- AZEVEDO, Fernando Costa de. **Defesa do consumidor e regulação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Modelo de contágio para avaliação de risco sistêmico: Nota Técnica-2009/003**. Brasília, 2009.
- BARROS, Wellington Pacheco. **Contratos: estudos sobre a moderna teoria geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BARROSO, Luís. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes do estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011.

BATOR, Francis M. The Anatomy of Market Failure. **Quarterly Journal of Economics**, v. 72, n. 3, p. 351-79, 1958.

BEBCZUK, Ricardo N. **Asymmetric Information in Financial Markets: introduction and applications**. Cambridge: Cambridge University, 2003.

BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, v. 7-8, 1973-1974.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril, 1979.

BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio jurídico**. Tradução para o espanhol de A. Martín Perez. Madri: Revista de Derecho Privado, 1959.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1896.

BOVESPA. Disponível em: <<http://www.enfin.com.br/bolsa/main.php>>. Acesso em: 14 out. 2012.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Limites da atuação judicial na aplicação da função social dos contratos. **Revista da AJURIS** (Porto Alegre), v. 105, p. 219-236, 2007.

BRASIL. **Lei n. 6.385**, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

_____. **Lei n. 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe das Sociedades por Ações.

_____. **Lei nº 10.303**, de 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 1281090/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 07 fev. 2012, **DJe** 15 mar. 2012.

_____. REsp 187940/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em: 18 fev. 1999. **DJ** 21 jun. 1999.

_____. REsp 997.993/MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 21 jun. 2012. **DJe** 06 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. REsp 271214/RS. Relator: Ministro Ari Pargendler. Relat p/ Acórdão: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 12 mar. 2003. **DJ** 04 ago. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1.059.546/SE. Relator: Vasco Della Giustina. Julgado em: 18 nov. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 fev. 2013.

_____. REsp 1125276/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 28 fev. 2012. **DJe** 07 mar. 2012.

_____. REsp 1195642/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 13 nov. 2012. **DJe** 21 nov. 2012.

_____. REsp 540.235/TO. Relator: Ministro Castro Filho. Julgado em: 07 fev. 2006. **DJ** 06 mar. 2006.

BRUNET, Andrée; OHLMANN, Jean-Claude. Le droit de la concurrence, instrument de restauration de la libre volonté contractuelle. In: LE RÔLE de la Volonté dans les Actes Juridiques: études à la mémoire du professeur Alfred Rieg. Bruxelas: Bruylant, 2000.

BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine (Org). **Pure Economic Loss in Europe**. Cambridge: Cambridge University, 2003.

CAI, Jie; QIAN, Yiming; LIU, Yixin. **Information Asymmetry and Corporate Governance**. Drexel College of Business Research Paper n. 2008-2, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1082589>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

CAMPBELL, Donald Edward. **Incentives: motivation and the economics of information**. 2. ed. New York: Cambridge University, 2006.

CARVALHO, Cristiano; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. The Overcoming of Legal Rules in the Judges' Decision-Making: a Maximizing Model. **UC Berkeley**. 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/4h7508fp>>. Acesso em: 10 de fev. 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A nova Lei de S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASSIDY, John. **Como os mercados quebram: a lógica das catástrofes econômicas**. Tradução Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

CHEUNG, Steven N. S. Economic organization and transaction costs. In: THE NEW Palgrave Dictionary of Economics. [s.l.]: [s.n.], 1987. v. 2, p. 55-58

COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x/pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/724810?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101684580393>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Instrução CVM nº 31**, de 08 de fevereiro de 1984. Dispõe acerca da divulgação e do uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas.

_____. **Instrução CVM nº 59**, de 22 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a obrigatoriedade de elaboração e publicação da demonstração das mutações do patrimônio líquido pelas companhias abertas.

_____. **Instrução CVM nº 306**, de 5 de maio de 1999. Dispõe sobre a administração de carteira de valores mobiliários e revoga as Instruções CVM ns. 82, de 19 de setembro de 1988; 94, de 4 de janeiro de 1989 e 231, de 16 de janeiro de 1995.

_____. **Instrução CVM nº 457**, de 13 de julho de 2007. Dispõe sobre a elaboração e divulgação das demonstrações financeiras consolidadas, com base no padrão contábil internacional emitido pelo International Accounting Standards Board - IASB.

_____. **Instrução CVM nº 497**, de 3 de junho de 2011. Dispõe sobre a atividade de agente autônomo de investimento.

COMMONS, R. John. **Institutional Economics**, *American Economic Review*, v. 21, p. 648-657, 1931.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORDATO, Roy E. The Austrian Theory of Efficiency and the Role of Government. **The Journal of Libertarian Studies**, v. 4, n. 4, p. 393-403, 1980. Disponível em: <http://www.mises.org/journals/jls/4_4/4_4_6.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2013.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CORREA, Carlos M. **Propriedade Intelectual e saúde pública**. Tradução Fabíola Wüst Zibetti, Revisão técnica Carolina Pancotto Boher Munhoz. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DATZ, Marcelo D. Xavier da Silveira. **Risco sistêmico e regulação bancária no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

DEMSETZ, Harold. Ownership and the Externality Problem. In: ANDERSON, Terry L.; MCCHESENEY, Fred S. (Ed.). **Property Rights: cooperation, conflict, and law**. Princeton: Princeton University, 2003. Cap. 11.

DOHMEN, Thomas; FALK, Armin; HUFFMAN, David; SUNDE, Uwe. Homo reciprocans: Survey evidence on behavioural outcomes. **The Economic Journal**, Blackwell Publishing, n. 119, p. 592–612, março 2009. Disponível em: <http://www.cens.uni-bonn.de/team/board/armin-falk/publications/economicjournal2009.pdf>. Acesso em: 17 de janeiro de 2013.

EISENBERG, Melvin A. Disclosure in Contract Law. **California Law Review**, n. 99, p. 1743, 2000.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARNSWORTH, Allan. **Contracts**. 4. ed. New York: Aspen, 2004.

FERREIRA, Gustavo Pinto Zardi. **A função social do contrato**. Porto Alegre: Fabris, 2013.

FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. A função social dos contratos e a solidariedade. In: SARLET, Ingo (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 147-170.

_____. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FINKELSTEIN, Amy; POTERBA, James. **Adverse Selection in Insurance Markets: policyholder evidence from the U.K. annuity market**. Cambridge, MA, 2000. NBER Working Paper 8045.

FISCHER, Irving. **The Theory Interest: As Determined by Impatience to Spend Income and Opportunity to Invest It**. Clifton: Augustus M. Kelley, 1970.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FOX, Glenn. The real Coase Theorems. **Cato Journal**, v. 27, n. 3, 2007. Disponível em: <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2007/11/cj27n3-5.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HAYEK, Friedrich. **Individualism and economic order**. Chicago: The University of Chicago, 1948. Disponível em: <<http://mises.org/books/individualismandeconomicorder.pdf>>. Acesso em: 18 março 2013.

HILLBRECHT, Ronald. **Economia monetária**. São Paulo: Atlas, 1999.

HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. **Introdução à Economia**. Tradução Christiane de Brito Andrei, Cristina Bazán e Rodrigo Sardenberg. 2. ed. atual. Porto Alegre: Bookman, 2010.

HUNT, E. K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Tradução José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffré, 1989.

_____. Mutações paradigmáticas da codificação: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002. **Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre**, v. 27, n. 57, p. 9-52. 2004.

JUURIKALA, Oskari. Law and social norms in contractual relationships. **Helsinki Law Review**, p. 49–67. Disponível em: <<http://www.edilex.fi/lakikirjasto/6160.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

KARAM SILVEIRA, Marco Antonio. A atuação do estado constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 912, out. 2011.

KISSELL, Robert; GLANTZ, Morton. **Optimal Trading Strategies**. AMACOM, 2003.

KLAES, M. History of transaction costs. In: THE NEW Palgrave Dictionary of Economics. 2. ed. [s.l.]: [s.n.], 2008.

KORNHAUSER, Lewis. Derecho de los Contratos. In: SPECTOR, H. (Org.). **Elementos de análisis económico del derecho**. Buenos Aires: Rubinzal, 2004. p. 109-164.

KÖTZ, Hein; FLESSNER, Axel. **European Contract Law**. Tradução inglesa de Tony Weir. New York: Oxford, 1997. v. 1: formation, validity, and content of contracts; contract and third parties.

LIPPMAN, Steven A.; McCALL, John J. **The Economics of Job Search: a survey, economic inquiry**, v. 14, p. 155-189, 1976.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, n. 16, out./dez. 2003.

LUPION, Ricardo Garcia. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do direito contratual. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3759>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, 1963. Disponível em: <http://law.wisc.edu/facstaff/macaulay/papers/non-contractual.pdf>. Acesso (cópia in cachê) em: 17 mar. 2013.

MANKIWI, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução da 5. ed. Norte-Americana por Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes de Lima, Revisão Técnica Carlos Roberto Martins Passos e Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Camila Rezende. **O princípio da relatividade dos contratos: a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03082012-161321/>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: 2002.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, maio 2005.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATTOS, César. **A revolução antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2003.

MEDEMA, Steven G. The Hesitant Hand: Mill, Sidgwick, and the Evolution of the Theory of Market Failure, History of Political Economy. **On Line Working Paper**, v. 39, n. 3, p. 331-358, 2007.

MEDICUS, Dieter. **Tratado de las Relaciones Obligatorias**. Tradução espanhola Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1,

MÉNDEZ GALEANA, Jorge M. **Introducción al derecho económico**. México D.F.: Trillas, 2007.

MILLER, Geoffrey P. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. **NYU Law and Economics Research Paper**, New York, n. 11-16, 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1804920>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito:** ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MISHKIN, Frederic. **Moedas, bancos e mercados financeiros.** Tradução Christine Pinto Ferreira Studart. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2000. Cap. 2.

MOLHO, Ian. **The Economics of Information:** Lying and Cheating in Markets and Organizations. Malden: Blackwell, 1997.

MONTEIRO, Antonio Pinto. Novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, v. 62, p. 111-142, jan. 2002.

MONTEIRO, Maria José Cyhlar; DONINELLI, Ricardo. **Microeconomia:** princípios básicos. Tradução da 7. ed. americana. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor:** o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MOREIRA, José Manuel. **O que é a escolha pública:** para uma análise econômica da política. Estoril: Principia, 2004.

NAHAS, Thereza Christina. **Cláusulas abusivas nos contratos de consumo.** São Paulo: Ltr, 2002.

NISHIJIMA, Marislei; SAES, Maria Sylvia Macchione; POSTALI, Fernando Antonio Slaibe. Análise de concorrência no mercado mundial de café verde. **Revista de Economia Sociologia Rural**, Brasília, v. 50, n. 1, mar. 2012. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032012000100004&lng=

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

NOGUEIRA, André Carvalho. **Regulação do poder econômico:** a liberdade revisitada. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, Douglas. **Transactions Costs, Institutions and Economic Performance.** San Francisco: ICS, 1992.

OLIVEIRA, Cyntia Meireles de; SANTANA, Antônio Cordeiro de. A governança no Arranjo Produtivo de Grãos de Santarém e Belterra, estado do Pará: uma análise a partir do grão soja. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Brasília, v. 50, n. 4, dec. 2012. Disponível em
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032012000400006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jan. 2013.

OLIVEIRA, G. **Concorrência: panorama no Brasil e no Mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. São Paulo: Livro Ibero-Americano, 1967.

OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. **História do pensamento econômico**. Tradução Carmem Terezinha Santoro dos Santos. São Paulo: Atlas, 1983.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Décima Terceira Câmara Cível. Ap. Civ. 509.548-1. Relator: Luiz Taro Oyama. Julgado em: 15 dez. 2010.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6. ed. Tradução Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, capítulo 4.

POSNER, R. **Antitrust Law: an economic perspective**. Chicago: The University of Chicago, 1976.

_____. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotações ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro**. Coimbra: Almedina, 2010.

PRIBRAM, Karl. **A history of economic reasoning**. Baltimore: The Johns Hopkins University, 1983.

RAGAZZI, José Luiz. **Intervenção de terceiros e o Código de Defesa dos Consumidores**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2010.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

RIMA, Ingrid Hahne. **História do pensamento econômico**. Tradução Auriphebo Berrance Simões, revisão técnica Helio de Paula Leite. São Paulo: Atlas, 1977.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Segunda Câmara Cível. Apelação cível n. 197278518. j. 17 jun. 1998.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. **A oferta no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130 jul./set. 2004. Disponível em:

<<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/10/AUTONOMIA-DA-VONTADE.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.

_____. **Il contratto del duemila**. 2. ed. Turim: Giappichelli, 2005.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Jus Podium, 2013.

ROTHSCHILD, Michael; STIGLITZ, Joseph E. Equilibrium in Competitive Insurance Markets: an essay on the economics of imperfect information. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 90, n. 4, p. 629-649, nov. 1976. Disponível em: <<http://www.econ.yale.edu/~dirkb/teach/pdf/rothschild/1976%20equilibrium%20in%20competitive%20insurance.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

SALAMA, Bruno. Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner. São Paulo: FGV, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30>. Acesso em: 15 jan. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 823, maio 2004.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 14. ed. São Paulo: Best Seller, 2004.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio de função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOLIM, Cesar Matos Viterbo. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte referente ao comércio eletrônico. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 21, n. 83, p. 76, jul./set. 2012.

_____. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 55, p. 74, jul./set. 2005.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, 1988.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1942.

SCHWARCZ, Steven L. Systemic Risk. **Georgetown Law Journal**, v. 97, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1008326>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

SCOTT, Robert; TRIANTIS, George Triantis. Anticipating litigation in contract design, 115 **YALE Law Journal**. 814, 2006. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/339.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

SILVA, Juliana Pedreira da. **Contrato sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato**. São Paulo: Atlas, 2011.

SPENCE, Michael. Job Market Signaling. **Quarterly Journal of Economics**, v. 87, n. 3, p. 355-437, 1973.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102-136.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

TAYLOR, Overton H. **A History of Economic Thought**. New York: McGraw-Hill, 1960.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica**. Disponível em: <<http://www.amde.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51-62.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da Law and Economics. **Revista de Processo**, São Paulo, p. 153-180, dez. 2009.

TIMM, Luciano; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; BALBINOTTO NETO, Giácomo. Economia constitucional: efeitos das variáveis econômicas sobre o crescimento econômico. **Berkeley Program in Law and Economics**, 2008. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/042308-1>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; FRAGA, Patrícia. Contratos de Investimento Estrangeiro: segurança jurídica como pressuposto e como incentivo. **Revista Eletrônica da Associação Mineira de Direito e Economia**, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/C2012/article/view/166>>. Acesso em: 19 fev. 2013.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo: uma introdução à teoria de escolha pública**. Tradução de Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005.

VANZELLA, Rafael. O contrato: de Enzo a Vicenzo. **Revista de Direito FG 2**, v. 1, n. 2, p. 221-228, jun./dez 2005. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_02_p221_228.pdf>. Acesso: 17 mar. 2013.

VARIAN, Hal. **Microeconomia: princípios básicos**. Tradução da 7ª edição norte americana por Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VELJANOVSKI, C. **A Economia do direito e da lei: uma introdução**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VELLOSO, Andrei Pitten. Mutações paradigmáticas da codificação: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 9-52, 2004.

WALD, Arnoldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 21, p. 43, jul./set. 2003.

WATTS, Duncan J. **Tudo é óbvio: desde que você saiba a resposta**. Tradução Letícia Della Giacoma de França. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: the transaction cost approach. **The American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, p. 548-577, 1981. Disponível em: <<http://glenn.osu.edu/faculty/brown/home/Org%20Theory/Readings/Williamson1981.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e a sua fragmentação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.