

**RELAÇÕES CONTRATUAIS ASSIMÉTRICAS E A PROTEÇÃO DO  
CONTRATANTE ECONOMICAMENTE MAIS FRACO: ANÁLISE A PARTIR DO  
DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO**

**ASYMMETRIC CONTRACTING RELATIONS AND THE PROTECTION OF THE  
ECONOMICALLY LOW CONTRACTOR: ANALYSIS FROM BRAZILIAN  
BUSINESS LAW**

Fabiano Koff Coulon<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo discute, à luz do Direito Empresarial do Brasil, as relações jurídicas entre as partes contratantes, destacando as possibilidades jurídicas da parte economicamente mais débil. A partir da Análise Econômica do Direito, se busca trazer uma ampla revisão da bibliografia nacional e estrangeira, com o foco no *hold-up problem*, a fim de iluminar as perspectivas principiológico-hermenêuticas existentes no cenário brasileiro na atualidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Empresarial; Assimetria de informações; *Hold-up problem*; Princípio da proteção ao contratante economicamente mais fraco.

**ABSTRACT:** This article discusses, in the light of Brazilian Business Law, legal relations between the contracting parties, highlighting the legal possibilities of the economically weaker party. Based on the Economic Analysis of the Law, it seeks to bring a broad review of the national and foreign bibliography, with the focus on the hold-up problem, in order to illuminate the principiological-hermeneutic perspectives existing in the Brazilian scenario today.

---

<sup>1</sup> Graduado (1993), Mestre (2007) e Doutor (2013) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor e pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e dos cursos de graduação em Direito e Relações Internacionais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado atuante nas áreas do Direito Civil e Direito Empresarial, sócio de *Coulon, Dresch e Masina Advogados*, com sede em Porto Alegre/RS; e-mail: fabiano.coulon@gmail.com

**KEY WORDS:** Business Law; Asymmetry of information; Hold-up problem; Principle of protection for the economically weaker.

## **INTRODUÇÃO**

As relações empresariais e contratuais se encontram em processo crescente de complexidade e agilidade na sua constituição. A possibilidade de assimetria de informações entre as partes, aliada à capacidade econômico-negocial delas, acaba gerando relações jurídicas que prejudicam a igualdade contratual. Aqui se tem um espaço jurídico importante para ser observado e normatizado.

Neste cenário, se pretende analisar estas questões, especificamente no tocante às relações desiguais e de dependência de uma parte em relação a outra, que fazem nascer o chamado *hold-up problem*. Além disso, se pretende dar visibilidade sobre o modo como o Direito Empresarial brasileiro trabalha estas questões, buscando-se, num primeiro momento, esboçar um breve histórico das codificações da matéria comercial no Brasil, para então apresentar o “princípio da proteção ao contratante economicamente mais fraco [ou empresarialmente dependente] nas relações contratuais assimétricas” tal como este consta das previsões específicas nos Projetos de Código Comercial em tramitação nas casas legislativas do Congresso Nacional brasileiro (sendo estas a Câmara dos Deputados e o Senado Federal).

Após, na segunda parte, buscar-se-á identificar, com recurso a ferramentas importadas da Economia e comumente trabalhadas pela Análise Econômica do Direito, as noções de assimetria informacional e *hold-up contratual* que se acredita ser importantes para um possível equacionamento do conteúdo dessa norma jurídica que poderá entrar em vigor, alterando o panorama do tratamento jurídico dos contratos empresariais no Brasil.

## **PARTE I - PANORAMA LEGISLATIVO DO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO CONTRATANTE ECONOMICAMENTE MAIS FRACO**

### **A) O direito empresarial brasileiro e sua codificação**

Importa inicialmente traçar um breve panorama sobre a evolução da codificação do direito empresarial (outrora denominado comercial) brasileiro, para melhor ilustração acerca

da temática a ser abordada. Tal digressão histórica, evidentemente, não poderá ser exaustiva<sup>2</sup>, tratando-se apenas de um breve esboço para melhor compreensão do contexto das novas tentativas de codificação.

Esse percurso tem início com a promulgação do Código Comercial imperial, instituído pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 (Brasil), bem como com a edição, no mesmo ano, do Regulamento 737, de 25 de novembro, o qual disciplinou a jurisdição em matéria comercial no Brasil.

A destacar na edição do Código e respectivo Regulamento a adoção da teoria dos atos de comércio<sup>3</sup>, de perfil objetivo e inspiração no Direito Francês. Assim, dispunha o art. 19 do Regulamento 737:

Art.	19.	Considera-se	mercancia:
§ 1º	A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.		
§ 2º	As operações de cambio, banco e corretagem.		
§ 3º	As empresas de fabricas; de commissões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos.		
§ 4.º	Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio		maritimo.
§ 5.º	A armação e expedição de navios.		

O âmbito de aplicação da codificação da matéria comercial estaria, assim, delimitado pela enumeração dos atos próprios de mercancia contida no art. 19, estabelecendo-se assim uma área de aplicação exclusiva, dicotomizando-se em relação à matéria cível, que somente viria a ser codificada em 1916 com a edição do Código Civil brasileiro, consagrando-se assim a separação da regulação das relações civis e comerciais em dois diplomas legislativos específicos.

Observando-se, com o passar do tempo, um esgotamento da aplicabilidade da teoria dos atos de comércio, e com a fragmentação da regulação da matéria comercial mediante a edição de importantes leis esparsas<sup>4</sup>, após longo período de vigência plena o Código

---

<sup>2</sup> Para um tratamento atual mais abrangente da história do direito comercial brasileiro, ver Forgioni, 2009.

<sup>3</sup> Embora, para alguns autores, de forma não pura. Ver Forgioni, 2009, p. 42.

<sup>4</sup> Por exemplo, a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispôs sobre a Sociedade por Ações, e a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, que disciplinou os institutos da falência e da recuperação de empresas.

Comercial de 1850 acabou por ser quase integralmente revogado<sup>5</sup> pela entrada em vigor do Código Civil instituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

A nova codificação civil reuniu no mesmo *corpus legis* a matéria civil e comercial, consagrando uma unificação pretendida por muitos juristas, em especial e de forma pioneira, por Augusto Teixeira de Freitas. Sua principal influência, no que toca ao perfil da normatização da matéria empresarial, foi o Código Civil italiano de 1942 e o deslocamento do foco dos atos de comércio para uma teoria centrada em uma noção jurídica de empresa e no conceito de empresário formulado no art. 966 do novo Código:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Essa nova codificação, em vigor há apenas aproximadamente quinze anos, ainda vem sendo em larga medida discutida e adaptada à prática empresarial no Brasil, o que não impediu fossem formulados dois projetos de lei, cada qual em tramitação perante uma das casas legislativas do Congresso Nacional brasileiro, com vistas à promulgação de um novo Código suficientemente abrangente a regular, de forma quase exaustiva e exclusiva (trata-se neles apenas a matéria comercial, apartando-a novamente, em termos de presença em um mesmo corpo de lei, da matéria civil), as relações que hoje se qualificam como de direito empresarial. Sobre esses projetos e uma de suas previsões específicas trata-se a seguir.

## **B) Os Projetos de Código Comercial e o princípio da proteção ao contratante economicamente mais fraco**

Nessa primeira parte, busca-se apresentar uma possível inovação no terreno da principiologia dos contratos empresariais, qual seja, a previsão contida nos dois projetos de lei em tramitação nas duas casas parlamentares do Congresso Nacional brasileiro (quais sejam, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal), de um princípio da “proteção ao contratante economicamente mais fraco (ou ‘empresarialmente dependente’) nas relações contratuais assimétricas”.

---

<sup>5</sup> Na realidade, algumas disposições do Código Comercial relativas a Direito Marítimo ainda se consideram em vigor.

Trata-se dos Projetos de Lei nº 1.572/2011, em tramitação perante a Câmara dos Deputados, e nº 487/2013, o qual tramita no Senado Federal. Esses dois projetos pretendem, cada qual, instituir uma nova codificação do Direito Comercial brasileiro, com a pretensão de regular, de forma abrangente, a matéria a que hoje se refere como "direito empresarial" (na esteira da adoção, pelo direito brasileiro, quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, da teoria da empresa de vertente italiana). Ambos contém em suas redações, uma preocupação com a positivação de princípios específicos no terreno da contratação empresarial<sup>6</sup>.

Para imediata ilustração, segue abaixo o texto do art. 303, do Projeto de Lei 1.572/2011 (Câmara dos Deputados) (Brasil, 2018), com especial atenção ao inciso III, que contém a previsão do referido princípio:

Art. 303. São princípios do direito contratual empresarial  
I – autonomia da vontade;  
II – plena vinculação dos contratantes ao contrato  
**III – proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas; e**  
IV – reconhecimento dos usos e costumes do comércio. [Grifou-se].

Em redação similar, apresenta-se o art. 17, inciso III, do Projeto de Lei 487/2013 (Senado) (Brasil, 2018a):

Art. 17. São princípios aplicáveis aos contratos empresariais  
I – autonomia da vontade;  
II – plena vinculação dos contratantes ao contrato  
**III – proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas; e**  
IV – reconhecimento dos usos e costumes do comércio. [Grifou-se].

Em ambos os casos, parte-se do reconhecimento de um fenômeno, a existência de relações contratuais empresariais assimétricas, para então positivar-se um princípio visando a proteção da parte que se posicione no pólo mais frágil dessa assimetria.

O reconhecimento da existência de relações obrigacionais assimétricas não é propriamente uma novidade no Direito brasileiro. Na realidade, a presença de assimetria entre as partes de uma relação jurídica obrigacional tornou-se a base sobre a qual se construiu a

---

<sup>6</sup> Uma explanação mais completa acerca das razões pelas quais existem, no momento, dois projetos de lei autônomos, tramitando cada um em uma casa legislativa do Congresso Nacional, versando sobre a mesma matéria em com o mesmo objetivo, a instituição de um novo Código Comercial brasileiro, foge ao escopo do presente trabalho. No momento, importa referir que tal possibilidade está abrangida pelas regras referentes ao processo legislativo no Congresso brasileiro.

regulação de pelo menos duas grandes áreas do Direito brasileiro: o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor.

Tanto na normatização da relação jurídica de trabalho, através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho ou CLT), quanto no chamado Código de Defesa do Consumidor (CDC), instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a constatação de desigualdade relevante na relação entre as partes é o pressuposto para a construção de uma regulação com viés protetivo da parte identificada como “mais fraca”, “dependente”, “vulnerável” ou “hipossuficiente”, respectivamente, o trabalhador e o consumidor.

Para ilustração, seguem os artigos 3º, da CLT, e 4º, I, do CDC:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a **dependência** deste e mediante salário.

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:

I - reconhecimento da **vulnerabilidade** do consumidor no mercado de consumo; [Grifou-se].

Refira-se, por fim, que o reconhecimento da vulnerabilidade de consumidores e trabalhadores e da necessidade de sua proteção legal possui *status* de norma constitucional, podendo ser extraído dos artigos 5º, XXXII, e 170, V (no que pertine ao consumidor) e artigos 6º a 11 (quanto ao trabalhador), todos da Constituição Federal.

A assimetria reconhecida entre empregadores e empregados, e entre consumidores e fornecedores para fins de proteção legal é, no entanto, estrutural. Na regulação dessas matérias parte-se do pressuposto de que a desigualdade na relação existe e é pervasiva, podendo-se compreender algumas gradações (quando, por exemplo, fala-se da hipervulnerabilidade de determinados grupos de consumidores, conforme Schmitt, 2014). A realidade das relações empresariais enquanto objeto de tratamento jurídico, no entanto, tem sido completamente diferente, no sentido de que estruturalmente se parte do pressuposto da igualdade das partes na relação, sendo esse frequentemente um ponto de diferenciação entre as relações empresariais propriamente ditas e relações como as de trabalho ou consumo.

Dessa forma, como compreender o reconhecimento da desigualdade em um contexto de relações contratuais no qual ela se apresenta como exceção, e não como regra geral? Esse talvez seja o primeiro desafio para melhor compreensão de como pode ser formatado um modelo jurídico adequado para as chamadas “relações contratuais empresariais assimétricas” e para a proteção dos seus “contratantes economicamente mais fracos” ou “empresarialmente dependentes”.

Os tópicos da *assimetria* e da *dependência* no campo dos contratos têm sido objeto de análise de abundante literatura na área econômica, da qual proliferam *insights* importantes para a identificação das principais causas desses fenômenos, e quiçá de como tratá-las, principalmente no campo das relações empresariais. Passa-se então a apresentar, sem qualquer pretensão de esgotamento, algumas dessas noções que, acredita-se, poderão atuar como ferramentas analíticas importantes para obter-se um maior esclarecimento no tratamento do tema.

## **PARTE II - A ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS E AS QUESTÕES DA ASSIMETRIA E DA DEPENDÊNCIA CONTRATUAL**

### **A) Assimetria informacional, problema de agência e risco moral (*moral hazard*)**

Embora com antecedentes que remontam a Adam Smith<sup>7</sup>, Bearle e Means (1932) e Ronald Coase<sup>8</sup>, o tratamento das situações de assimetria informacional que dão margem ao surgimento do risco moral é especialmente debitária da contribuição de Michael Jensen e William Meckling (2008).

A relação de agência, delineada por Jensen e Meckling, corresponde a “um contrato sob o qual uma ou mais pessoas [o principal] emprega uma outra pessoa [o agente] para

---

<sup>7</sup> Por exemplo, na discussão de Adam Smith acerca do comércio exterior conduzido por sociedades por ações, identifica-se o problema do controle, por parte da direção das companhias: “Comprar num mercado para vender com lucro em outro, quando existem inúmeros concorrentes nos dois mercados; atender não apenas às variações ocasionais da demanda, mas também as variações muito maiores e muito mais frequentes na concorrência ou no fornecimento ou no fornecimento que essa demanda possivelmente conquista a outras pessoas, e adequar com rapidez e critério tanto a quantidade como a qualidade de cada sortimento de bens a todas essas circunstâncias, é uma espécie de guerra cujas operações estão em contínua mudança, e que dificilmente pode ser conduzida com êxito sem o infatigável esforço de vigilância, o que não se pode esperar por muito tempo dos diretores de uma sociedade por ações”. (Smith, 2003. v. 2, p. 958).

<sup>8</sup> Ver os Capítulos 2 (intitulado *The nature of the firm*), publicado originalmente em 1937, e 5 (*The problem of social cost*, em 1960) em Coase, 1990.

executar em seu nome um serviço que implique a delegação de algum poder de decisão ao agente”<sup>9</sup>.

Partindo-se do pressuposto de que ambos, agente e principal, possuem funções de utilidade diversas, ou seja, seus interesses não coincidem, necessariamente, em todos os momentos, e agirão, quando possível, no sentido de maximizá-las, o problema do agente-principal ocorre quando aquele que foi contratado para atuar em nome e no interesse do principal, pratica atos incompatíveis com este objetivo, dado o fato de que algum elemento que compõe sua utilidade restaria sacrificado, se cumprisse, estritamente, seu dever negocial.

Um bom exemplo para a elucidação do problema em questão é trazido por Eric Posner:

Suppose that you want to sell your house. You have no experience selling houses, and you don't have the right contacts, so you hire a real estate agent. You want the agent to use as much care or effort as possible to sell your house. You want her to show the house to as many potential buyers as possible, to lavish it with praise, to prod buyers to make generous bids, to display its charms while minimizing its defects. But you know that the agent might not want to work as hard as you want her to work. She might prefer working 9 to 5, when in fact the best time to contact potential buyers is in the evening when their defenses are down. But the agent is tired in the evening, and would rather play with her kids than call buyers. She might want to take frequent breaks during working hours; she might avoid your house because it is a little farther away than the other houses that she sells; she might be lazy, as far as you know. Maybe, she has a side business -- an internet startup, no doubt -- on which she would rather spend her time. Your problem, then, is to figure out a way to get the real estate agent to work hard for you, when she might prefer to do other things, and do the bare minimum for you.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Jensen; Meckling, 2008. Refira-se que, embora os autores empreguem a palavra “contrato”, a relação de agência assume frequentemente formas não-contratuais, como nas relações familiares, por exemplo. Não é, assim, um fenômeno restrito à categoria jurídica “contrato”.

<sup>10</sup> Tradução nossa: “Suponha que você queira vender sua casa. Você não tem experiência na venda de casas e não possui os contatos certos, então você contrata uma corretora de imóveis. Você quer que a corretora utilize tanto cuidado ou esforço quanto seja possível para vender sua casa. Você quer que ela mostre a casa ao maior número possível de potenciais compradores, louve-a bastante, induza os compradores a fazer ofertas generosas, ressalte suas qualidades enquanto minimize seus defeitos. Mas você sabe que a corretora pode não querer trabalhar tão arduamente quanto você gostaria. Ela pode preferir trabalhar das 9h às 17h, quando de fato a melhor hora para contactar potenciais compradores seria ao final da tarde, horário em que as defesas destes estariam baixas. Mas a corretora está cansada à tardinha, por isso preferiria brincar com seus filhos a contactar compradores. Ela poderia querer tirar folgas frequentes durante o horário de trabalho; ela poderia evitar sua casa porque fica um pouco distante das outras casas que ela está vendendo; ela poderia ser preguiçosa, até onde você sabe. Talvez ela tenha um trabalho paralelo – uma pequena empresa na internet, sem dúvida – no qual ela preferiria dispende seu tempo. Seu problema, então, é descobrir uma maneira de fazer com que a corretora trabalhe arduamente para você, ainda que ela prefira fazer outras coisas e trabalhar para você apenas o mínimo necessário”. (Posner, 2000). Além desse trabalho de Eric Posner, ver, como texto introdutório à teoria da agência, também Eisenhardt, 1989.

A mitigação do problema do agente-principal passaria pela *configuração dos incentivos adequados*, em relação ao agente, bem como demanda que o principal incorra em *custos de monitoramento*, visando minimizar o comportamento desviante daquele (Jensen; Meckling, 2008).

Porém, tal resolução não deverá ser alcançada de forma plena, uma vez que, como afirmam Jensen e Meckling, “é em geral impossível para o principal ou o agente manter a relação de agência a um custo zero” (Jensen; Meckling, 2008). Assim, “em qualquer situação que envolva esforço cooperativo” (Jensen; Meckling, 2008), as partes deverão incorrer em *custos de agência*, estando nestes compreendidos: (1) os custos para elaboração e efetivação do(s) contrato(s) entre as partes (Saito; Silveira, 2008); (2) as despesas de monitoramento, por parte do principal: por exemplo, manutenção e controle de um sistema de cartão-ponto; telefonemas periódicos para averiguar se o agente se encontra desempenhando a tarefa; colocação de câmeras de segurança e sua manutenção (Jensen; Meckling, 2008); (3) as despesas com a concessão de “garantias”<sup>11</sup> ou salvaguardas contratuais, por parte do agente: imposição de multas ou outras penalidades contratuais ao agente, por conduta desviante; (4) os gastos realizados pelo agente para “sinalizar” ao principal os esforços empreendidos no sentido da adequada prestação contratual (Saito; Silveira, 2008); (5) o custo residual, que representa a perda de bem-estar sofrida pelo principal quando, ainda na presença das despesas supracitadas, ocorre algum nível de divergência entre as decisões do agente e a maximização da utilidade do principal (Jensen; Meckling, 2008).

Assim, dada a natureza resiliente de tais custos e a ubiquidade da relação de agência, a pesquisa da estrutura de incentivos, presente em cada caso no qual seja possível identificar, ao menos, uma versão do problema aqui tratado, passa a ser de interesse para a avaliação dos processos de tomada de decisão, nas mais diversas organizações, como ressaltam Jensen e Meckling:

The problem of inducing an “agent” to behave as if he were maximizing the “principal’s” welfare is quite general. It exists in all organizations and in all cooperative efforts— at every level of management in firms, in universities, in mutual companies, in cooperatives, in governmental authorities and bureaus, in unions, and in relationships normally classified as agency relationships such as those common in the performing arts and the market for real estate. The development of theories to explain the form which

---

<sup>11</sup> Aqui, o termo “garantias”, utilizado por Jensen e Meckling (2008), não possui significado propriamente jurídico, não fazendo referência necessária às garantias reais ou fidejussórias, que podem ser contratualmente estipuladas.

agency costs take in each of these situations (where the contractual relations differ significantly), and how and why they are born will lead to a rich theory of organizations which is now lacking in economics and the social sciences generally<sup>12</sup>.

O problema do agente-principal surge na medida em que se reconheça, necessariamente, em todos os esforços cooperativos, a presença de assimetria de informações, ou seja, o fato de que uma das partes contém informações privadas, que não podem ser acessadas pela outra, com absoluta fidedignidade<sup>13</sup>. Assim, a posse da informação privada dá, ao agente, uma vantagem que, dada a estrutura de incentivos a que este se encontra sujeito, ele poderá em seu proveito próprio, e não em benefício do principal.

A questão da informação privada pode dar origem a dois tipos de análise, com desenvolvimentos bem particulares, dentro da economia da informação. A primeira diz respeito à situação em que o agente usa uma informação oculta (*hidden information*), em uma situação pré-contratual, de modo a obter um benefício próprio, em detrimento dos interesses do principal.

O exemplo típico é o do vendedor de carros usados, que possui informações negativas sobre o estado de um automóvel e não as repassa ao cliente, eventualmente interessado<sup>14</sup>; ou então, o do candidato a um posto de trabalho que consegue ocultar sua falta de qualificação para a função que pretende exercer. Tais situações, na literatura econômica, são tratadas sob a designação de *seleção adversa* (*adverse selection*).

A segunda faz referência aos casos em que, já no contexto da fase de cumprimento contratual, o agente consegue ocultar suas ações (*hidden actions*) que não estariam de acordo

---

<sup>12</sup> Jensen; Meckling, 1976. Conforme tradução constante em: Jensen; Meckling, 2008: “O problema de induzir um ‘agente’ a se comportar como se ele estivesse maximizando o bem-estar do ‘principal’ é relativamente geral. Ele se faz presente em todas as organizações e em todos os esforços cooperativos – em qualquer nível da administração das firmas, em universidades, em empresas mistas (de sociedade anônima e cooperativa), em cooperativas, em órgãos públicos, em sindicatos e em relações normalmente classificadas como relações de agência, como nas artes cênicas e no mercado imobiliário. A elaboração de teorias para explicar as formas que os custos de agência assumem em cada uma dessas situações (nas quais as relações contratuais diferem significativamente) e como e por que eles são gerados levará a uma importante teoria das organizações, hoje inexistente no estudo da economia e das ciências sociais em geral”.

<sup>13</sup> Ian Molho explica a relação entre esses termos: “*Private information*’ is economists’ jargon for ‘I know something you don’t know’; it relates to information about given facts, such as whether or not some product has a serious defect. Such information is said to be ‘privately observed’ by those who have access to it, and ‘unobservable’ to those who do not. If a piece of information is known to everyone, then it is called ‘public information’ or ‘publicly observable’. The presence of private information creates an ‘information asymmetry’; some people are better informed than others. The term ‘hidden knowledge’ is sometimes used instead of ‘private information’”. (Molho, 1997, p. 1).

<sup>14</sup> Esse é o exemplo tratado na apresentação clássica sobre o tema elaborada por Akerlof, 1970, p. 488-500.

com o objetivo de implementar o melhor interesse do principal - situação referida como “risco moral” (*moral hazard*)<sup>15</sup>.

Note-se que a solução para o problema do risco moral não está na simples observação dos resultados das ações dos agentes. Como afirmado por Molho, não há uma relação determinística entre os esforços do agente e os resultados observados, pois, estes podem ser influenciados por fatores externos que não guardam relação com o nível de dedicação do agente à sua atividade (Molho, 1997, p. 119-120).

## **B) Especificidade de ativos e efeito de aprisionamento (*lock-in effect*)**

A questão relativa ao predomínio ou preponderância de uma parte sobre a outra em termos de poder negocial, e os reflexos que tal situação acarreta no que diz respeito ao tratamento jurídico do contrato tem sido objeto de alguma atenção por parte da doutrina de direito contratual no Brasil.

À guisa de exemplo, na relação jurídica de consumo, pode-se referir a discussão acerca da catividade do consumidor, enriquecida a partir do *insight* pioneiro de Cláudia Lima Marques (2014, p. 98), que cunhou a expressão “contratos cativos de longa duração” para designar

[U]ma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de “catividade” ou “dependência” dos clientes, consumidores.

Essa “catividade”, entretanto, não está restrita ao âmbito dos contratos de consumo. Mesmo em contratos estritamente civis e também empresariais, nos quais, em contrário da relação de consumo, não se parte do pressuposto do desequilíbrio na relação e tampouco da vulnerabilidade ou hipossuficiência de uma das partes, ainda assim ela pode ser observada e sua origem pode ser conectada a diversos fatores, mormente de cunho econômico.

---

<sup>15</sup> Cf. Bolton e Dewatripont (2005, p. 14-15): “Two general types of incentive problems have been distinguished. One is the *hidden-information* problem and the other the *hidden-action* problem. The first problem refers to a situation where the employee may have private information about her inability or unwillingness to take on certain tasks. That is, the information about some relevant characteristics of the employee (her distaste for certain tasks, her level of competence) are hidden from her employer. The second problem refers to situations where the employer cannot see what the employee does – whether she works or not, how hard she works, how careful she is, and so on. In these situations it is the employee’s actions that are hidden from the employer. Problems of hidden information are often referred to as *adverse selection*, and problems of hidden actions as *moral hazard*”.

As razões de cunho econômico podem ser verificadas no momento em que a posição de uma das partes (ou de ambas) na relação esteja embasada em estruturas de custos que causam a catividade, ou ao menos ajudam a torná-la mais aguda. Nesse sentido, a identificação e análise dessas estruturas importam tanto para a compreensão do fenômeno como para facilitar a busca pelo seu tratamento jurídico mais adequado.

Na literatura econômica, a situação em que se encontra a parte que enfrenta altos custos de saída de uma relação contratual é normalmente tratada sob a designação de “efeito de aprisionamento” (*lock-in effect*).

Esse efeito ocorre quando se torna extremamente desvantajoso a uma das partes de uma relação econômica exercer a opção de saída desta relação, dada a existência de custos elevados para tanto (Shapiro; Varian, 2003, p. 24). Desta forma, a parte fica “aprisionada” na relação, preferindo manter o *status quo* a suportar os custos de saída.<sup>16</sup>

A exploração das razões de cunho econômico para a ocorrência do efeito de aprisionamento passa pelo tratamento que Oliver Williamson conferiu à questão fundamental das diferenças entre as transações<sup>17</sup>. Diz Williamson: “[t]ransaction cost economics maintains that there are rational economic reasons for organizing some transactions one way and other transactions another”<sup>18</sup>. Assim, surge a questão: quais são essas razões? Williamson identifica três principais fatores que motivariam a diversidade de formas das relações econômicas: a especificidade dos ativos ou dos investimentos envolvidos na relação (*asset specificity*), a incerteza (*uncertainty*) e a frequência com que as transações ocorrem entre as partes (*frequency*) (Williamson, 1985, p. 52).

O primeiro fator, tido por Williamson como o mais relevante para a análise, por sua vez pode se apresentar sob quatro formas (Williamson, 1985, p. 95-96): (1) especificidade em

---

<sup>16</sup> Outra noção correlata em economia é o chamado “*hold-up problem*”, que se refere à situação em que se encontrariam eventuais contratantes que prefeririam não efetivar ou não prosseguir em uma relação que poderia ser mutuamente vantajosa por receio de virem a incorrer no efeito de aprisionamento: “The general business problem in which each party to a contract worries about being forced to accept disadvantageous terms later, after it has sunk an investment may be devalued by the actions of others, is called the hold-up problem.” (Milgrom; Roberts, 1992, p. 136).

<sup>17</sup> No original, “transactions”. Deve ser evitada a confusão que a tradução da expressão original em inglês possa eventualmente causar com o instituto da transação do direito obrigacional, que não constitui foco da pesquisa. No caso, pode-se tomar “transações” por relações econômicas.

<sup>18</sup> Tradução livre: “a abordagem econômica dos custos de transação sustenta que existem razões econômicas para organizar algumas transações de um modo e outras de outro modo”. (Williamson, 1985, p. 52).

razão do local, ou especificidade de lugar<sup>19</sup>: ocorre quando o ativo apresenta uma condição de inamovibilidade, devido aos altos custos de realocação; por exemplo, quando várias unidades fabris são alocadas uma próxima à outra por fornecerem componentes para o mesmo produto, acarretando economia nos custos de transporte; (2) especificidade em razão de características físicas do ativo; pode ocorrer, e.g., quando um determinado bem, ainda que móvel, possua características que o tornem inutilizável fora do contexto para o qual foi produzido, como ocorre com os moldes utilizados nas prensas de uma fábrica de produtos plásticos ou metais; (3) especificidade de capital humano: verifica-se, por exemplo, quando o conhecimento ou habilidades adquiridos pelos indivíduos em uma transação os tornam mais valiosos nesta do que em outras transações, fato muito observável nas relações de trabalho, nos investimentos feitos em treinamento dos empregados; (4) dedicação de ativos: dá-se, por exemplo, através de investimentos na ampliação de determinada planta que não pode ser utilizada senão em uma mesma relação havida entre um particular fabricante e um comprador específico.

Ainda sobre a questão da especificidade dos ativos, Williamson (1985, p. 55) salienta três características básicas que decorrem do seu exame: (1) ela se relaciona a investimentos duráveis em relações particulares, cujos custos de oportunidade seriam muito menores em relação à presente utilização; ou seja, a duração temporal da relação pode determinar uma maior especificidade; (2) a identidade das partes da transação é fundamental, o que equivale a dizer que a continuidade da relação entre as partes é dotada de valor; (3) salvaguardas contratuais e organizacionais surgem para assegurar tais transações, dada a necessária incompletude dos contratos e a possibilidade de rompimento pelas partes.

Tais atributos, quando presentes nas relações, podem, segundo Williamson, gerar o efeito de aprisionamento: “Transações que têm suporte em investimentos em ativos duráveis e específicos experimentam efeitos de aprisionamento, pelo que trocas autônomas serão comumente suplantadas por uma propriedade unificada (integração vertical).”<sup>20</sup>

Para Frédéric Sautet, quanto maior a especificidade dos ativos, maior a possibilidade das partes experimentarem efeitos de aprisionamento:

Quando duas partes firmam um contrato, os termos são negociados em um ambiente competitivo no qual os preços são estabelecidos pelas forças de

---

<sup>19</sup> Seguindo a tradução sugerida por Zylberstajn, 2017.

<sup>20</sup> Williamson, 1985, p. 53. Tradução livre do original: “Transactions that are supported by investments in durable, transaction-specific assets experience “lock in” effects, on which account autonomous trading will commonly be supplanted by unified ownership (vertical integration).”

mercado. No entanto, por causa da especificidade do ativo, no momento da renovação do contrato, é provável a ocorrência de barganhas restritas. Ambas as partes estão aprisionadas na transação. O ativo se tornou tão suficientemente específico às partes da transação que o mesmo não possui usos alternativos no mercado.<sup>21</sup>

Embora Williamson saliente a simetria entre as partes da transação na questão relativa à especificidade dos ativos<sup>22</sup>, importa notar que muito comumente o aprisionamento apresenta-se como um fenômeno *assimétrico*, na medida em que seus efeitos podem se apresentar de forma mais gravosa para uma das partes, que assim experimenta o chamado efeito de aprisionamento (*lock-in effect*) à relação contratual e de sujeição à contraparte contratual, restando vulnerável a práticas de exercício abusivo e contrário à boa-fé objetiva do poder negocial.

## CONCLUSÃO

No presente estudo buscou-se salientar o papel que o chamado efeito de aprisionamento, como também o risco moral derivado do problema de agência, podem desempenhar no sentido de ser fonte de exercício abusivo e contrário à boa-fé objetiva de poder negocial, em situações de dependência econômica manifestada no curso de relação contratual empresarial.

Dessa forma, agenda-se investigar, em desenvolvimentos posteriores, de que forma esses instrumentos de análise podem ser úteis no sentido de configurar mais precisamente o conteúdo normativo do denominado “princípio da proteção ao contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas” e seu âmbito de aplicação na tutela dos contratos empresariais.

## REFERÊNCIAS

---

<sup>21</sup> Sautet, 2000, p. 33. No original: “When two parties sign a contract, the terms are negotiated in a competitive environment in which prices are set by market forces. However, because of the specificity of the asset, at the stage of contract renewal, small-number bargaining is likely. Both parties are locked into the transaction. The asset has become so sufficiently specific to the transaction parties that the asset has no alternative uses in the market.”

<sup>22</sup> Williamson, 1985, p. 62: “Occasionally the identity of the parties is important from the very outset, as when a buyer induces a supplier to invest in specialized physical capital of a transaction-specific kind. Inasmuch as the value of that capital in other uses is, by definition, much smaller than the specialized use for which it has been intended, the supplier is effectively committed to the transaction to a significant degree. The effect is often symmetrical, moreover, in that the buyer cannot turn to alternative sources of supply and obtain the item on favorable terms, since the cost of supply from unspecialized capital is presumably great.”

AKERLOF, George. The market for lemons: qualitative uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, n. 84, p. 488-500, 1970.

BEARLE, A.; MEANS, G. **The modern corporation and private property**. New York: Macmillan, 1932.

BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. **Contract theory**. Cambridge: MIT Press, 2005.

BRASIL. Código Comercial imperial, instituído pela **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/10556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm)>. Acesso em 23 out. 2018.

BRASIL. (2018). **Projeto de Lei 1.572/2011** (Câmara dos Deputados). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em 23 out. 2018.

BRASIL. (2018a). **Projeto de Lei 487/2013** (Senado). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em 23 out. 2018.

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

EISENHARDT, Kathleen M. Agency theory: an assessment and review. **Academy of Management Review**, Briarcliff Manor, v. 14, n. 1, p. 57-74, 1989.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, Lausanne, v. 3, n. 4, p. 6-7, 1976. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=94043](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94043)>. Acesso em: 09 out. 2018.

JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. **RAE – Revista de Administração de Empresas**, v. 48, n. 2, p. 87-125, abr./jun. 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John. **Economics, organization & management**. Prentice Hall: New Jersey, 1992.

MOLHO, Ian. **The economics of information**: lying and cheating in markets and organizations. Oxford: Blackwell, 1997.

POSNER, Eric A. Agency models in law and economics. **Working Paper in Law and Economics**, Chicago, n. 92, p. 1, 18 Jan. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=204872>>. Acesso em: 09 out. 2018.

SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. **RAE – Revista de Administração de Empresas FGV-**

**EASP**, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 80, abr./jun. 2008. Disponível em:  
<<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a07.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2018.

SAUTET, Frédéric E. **An entrepreneurial theory of the firm**. Nova Iorque: Routledge, 2000.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. **A economia da informação**: como os princípios econômicos se aplicam à era da internet. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. 2.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. Nova Iorque: Free Press, 1985.

ZYLBERZSTAJN, Decio. **Economia das organizações**. Disponível em:  
<[http://www.projeto.org.br/vteams/teles/tele\\_01/leitura\\_01.html](http://www.projeto.org.br/vteams/teles/tele_01/leitura_01.html)>. Acesso em: 13 out. 2018.

Data da submissão: 01 de março de 2018.

Data do aceite para publicação: 30 de maio de 2018.