

ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

O Favorecimento do Vendedor em Contratos de Adesão

João Francisco Menegol Guarisse
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Bruno Bastos Becker
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO

Os contratos de adesão são comumente vistos com desconfiança por juristas, que apontam para o fato de que a maioria de suas cláusulas favorece desproporcionalmente a parte vendedora. Este artigo busca compreender esse suposto enviesamento dos contratos de adesão a partir de uma óptica econômica. Assim, são analisadas quatro teorias que tentam explicar os contratos de adesão. Primeiro, a hipótese de que os contratos de adesão são fruto do poder de mercado da parte que o redige; segundo, a hipótese de que há uma assimetria de informações entre consumidor e fornecedor; terceiro, a ideia de que os consumidores sofrem vieses cognitivos que os impede de avaliar adequadamente cláusulas não-salientes; quarto, a noção de que os fornecedores, ao contrário dos consumidores, preocupam-se com sua reputação no mercado, de forma que redigem contratos que os protejam de consumidores oportunistas.

Palavras-chave: Contratos de Adesão, Análise Econômica do Direito, Poder de Mercado, Assimetria de Informações, Economia Comportamental, Reputação.

JEL: K12.

ABSTRACT

Adhesion contracts are commonly viewed with suspicion by lawyers. They point to the fact that the clauses in those agreements usually favor the seller disproportionately. This article aims to understand this alleged pro-seller bias from an economic standpoint. Four theories have been analyzed. First, the hypothesis that adhesion contracts are the result of market power of the drafting party; second, the assumption that there is an asymmetry of information between consumers and sellers; third, the idea that consumers suffer from cognitive biases that prevent them the proper assessment of non-salient terms; fourth, the notion that suppliers – but not consumers – are concerned about their reputation in the market, what leads them to write contracts that protect from opportunistic consumers.

Key words: Adhesion Contracts, Law and Economics, Market Power, Information Asymmetry, Behavioral Economics, Reputation.

R: 16/6/10 **A:** 21/3/11 **P:** 5/7/11

1. Introdução

Não há dúvidas que os contratos de adesão (ou ‘contratos-tipo’) são, cada vez mais, onipresentes. Não há quase setor comercial, hoje, que não os utilize no trato com consumidores. Não é para menos que a maior parte das pessoas tem dificuldade de lembrar a última vez que concluiu um contrato que não era de adesão; muitos nunca o fizeram. Não seria exagerado afirmar que os contratos de adesão representam mais de noventa e nove por cento de todos os contratos atualmente firmados (Slawson, 1971:529). A verdade é que os contratos de adesão constituem um resultado inevitável da massificação da produção. Da mesma forma que os produtos comercializados são produzidos em série e uniformizados, os contratos através dos quais esses produtos trocam de mãos tornam-se, também, padronizados, visto que isso reduz os custos de negociar cada contrato com cada consumidor. Dessa forma, contratos padronizados exercem uma função essencial para qualquer negócio: redução de custos de transação. A padronização faz com que o custo marginal do contrato equivalha ao custo, quase sempre ínfimo, do papel e da tinta necessários para a sua impressão.

Mas isso não impede que os contratos de adesão sejam considerados verdadeiros vilões do moderno direito contratual. Os críticos afirmam, em uníssono, que a razão disso é que contratos-tipo não estão sujeitos a negociação, ou seja, dificilmente um fornecedor irá concluir um negócio sob outros termos, visto que isso impediria a redução de custos. Nesse sentido, a palavra adesão descreve perfeitamente a posição do consumidor: ele não negocia termo algum; apenas adere ao que for proposto pela outra parte. Essa condição de “pegar ou largar” leva muitos juristas a entender que esses contratos conferem um poder desproporcional à parte que os redige, impedindo, dessa forma, um almejado (e, provavelmente, utópico) equilíbrio contratual.

A principal acusação feita aos contratos de adesão é de que são desequilibrados, ou seja, que reservam a uma das partes, o proponente, quase todos os excedentes econômicos gerados na transação. O objetivo desse trabalho é justamente pôr à prova essa afirmativa. Assim, na primeira parte do trabalho, a questão do favorecimento do vendedor é descrito em termos econômicos. Já na segunda parte, são apresentadas e avaliadas quatro teorias que tentam explicar esse favorecimento.

2. O favorecimento do vendedor nos contratos de adesão

A teoria econômica neoclássica parte do pressuposto de que transações garantem *melhorias de Pareto*. Isso significa que, dada uma repartição inicial de bens entre um grupo de indivíduos, somente ocorrerão mudanças de alocação quando essas mudanças (i) melhorem a situação de pelo menos um indivíduo; e (ii) não piorem a situação de nenhum indivíduo. Nesse contexto, as transações exercem uma função primordial, na medida em que, quando realizadas em mercados livres e competitivos, elas geram riqueza na sociedade, conduzindo os bens para aqueles que mais os valorizam. Isso ocorre porque contratos são acordos de vontade que somente vêm a existir quando todos os indivíduos envolvidos concordam. Assume-se que as pessoas somente concordarão com mudanças que melhorem ou, pelo menos, não piorem sua situação, desde que não se verifique erro, dolo, coação ou fraude. Ou seja, as pessoas são auto-interessadas e somente cooperarão quando puderem desfrutar dos benefícios proporcionados por essa cooperação. Nas palavras de Ejan Mackaay, contratos são situações *win-win*, onde todas as partes envolvidas se beneficiam, encontrando-se em melhor estado após a transação (Mackaay & Rousseau, 2008, par. 1295).

Em consequência, alocações de recursos em mercados competitivos são *ótimos de Pareto*. Isso significa que, em mercados competitivos (na ausência de ‘falhas de mercado’), ajustados de forma que a quantidade demandada iguale a quantidade ofertada, qualquer alteração na alocação dos recursos não poderá beneficiar uma parte sem piorar a situação de outra. Quando o mercado está em equilíbrio, portanto, não é possível efetuar nenhuma troca mutuamente benéfica adicional. Assim, chega-se à conclusão de que um mercado livre, povoado por indivíduos livres, racionais e auto-interessados irá levar ao ponto de ótimo social, ou ótimo de Pareto.

Num mercado competitivo e sem falhas de mercado, a curva de demanda para cada produtor individual é representada por uma linha reta horizontal. Isso significa que cada produtor individual não consegue aumentar o preço acima do valor de mercado, visto que, se assim fizesse, perderia todos seus clientes para os concorrentes. De forma análoga, o produtor individual também não conseguiria diminuir a *qualidade* de seu produto, pois também perderia toda sua freguesia com isso. Destarte, podemos assumir que os contratos oferecidos aos consumidores seriam perfeitamente eficientes¹. Isso significaria que, para cada cláusula “desvantajosa” ao consumidor, haveria uma correspondente redução no preço do produto – de forma a atingir uma melhoria de Pareto. Ou seja, os consumidores se beneficiariam com adoção de algumas cláusulas desfavoráveis a si, pois a redução no preço dos produtos mais que os compensaria pelas perdas ocasionadas. Nesse cenário, mesmo na ausência de qualquer regulação, se um produtor tentasse incluir um termo prejudicial sem a correspondente diminuição de preço, ele seria suplantado pela competição². Mas qual seria o nível eficiente de cláusulas desfavoráveis aos consumidores?

A resposta para essa pergunta passa pelo conceito de custo marginal (C_M) e benefício marginal (B_M). Como se sabe, quem redige o contrato de adesão é o fornecedor do bem ou serviço. Ao fazê-lo, ele pode incluir cláusulas mais favoráveis a si mesmo ou ao consumidor. Cada cláusula adicional que o beneficia possui um conjunto de custos e benefícios para esse fornecedor. O custo de uma cláusula extra que seja benéfica ao vendedor envolve, em especial, a diminuição da demanda que advém de uma piora na qualidade do produto (segundo avaliação do consumidor). Já o benefício dessa mesma cláusula extra é mais óbvio – ele inclui aquilo que a cláusula prevê de benefício ao fornecedor – uma cláusula de eleição de foro, de limitação de responsabilidade etc.

Cada uma dessas medidas segue uma tendência própria. Os custos marginais são, em regra, crescentes no longo prazo, pois a produtividade dos fatores de produção tende a diminuir conforme a quantidade de bens aumenta em direção à saturação. Por sua vez, os benefícios marginais tendem a diminuir, naquilo que se chama de lei dos rendimentos marginais decrescentes, significando que a primeira unidade de consumo de um bem ou serviço gera maior utilidade que as partes subsequentes. Ou seja, o benefício marginal gerado por cada unidade diminui com o aumento de oferta das unidades e vice-versa. Isso ocorre porque as pessoas tendem a satisfazer primeiro as suas necessidades mais urgentes, deixando aquelas menos importantes para serem satisfeitas apenas quando há abundância de recursos.

O produtor, nesse caso, maximiza sua utilidade se incluir tantas cláusulas unilaterais quanto ele puder, até o momento em que o benefício marginal da última cláusula iguale o seu custo marginal

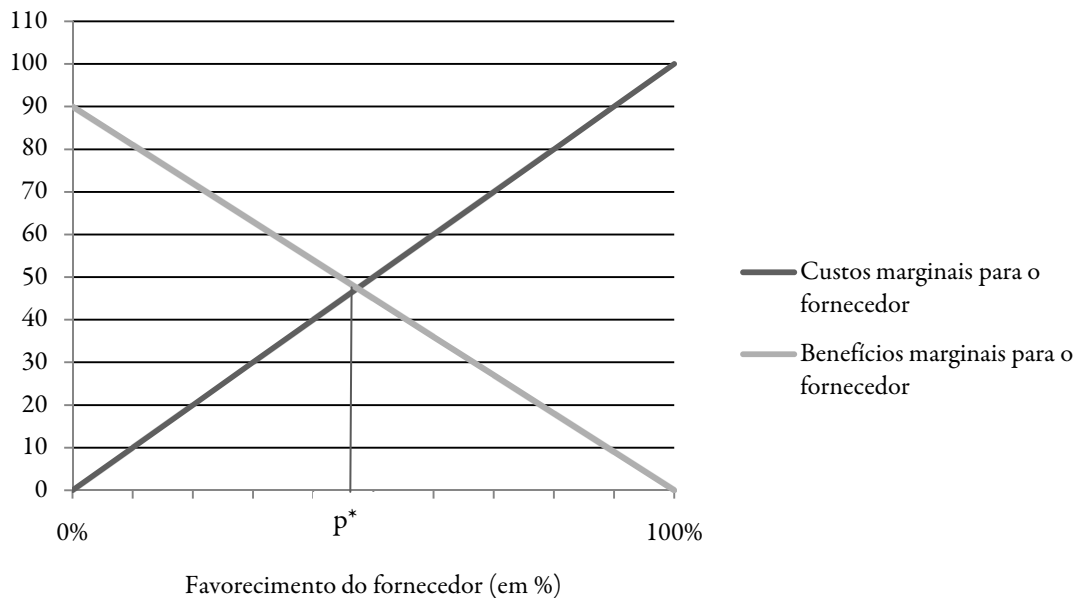
¹Partimos do pressuposto que o contrato é parte do produto. Afinal, como afirmou o Juiz Easterbrook no caso ProCD v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1997), p. 1453, os termos contratuais não são menos parte do produto do que o tamanho de uma base de dados ou a velocidade do *software* (tradução livre).

²Isso ocorreria ainda que os consumidores não tivessem nenhum poder de alterar os contratos com os fornecedores. Logo, o argumento de que o consumidor é prejudicado porque não tem poder para negociar ou alterar os termos contratuais parece ter pouca força.

($B_M = C_M$). A partir desse momento, qualquer cláusula adicional em favor da empresa reduzirá o benefício total gerado pelo contrato.

Um exemplo disso pode ser representado no Gráfico 1 abaixo, onde o fornecedor é quem redige o contrato. O eixo horizontal representa o quanto os contratos são desequilibrados em favor do fornecedor e, no eixo vertical, temos os custos e benefícios marginais para ele. No caso, qualquer cláusula desfavorável aos consumidores será considerada como um custo para o fornecedor, visto que ela acarreta uma diminuição da demanda. O fornecedor perde na medida em que a demanda por seu produto diminui.

Gráfico 1. Custos e Benefícios de Cláusulas Unilaterais

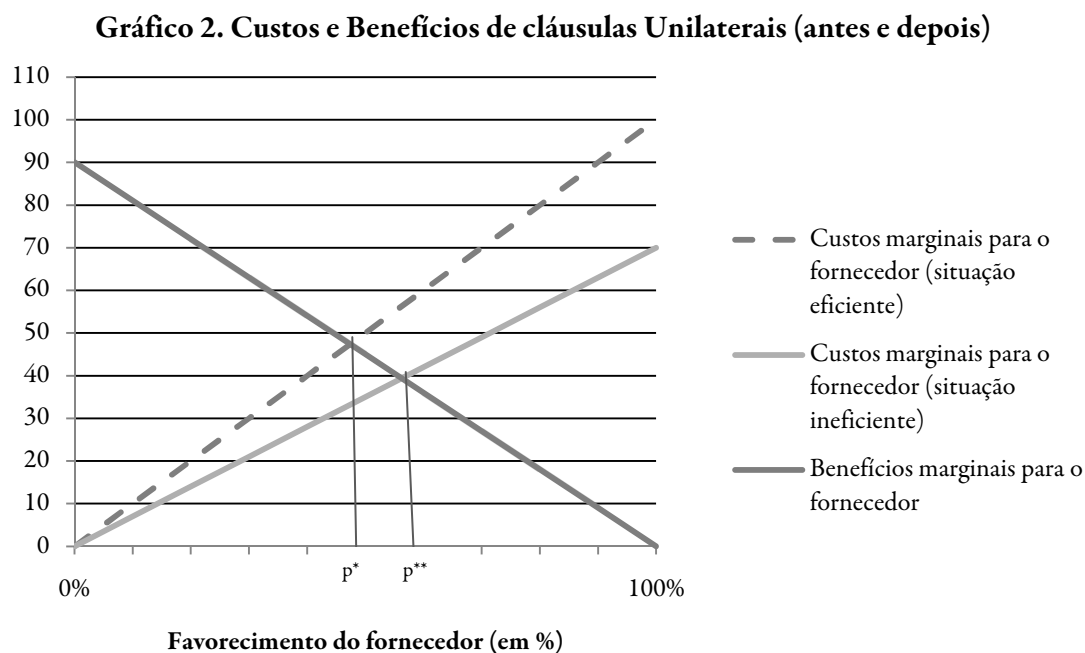


Nesse caso, o fornecedor incluirá um número ótimo de termos suficiente para maximizar seus lucros, representado no gráfico pelo ponto [p^*]. Num mercado competitivo, a homogeneidade dos produtos e a baixa margem de lucro levariam as empresas a oferecer cláusulas contratuais na qualidade ótima. Nesse contexto, soa estranha a alegação de que contratos de adesão são “injustos”, na medida em que garantem a apenas uma das partes a maior parte dos ganhos econômicos da transação. Como o gráfico demonstra, se todos os benefícios do contrato fossem reservados ao fornecedor (100% de favorecimento ao fornecedor, à direita no gráfico), haveria um enorme descompasso entre a oferta e a demanda por contratos.

No entanto, um contrato iníquo seria aquele que possuísse um favorecimento do fornecedor adiante do ponto [p^*]. Em outras palavras, nesses contratos o custo marginal seria maior do que o benefício marginal ($B_M < C_M$). Os benefícios gerados ao fornecedor não são altos o suficiente para compensar os custos impostos ao consumidor. Essa situação, num mercado em condições ideais, não ocorreria. Uma situação em que $B_M < C_M$ teria um excesso de oferta, que somente seria restabelecido quando o fornecedor incluísse menos cláusulas que o favorecessem, trazendo o equilíbrio de volta para o ponto [p^*]. Para que haja um contrato iníquo, é preciso que se verifique alguma situação que altere as condições de um mercado competitivo, permitindo ao fornecedor oferecer um feixe de direitos que certamente não seria atrativo ao consumidor num mercado competitivo.

O Gráfico 2, abaixo, representa a situação em que um fator diminui o custo de inclusão de cláusulas pró-fornecedor. Isso pode ser, por exemplo, uma assimetria de informações entre

fornecedor e consumidor a respeito da “qualidade” do contrato. No Gráfico 2, há uma curva de benefícios marginais para o fornecedor que é absolutamente igual à curva correspondente no Gráfico 1. Mostramos, porém, duas curvas de custos marginais. Uma pontilhada que é também idêntica à curva no Gráfico 1, representando a situação eficiente. E outra, contínua e mais clara, mostrando uma situação ineficiente em que há uma alteração na curva que permite uma alteração do equilíbrio de $[p^*]$ para $[p^{**}]$ ³. Vale indicar que o Gráfico 2 não representa *todas* as situações em que o fornecedor consegue incluir mais cláusulas em benefício próprio do que um mercado sem falhas permitiria. Ele é trazido apenas a título de exemplo.



Em consequência, o fornecedor oferece um número ineficientemente alto de cláusulas contratuais unilaterais, gerando benefícios desproporcionais a si mesmo. Resta agora investigar as razões que possibilitam essa situação. Quatro explicações foram identificadas na doutrina. A primeira identifica a existência de cláusulas iníquas com uma estrutura monopolística de mercado. A segunda, por sua vez, relaciona a ineficiência dos contratos de adesão à assimetria de informações entre consumidores e produtores. A terceira explica o desequilíbrio contratual através de falhas cognitivas por parte dos consumidores. Por fim, a quarta assevera que os vendedores reservam-se um número grande de direitos a fim de impedir o comportamento oportunista de alguns compradores. Nas subseções seguintes, analisaremos cada explicação separadamente.

³Mas, como o próprio gráfico demonstra, o poder do proponente de se beneficiar à custa dos aderentes ainda tem um limite máximo – esse limite é dado pela estrutura do mercado e elasticidade de demanda pelo feixe de direitos ofertado.

3. Teorias sobre o favorecimento do vendedor em contratos de adesão

3.1. Poder de mercado

A primeira explicação para uma alteração no equilíbrio contratual nos contratos de adesão desenvolve-se em termos de poder de mercado e monopólio⁴: como não há concorrentes, os fornecedores conseguem “explorar” os aderentes (Kessler, 1943; Rakoff, 1983). Ou seja, a insensibilidade do monopolista às preferências dos consumidores resultará em termos contratuais ineficientes. Para alguns autores da chamada Escola Francesa, haveria nos contratos-tipo um defeito de consentimento, qual seja a coação⁵, em virtude de o consentimento do consumidor se dar por adesão a uma vontade unilateralmente manifestada⁶. De fato, segundo Cláudia Lima Marques, esses autores afirmam que somente se poderia falar em contrato de adesão quando o predisponente se encontrasse em posição de monopólio de fato ou de direito, forçando o aderente a contratar (MARQUES, 2002:75). De forma semelhante, Orlando Gomes afirma que “*o contrato de adesão seria o contrato formulário decorrente de uma atividade exercida sob o regime legal ou virtual de monopólio ou oligopólio*” (Gomes, 1999:126).

Esta explicação é também recorrente em outras ordens jurídicas, como os Estados Unidos. Por exemplo, Friedrich Kessler, em artigo publicado em 1943, afirma que a fonte dessa desigualdade de poder de barganha é ou um monopólio natural ou artificial ou a falta de concorrência para termos contratuais. Assim escreveu o autor americano:

*The weaker party, in need of the goods or services, is frequently not in a position to shop around for better terms, either because the author of the standard contract has a monopoly (natural or artificial) or because all competitors use the same clauses. His contractual intention is but a subjection more or less voluntary to terms dictated by the stronger party, terms whose consequences are often understood in a vague way, if at all.*⁷

⁴ Poder de mercado ocorre quando uma empresa tem capacidade de desenvolver suas atividades, impor preços, quantidades de produtos e cláusulas contratuais independentemente da atuação dos concorrentes. Em outras palavras, detém poder de mercado aquelas empresas que deixam de ser *price takers* para se tornar *price makers*. Parte da doutrina, porém, utiliza o termo “monopólio” para descrever essa situação. Na verdade, somente há monopólio quando se verifica a atuação de apenas um agente ofertante em um determinado mercado. A título exemplificativo, a Lei 8.884/94 determina que um agente detém poder de mercado caso sua parcela de atuação em um mercado relevante seja superior a 20%. Nesse trabalho, ao nos referirmos a uma opinião de um autor, utilizaremos o termo que ele efetivamente emprega, ao invés do termo tecnicamente mais correto.

⁵ Cabe ressaltar a discordância dos autores com o posicionamento de parte da doutrina no que tange à possibilidade de haver coação no caso em que um comprador aproxima-se voluntariamente do fornecedor na ausência de uso de força ou ameaça. O simples fato de o consumidor “precisar” de um produto não caracteriza coação. Afinal, mesmo um monopolista não pode cobrar o preço que quiser dos consumidores – ele está limitado pela curva de demanda de seu produto.

⁶ Como se sabe, a coação está prevista no artigo 151 do Código Civil Brasileiro, e invalida negócios jurídicos firmados quando a parte coagida sofre de “fundado temo de dano iminente e considerável à sua pessoa, sua família, ou ao seus bens”.

⁷ “A parte mais fraca, necessitada de bens ou serviços, freqüentemente não está em posição de procurar por melhores condições, quer porque o redator do contrato de adesão tem um monopólio (natural ou artificial), quer porque todos os concorrentes usam as mesmas cláusulas. Suas intenções contratuais são uma sujeição mais ou menos voluntária a termos ditados pela parte mais forte, termos cujas conseqüências são muitas vezes compreendidas de forma vaga, se compreendidas (tradução livre). Ver Kessler (1943:632).

Em resposta a esse panorama, alguns tribunais americanos se recusam a executar contratos de adesão elaborados por fornecedores com poder de barganha em circunstâncias em que o consumidor possuía poucas opções (doutrina chamada *unconscionability*⁸). Por exemplo, no caso *Henningsen v. Bloomfield Motors*, o comprador de um carro processou a montadora pedindo ressarcimento de danos ocorridos em um acidente, que fora causado por um defeito no mecanismo de direção do carro. Segundo o depoimento do autor da ação, a Sra. Henningsen estava dirigindo numa estrada asfaltada e regular a aproximadamente trinta e dois quilômetros por hora. Ela, então, ouviu um ruído estrondoso. O volante girou, fazendo o carro guinar e bater num sinal da estrada e numa parede de tijolos. A frente do carro ficou tão danificada que era impossível determinar se alguma parte do volante ou do mecanismo de direção era defeituosa antes do acidente. A montadora defendeu-se com o argumento de que o comprador abdicou, no contrato de adesão, de qualquer direito de processá-la por danos causados pelo automóvel. O tribunal decidiu em favor do comprador, determinando que a renúncia ao direito de processar era ineficaz. Para chegar a essa conclusão, o tribunal baseou-se na flagrante desigualdade de poder de barganha entre as partes. Ele decidiu da seguinte maneira:

*The traditional contract is the result of free bargaining of parties who are brought together by the play of the market, and who meet each other on a footing of approximate economic equality. In such a society there is no danger that freedom of contract will be a threat to the social order as a whole. But in present day commercial life the standardized mass contract has appeared. It is used primarily by enterprises with strong bargaining power and position.*⁹

Outros casos foram decididos de forma semelhante. Em *Lozada v. Dale Baker Oldsmobile, Inc.*, o tribunal decidiu que, ao determinar se um contrato é nulo pela doutrina de *unconscionability*, a autoridade judiciária normalmente considerava o poder de barganha das partes, suas forças econômicas relativas e fontes alternativas de fornecimento¹⁰. Já no caso *Rozeboom v. Northwestern Bell Telephone Co.*, o tribunal considerou um termo contratual como *unconscionable* porque o vendedor era um monopólio e o comprador não possuía alternativas no mercado.¹¹ Essas decisões estão longe de ser exceção nos Estados Unidos.¹²

Também no Brasil já foi reconhecida a relação entre contratos de adesão e poder de mercado. Por exemplo, no Resp. n.º 648.193, de relatoria do Min. Honildo Amaral de Mello Castro, o STJ afirmou que o contrato de financiamento direto ao consumidor sob análise não poderia “*ser considerado de adesão, pois o réu não detém o monopólio da concessão de financiamentos*”.¹³ Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao decidir a regulação de contratos de abertura de crédito

⁸ Ver Uniform Commercial Code § 2-302(1); Restatement (2nd) Contracts § 208, 1981.

⁹ *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (N.J. 1960), disponível no site: <http://www.uniset.ca/other/cs3/161A2d69.html>. Uma tradução livre do trecho citado seria “o contrato tradicional é o resultado da livre negociação de partes, que são reunidas pelo jogo do mercado e que se encontram em posição de uma quase igualdade econômica. Nessa sociedade não há perigo que a liberdade contratual seja uma ameaça à ordem social como um todo. Mas na vida comercial atual, surgiu o contrato de massa padronizado. Ele é usado essencialmente por empresas com grande poder e posição de barganha.”

¹⁰ *Lozada v. Dale Baker Oldsmobile, Inc.*, 91 F. Supp. 2d 1087 (D. Mich. 2000), p. 1100.

¹¹ *Rozeboom v. Northwestern Bell Telephone Co.*, 358 N.W. 2d 241, 242 (S.D. 1984) pp. 242–45.

¹² Ver *Pack v. Damon Corp.*, 320 F. Supp. 2d 545 (E.D. Mich. 2004), p. 556; *Flores v. Transamerica HomeFirst, Inc.*, 93 Cal. App. 4th p. 846, 853 (Cal. Ct. App. 2001); *Arnold v. United Companies Lending Corp.*, 204 W. Va. 229, 511 S.E.2d, 1998, p. 854, 861.

¹³ *Maria Helena dos Santos Flores e outros v. Banco Meridional do Brasil S/A*, STJ, 4ª Turma, Resp. n.º 648.193/RS (2004/0042854-4), Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, d. 10.11.2009.

pelo CDC, afirmou que este diploma “protege o consumidor hipossuficiente diante do sistema bancário que, em razão do monopólio, impõe sua vontade no momento de contratar (...) por isso, pontualmente, caso a caso, o judiciário está autorizado a declarar a nulidade de cláusulas leoninas, abusivas, que tragam onerosidade excessiva ao consumidor, nos termos do art. 51, inc. IV, do CDC”.¹⁴

Essas opiniões ilustram a explicação tradicional para o uso de contratos de adesão, qual seja, a estrutura monopolística de mercados, ou melhor, com alta concentração. Mas essa não parece ser uma boa explicação para o fenômeno. Como a uniformização dos contratos reduz o custo unitário de contratação, tanto empresas competitivas quanto empresas com poder de mercado irão aproveitar-se dela. Em consequência, contratos-tipo são abundantes também em mercados altamente competitivos. Assim, não se pode dizer que o simples uso de contratos de adesão evidencia poder de mercado da parte proponente.

Como demonstra o ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 2001, Michael Spence, se todos os consumidores avaliarem termos contratuais de forma semelhante, uma empresa monopolista maximizará seus lucros ao prover termos eficientes sob a ótica do consumidor marginal (aquele consumidor que está disposto a pagar apenas o preço corrente, e nada mais) e extrair seus lucros monopolistas através de um preço ineficientemente alto (Spence, 1975; Posner, 1969). Caso contrário, uma redução na qualidade do produto (ou do contrato) geraria uma redução desproporcional do lucro do monopolista. Assim, se o consumidor marginal tiver preferências semelhantes ao consumidor médio, o monopolista oferecerá termos ótimos, ainda que com um sobrepreço. Por outro lado, se a valoração de cláusulas contratuais for distinta entre os consumidores, cláusulas subótimas ocorrerão tão frequentemente quanto cláusulas superótimas (Spence, 1975:420). Mesmo na pior das hipóteses, a empresa monopolista ainda não poderia incluir tantas cláusulas iníquas quanto ela quisesse, visto que suas escolhas ainda estariam restritas pela elasticidade da demanda de seus produtos (Hatzis, 2008:44).

A pouca evidência existente nega qualquer vínculo de causalidade entre poder de mercado e “qualidade” dos termos contratuais, na esteira do que previu Michael Spence. A primeira pesquisa nesse sentido foi realizada por George Priest ao analisar 62 cláusulas de garantia de dezesseis grupos de produtos de consumo. Ele não conseguiu encontrar qualquer relação significativa entre o enviesamento pró-vendedor das cláusulas de garantia e a participação de uma firma num segmento ou concentração na indústria (Priest, 1981:1297). De fato, ele chegou à conclusão de que firmas com grande participação no mercado possuem garantias de partes básicas parecidas com – e garantias de partes acessórias mais generosas do que – as oferecidas por companhias com pequena participação. Ademais, Priest descobriu que cláusulas de exclusão de responsabilidade são relativamente incomuns em contratos oferecidos por firmas com mais de nove por cento do mercado, enquanto são mais comuns em contratos de empresas menores.

Mas o trabalho mais importante nesse sentido foi desenvolvido por Florencia Marrota-Wurgler, que analisou 647 contratos de licenciamento de *software*, abrangendo 598 empresas de 114 diferentes segmentos do mercado (MARROTA-WURGLER, 2008:452). Ela comparou o conteúdo de 25 cláusulas contratuais utilizadas que alocam direitos e obrigações entre compradores e vendedores com as cláusulas *default* contidas no Uniform Commercial Code (Article 2). A autora chegou a várias constatações. Em primeiro lugar, ela concluiu que os contratos tendem a ser mais favoráveis aos vendedores do que as regras *default* do UCC. Em segundo lugar, grandes companhias e

¹⁴ *Ilvia Oliveira Comparsi v. Sabemi Previdência Privada*, TJRS, 16ª Câmara Cível, Ap. Civ. 70006951339, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, d. 18.08.2003.

empresas jovens tendem a ter contratos particularmente enviesados em favor dos vendedores. Terceiro, os contratos direcionados ao público em geral não são mais pró-vendedor do que os contratos destinados a empresas. Isso gera dúvidas sobre se os consumidores realmente são “vulneráveis” na presença de contratos de adesão.

Em seguida, Marrota-Wurgler compara os dados sobre a inclinação dos contratos (pró-comprador ou pró-vendedor) com dados sobre a participação de mercado dos vendedores. Ela chega à conclusão que esses dois conjuntos de dados não estão correlacionados. Enquanto o *preço* dos produtos depende fortemente das condições de competição do mercado, o mesmo não ocorre com os *termos contratuais*. Com poucas exceções, mercados mais competitivos oferecem termos contratuais semelhantes a mercados altamente concentrados. Mesmo dentro de um segmento comercial, empresas com maior fatia de mercado tendem a possuir termos semelhantes a empresas com participações diminutas.

Em conclusão, não há evidências de que o uso de contratos de adesão esteja minimamente relacionado com poder de mercado. De fato, como contratos-tipo são subprodutos de economias de escala e têm a função primordial de diminuir gastos, é de se esperar que sejam usados amplamente mesmo em setores econômicos bastante competitivos. Por sua vez, eventuais iniquidades dos contratos-tipo não poderiam ser explicadas em termos de monopólio, visto que empresas monopolistas obtêm rendas maiores não pela degradação da qualidade de seus produtos (incluindo-se aí a “qualidade” do contrato), mas sim pela venda de produtos com qualidade ótima a preços monopolísticos¹⁵.

3.2. Assimetrias de informações

Uma vez estabelecido que a alegada iniquidade dos contratos de adesão não advém do poder de mercado dos fornecedores, resta descobrir se ela poderia emanar de assimetria de informações. Há assimetria de informações quando uma das partes simplesmente possui mais informações relevantes do que a outra. No caso de contratos de adesão, o proponente detém informações significativamente mais completas a respeito do contrato do que o aderente¹⁶. Afinal, foi ele que redigiu o contrato. O fornecedor lida com esse mesmo contrato repetidamente todos os dias, enquanto o consumidor se vê firmando diferentes contratos cada vez que contrata. A redação de cláusulas, frequentemente em letras miúdas ou linguagem confusa e técnica¹⁷ faz com que a compreensão dos termos contratuais exija investimentos de tempo e dinheiro, na medida em que frequentemente é preciso contratar um advogado encarregado de ler e decifrar cláusula por cláusula.

O Professor Victor Goldberg argumenta que um mercado pode ser competitivo em relação a alguns termos, mas não em relação a outros (GOLDBERG, 1974:461). Ele afirma que a pesquisa por melhores cláusulas contratuais é mais difícil e exigente do que a pesquisa de preços – visto que exige a leitura de contratos longos e complicados. Segundo Goldberg, essa ignorância de termos contratuais mais complexos não é irracional. Muito pelo contrário: quase ninguém tem recursos (tempo,

¹⁵ Reconhecendo essa relação entre poder de mercado e aumento do preço em contratos de adesão, ver *Terezinha Maria de Jesus e outros v. Caixa Econômica Federal*, TRF3, Ap. Civ. 2000.61.11.006810-6 770933 AC-SP, d. 17.06.2003, Rel. Maurício Kato.

¹⁶ Para uma análise sofisticada do problema de assimetria de informações em contratos de adesão, ver (Schaefer, 2002:17 e ss).

¹⁷ Esses problemas foram abordados pelo §3º do art. 54 do CDC, que determina: “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”.

dinheiro etc.) para ler cada contrato que assina. O benefício que o consumidor obteria ao ler minuciosamente um determinado contrato, adquirir suficiente conhecimento para avaliar esse contrato e compará-lo com os contratos dos competidores é certamente inferior ao custo de oportunidade do tempo do consumidor médio.

Goldberg nota que, nesses casos, as empresas irão reduzir a qualidade dos termos contratuais não lidos e, assim, competir por compradores. Dada a ignorância do consumidor a respeito das cláusulas contidas no contrato, qualquer nova cláusula favorável ao fornecedor tem um custo menor para este do que teria em um mercado sem assimetria de informações. Quando há assimetria de informações, contratos honestos (ou seja, equitativos) são impedidos de recuperar a totalidade dos benefícios que conferem ao aderente. Conforme a lição de George A. Akerlof em seu artigo “*Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*” (Akerlof, 1970; Lara, 2010), quando o vendedor sabe a exata qualidade de seu produto e os compradores conhecem apenas a qualidade média de todos os produtos naquele setor, os bens de baixa qualidade tendem a expulsar os bens de alta qualidade do mercado¹⁸. Afinal, na ausência de informações exatas, o comprador típico assumirá que ele está frente a um bem de qualidade média. Vendedores de produtos de alta qualidade não conseguirão obter um preço “justo” por suas mercadorias. Em outras palavras, a ignorância do consumidor reduz o custo marginal de introduzir termos contratuais unilaterais. No entanto, o modelo de *market for lemons* aplica-se apenas parcialmente aos contratos de adesão. Ainda há competição no que se refere a fatores como preço e condições de pagamento, os quais não sofrem com assimetria de informações (pois as informações são facilmente obtidas).

Pelo que se sabe, ainda não há pesquisas empíricas que avaliam a adequação desse modelo de forma satisfatória. No entanto, podemos tecer algumas considerações teóricas que são relevantes se o modelo de assimetria de informações estiver correto. Em tese, o Estado poderia ser chamado para regular esses contratos de diversas formas. Uma solução seria impedir ou dificultar a inclusão de termos pró-vendedor (KATZ, 1998). Esta é a principal estratégia do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas sobre nulidades de cláusulas abusivas (art. 51, CDC) têm exatamente esse propósito. Outra possibilidade é exigir que o redator do contrato chame a atenção do aderente para o conteúdo de alguns termos, sob pena de inexecutabilidade dessas cláusulas. Tal regra assemelha-se, em alguns aspectos, à doutrina de *contra proferentem* e ajuda a resolver a assimetria de informações ao alocar o ônus de comunicação na parte que pode fazê-lo a menores custos (HERMALIN, KATZ & CRASWELL, 2007:94).

3.3. Economia Comportamental

A doutrina tradicional de *behavioral law and economics* também expressa sua desconfiança frente a contratos de adesão (Bar-Gill, 2004). Essa Escola parte do pressuposto que as pessoas sofrem de vieses cognitivos sistemáticos e previsíveis no seu processo de decisão.

A explicação mais comum para o embasamento pró-vendedor de contratos de adesão afirma que consumidores sofrem de um viés cognitivo chamado “saliência”. A saliência consiste na tendência humana de basear suas decisões em apenas alguns atributos relevantes, sem dar importância a outros atributos que também são determinantes. Ou seja, é a dificuldade que as pessoas têm de se afastar de uma determinada informação tida como base para julgar um fenômeno. No caso de contratos, e

¹⁸ Isso pode ter um importante efeito na variabilidade dos contratos de adesão, na medida em que retira boa parte das cláusulas de alta-qualidade do mercado.

ainda mais no caso dos contratos de adesão, é frequente que seja dada importância desproporcional ao preço do produto ou serviço relativamente às outras condições do contrato.

Desta forma, o aderente torna-se míope quanto ao que está estipulado em outras cláusulas. Essa miopia é ainda mais grave se considerarmos que indivíduos sofrem de outros vieses cognitivos. As pessoas tendem a julgar incorretamente a probabilidade de um evento ocorrer, de forma a achar que eventos que nunca ocorreram no passado não ocorrerão no futuro (*normalcy bias*) e que eventos que ocorreram há pouco tempo têm alta probabilidade de ocorrer novamente no futuro (*recency effect*). Também o *wishful thinking effect* faz com que os aderentes ignorem a exata probabilidade de o produto ser defeituoso ou de a outra parte descumprir o contrato (Harvey, 1992; Gordon, Franklin & Beck, 2005). Psicólogos observam que as pessoas costumam formar crenças e tomar decisões de acordo com o que lhes parece mais agradável, e não necessariamente com os predicados da racionalidade. Isso frequentemente gera erros na atribuição da utilidade de um resultado futuro¹⁹.

O professor Russell Korobkin constrói sua teoria sobre contratos de adesão em cima da noção de saliência (Korobkin, 2003)²⁰. Ele reconhece que os consumidores veem alguns termos como “salientes”, enquanto dão menor importância a outros termos do contrato. Korobkin então argumenta que a competição entre vendedores tende a melhorar a qualidade dos termos salientes, mas piorar a qualidade dos termos não salientes (segundo o ponto de vista dos consumidores). O cerne de sua teoria é que os vendedores não conseguem recuperar o investimento em termos não salientes de alta qualidade e que isso piora com o aumento da competição entre vendedores. Ele então chega à surpreendente conclusão de que a competição não apenas não ajuda os consumidores, como também pode prejudicá-los, dependendo da relativa importância dos aspectos salientes e não-salientes. Se esse modelo estiver correto, isso significa que, com o aumento da competição, diminuiria a qualidade dos contratos (de novo, sob a óptica dos consumidores).

É interessante notar que a previsão do modelo de Korobkin é diametralmente oposta à teoria sobre poder de mercado apresentada acima - enquanto esta afirma que os termos contratuais pioram com a concentração de mercado, aquela prevê que é uma maior competição que diminui a qualidade de cláusulas contratuais. Como dissemos, não há um grande número de pesquisas empíricas analisando a relação entre competição e qualidade dos contratos de consumo. Aqui podemos citar os já referidos trabalhos de Priest e Marrota-Wurgler, que igualmente negam a existência de qualquer relação significativa entre termos pró-vendedor e participação no mercado. Ou seja, ambos os estudos são inconsistentes com as previsões do modelo de Korobkin. Ainda assim, não nos parece correto rejeitar por completo a ideia de que os consumidores sofrem de vieses cognitivos. Não há dúvidas que os indivíduos cometem erros não negligenciáveis em seus processos decisórios e cognitivos. A doutrina se divide, porém, sobre se os vendedores conseguem se aproveitar desses erros²¹.

¹⁹ Os consumidores podem ainda sofrer de outros defeitos cognitivos, como a dissonância cognitiva, a consideração de *sunk costs* e o viés de confirmação.

²⁰ A ideia de que os compradores se baseiam em um subgrupo de termos foi apresentada por RAKOFF (1983:1173). Em certos momentos, é difícil diferenciar a explicação da o desequilíbrio contratual em termos de assimetria de informações e em termos de defeitos cognitivos. De fato, as teorias de Korobkin e de Goldberg são quase idênticas em vários aspectos. Talvez o mais importante fator diferenciador é que Goldberg assume que a ignorância do consumidor em relação aos termos não-salientes é *racional*, ao contrário do que pensa Korobkin, que admite a possibilidade de o consumidor agir irracionalmente.

²¹ Nesse sentido, ver BAR-GILL & EPSTEIN, 2007 argumentando que vieses cognitivos geram contratos ineficientes. Por outro lado, ver EPSTEIN (2006:111), afirmando que mercados livres impedem que vendedores se aproveitem desses vieses.

3.4. Assimetrias de Reputação

Há ainda um grupo de autores que afirma que contratos "unilaterais", ou seja, acordos que negam a uma das partes benefícios contratuais, podem existir em mercados competitivos e sem assimetria de informações. Bebchuk e Posner, por exemplo, afirmam que, quando os vendedores preocupam-se em manter sua reputação no mercado, sem que compradores tenham a mesma preocupação, termos contratuais pró-vendedor podem ser uma solução eficiente para as partes (Bebchuk & Posner, 2006)²². Ou seja, nessas situações, um contrato ótimo teria termos cujo custo para o consumidor ultrapassa o benefício para o fornecedor.

Bebchuk e Posner identificam uma assimetria entre fornecedor e comprador em termos de reputação. Eles defendem, porém, que o *consumidor* está numa situação muito mais vantajosa. Enquanto os fornecedores são impedidos de agir oportunisticamente por considerações de reputação, os consumidores não têm reputações para arriscar, visto que suas ações em uma transação em particular dificilmente podem chegar ao conhecimento do mercado como um todo. Assim, frente a contratos equilibrados, consumidores oportunistas podem pressionar pela obtenção de benefícios e vantagens além daquelas a que o contrato se destinava originalmente²³. Nessas situações, contratos pró-vendedores podem reequilibrar a situação. Os autores argumentam, ainda, que a existência de contratos unilaterais não significa que as transações serão unilaterais. Afinal, um fornecedor com preocupações de reputação terá incentivos para tratar os consumidores melhor do que o contrato exige, utilizando-se de uma política comercial pró-consumidor²⁴.

Portanto, se as partes puderem decidir *ex ante*, elas preferirão contratos desequilibrados, na medida em que os custos de execução do contrato equilibrado *vis-à-vis* um consumidor oportunista diminuiriam consideravelmente os excedentes econômicos da transação. Ou seja, quando os fornecedores tentam preservar sua reputação, até mesmo os consumidores se beneficiam de contratos desequilibrados. Eles abdicam de agir oportunisticamente, mas não sofrem maiores danos, visto que o fornecedor tem incentivos para desconsiderar o contrato e conferir um tratamento favorável ao cliente. Com essa troca, o custo do contrato diminui consideravelmente, o que, em última instância, beneficia também os consumidores.

Segundo os autores, esse modelo explica porque as empresas costumam ter políticas comerciais mais favoráveis ao consumidor do que o contrato as obriga. Hotéis, por exemplo, possuem, em geral, normas que exigem que o hóspede saia do quarto de manhã ou até o meio-dia, mas costumam perdoar pequenos atrasos. Lojas frequentemente aceitam trocas de mercadorias mesmo que o contrato não as obrigue. No entanto, como os consumidores não podem exigir judicialmente esses comportamentos, essas empresas não ficam a mercê de consumidores abusivos. Por outro lado, em mercados onde a reputação não é determinante – como no caso de produtos destinados a turistas, por exemplo – os contratos tendem a ser executados literalmente. O interessante dessa teoria é que ela nega que contratos unilaterais sejam ineficientes, ao contrário das outras teorias apresentadas anteriormente.

²² A importância da reputação nos mercados está bem explicada em Bernstein, 1992. Nesse artigo, a autora utiliza o exemplo do mercado de diamantes em Nova York para explicar como o sistema legal pode ser suplantado por regras informais baseadas na reputação das partes, em especial quando se trata de grupos pequenos onde todos se conhecem.

²³ Ver Klein, 1980. Nesse trabalho, Klein argumenta que, quando os custos de monitoramento e correta aplicação do contrato são altos, os vendedores tendem a contar com sua reputação para lidar com consumidores, o que reduz bastante os custos de contratação, mas exige algum tipo de proteção contra comportamentos oportunistas dos compradores.

²⁴ Sobre a diferença entre contratos e políticas comerciais, ver Goetz & Scott, 1981; Bernstein, 1996.

Ao menos um aspecto desse modelo parece ter respaldo em observações empíricas. Como já foi dito, o vendedor costuma se preocupar com sua reputação, enquanto o mesmo não ocorre com o comprador, independentemente do tamanho, sofisticação e poder de mercado deste. Há uma boa razão para isso. A natureza das obrigações das partes faz com que a prestação do vendedor possa ser avaliada sob múltiplos aspectos, enquanto o comprador deve apenas entregar o preço no dia e local especificado. Isso explica porque Marrota-Wurgler não achou distinções entre contratos dirigidos a consumidores e contratos dirigidos a empresas (Marrota-Wurgler, 2008). As outras teorias anteriores não conseguem explicar satisfatoriamente essa uniformidade, o que ao menos sugere que a assimetria de reputação pode ter um fundo de verdade.

Essa teoria também pode conferir algumas recomendações normativas. Em primeiro lugar, o Estado poderia estimular a coleta e o acesso a informações sobre os *compradores*, nos moldes dos cadastros do SPC e do Serasa. Isso diminuiria os custos de monitoramento e execução dos contratos e faria com que os vendedores precisassem reservar menos direitos para si nos contratos de adesão. Em segundo lugar, os tribunais devem executar termos contratuais como eles aparecem, buscando evitar a alteração do contrato por meio da conduta reiterada das partes (Bebchuk & Posner, 2006:834-5). Em outras palavras, as cortes deveriam dar menor valor à proteção de expectativas legítimas dos consumidores quando essas expectativas não advierem do contrato. Se o Judiciário seguir essa recomendação, dizem os autores, isso fará com que as empresas usem de discrição e, assim, atinjam resultados mais eficientes.

4. Conclusão

Contratos de adesão são, à primeira vista, desfavoráveis a consumidores. Eles são oferecidos como “pegar ou largar”, ou seja, são inflexíveis e fechados a negociação. Esses contratos são redigidos pelo departamento legal de grandes companhias, que, sem dúvida, tem o interesse da companhia que servem em mente. Ademais, eles apresentam, quase sempre, letras miúdas e linguagem técnica (HATZIS, 2008:44). Isso, no entanto, não diz nada sobre a possibilidade efetiva dessas companhias incluírem cláusulas “abusivas” nesses contratos.

Este trabalho buscou fugir do debate tradicional a respeito dos contratos de adesão por meio de uma análise profunda, perquirindo através das mais modernas ferramentas econômicas a solução para indagações que acompanham os juristas há décadas. Dos quatro modelos apresentados, um deles – relacionado ao poder de mercado – não subsiste a exame teórico ou empírico mais aprofundado. Ironicamente, esta parece ser ainda a teoria prevalecente na prática jurídica. O artigo, nesse sentido, buscou mostrar que o conceito de poder de mercado tem muito pouco a adicionar no debate a respeito de “cláusulas abusivas” em contratos de adesão. Esperamos que esse artigo possa ser um meio de desacreditar essa teoria. Os tribunais, em especial, deveriam desconsiderar a participação de mercado da companhia ofertante ao analisar contratos de adesão. As outras três teorias possuem fundamentos relativamente bem construídos. Resta ainda pôr as previsões delas à prova em exames empíricos, a fim de verificar como políticas públicas na área do direito do consumidor devem ser desenvolvidas

Referências

AKERLOF, G. (1970). **The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism.** Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, n. 3.

- BAR-GILL, O.; EPSTEIN, R. (2007). **Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics**. New York University Law and Economics Working Papers, Trabalho n.º 91.
- BAR-GILL, O. (2004). **Seduction by Plastic**. Northwestern University Law Review, Vol. 98.
- BEBCHUK, L.; POSNER, R. **One-sided Contracts in Competitive Consumer Markets**. Michigan Law Review, Vol. 104, n.º 5.
- BERNSTEIN, L. (1996) **Merchant Law in Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms**. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 144, 1996.
- BERNSTEIN, L. (1992) **Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry**. Journal of Legal Studies, Vol. 21.
- EPSTEIN, R. (2006) **Behavioral Economics: Human Error and Market Corrections, Symposium: Homo Economicus, Homo Myopicus, and the Law and Economics of Consumer Choice**, University of Chicago Law Review, Vol. 73.
- GOETZ, C.; SCOTT, R. (1981). **Principles of Relational Contracts**. Vanderbilt Law Review, Vol. 67.
- GOLDBERG, V. (1974). **Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand**. Journal of Law and Economics, Vol. 17.
- GOMES, O. (1999). **Contratos**, 18 ed., Forense: Rio de Janeiro.
- GORDON, R.; FRANKLIN, N.; BECK, J. (2005). **Wishful thinking and source monitoring**. Memory & Cognition, Vol. 33, n. 3. Disponível em <http://ejournals.ebsco.com/direct.asp?ArticleID=412388DCCC355FCA3E02>.
- HARVEY, N. (1992). **Wishful thinking impairs belief-desire reasoning: A case of decoupling failure in adults?** Cognition, Vol. 45, n. 2.
- HATZIS, A. N. (2008), "An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts", in COLLINS, Hugh (ed.), **Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law**, The Hague: Kluwer Law International.
- HERMALIN, B.; KATZ, A.; CRASWELL, R. (2007). Law & Economics of Contracts. In POLINSKY, M.; SHAVELL, S. (eds.). **Handbook of Law and Economics**, Vol. 1. North Holland.
- KATZ, A. W. (1998) Standard Form Contracts. In: NEWMAN, P. **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**. Nova York: Palgrave Macmillan.
- KESSLER, F. (1943) **Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contract**. Columbia Law Review, Vol. 43, n. 5.
- KLEIN, B. (1980) **Transaction Cost Determinants of "Unfair" Contractual Arrangements**. American Economic Review, Vol. 70.
- KOROBKIN, R. (2003). **Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability**. Chicago Law Review, Vol. 70.
- LARA, F. T. de R. (2010). **Nivelamento de Cláusulas Contratuais Gerais e o Efeito de Akerlof: uma Perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Revista Virtual Milton Campos, Vol. 4.
- MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. (2008) **Analyse Économique du Droit**. 2ª Ed., Dalloz.
- MAROTTA-WURLGLER, F. (2008) **Competition and the Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of Software License Agreements**. Journal of Empirical Legal Studies, Vol. 5, No. 3, setembro.
- MARQUES, C. L. (2002). **Os Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1.
- POSNER, R. (1969). **Natural Monopoly and its Regulation**. Stanford Law Review, Vol. 21.

- PRIEST, G. (1981) **A Theory of the Consumer Product Warranty**. Yale Law Journal, Vol. 90.
- RAKOFF, T. (1983). **Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction**. Harvard Law Review, Vol. 96, n. 6.
- SCHAEFER, H.-B. (2002). **Theorie der AGB-Kontrolle**. German Working Papers in Law and Economics, Berkeley Electronic Press, paper 4.
- SLAWSON, W. D. (1971). **Standard Form Contracts and Democratic Control of Law Making Power**. Harvard Law Review, vol. 84.
- SPENCE, A. M. (1975). **Monopoly, Quality, and Regulation**. The Bell Journal of Economics, Vol. 6, No. 2.