

# O necessário encontro do Direito Contratual com o poder

Repensando o alcance da presunção de simetria dos contratos  
empresariais

---

**Ana Frazão**

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do  
CADE.

---

Já faz algum tempo que o Direito Societário aceitou que precisava lidar mais diretamente com o fenômeno do poder. Por essa razão, a Lei 6.404/76 reconheceu instâncias de poder que, como é o caso do controle e da influência significativa, transcendem os órgãos societários formais e são insuscetíveis de definições fechadas e apriorísticas.

Com o passar do tempo, novas reflexões e categorias entraram no debate— como é o caso dos investidores institucionais, dos acionistas de referência, dos minoritários qualificados, dentre outros – a fim de que o Direito Societário possa acompanhar a realidade, encontrando mecanismos para entender como o poder empresarial se estrutura e age.

É inequívoco que, ao assim fazer, o Direito Societário teve que sair do conforto e da segurança dos conceitos e das categorias dogmáticas, para enfrentar o desafio de enfrentar uma situação que, como o poder, é necessariamente complexa, plástica e dinâmica. Entretanto, esse movimento foi imprescindível para assegurar o acoplamento do Direito Societário à realidade.

Já o Direito Contratual, até hoje, reluta em considerar com mais atenção o fenômeno do poder no âmbito das relações empresariais. É como se, do ponto de vista do Direito Privado, o problema da assimetria fosse confinado ao Direito do Trabalho e ao Direito do Consumidor, de forma que todos os

demais contratos – especialmente os empresariais – seriam presumivelmente simétricos, sem maiores reflexões sobre os valores veiculados pela referida presunção e em que medida ela corresponde ou não à realidade.

Como corolário do Estado liberal, o princípio da simetria dos contratantes está relacionado a uma compreensão muito peculiar de indivíduos e de sociedade, em que se optou por ignorar as reais desigualdades em nome da igualdade formal. Daí a ideia de que as pessoas contratam porque querem, quando querem, com quem querem e nos termos do que querem, sendo o contrato a mais perfeita instrumentalização da soberania com que cada indivíduo rege a sua vida.

Nesse contexto, é fácil justificar que os contratos sejam vistos como leis entre as partes (*pacta sunt servanda*), inclusive para o fim de impedir qualquer tipo de controle judicial sobre o seu conteúdo. Afinal, além da segurança e da previsibilidade fundamentais para uma economia de mercado, ainda se pode invocar o fundamento moral de que os contratos refletem a autonomia da vontade e que, exatamente por isso, são inerentemente justos.

Embora a ausência de intervenção estatal sobre o conteúdo dos contratos sempre tenha sido apresentada como uma solução técnica ou mesmo neutra, é inequívoco que representa importante escolha valorativa. Ao desconsiderar as claras desigualdades do mundo real, a presunção de simetria e o *pacta sunt servanda* são uma clara opção pelos mais fortes, abrindo a possibilidade de que ajam de forma iníqua e anulem por completo a liberdade do outro contratante. Não é sem razão que, como sintetiza Zingales<sup>1</sup>, o chamado *laissez-faire*, longe de ser a ausência do Estado, é a intervenção estatal ativa para proteger o *status quo*, mesmo com as suas injustiças.

Verdade seja dita que, no contexto do início do século XIX, a presunção de simetria, pelo menos em relação a agentes empresariais, era mais sustentável, diante de uma economia industrial ainda incipiente e consideravelmente pulverizada.

Tal realidade, aliada ao modelo de concorrência perfeita proposto pela teoria econômica da época, possibilitou a conclusão de que, por meio dos contratos, agentes racionais e informados alocam riscos e expectativas com plena liberdade, até porque a competição lhes traria várias alternativas reais de

---

<sup>1</sup> ZINGALES, Luigi. *A capitalism for the people. Recapturing the lost genius of American prosperity*. New York: Basic Books, 2014.

escolha. Como garantia da diversidade e freio natural contra abusos, a concorrência asseguraria a liberdade de contratar e o próprio equilíbrio de mercado.

Entretanto, mesmo no século XIX, já era possível antever as consequências de um regime de mercado sem regras do jogo que, ao conformar a liberdade dos agentes econômicos, assegurassem a disputa baseada no mérito. Como sustentam Akerloff e Shiller<sup>2</sup>, se Adam Smith estava correto ao definir que o auto-interesse é o móvel do comportamento humano, a conclusão que daí decorre é que a liberdade egoísta e desenfreada tende a gerar manipulação, fraude e condutas exploratórias.

Não obstante, a crença ingênua de que haveria uma mão invisível coordenando o egoísmo individual em prol do bem comum foi mais uma razão para evitar maiores reflexões sobre os efeitos concretos que as desigualdades de poder poderiam produzir nas relações de mercado.

Verdade seja dita que, na economia clássica, que ainda era considerada uma economia política, as desigualdades de poder eram analisadas a partir da perspectiva da luta de classes, priorizando a oposição natural entre a burguesia e os trabalhadores. Entretanto, pouca atenção se dava às desigualdades de poder dentro da própria burguesia – os contratos hoje considerados empresariais.

Com a economia neoclássica que começa a se formar a partir do final do século XIX, até mesmo a luta de classes foi afastada do espectro de reflexões. O preço de a economia política virar *economics* foi precisamente expurgar do raciocínio econômico qualquer discussão sobre poder ou assimetrias entre agentes econômicos.

A ironia é que a economia neoclássica começou a se estruturar precisamente em um momento no qual já era claro que a concorrência perfeita era uma grande falácia. Para além dos seus pressupostos idealizados, tais como a plena racionalidade dos agentes e a informação perfeita, já se verificava, no final do século XIX, uma concentração empresarial cada vez maior, destacando a posição dominante que, como se sabe, é uma falha de mercado exatamente por impedir o funcionamento regular do mecanismo de preços.

---

<sup>2</sup> AKERLOFF, George; SHILLER, Robert. *Phishing for Phools. The economics of manipulation and deception*. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

De lá para cá, a experiência empírica e a literatura em torno das falhas de mercado são cada vez mais robustas, elencando, ao lado da posição dominante, diversas outras situações que podem afastar por completo a presunção de simetria, incluindo os problemas de assimetria informacional.

Por outro lado, a partir da superação do Estado liberal, ficou evidente a necessidade de se analisar a igualdade também sob a dimensão material, pelo menos para o fim de impedir desigualdades ou desequilíbrios extremos.

Com efeito, se pode ser difícil ou mesmo impossível determinar o que é o equilíbrio perfeito, é algo exequível mapear desequilíbrios evidentes ou inaceitáveis, especialmente quando estes decorrem de assimetria entre as partes que impedem uma negociação minimamente equilibrada, da qual provavelmente resultará um contrato igualmente desbalanceado em favor do mais forte.

Portanto, especialmente a partir da implementação das primeiras constituições sociais, já havia um farto material jurídico e econômico para questionar o princípio da simetria dos contratantes em contratos privados e estabelecer ao menos importantes exceções à sua incidência.

Afinal, se há falhas de mercado e abusos de posição dominante, é inequívoco que tais problemas, sem prejuízo de poderem ser endereçados em nível macro por outras áreas jurídicas, como o Direito Antitruste, reclamam, em nível micro, a solução pelas vias usuais do Direito Contratual, que também precisa lidar com as reais relações de poder e as formas pelas quais elas podem impactar na inexistência de uma negociação realmente livre.

Como o Direito Contratual não evoluiu suficientemente, recusando-se a enfrentar diretamente a questão do poder, assistimos no Brasil ao estranho fenômeno da indevida expansão do Direito do Consumidor mesmo para relações empresariais, sempre que constatado um tipo relevante de vulnerabilidade que pudesse afastar a presunção de simetria.

Ocorre que, sem embargo de reconhecer os inúmeros excessos e abusos da jurisprudência nesse sentido, é importante refletir se e em que medida essa expansão indevida do Direito do Consumidor não decorreu da dificuldade – senão da incapacidade - que o Direito dos Contratos Empresariais

tem de compreender as desigualdades reais que podem marcar as relações empresariais e extrair as adequadas consequências jurídicas para tais casos.

Se tais problemas já são sérios há bastante tempo, hoje estão cada vez mais graves. Diante de uma economia cada vez mais concentrada, a posição dominante é regra em diversos mercados. Diante de mercados verticalizados, a assimetria informacional do agente integrado pode impedir negociações minimamente equilibradas com os agentes não integrados. Diante de mercados digitais, a assimetria informacional em favor de grandes agentes tratadores de dados pode fazer com que estes se antecipem ao comportamento dos seus contratantes, agindo em uma posição de certeza que é incompatível com a própria ideia do contrato como instrumento de alocação de riscos<sup>3</sup>. Diante de agentes empresariais como as plataformas *gatekeepers*, estas podem usar informações sobre os seus usuários para concorrer com eles próprios. Isso sem falar nas inúmeras possibilidades de manipulação informacional e digital, o que certamente exige da dogmática uma ressignificação até mesmo do que pode ser considerado consentimento.

Para além desses problemas, a própria doutrina do Direito Empresarial já vinha sedimentando algumas situações que, como é o caso dos contratos de adesão ou de dependência econômica, poderiam afastar a presunção de simetria. Entretanto, se já havia considerável controvérsia em torno desse assunto, a recente edição da Lei de Liberdade Econômica acabou representando um freio a tais esforços, na medida em que reforçou o princípio da simetria, mantendo a indiferença em relação às desigualdades reais de poder que podem ocorrer em um país como o Brasil.

Diante do quadro descrito, a grande questão é saber até quando o Direito Contratual continuará usando a presunção de simetria como desculpa para fechar os olhos para o poder e as desigualdades dele resultantes? Quanto tempo mais precisaremos para entender que tal postura pode conceder vantagens injustificáveis a agentes poderosos, mesmo quando abusam do seu poder, praticam iniquidades e anulam a liberdade de contratar do outro?

3

Ver, sobre o assunto, ZUBOFF, Shoshana, *The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*. New York: Public Affairs, 2019 e FRAZÃO, Ana, Liberdade de contratar e alocação de riscos. As recentes transformações que colocam em xeque as premissas essenciais da teoria contratual. Jota. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/liberdade-de-contratar-e-alocacao-de-riscos-10062020>.

Se a questão, do ponto de vista jurídico, exige a reflexão sobre o necessário equilíbrio que deve existir entre segurança jurídica e justiça, ao menos para o fim de evitar injustiças evidentes e inaceitáveis, do ponto de vista econômico, exige a reflexão sobre o que podemos considerar como competição pelo mérito.

Mesmo que adotemos a visão liberal de Friedman, teremos que reconhecer que apenas pode haver competição pelo mérito quando os mercados são sujeitos à competição livre e aberta e são regidos por regras do jogo que impeçam a manipulação e a fraude<sup>4</sup>.

Consequentemente, sem competição e sem mecanismos para coibir abusos por parte dos mais fortes, incluindo os abusos contratuais, o próprio regime de mercado torna-se disfuncional e descolado da disputa pelo mérito. Daí por que a intervenção estatal nesses casos, longe de ser uma aberração, é fundamental para a própria preservação dos mercados.

Todos esses argumentos mostram que já está mais do que a hora de que o Direito Contratual, a exemplo do Direito Societário, saia da zona de conforto decorrente da presunção de simetria e enfrente o fenômeno do poder. Mesmo a Lei de Liberdade Econômica, se bem interpretada, não é um óbice a esta missão, pois o art. 421-A do Código Civil deixa claro que a presunção de simetria pode ser afastada diante de elementos concretos que assim justifiquem. E é só olhar para a realidade com um pouco mais de cuidado para se concluir que não faltam elementos concretos para isso.

Publicado em 12/04/2023

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-necessario-encontro-do-direito-contratual-com-o-poder-12042023>

---

4

Ver FRAZÃO, Ana. Capitalismo de stakeholders e investimentos ESG. Considerações sobre o tema após 50 anos da publicação do artigo seminal de Milton Friedman. *Jota*. Série de 4 artigos. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-stakeholders-e-investimentos-esg-28042021>.

