

Riscos em contratos empresariais

Quando a premissa
da alocação livre, racional e informada de riscos é colocada em xeque

Ana Frazão

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

Durante muito tempo, os contratos foram vistos como instrumentos perfeitos de alocação de riscos entre as partes. É nessa ideia que se assenta a principiologia liberal que vê o contrato como inerentemente justo – uma vez que decorrente do acordo de vontades sobre aquilo que as partes consideram o melhor para elas – e também a idolatria do *pacta sunt servanda*.

Tal compreensão encontra também perfeita correspondência com o modelo econômico baseado na competição perfeita entre agentes econômicos racionais e informados. Assim, a alocação de riscos definida pelos contratos é adequada pois decorre de um processo racional, informado e livre: cada um contrata se quiser, quando quiser, como quiser e com quem quiser.

Ocorre que tal modelo, que já era descolado da realidade desde o século 19, foi perdendo progressivamente sua capacidade de explicar o que ocorre na vida prática e de resolver os conflitos na esfera contratual, aí incluídos os igualmente os contratos empresariais. Com efeito, a premissa de que a alocação de riscos entre as partes é livre, racional e informada é hoje colocada em xeque por uma miríade de fatos relacionados (i) às partes contratuais, (ii) aos mercados e (iii) a própria estrutura e função de diversos contratos.

Dentre os fatos relacionados às partes contratuais, podemos citar os seguintes:

- Reconhecimento do mito da racionalidade perfeita dos agentes, tal como se observa a partir de ensinamentos da economia comportamental, economia das narrativas, economia da identidade, sociologia econômica, dentre outros.
- Reconhecimento do mito da informação perfeita, uma vez que a informação imperfeita é a regra e a assimetria informacional é uma das mais frequentes falhas de mercado.
- Reconhecimento do problema das grandes assimetrias entre as partes, o que gera impasses para um Direito Empresarial que está assentado na premissa da simetria e nem sempre sabe como reagir a situações nas quais isso não acontece, como nas hipóteses de contratos de adesão e posição dominante ou dependência econômica de um dos contratantes.

Já no tocante aos fatos relacionados aos mercados, podem ser citados os seguintes:

- Reconhecimento do mito da concorrência perfeita, uma vez que a concentração de mercado é uma característica da economia contemporânea, de modo que, sem rivalidade, não há o antídoto natural dos mercados para conter os abusos e oportunismos excessivos de vários agentes econômicos que impedem a livre alocação de riscos por ambas as partes.
- Reconhecimento da falácia da pretensão de domínio e plena capacidade de predição do futuro, bem como do cálculo e gerenciamento de riscos, uma vez que há diversos riscos de difícil identificação, mensuração ou estimação, assim como é cada vez mais frequente que os agentes econômicos tenham que celebrar seus pactos diante de cenários de incertezas ou mesmo das incertezas radicais (o que não sabemos que não sabemos). Em muitas situações, portanto, é impossível alocar *ex ante* os riscos do contrato.
- Reconhecimento da dimensão social do mercado, com seus aspectos positivos ou negativos, como a existência de favorecimentos indevidos, corrupção, cartéis e inúmeras outras disfuncionalidades que dificultam ou mesmo impossibilitam a adequada alocação de riscos.
- Questionamentos da premissa de Milton Friedman sobre o funcionamento do mecanismo de preços, uma vez que os mercados não têm como fazer o

seu “milagre” sem a livre e aberta competição¹ e tal circunstância interfere consideravelmente na alocação de riscos pelas partes contratuais.

- Reconhecimento da posição dominante como importante falha de mercado, o que tem inúmeras projeções sobre a alocação de riscos entre as partes. Não é sem razão que o Direito Antitruste atualmente se depara com a discussão sobre inúmeros abusos de posição dominante relacionados à ausência de alocação livre de riscos pelas partes, de que são exemplos os preços excessivos.
- Reconhecimento de inúmeras disfuncionalidades e falhas de mercado que nem sempre podem ser resolvidas pela regulação setorial.

Por fim, no que se refere aos fatos relacionados aos contratos em si, é importante lembrar que a alocação livre, racional e completa de riscos é mais compatível com o modelo do contrato *spot*, instantâneo ou de curso prazo, mas não costuma acontecer em uma boa parte das relações contratuais empresariais, dentre as quais:

- Contratos de longo prazo, uma vez que as partes não têm como alocar perfeitamente riscos diante de um futuro distante que não pode ser adequadamente previsto, especialmente diante das incertezas. Nesse sentido, por mais que possam ser pensadas soluções jurídicas pontuais para o problema – como a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva – todas elas estão cercadas de dificuldades na sua aplicação prática e sempre exigirão uma reavaliação da alocação de riscos inicialmente estabelecida pelas partes.
- Contratos de colaboração e contratos associativos, que, por envolverem grau de cooperação diferenciada, costumam ser incompletos e substituírem a lógica da segurança e previsibilidade pela lógica da flexibilidade e adaptabilidade. Assim, parte significativa da alocação de riscos, longe de ser estabelecida de forma *ex ante*, é necessariamente diferida no tempo, o que exige soluções - tais como os mecanismos de governança - para atualizar e rever o contrato, contendo o oportunismo excessivo de ambas as partes.

¹ Ver série sobre o tema: FRAZÃO, Ana. Jota. Capitalismo de stakeholders e investimentos ESG. Considerações sobre o tema após 50 anos da publicação do artigo seminal de Milton Friedman. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/capitalismo-de-stakeholders-e-investimentos-esg>

- Contratos conexos ou em rede, em que a alocação de riscos de contratos individuais nem sempre contempla os interesses da rede contratual como um todo e pode ser inclusive contrária a tais interesses.
- Contratos que geram riscos excessivos e externalidades negativas para terceiros, especialmente para *stakeholders*, o que mostra que a alocação de riscos celebrada pelas partes pode ser eficiente para elas, mas extremamente danosa para aqueles que igualmente sofrerão as consequências dos contratos.

A partir desses fatos, algumas conclusões preliminares são possíveis de serem estabelecidas:

- Há inúmeras limitações de ordem prática para a alocação livre, racional e informada de riscos.
- Há diversas situações em que, por uma série de circunstâncias, como a posição dominante do outro contratante, uma parte não pode alocar livremente o risco do contrato, sendo submetida à vontade exclusiva da outra. Nesses casos, longe de ser instrumento de alocação de riscos entre as partes, o contrato torna-se mecanismo de dominação da parte mais forte.
- Há muitas situações em que ambas as partes não podem ou até não querem fazer a alocação *ex ante* do risco diante de um futuro longínquo em relação ao qual terão grandes dificuldades de prever, calcular e gerenciar o risco desde o início da relação contratual.
- Diante das falhas de mercado e das incertezas radicais, há muitas situações em que mesmo quando as partes querem e tentam alocar o risco *ex ante*, dificilmente terão êxito em sua empreitada.
- Ainda quando as partes conseguem alocar o risco entre si, não necessariamente conseguirão gerenciar os impactos e os riscos do contrato sobre redes ou demais contratos conexos ou mesmo sobre terceiros e *stakeholders*.

Logo, para além de soluções específicas para os contratos de colaboração, associativos, em rede ou conexos, é preciso trazer para dentro da discussão sobre os contratos empresariais o fenômeno do poder², para o fim de

² <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-necessario-encontro-do-direito-contratual-com-o-poder>

entender quando o contrato é instrumento de dominação da parte mais forte. É igualmente preciso levar a questão informacional a sério, especialmente em mercados em que a ausência de concorrência não poderia levar ao resultado esperado por Hayek em mercados competitivos: um cenário em que os agentes disputariam pela própria informação. Ainda é imprescindível entender os limites da alocação de riscos entre as partes quando esta traz consequências nefastas sobre a rede contratual ou mesmo sobre terceiros e *stakeholders*.

Chegar a tais conclusões não implica negar a importância do *pacta sunt servanda* – uma vez que gerar segurança é a provavelmente a principal função econômica do contrato - nem adotar uma conduta paternalista que, ignorando o profissionalismo e a experiência dos agentes econômicos, busque flexibilizar excessivamente os contratos empresariais em prol de proteger a parte mais fraca. Trata-se apenas de entender as limitações dos contratos como instrumentos de alocação de riscos e refletir sobre ajustes que precisam ser feitos nas soluções jurídicas.

Com efeito, por mais que experiência e profissionalismo sejam – e devam ser - vetores competitivos, não se pode ignorar a realidade e esperar das partes contratantes (ou de uma delas) aquilo que é impossível ou inexigível diante das circunstâncias pessoais, de mercado e do próprio contrato.

Publicado em 26/03/2026

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/riscos-em-contratos-empresariais>