



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

ANGELO GAMBA PRATA DE CARVALHO

**OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO FORMAS DE
ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DO PODER ECONÔMICO
ASPECTOS DOGMÁTICOS E A POSTURA DO CADE NO CASO
MONSANTO**

Brasília

2017



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

ANGELO GAMBA PRATA DE CARVALHO

**OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO FORMAS DE
ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DO PODER ECONÔMICO
ASPECTOS DOGMÁTICOS E A POSTURA DO CADE NO CASO
MONSANTO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Prof.^a Dra. Ana Frazão.

Brasília

2017

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

Angelo Gamba Prata De Carvalho

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Ana Frazão (Orientadora)

Universidade de Brasília

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira (Avaliador)

Universidade de Brasília

Professor Mestre Eric Hadmann Jasper (Avaliador)

Universidade de Brasília

Brasília, 29 de Junho de 2017.

AGRADECIMENTOS

A construção desta monografia de final de curso sequer poderia ter iniciado – e muito menos chegado ao seu fim – sem a ajuda inestimável de um conjunto de pessoas excepcionais que contribuíram para que estes semestres de graduação fossem únicos.

Agradeço à minha mãe, que mesmo de longe se manteve – como sempre – tão perto para acompanhar todas as alegrias e angústias que são próprias da faculdade de Direito. Agradeço também ao meu pai, que sugeriu que eu viesse para Brasília e assegurou uma boa adaptação para a sobrevivência nessas terras antes desconhecidas. Não posso deixar de agradecer, também, aos meus avós, que rapidamente permitiram que eu pudesse considerar Brasília minha casa.

Este trabalho jamais seria possível sem a inspiração, as lições, os conselhos e a orientação da querida Professora Ana Frazão, cujas ideias inovadoras e profissionalismo sempre admiráveis se equiparam à sua generosidade e disponibilidade, representando exemplo único de docente, jurista e ser humano. Com muito carinho e admiração, agradeço por tudo.

Agradeço, também, aos outros incríveis professores da Faculdade de Direito da UnB que tanto significaram para conclusão deste e de outros trabalhos, especialmente à querida Professora Claudia Roesler, que desde o segundo semestre de curso tem contribuído inestimavelmente para minha formação como jurista e pesquisador ao mostrar as várias maneiras pelas quais a vida e o direito podem ser lidos. Aproveito para agradecer aos estimados professores Paulo Burnier e Eric Jasper, que, além de docentes inspiradores, aceitaram fazer parte da banca avaliadora deste trabalho.

Por fim, quero agradecer à Amanda, ao Carlos, à Maria Cristine e à Paula, amigos de tantos caminhos e tantas jornadas que sempre me indicaram o mais certo nas horas incertas deste percurso. A eles, junto da estimada amiga Ana Paula, também devo agradecer pela paciência ao longo do desenvolvimento deste trabalho e pelo auxílio na revisão final.

RESUMO

A organização da atividade econômica se orientará no sentido da redução de custos de transação. Desse modo, agentes econômicos escolheriam entre contratos de intercâmbio, orientando-se pelo mecanismo de preços em mercado, e contratos de sociedade, estruturando-se hierarquicamente. Contudo, tais modelos não são suficientes para explicar uma série de relações que se localizam no entremeio dessas duas categorias polares. Tratam-se dos contratos híbridos, mecanismos que congregam aspectos de mercado com a cooperação que é própria das sociedades de maneira a garantir a esfera de autonomia privada dos indivíduos e, ao mesmo tempo, possibilitar a obtenção de sinergias oriundas da colaboração. O direito não dispõe de categorias dogmáticas gerais capazes de explicar tais relações, razão pela qual se faz necessário amplo desenvolvimento da ainda incipiente reflexão doutrinária sobre o assunto. Não basta, contudo, desenvolver categorias dogmáticas de direito contratual sem levar em consideração aspectos relativos à regulação cogente, uma vez que arranjos como os contratos híbridos costumam se localizar em zona de penumbra no âmbito da qual intentam escapar do controle estatal. Tendo isso em vista, este trabalho analisará a natureza do fenômeno econômico que dá origem aos contratos híbridos, para então explorar conceitos dogmáticos aptos a permitir a interpretação desses negócios de acordo com sua função econômica e, por fim, analisar caso concreto no qual o Conselho Administrativo de Defesa Econômica se deparou com contrato de natureza imprecisa, operando no limite da zona gris entre contratos híbridos e contratos associativos, sujeitos ao controle prévio da autoridade da concorrência brasileira.

Palavras-chave: Contratos híbridos; Contratos associativos; Custos de Transação.

ABSTRACT

The organization of economic activity is oriented towards the reduction of transaction costs. Hence, economic agents would choose between spot contracts, guiding themselves through the price mechanism, and firms, through hierarchical structures. However, those models are not sufficient to explain a series of relations positioned between those polar categories. These are the hybrid contracts, congregating market features with the cooperation that is more usual in firms, thus permitting the achievement of synergies derived from collaboration. Law does not offer general theoretical figures capable of handling those relations, which requires a bigger development of the underdeveloped theory on the matter. It is not enough, nevertheless, to build theoretical structures on Contract Law without taking into account issues related to protective regulation, since transactions like hybrid contracts use to reside in blurry institutional environments where they can evade from the regulation. Therefore, this research is going to analyze the economical nature of the hybrid contracts, then to explore theoretical legal concepts suitable to allow the interpretation of those deals according to their economic function, and, hence, to analyze a case in which the Brazilian competition authority faced a contract with an imprecise nature, working on the limit of the gray zone between hybrid and associative contracts, which need to be submitted to previous control by that Commission.

Keywords: Hybrid contracts; Associative contracts; Transaction costs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
-------------------------	----------

CAPÍTULO I

OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO ALTERNATIVA ENTRE EMPRESA E MERCADO

I. A CONSTANTE TRANSFORMAÇÃO DAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA	13
II. EMPRESA, MERCADO E A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	21
III. COOPERAÇÃO E COMPETIÇÃO: A NATUREZA DAS RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS	27
IV. OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO FENÔMENO ECONÔMICO RELEVANTE PARA A REGULAÇÃO JURÍDICA	31

CAPÍTULO II

O CONTRATO HÍBRIDO COMO CATEGORIA JURÍDICA

I. AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTRATUAL FRENTE AO DINAMISMO DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS.....	38
II. A ABORDAGEM RELACIONAL COMO NOVO PARADIGMA CONTRATUAL	42
III. OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO CATEGORIA DOGMÁTICA INTERMEDIÀRIA À SOCIEDADE E AO INTERCÂMBIO: CARACTERÍSTICAS GERAIS DE UMA CATEGORIA EM CONSTRUÇÃO	48
III.1. A incompletude como característica essencial dos contratos híbridos	53
III.2. Contratos híbridos como “ordenamentos privados”	55
III.3. A atipicidade nos contratos híbridos	62
III.4. A dependência econômica	64

IV. CONSEQUÊNCIAS DA NOÇÃO DE CONTRATO HÍBRIDO SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA CLÁSSICA	67
IV.1. A causa como critério de identificação e interpretação dos contratos híbridos	69
IV.2. A boa-fé objetiva como critério de interpretação e integração dos contratos híbridos.....	74
IV.3. A importante distinção entre contratos híbridos e contratos associativos	77
IV.4. Dos contratos híbridos às <i>networks</i>	80

CAPÍTULO III

O CASO MONSANTO E A ZONA DE PENUMBRA EM QUE SE LOCALIZAM OS CONTRATOS HÍBRIDOS

I. O CONTROLE DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS PELO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	83
II. O JULGAMENTO DO CASO MONSANTO PELO CADE.....	87
II.1. O voto do Conselheiro-Relator Marcus Paulo Veríssimo	88
II.2. O voto do Conselheiro-Relator Alessandro Octaviani Luis	89
II.3. O voto-vista da Conselheira Ana Frazão.	91
II.4. O voto-vista do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça	93
II.5. O voto-vista do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro	94
III. SÍNTESE: OS CONTRATOS HÍBRIDOS ENTRE A ECONOMIA DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O EMPREENDEDORISMO EVASIVO	96
<u> CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	100
<u> REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	103

INTRODUÇÃO

A macroempresa verticalizada, que especialmente sob a forma da sociedade anônima se tornou o grande símbolo do capitalismo moderno já não mais ocupa a posição de maior destaque dentre as formas de organização da atividade econômica. As grandes estruturas verticais de controle de órgãos subordinados a um poder hierárquico central têm dado lugar a relações horizontais e pulverizadas, organizadas por intermédio de contratos extremamente sofisticados por meio dos quais se estabelecem regulamentos para relações de longo prazo entre as partes. Por mais que esses acordos muitas vezes consistam no compartilhamento de riscos para a realização de finalidade comum, há casos nos quais a eficiência desejada pelas partes reside justamente na manutenção de sua autonomia e mesmo de interesses contrapostos entre os polos da relação jurídica.

Sendo certo que agentes econômicos inseridos em contextos de mercado tenderão a buscar as opções pelas quais possam promover maior economia de custos de transação, é natural que esses *players* procurem superar as dificuldades operacionais que são próprias dos modelos clássicos de organização da atividade econômica. Nesse sentido, os contratos realizados livremente em mercado, por mais que permitam a utilização do mecanismo de preços e, regra geral, possibilitem grande autonomia e liberdade de contratação, envolvem diversos ônus de negociação, de fiscalização e de execução das operações realizadas, dificultando em grande medida a expansão das atividades das partes. De outro lado, ao passo que os modelos hierárquicos que são próprios das sociedades forneçam meios para superar parte das assimetrias informacionais e para reduzir os custos de transação da contratação em mercado, tais organizações impõem padrões de subordinação que podem não corresponder aos anseios das partes.

Frente a tais dificuldades e tendo em vista outros fatores como a globalização e a desagregação proporcionada pelos sistemas digitais, o poder econômico tem se estruturado por meio de novas formas que desafiam não apenas as concepções teórico-econômicas clássicas, mas sobretudo as formas jurídicas pelas quais esses fenômenos econômicos usualmente se manifestam. É no âmbito desse debate que se situam os contratos híbridos, negócios que, ao mesmo tempo que criam estruturas organizativas destinadas a gerir relações de longo prazo, mantêm as esferas particulares de cada uma das partes, que não visam compartilhar riscos e podem até ser concorrentes.

Contudo, a estranheza de tais formas econômicas para as categorias de que dispõe o direito traz consigo uma série de dificuldades, sobretudo relativas à responsabilização das partes perante terceiros. Porém, de outro lado, é necessário que o direito conte com parâmetros interpretativos que deem conta do dinamismo dessas novas formas, reconhecendo e protegendo sua função econômica. Não há que se falar, portanto, na desconsideração peremptória ou no controle total e constante de todos os contratos que destoem minimamente de modelos típicos. Com essas preocupações no horizonte, este trabalho procurará apresentar as principais características dos híbridos e potenciais indicativos de soluções da ordem jurídica para as mencionadas controvérsias.

O presente trabalho será dividido em três capítulos, nos quais se tentará traçar linhas gerais de compreensão do fenômeno dos contratos híbridos e da necessidade de o direito fornecer instrumental teórico adequado para a conformação dessas importantes movimentações dos agentes econômicos. É necessário antecipar que o presente estudo, mesmo por tangenciar tão somente aspectos contratuais e concorrenciais dos contratos híbridos, não pretende esgotar o tema ou mesmo explorar totalmente seus principais desdobramentos, na medida em que há, ainda, longo caminho a ser trilhado tanto na construção de dogmática contratual relativa aos contratos híbridos quanto na estruturação de instrumentos eficazes para o controle e a responsabilização das partes desses negócios por infração a searas de regulação imperativa como o Direito do Trabalho, o Direito Tributário, o Direito do Consumidor, dentre outras. Em síntese, portanto, este trabalho pretenderá esclarecer os contornos da noção de contrato híbrido como categoria dogmática, para que, uma vez estabelecidas as premissas teórico-jurídicas basilares desse conceito, seja possível construir soluções adequadas a casos concretos.

No primeiro capítulo deste trabalho, será exposto o arcabouço de teoria econômica que subsidia a compreensão do fenômeno dos contratos híbridos, desde suas premissas mais básicas até as mais recentes reflexões sobre o papel das instituições na conformação do comportamento dos agentes econômicos e nas formas que elegem para a organização de suas atividades. Nesse sentido, a Economia dos Custos de Transação, conforme formulada por Ronald Coase e posteriormente aperfeiçoada por autores como Oliver Williamson será de grande valia para a compreensão dos impulsos que movem os agentes econômicos para a zona de entremeio entre mercado e hierarquia.

No segundo capítulo, a partir de cuidadosa revisão da literatura jurídica em Direito dos Contratos – especialmente no que tange aos negócios mercantis –, pretende-se descobrir e esboçar as linhas dogmáticas gerais pelas quais o direito pode endereçar adequadamente tais

avenças. Aqui, serão avaliadas sob o prisma jurídico as dificuldades de subsunção desses contratos híbridos às molduras conceituais dos contratos de intercâmbio e dos contratos de sociedade, buscando encontrar parâmetros interpretativos específicos que assegurem o cumprimento da função econômica – isto é, da causa – dos contratos híbridos.

Vale antecipar, desde já, que o que se pretende não é esgotar as características dos contratos híbridos, mesmo porque isso excederia o escopo deste trabalho, mas se objetiva elencar alguns dos temas a partir dos quais a compreensão dos contratos híbridos pode se dar de maneira mais segura. Assim, inicialmente serão expostas algumas características básicas que, essenciais ou não, constituem elementos distintivos importantes e frequentes dos contratos híbridos. Então, percebidas as peculiaridades dessa categoria dogmática particular, serão avaliadas as mudanças pelas quais a teoria contratual deverá passar para que alcance de maneira adequada os contratos híbridos, estudando-se mais detidamente o papel da causa e da boa-fé objetiva na análise desses negócios.

No terceiro capítulo, os conceitos explorados nos capítulos prévios serão confrontados com caso concreto no qual vieram à tona todas as dificuldades relacionadas ao tratamento jurídico dos contratos híbridos. O posicionamento desses contratos entre intercâmbio e sociedade pode, muitas vezes, inseri-los em zona de penumbra na qual é incerta a regulação que recai sobre esses negócios, o que pode – e tendencialmente irá – resultar no uso estratégico dessa incerteza para burlar as normas cogentes do ordenamento. Nesse último capítulo, será retomado o conceito de empreendedorismo evasivo para que se evidencie a importância da prevalência da realidade sobre a forma na apreciação dos contratos híbridos pelas autoridades competentes, sempre tendo em vista a necessária ponderação da intervenção estatal nesse sentido, sob pena de tolher a autonomia privada e o desenvolvimento econômico.

O caso concreto exposto nesse último capítulo servirá não propriamente como modelo geral de tratamento dos contratos híbridos – afirmação que seria temerária –, mas antes de tudo como exemplo de aplicação de técnica jurídica sobre negócios realizados na margem da regulação especialmente pelo fato de não se amoldarem à dogmática existente. A partir da análise do caso, pretende-se demonstrar, na prática, de que maneira os parâmetros de análise da teoria contratual clássica se alteram para conformar os contratos híbridos, categoria dogmática especial que enseja a reformulação das bases teóricas do Direito dos Contratos. É necessário notar, contudo, que é muito difícil sustentar a existência de uma nova categoria jurídica e, ao mesmo tempo, atribuir todas as suas consequências jurídicas, mesmo porque esse intuito seria

rapidamente frustrado pelo dinamismo da prática. Por esse motivo, o que se pretende é fixar os passos iniciais para a compreensão dessa categoria em pleno desenvolvimento.

CAPÍTULO I

OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO ALTERNATIVA ENTRE EMPRESA E MERCADO

“Dans les affaires, monsieur, dit-il, on n’a point d’amis, vous le savez bien, on n’a que des correspondants.”

(Alexandre Dumas¹)

I. A CONSTANTE TRANSFORMAÇÃO DAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

O desenvolvimento e a consolidação das instituições econômicas capitalistas depende em grande medida da adaptabilidade dos agentes econômicos às circunstâncias e da eficiência das formas pelas quais organizam suas atividades. O fenômeno econômico de modo algum pode ser tratado de maneira estanque, na medida em que se estrutura em meio social constantemente afetado pelas transformações observadas no mundo ao longo dos anos, desde o aumento populacional até o avanço das tecnologias².

A necessidade de racionalização dos processos produtivos, de introdução de novas técnicas de gestão do risco e de estruturação de negócios suficientemente eficientes para atender às diversas demandas sociais ensejou a criação de uma multiplicidade de tecnologias jurídico-econômicas destinadas a operacionalizar a circulação de riquezas. Nesse sentido, tem-se a expansão da economia de mercado desde a Idade Média como fator decisivo para a acumulação de capital, o aumento dos padrões de vida da população e o desenvolvimento da atividade industrial nas sociedades ocidentais³.

¹ DUMAS, Alexandre. *Le comte de Monte-Christo*. Bruxelas: C. Muquardt, 1845. Tradução livre: “Nos negócios, senhor, disse ele, não há propriamente amigos, você sabe bem, mas apenas correspondentes”.

² SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 108; POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 2001.

³ MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic theories of the firm: past, present and future. *The Canadian Journal of Economics*. v. 21, n. 3, pp. 444-458, ago. 1988. p. 444.

Tais transformações verificadas no âmbito das práticas comerciais e no volume de transações realizadas em mercados requerem, portanto, “regras que contemplem não apenas a necessidade de novos instrumentos que reflitam as mudanças no processo negocial”⁴. As formas jurídicas pelas quais se operacionaliza a atividade econômica se traduzem em respostas exigidas pelas forças que fundamentalmente impulsionam o capitalismo, isto é, os novos mercados, novos bens de consumo, entre outros fatores que, como intuiu Schumpeter, revolucionam incessantemente a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo o que era antigo para introduzir novos elementos⁵.

O capitalismo, segundo Jürgen Kocka⁶, tem por características básicas a descentralização, a mercantilização e a acumulação. A posição de Kocka é justificada pelo fato de, em primeiro lugar, atores individuais e coletivos agirem economicamente de maneira autônoma em razão de direitos, sobretudo de propriedade, que assim os permitam; em segundo lugar, os mercados se apresentarem como mecanismos eficientes de alocação de coordenação de recursos, razão pela qual a mercantilização ocupa posição central no modo de produção, inclusive no que diz respeito ao trabalho⁷; em terceiro lugar, o capital desempenhar também protagonismo no sistema, constituindo-se como meio e objetivo nas operações econômicas e, assim, impulsionando os agentes no sentido da inovação, crescimento e expansão.

Além disso, muito embora não seja traço essencial do capitalismo, existe forte tendência de organização da atividade econômica por meio de empresas, unidades de decisão e de ação por meio das quais agentes individuais se organizam hierarquicamente para a exploração despersonalizada de suas atividades⁸. Note-se, contudo, que mesmo as corporações foram, ao longo do tempo, ressignificadas para que deixassem de ser tão somente instrumentos legais de organização das transações dos indivíduos para constituírem verdadeiras instituições sociais de organização da vida econômica, agregando à propriedade dos meios de produção

⁴ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 22.

⁵ SCHUMPETER, Op. cit., p. 110. Trata-se, segundo o autor, do chamado “processo de destruição criadora”, compreendido como essencial para a compreensão da estrutura do capitalismo. “É dele que se constitui o capitalismo e a ele deve se adaptar toda a empresa capitalista para sobreviver” (SCHUMPETER, Op. cit., p. 110).

⁶ KOCKA, Jürgen. *Capitalism: a short history*. Princeton: Princeton University Press, 2014. p. 21.

⁷ O papel da mercadoria no modo de produção capitalista é recorrentemente trabalhado por Karl Marx (*O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 165), que assim a define: “A mercadoria é, antes de tudo, um objeto externo, uma coisa, a qual pelas suas propriedades satisfaz necessidades humanas de qualquer espécie. A natureza dessas necessidades, se elas se originam do estômago ou da fantasia, não altera nada na coisa. Aqui também não se trata de como a coisa satisfaz a necessidade humana, se imediatamente, como meio de subsistência, isto é, objeto de consumo, ou se indiretamente, como meio de produção”.

⁸ KOCKA, Op. cit., pp. 21-22.

uma série de deveres e responsabilidades que, a partir de determinado momento, levará à segregação entre propriedade e controle⁹.

Nesse sentido, vale lembrar que o Direito Comercial surge como direito classista¹⁰, com o objetivo de atender às necessidades dos comerciantes através da introdução de figuras destinadas a mitigar o risco e a responsabilidade decorrente dos empreendimentos ultramarinos europeus. É o caso da *commenda*¹¹ e de outras espécies de sociedades comerciais medievais, que inovaram em relação ao Direito Romano ao inaugurarem a noção de administração disjuntiva, reconhecendo a sociedade como ente autônomo em relação aos seus sócios¹².

A responsabilidade limitada representou também importante instrumento jurídico de incentivo à atividade econômica e, antes de tudo, resposta jurídica à necessidade socioeconômica de proteger o patrimônio pessoal dos sócios das investidas dos credores da sociedade. A partir da limitação da responsabilidade, tornaram-se possíveis novas formas de organização da empresa, que passa – sobretudo a partir das sociedades coloniais – a estar submetida a controles estatais que reforçavam a credibilidade desses empreendimentos, assemelhando-se em alguma medida às sociedades anônimas modernas¹³.

A forte ligação dos construtos jurídicos destinados a organizar a atividade econômica com o *Zeitgeist* pode ser percebida nas primeiras manifestações da companhia moderna, uma vez que estas surgem a partir da repulência dos revolucionários franceses às companhias regalias do *Ancien Régime*, dotadas de monopólios para o exercício de funções

⁹ BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. *The modern corporation and private property*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1933. p. 1.

¹⁰ SZTAJN, Op. cit., 2004, pp. 12-13. A respeito do desenvolvimento autônomo do direito dos comerciantes com relação ao direito estatal, pode-se trazer a lição de Francesco Galgano (*Lex mercatoria. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 42, n. 129, pp. 214-228, jan./mar. 2003. p. 214): “É, na origem, o *ius mercatorum* ou *lex mercatoria*, e é tal não só porque regula a atividade dos *mercatores*, mas também, e sobretudo, porque é direito criado pelos *mercatores*, que nasce dos estatutos das corporações mercantis, do costume mercantil, da jurisprudência da corte dos mercadores. É *ius mercatorum*, diretamente criado pela classe mercantil, sem mediação da sociedade política, imposto a todos em nome de uma classe, não já em nome da inteira comunidade; e isto conquanto a classe mercantil fosse classe politicamente dirigente, força de governo da sociedade comunal, que podia ditar lei – e em outra esfera de relações ditava lei – para o trâmite das instituições públicas, sob o signo da autoridade comunal. As regras do comércio foram, assim subtraídas à “compromissória” mediação da sociedade política; elas puderam, ao mesmo tempo, ultrapassar os confins comunais e expandir-se, como regras profissionais da classe mercantil, até onde se estendiam os mercados. Um direito comercial “grande, universal” – dirá Frémery – ‘como o comércio que o havia produzido’”.

¹¹ A *commenda* consistia em contrato no qual uma ou mais partes investiam seu capital, ao passo que outras participavam dos ganhos do empreendimento com seu trabalho. Ver, para estudo aprofundado sobre a origem da *commenda* e suas peculiaridades: PRYOR, John H. The origins of the *commenda* contract. *Speculum: a journal of medieval studies*. v. 52, n. 1, pp. 5-37, jan. 1977.

¹² FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. pp. 14-16.

¹³ FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 16-20.

de Estado que se traduziam em privilégios incompatíveis com os ideais iluministas¹⁴. É, portanto, no Código Comercial napoleônico de 1807 que as sociedades por ações foram pela primeira vez reconhecidas pelo direito, sendo a sociedade anônima disciplinada com base no princípio da responsabilidade limitada de todos os acionistas¹⁵.

A sociedade anônima, assim, vem se apresentar como peça fundamental do capitalismo moderno, desenvolvendo-se *pari passu* com o progresso tecnológico oriundo da segunda Revolução Industrial ao fomentar a economia por intermédio da difusão do investimento¹⁶. O grande protagonismo da grande empresa verticalizada no século XX se deve, portanto, à sua aptidão para concentrar esforços e informações na obtenção de produtos inovadores e altamente lucrativos, sendo capaz de criar novos mercados em razão de seu “planejamento eficiente a médio e longo prazo, fundado na pesquisa, na infra-estrutura industrial, no auto-financiamento, e na extensão da rede comercial”¹⁷. A sociedade anônima, desse modo, não se trata meramente de resposta a anseios financeiros de investidores, mas também a imperativos organizacionais, no sentido de garantir a separação dos poderes organizativos e a especialização dos fatores de produção, da gestão e do trabalho¹⁸.

É isso que justifica, segundo Fábio Konder Comparato, a onda de fusões, incorporações e transferências de controle acionário verificadas a partir da Segunda Guerra Mundial em todos os países ocidentais. Esse movimento de concentração econômica advém não apenas da aptidão das companhias para a inovação, mas também da necessidade de redução do *déficit* operacional¹⁹, isto é, de incremento da eficiência através de ganhos de escopo e escala. Adicione-se, ainda, que a concentração econômica adquire novos contornos a partir da segunda

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 14.

¹⁵ FRAZÃO, Op. cit., 2011, pp. 16-20.

¹⁶ “A sociedade anônima apresentou-se como o instrumento típico da grande empresa capitalística e, com efeito, surgiu e se desenvolveu com este sistema econômico e em relação às suas exigências; meio para a mobilização das economias de vastas camadas da população e para a conseguinte difusão da inversão, instrumento jurídico para a realização dos projetos de uma economia que se ia renovando de maneira radical” (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 317).

¹⁷ COMPARATO, Op. cit., p. 5. Em sentido semelhante se posiciona Alfredo Lamy Filho (Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 51, jan. 2011): “O direito da empresa, ainda em formação, não completou seu ciclo, e a rigor não se restringe ao campo mercantil, mas alcança outras esferas como a fiscal e a trabalhista. Ocorre que a organização jurídica da empresa, especificamente da grande empresa – privada, multinacional, mista ou estatal –, da megaempresa, que dominou a cena da economia moderna – reveste, em geral, a forma de sociedade anônima. Com efeito, desde seu nascimento, nas Companhias Colonizadoras, a forma anônima impôs-se como o meio mais adequado para mobilizar sócios e capitais, dadas as suas duas características básicas: a limitação da responsabilidade de todos os sócios e a livre circulabilidade das participações societárias incorporadas na ação”.

¹⁸ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista DireitoGV*. v. 1, n. 2, pp. 29-68, jun./dez. 2005. pp. 32-33.

¹⁹ COMPARATO, Op. cit., p. 6.

metade do século XX, quando a globalização da economia de mercado e a revolução tecnológica potencializam o volume de trocas comerciais de maneira a tornar obsoleto o modelo de sociedade comercial individual para dar lugar aos grupos de sociedades²⁰. Os grupos societários, assim, constituem forma organizativa que redefine a configuração do poder econômico nos mercados, substituindo a forma atômica das sociedades pelas estruturas moleculares dos grupos, nos quais diversos entes societários singulares são reunidos sob uma direção econômica unitária²¹.

A estrutura hierárquica e as decorrentes relações de subordinação dela oriundas fazem do Direito Societário, conforme aduz Wiedemann²², um “pequeno estado de direito”²³ cuja formação da vontade deve ser organizada mediante a implementação de procedimentos que assegurem a supremacia da maioria acionária e, de outro lado, a proteção das minorias. O Direito Comercial, nessa linha, “longe está de ser apenas servo do mercado ou da racionalidade econômica”²⁴. Pelo contrário, a função precípua do direito nas relações societárias é a de assegurar a correspondência entre poder e responsabilidade²⁵, razão pela qual o ordenamento impõe uma série de deveres aos gestores de sociedades para garantir não apenas a proteção dos interesses dos sócios, mas também dos diversos sujeitos afetados pela atividade empresarial, a exemplo dos trabalhadores, consumidores, concorrentes e poder público²⁶.

Não se pode esquecer, portanto, que a atividade econômica exige segurança e estabilidade das relações jurídicas, de sorte a atender satisfatoriamente as necessidades sociais

²⁰ ANTUNES, Op. cit., p. 35. Segundo Engrácia Antunes (Op. cit., p. 35): “Técnica revolucionária de organização jurídica da empresa moderna, o grupo pode ser definido, a benefício de ulterior explicitação, como um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora formalmente a sua própria autonomia jurídica (sociedades-filhas, “subsidiaries”, “Tochtergesellschaften”, “filiais”, “filial”), se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária exercida por uma outra sociedade (sociedade-mãe, “group headquarters”, Muttergesellschaft”, “cappo-gruppo”, “société-mère”).”

²¹ ANTUNES, Op. cit., pp. 35-37.

²² WIEDEMANN, Herbert. Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 15.

²³ No mesmo sentido, assevera Ana Frazão (Op. cit., 2011, p. 75): “No caso específico das sociedades anônimas, outro fator que acentuou o seu caráter institucional foi a alta proporção da socialização do investimento, especialmente no direito anglo-saxão, o que mostrava que as grandes companhias, principalmente as de capital aberto, eram, na verdade, organizações ‘quase-públicas’”.

²⁴ FORGIONI, Paula. *A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 22. Calixto Salomão Filho (*Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. pp. 7-8) defende a importância de uma visão crítica do Direito Comercial: “A visão crítica não aceita tratar o direito comercial exclusivamente como instrumento de defesa dos interesses do empresário. Vê ao contrário na transformação da empresa, na disciplina dos mercados, elementos estruturais para a transformação de um sistema, que mantido nas bases econômicas e jurídicas em que atualmente se encontra, dá claros sinais físicos (meio ambiente) e sociais (desigualdade e exclusão) de esgotamento”.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 433; ANTUNES, Op. cit., p. 31.

²⁶ Ver, por todos: FRAZÃO, Op. cit., 2011.

e a criar riquezas²⁷. É por esse motivo que, segundo Rachel Sztajn²⁸, o papel do jurista é o de delinear e esclarecer o âmbito de aplicação das normas destinadas a regular as relações entre agentes econômicos para que, “no exercício de atividades econômicas, atendam às especificidades e, sobretudo, às necessidades do tráfico negocial, das operações repetidas e igualmente estruturadas realizadas em mercados”. No mesmo sentido, conforme aduz Fligstein²⁹, o dinamismo dos mercados somente se torna possível em razão de extenso esforço de organização social, consubstanciado principalmente na existência de regras que garantam seu funcionamento e estabilidade.

Ainda mais recentemente, o contexto econômico passou por importante transformação com a intensificação do comércio eletrônico, possibilitado pelo advento das tecnologias da informação e da expansão da sociedade de rede. Nesse contexto, ganham relevância empresas eletrônicas que revolucionam modelos de negócios e criam novos mercados por intermédio de maneiras inovadoras de efetuar “operações-chave de administração, financiamento, inovação, produção, distribuição, vendas, relações com empregados e relações com clientes [...] seja qual for o tipo de conexão entre as dimensões virtuais e físicas da firma”³⁰. Não é por outra razão que alguns autores se referem à empresa virtual como “máquina de paradoxos” (*Paradoxiemaschine*)³¹.

²⁷ SZTAJN, Op. cit., 2004, p. 10.

²⁸ SZTAJN, Op. cit., 2004, pp. 10-11.

²⁹ FLIGSTEIN, Neil. *The architecture of markets: An economic sociology of twenty-first-century capitalist societies*. Princeton: Princeton University Press, 2001. pp. 8-10. No mesmo sentido, vale mencionar a opinião de Natalino Irti (A ordem jurídica do mercado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 46, n. 145, pp. 44-49, jan./mar. 2007. pp. 46-47): “Atrás da antítese entre lei natural da economia – neutras, absolutas e objetivas – e leis históricas - dependentes do querer humano – sempre se agita a luta política, sempre se confrontam ideologias ou visões da sociedade. Conflito entre uma e outra política, e não entre política e a-política neutralidade. Quando se afirma que o direito determina a economia, e o mercado se resolve no estatuto de normas, não se propõe um ou outro regime de trocas, uma ou outra disciplina da propriedade, mas somente se recorda o elementar pressuposto de todas as estruturas: a vontade política, traduzida em instituições jurídicas”.

³⁰ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 57.

³¹ É como se posicionam Jansen e Littman (*Oszillodox: Virtualisierung – die permanente Neuerfindung der Organisation*. Stuttgart: Klett-Cotta, 2000. p. 90), para quem a empresa virtual se movimenta de forma inovadora entre os conceitos clássicos de produção e negociação em mercados (*make or buy*). Segundo os autores, a empresa virtual oscila entre hierarquia, mercado e cooperação, entre desintegração vertical e reintegração virtual, entre produção e consumo (pro-sumo), entre concorrência e cooperação (coopetição), entre dependência e independência (interdependência autônoma), entre conhecimento globalizado e local (glocalização), entre integração espacial e deslocalização, entre miniaturização física e crescimento virtual, entre sincronização temporal e dessincronização, entre custos fixos e custos variáveis, entre materialização e desmaterialização, entre hierarquia e heterarquia. Tradução livre do original: “Die Virtuelle Unternehmung ist eine Paradoxiemaschine! Sie bewegt sich in den klassischen Paradoxien der Organisation und produziert zugleich neue. Die Virtuelle Unternehmung oszilliert zwischen Hierarchie, Markt und Kooperation, zwischen vertikaler Desintegration und virtueller Reintegration (integriertes Outsourcing), zwischen Produktion und Konsumtion (prosumerism), zwischen Konkurrenz und Kooperation (co-opetition), zwischen Abhängigkeit und Unabhängigkeit (autonome Interdependenz), zwischen Globalisierung und lokaler Kenntnis (Glokalisierung) zwischen räumlicher Integration und Delokalisierung, zwischen physischer Kleinheit und virtueller Größe, zwischen zeitlicher Synchronisation und

A internet possibilita, assim, a miniaturização das estruturas corporativas e a introdução de organizações dotadas de flexibilidade e adaptabilidade capazes de responder a uma demanda em constante modificação³². Tais empreendimentos se caracterizam, portanto, por articularem de maneira eficiente imperativos de satisfação do comprador, de redução de custos e de operabilidade³³. Ocorre que, por mais desejável que seja a inovação tecnológica e econômica, o ritmo acelerado das transformações da organização econômica tende a favorecer o chamado “empreendedorismo evasivo”, na medida em que os agentes econômicos tenderão a esquivar-se da incidência da regulação estatal em razão do ineditismo de suas formas³⁴. Todavia, mesmo as mais inovadoras formas de organização da atividade econômica estão sujeitas a amarras institucionais estruturantes do sistema.

A necessidade da criação de formas jurídicas capazes de, de um lado, endereçar adequadamente as demandas sociais ao fornecer a infraestrutura adequada para o desenvolvimento de empreendimentos comerciais e, de outro, promover estruturas de controle aptas a assegurar a segurança das transações e a observância de normas jurídicas cogentes perpassa, portanto, o esforço histórico em dar viabilidade jurídica a iniciativas econômicas. Tais observações servem para demonstrar a importância de estruturas conformadoras da interação humana para definir de forma clara os objetivos dos sujeitos envolvidos. Nesse sentido, a moderna economia institucional traz importantes conceitos pelos quais procura explicar a natureza de tais mecanismos: trata-se da distinção entre organizações e instituições.

Organizações, segundo Douglass North³⁵, são grupos de indivíduos ligados por um propósito comum para alcançar determinados objetivos, dotados de estruturas de governança e habilidades específicas que servem para determinar seu êxito ao longo do tempo. As organizações dizem respeito, portanto, a entidades políticas – como partidos, agências reguladoras e casas legislativas –, entes econômicos – a exemplo de empresas, sindicatos e cooperativas – e outros agrupamentos sociais relevantes que servem para atingir certos fins a partir de restrições formais ou informais já existentes no meio social em questão.

As restrições que limitam o espaço de ação das organizações constituem as regras do jogo a serem observadas para que as organizações alcancem seus objetivos de maneira

Asynchronisation, zwischen fixen und variablen Kosten, zwischen Materialisierung und Dematerialisierung und zwischen Hierarchie und Heterarchie”.

³² CASTELLS, Op. cit., p. 59.

³³ CASTELLS, Op. cit., p. 65.

³⁴ ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. Evasive entrepreneurship. *IFN Working Paper* n. 1044, 2014.

³⁵ NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. pp. 4-5.

eficiente. Tais limitações à discricionariedade dos agentes econômicos, denominadas instituições, desempenham papel fundamental na estruturação das relações de mercado, na medida em que fornecem a infraestrutura necessária ao desenvolvimento da atividade econômica. As amarras institucionais que condicionam a atividade econômica variam radicalmente conforme o tempo e o espaço e servem para definir o *modus operandi* da economia ao moldarem os custos a serem superados para que um determinado agente possa alcançar os fins que pretende alcançar³⁶.

Nesse sentido, o sucesso de determinado arranjo organizacional estará condicionado ao nível de aproveitamento das oportunidades possibilitado pelo reconhecimento das instituições vigentes, de modo que, conforme intuiu Frank Knight³⁷, os agentes econômicos se organizarão da maneira mais eficiente possível em mercados caóticos quando lograrem êxito em transformar incertezas em riscos controlados.

É por esse motivo que, como já se viu, a regulação jurídica pode desempenhar mais do que simplesmente a função de fornecer formas predefinidas para o exercício de atividade econômica organizada, servindo também como ferramenta de acomodação de inovações imprevistas pelo sistema ao fornecer arcabouço normativo capaz de conferir segurança aos agentes envolvidos e também a terceiros³⁸. Adicione-se, contudo, que a atividade econômica caminha passos à frente da regulação jurídica³⁹, de tal maneira que, uma vez que determinada forma de organização internaliza os procedimentos institucionais vigentes, ela própria se torna o vetor da mudança institucional⁴⁰. Dessa maneira, as formas jurídicas predefinidas pelo sistema podem não corresponder às expectativas dos agentes econômicos que, em seu comportamento maximizador ou mesmo movidos por interesses alheios à razão⁴¹, estruturam suas atividades por formas alternativas e imprevistas pelo ordenamento.

³⁶ NORTH, Op. cit., pp. 107-117.

³⁷ KNIGHT, Frank. *Risk, uncertainty and profit*. Nova Iorque: Augustus M. Kelley, 1964.

³⁸ ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 23.

³⁹ No dizer de Eros Roberto Grau (*O direito posto e direito pressuposto*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998), trata-se do *direito pressuposto* operando para modificar o *direito posto*, isto é, as normas que emergem da prática social influenciando e desafiando o direito positivado.

⁴⁰ NORTH, Op. cit., pp. 79-80.

⁴¹ Segundo Akerlof e Shiller (*Animal spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2009), a concepção da economia neoclássica segundo a qual os agentes econômicos são movidos por comportamento racional maximizador de riqueza não corresponde à realidade dos agentes de mercado, cujo comportamento se encontra fortemente condicionado por fatores psicológicos como interesses pessoais, fatores emocionais e mesmo a ma-fé, razão pela qual os autores não trabalham propriamente com a ideia de racionalidade, mas de “racionalidade limitada” (*bounded rationality*).

Foi com vistas a compreender o que impulsiona os agentes econômicos a optarem por determinada forma de organização de suas atividades que autores como Ronald Coase e outros elaboraram a noção de custos de transação, como se verá na seção a seguir.

II. EMPRESA, MERCADO E A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Sendo certo que os agentes econômicos contam com uma multiplicidade de formas de organização de suas transações no mercado por intermédio da articulação de arranjos institucionais que correspondam às suas necessidades e às demandas a que pretendem responder⁴², torna-se necessária a reflexão sobre os motivos de adoção de uma forma organizativa ou outra. Nas palavras de Kenneth Arrow⁴³, o fato de existirem incentivos para a integração vertical e a organização da atividade econômica em estruturas hierárquicas em lugar de simples trocas no mercado evidencia a existência de custos de operação do sistema econômico (*costs of running the economic system*).

Tal constatação desafia frontalmente a concepção econômica clássica segundo a qual os indivíduos agem racionalmente para maximizar seus ganhos coordenando-se através do mecanismo de preços, isto é, a partir da alocação eficiente de recursos segundo a oferta e a demanda. No entanto, conforme percebido por Ronald Coase⁴⁴, mesmo a compreensão segundo a qual o sistema econômico se autorregula a partir do mecanismo de preços não afasta a necessidade de planejamento pelos indivíduos. Segundo o autor, o esforço preditivo das condições do mercado envolve necessariamente a escolha entre alternativas de alocação de recursos, escolha esta que, embora seja simples na negociação por agentes autônomos – que se orientarão pelo mecanismo de preços –, ocorre de maneira diversa quando indivíduos se organizam em entes empresariais. Nesse último caso, determinado agente subordinado não necessariamente tomará uma decisão por considerá-la a mais eficiente, mas por terem determinado que o fizesse⁴⁵.

A grande questão enfrentada por Coase em seu artigo clássico *The nature of the firm* é, portanto, a de compreender a razão pela qual as “firmas”, isto é, as organizações, surgem

⁴² Ver: MÉNARD, Claude; NUNES, Rubens; SILVA, Vivian Lara dos Santos. Introdução à teoria das organizações. In: MÉNARD, Claude et al. *Economia das organizações: formas plurais e desafios*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

⁴³ ARROW, Kenneth. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures*. v. 91, n. 1, 1969.

⁴⁴ COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica: New Series*. v. 4, n. 16, pp. 386-405, nov. 1937. pp. 387-388.

⁴⁵ COASE, Op. cit., 1937, pp. 387-388.

em economias com alto grau de especialização⁴⁶. A existência de firmas evidencia o fato de que determinados indivíduos optam por deixar de transacionar no mercado para receber retorno menor por suas operações ao agir sob a autoridade de outrem⁴⁷. De outro lado, evidencia-se também o dado de que determinados agentes estão dispostos a receber menos do que poderiam obter individualmente para remunerar outros sujeitos em contrapartida ao exercício de poder diretivo sobre eles⁴⁸. A percepção desse paradoxo aponta, assim, para a conclusão fundamental de Coase: a de que, tendo em vista que existem custos de utilização do mecanismo de preços – especialmente na negociação e na conclusão de contratos para cada operação de troca, o que requer a agregação de informações suficientes para a percepção das condições do mercado –, a formação de uma organização que conte com autoridade para alocar recursos reduz tais custos⁴⁹.

Os chamados *custos de transação*, dessa maneira, consistem em explicação do problema da organização da atividade econômica como um problema de contratação⁵⁰. A noção segundo a qual a empresa se constitui como mecanismo de redução de custos de transação⁵¹ envolve, portanto, a maior facilidade de que dispõem tais entidades para elaborar, negociar e executar negócios, com maiores condições para administrar contingências e agir de maneira informada na interação com os demais agentes de mercado⁵², de sorte a transformar eficientemente incertezas em riscos e, assim, perceber lucros mais significativos⁵³.

Nesse sentido, é útil a analogia de Williamson⁵⁴, segundo a qual os custos de transação agiriam da mesma maneira que o atrito na Física: se as operações em mercados tivessem zero custos de transação, não haveria distinção entre a escolha pela negociação direta em mercados ou pela criação de organizações, de modo que somente os custos de produção seriam levados em consideração para a escolha da alternativa mais eficiente. No entanto, da mesma forma que não se pode desconsiderar o atrito na aplicação prática dos princípios da

⁴⁶ COASE, Op. cit., 1937, p. 390.

⁴⁷ COASE, Op. cit., 1937, p. 390.

⁴⁸ COASE, Op. cit., 1937, p. 390.

⁴⁹ COASE, Op. cit., 1937, pp. 390-392.

⁵⁰ WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nova Iorque: The Free Press, 1985. p. 20.

⁵¹ Conforme notam Frank Easterbrook e Daniel Fischel (*The economic structure of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. pp. 8-9), ainda que a forma corporativa possa parecer a mais eficiente e a mais apta a reduzir custos de transação, a verificação da alternativa mais favorável requer constante monitoramento das condições de mercado e das condições de organização interna da empresa, na medida em que a empresa crescerá até que os custos de organização da produção por meio da firma, internamente, superem os custos de organização por meio de operações de mercado. Em outras palavras: a organização da produção em uma firma nem sempre será menos custosa do que a realização de trocas com outros agentes.

⁵² WILLIAMSON, Op. cit., 1985, p. 20.

⁵³ Ver: KNIGHT, Op. cit.

⁵⁴ WILLIAMSON, Op. cit., 1985, pp. 20-21.

Física, teorias econômicas não podem se limitar a abstrações como a concorrência perfeita ao analisarem situações fáticas.

No dizer de Coase⁵⁵, em um ambiente sem custos de transação, os agentes econômicos realizariam quaisquer arranjos contratuais necessários para a maximização do valor da produção. Em suma, se custos de transação forem desprezíveis, a forma de organização da atividade econômica é irrelevante⁵⁶. Contudo, uma vez que os custos de transação entram na discussão, haverá arranjos contratuais cujo custo de realização superará qualquer ganho que potencialmente forneceria⁵⁷. É por essa razão que se faz necessária uma descrição satisfatória das estruturas gerais de governança da atividade econômica, de modo a fornecer explicações sobre a correspondência dessas formas de governança com as instituições vigentes⁵⁸, o que inclui as normas jurídicas.

Segundo Ménard et al, o mercado pode ser entendido como “arranjo institucional em que atores econômicos autônomos, com identidades preservadas, decidem de forma eficiente e sem custos a alocação de recursos, valendo-se do mecanismo de preços”⁵⁹. Pode-se, ainda, acrescentar a definição de Rachel Sztajn, para quem mercados são instituições que têm por função “criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas” e, assim, incrementar o bem-estar geral⁶⁰. Nesse sentido, a eficiência dos mercados está condicionada à existência de mecanismos de obtenção e difusão de informações que permitam a determinação transparente dos preços, de sorte que a obtenção de informações constitui um dos principais elementos dos custos de transação⁶¹.

O mercado oferece uma base institucional interessante para a realização de transações econômicas na medida em que fornece a infraestrutura necessária à competição entre agentes, que podem agir e reagir às ações uns dos outros a partir da observação das oscilações

⁵⁵ COASE, Ronald. *The firm, the market and the law* [edição eletrônica]. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

⁵⁶ WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of law and economics*. v. 22, n. 2, pp. 233-261, out. 1979. p. 233.

⁵⁷ COASE, Op. cit., 1988.

⁵⁸ WILLIAMSON, Op. cit., 1979, p. 234.

⁵⁹ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 17. Ainda de acordo com estes autores (MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 17): “Durante muito tempo, os economistas concentraram sua atenção nos mercados e em seu mecanismo central, o sistema de preços. A noção de “mercado” é algo muito próximo da realidade cotidiana. Tomemos, por exemplo, as feiras livres, o mercado virtual dos sites de compra, além dos mercados ilegais da venda de produtos “piratas”. Outros exemplos, usualmente empregados nos livros-textos, são os leilões e os mercados de diamantes”. Nesse sentido, ver: BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *The journal of legal studies*. v. 21, n. 1, pp. 115-157, jan. 1992.

⁶⁰ SZTAJN, Op. cit., 2004, p. 34.

⁶¹ SZTAJN, Op. cit., 2004, p. 50.

provocadas pelo mecanismo de preços. Com isso, os agentes econômicos são capazes de otimizar sua produção e alocar seus recursos de maneira eficiente⁶².

A operação em mercados, contudo, pode apresentar problemas, seja em razão dos custos de obtenção de informações relevantes⁶³, seja em virtude da ausência de mecanismos de mitigação do oportunismo e estabilização de expectativas⁶⁴. O mercado é, na definição de Williamson⁶⁵, uma “estrutura de governança de transações não específicas”, na medida em que compradores e vendedores de identidade preservada⁶⁶ negociam bens padronizados. Nesse caso, trata-se de ambiente mais vantajoso quando o que vem ao caso são transações recorrentes cuja realização pode depender tão somente da experiência das partes contratantes para prever e mitigar os riscos aos quais estão submetidas⁶⁷.

Há transações, no entanto, que os mercados não são capazes de organizar de maneira eficiente. Como já se comentou, a necessidade de reduzir custos de transação mediante a adoção de estrutura capaz de centralizar o poder decisório para negociar e concluir negócios de forma mais eficiente enseja, segundo Coase⁶⁸, a criação de estruturas hierárquicas por meio das quais os recursos serão alocados de maneira mais adequada. Assim, a firma produz uma forma de divisão do trabalho na qual o empresário passa a desempenhar papel central no processo produtivo, integrando e coordenando as atividades de seus empregados para gerar bens negociáveis em mercado⁶⁹.

No caso das organizações integradas – das quais as firmas são espécie de fundamental importância⁷⁰ – o poder hierárquico permite a agregação de contratos de trabalho por meio dos quais procedimentos administrativos internos coordenam, com base em regras hierárquicas, a alocação de recursos. É por essa razão que, contrariamente aos mercados, nos quais o mecanismo de preços prevalece sobre elementos oriundos da identidade dos agentes, a identidade das organizações integradas importa para que seja possível prever, em maior ou

⁶² ADLER, Paul S. Market, hierarchy and trust: the knowledge economy and the future of capitalism. *Organization Science*. v. 12, n. 2, pp. 215-234, mar./abr. 2001. pp. 216-217.

⁶³ Ver: ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. *The American economic review*. v. 62, n. 5, pp. 777-795, dez. 1972.

⁶⁴ WILLIAMSON, Op. cit., 1985, p. 63.

⁶⁵ WILLIAMSON, Op. cit., 1979, p. 248.

⁶⁶ Vale transcrever a definição de Ménard et al (Op. cit., p. 17): “A forma organizacional de mercado pode ser entendida como arranjo institucional em que atores econômicos autônomos, com identidades preservadas, decidem de forma eficiente e sem custos a alocação de recursos, valendo-se do mecanismo de preços”.

⁶⁷ WILLIAMSON, Op. cit., 1979, p. 248.

⁶⁸ COASE, Op. cit., 1937, pp. 389-392.

⁶⁹ WILLIAMSON, Op. cit., 1985, pp. 209-210.

⁷⁰ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 17.

menor medida, seu *modus operandi*, o que se realiza inclusive por intermédio de estruturas jurídicas como os tipos societários⁷¹ e a governança corporativa⁷².

Nesse sentido, tem-se que os limites das organizações integradas “são determinados pelo poder de decisão, isto é, pela capacidade de escolher o que fazer, como fazê-lo e quando fazer”⁷³. Por isso se pode afirmar que, tendo em vista que consistem em formas de agregação do poder de escolha em agentes centrais, as organizações hierárquicas operam a partir de intrincado sistema de coordenação dos fatores de produção⁷⁴. Daí dizer Richardson⁷⁵ que firmas são “ilhas de coordenação planejada em um mar de relações de mercado”.

É claro que, em determinados mercados, é possível reduzir em grande medida os custos de contratação, sobretudo em face da especialização desses ambientes institucionais⁷⁶. Da mesma maneira, não se pode descartar que, por mais que a organização da atividade econômica em firmas possa ter por objetivo reduzir os custos de transação ao congregar em um só ente diversas operações que seriam realizadas dispersa e individualmente no mercado, firmas também celebrarão contratos com consumidores e umas com as outras e, a depender do

⁷¹ Conforme pontua Jorge Manuel Coutinho de Abreu (*Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2002. v. 2, p. 52), “tipos societários são modelos ou formas diferenciadas de regulação de relações (entre sócios, entre sócio(s) e sociedade, entre uns e outra com terceiros) não determinados conceitual-abstractamente, mas antes por conjuntos abertos de notas características (imprescindíveis umas, outras não)”. Os tipos societários, assim, constituem medida de segurança jurídica aos agentes econômicos.

⁷² De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (*Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2015. p. 20), governança corporativa “é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”.

⁷³ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 18.

⁷⁴ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 18. Segundo Rachel Sztajn (Op. cit., 2004, p. 73), os mecanismos de coordenação consistem em ferramentas de internalização das operações que ocorreriam em mercados: “Depender de mercados para produzir gera riscos que podem não convir aos particulares que, por isso, organizam os fatores da produção como meio de dar maior estabilidade a suas operações. Mercados dão ensejo a operações especulativas, algumas das quais contagiam, de forma negativa, a formação dos preços, provocam crises de confiança na ação dos operadores econômicos. Em ciência econômica isso é levado em conta porque a informação, apesar de ser bem escassa, tem valor. Custos de obtenção de informações, assim como a racionalidade em processá-las, representam limitação informacional; na expressão de Arruñada, ‘la omnisciencia implicaría la omnipotencia.’”.

⁷⁵ RICHARDSON, G. B. The organisation of industry. *The economic journal*, v. 82, n. 327, pp. 883-896, set. 1972. p. 883. Vale notar que Richardson (Op. cit., p. 883) distingue coordenação planejada de coordenação espontânea, sendo a primeira aquela obtida por intermédio do poder de direção das firmas e a segunda aquela obtida espontaneamente no mercado ou, na simplificação smithiana, por meio da “mão invisível”. Pode-se, portanto, traçar paralelo da distinção de Richardson com os conceitos de *cosmos* e *taxis*, empregados por Friedrich von Hayek (*Law, legislation and liberty*. Londres: Routledge, 2013. pp. 34-40) para designar, respectivamente, a ordem espontânea, que emerge dos padrões de interação dos indivíduos no mercado para estabelecer regras de conduta (instituições) que limitam seu âmbito de atuação em maior ou menor medida; e a ordem criada, isto é, aquela deliberadamente introduzida no âmbito de determinada coletividade – seja no âmbito macroscópico do Estado por meio da legislação, seja através de normas de organização interna das empresas – para regular seus comportamentos.

⁷⁶ COASE, Op. cit., 1937, pp. 398-400.

contexto, poderão sofrer pela ausência de informações sobre o mercado⁷⁷. Pode-se igualmente falar, ainda, no atingimento de um ponto de equilíbrio no qual, por mais eficientes que sejam as transações realizadas por meio de empresas, deixe de ser vantajoso ou possível o crescimento da firma em escala ou escopo⁷⁸, de maneira que a obtenção de resultados mais favoráveis dependerá do acolhimento de novos arranjos organizacionais. Mesmo a situação oposta pode ser cogitada: é possível que determinado modelo de negócio seja de tal maneira inovador que a própria organização hierárquica não lhe seja vantajosa. É por isso que as estruturas de governança, isto é, a “matriz institucional na qual transações são negociadas e executadas”, variam de acordo com a natureza da transação⁷⁹.

Em suma, os agentes econômicos tenderão a buscar a estrutura de governança mais adequada para gerir e reduzir seus custos de transação, sobretudo quando submetidas a pressões competitivas⁸⁰. Ocorre que, da mesma forma que as relações interempresariais não se limitam à dinâmica competitiva, mercados e hierarquias não compreendem a totalidade dos arranjos adotados pelos agentes econômicos para desenvolver suas atividades. É por essa razão que ganham substancial importância os arranjos contratuais que se posicionam entre empresa e mercado, os chamados híbridos, que constituem o objeto deste trabalho. Antes de discorrer especificamente sobre o modo de estruturação das formas híbridas de organização da atividade

⁷⁷ É o que defendem Milgrom e Roberts (Op. cit., p. 456), para os quais a distinção entre firma e mercado não é tão clara, na medida em que a própria produção envolve relações de troca: “In the Arrow-Debreu theory of the private-ownership economy, the distinction between firm and market is absolutely clear: a firm is a production set summarizing the possibilities for transforming one bundle of time-, event-, and location-differentiated commodities into another; a market is the coming together of economic agents (firms and consumers) to exchange ownership of such commodity bundles. However, as our analysis of the firm deepens, the firm-market distinction blurs; for production itself involves exchange. The boundaries of firms are fuzzy: two legally separate firms may be more closely integrated in their planning and operations than are any pair of divisions in a conglomerate; and even though there is no commonality of ownership or explicit long-term contract linking them, they may continue their close relations over indefinitely extended periods. Moreover, decentralized firms may adopt market-like solutions to their organizational problems, using, for example, arms-length negotiations to determine transfer prices and evaluating employee and divisional performance on profit criteria”. Tradução livre: “Na teoria de Arrow e Debreu sobre a economia de propriedade privada, a distinção entre firmas e mercados é absolutamente clara: uma firma é um complexo de produção que sintetiza as possibilidades de transformação de insumos temporal, material e localmente diferenciados em outros; um mercado é a conjunção de agentes econômicos (firmas e consumidores) para a mudança da propriedade sobre esses conjuntos de insumos. Contudo, na medida em que nossa análise da firma se aprofunda, a distinção entre firma e mercado se esmaece, na medida em que a produção em si mesma envolve trocas. Os limites das firmas são opacos: duas firmas legalmente separadas podem estar mais intimamente integradas em seu planejamento e em suas operações do que estarão duas divisões de um conglomerado; e mesmo que não exista propriedade comum ou explícitos vínculos contratuais de longo prazo entre as partes, elas podem continuar suas relações de proximidade por longos períodos. Além disso, firmas descentralizadas podem adotar soluções similares ao mercado para seus problemas organizacionais, realizando, por exemplo, negociações destinadas a determinar preços e avaliar a performance da empresa de acordo com o critério do preço”.

⁷⁸ Ver, nesse sentido: PENROSE, Edith. *The theory of the growth of the firm*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁷⁹ WILLIAMSON, Op. cit., 1979, pp. 238-239.

⁸⁰ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 25.

econômica, é importante que se analise o papel das relações cooperativas na economia contemporânea, verificando em que medida são compatíveis com o princípio da livre concorrência.

III. COOPERAÇÃO E COMPETIÇÃO: A NATUREZA DAS RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS

A sociedade capitalista é marcada pela escassez de recursos, de sorte que a organização da atividade econômica em firmas é decisão advinda do imperativo pela redução de custos de transação. Com isso, tem-se que a cooperação entre indivíduos especializados tende a produzir maiores ganhos em eficiência, razão pela qual tais sujeitos se unem sob uma autoridade comum e passam a integrar firmas⁸¹. No entanto, pode ser equivocado o ponto de vista segundo o qual a cooperação entre sujeitos se dá tão somente no âmbito interno das organizações, na medida em que relações cooperativas são também uma constante nas relações entre empresas.

Por mais que possa parecer temerário entender que agentes econômicos maximizadores que concorrem pela obtenção de maiores lucros possam perceber como mais vantajosa a adoção de fórmula cooperativa, é importante que, conforme notou Williamson⁸², se tenham em vista dois pressupostos essenciais: (i) a racionalidade limitada; e (ii) a existência de comportamentos oportunistas.

A racionalidade limitada é característica intrínseca do comportamento humano, na medida em que este, por mais que se pretenda racional, jamais poderá alcançar grau perfeito de racionalidade⁸³. O reconhecimento do fato de os agentes econômicos agirem segundo critérios de racionalidade limitada representa superação de importantes pressupostos da economia neoclássica e, por conseguinte, permite análises mais realistas do comportamento desses agentes em mercados⁸⁴. É justamente a racionalidade que justifica a busca por formas de

⁸¹ ALCHIAN; DEMSETZ, Op. cit., p. 777.

⁸² WILLIAMSON, Oliver. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. Nova Iorque: Macmillan, 1975. pp. 45-49.

⁸³ Vale notar que, conforme ensina Paula Forgioni (*Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 550), pode-se falar não apenas em racionalidade econômica, mas também em racionalidade jurídica. Segundo a autora, “o comportamento é racional, em termos jurídicos, quando viabiliza a fluência das relações de mercado, conforme as regras e os princípios jurídicos (ou seja, de acordo com o direito). O comportamento é dito racional, do ponto de vista econômico, quando traz a maximização do proveito ou lucro para o agente. Para a interpretação dos negócios, toma-se em consideração uma racionalidade jurídica, que parte da necessidade de conferir ao sistema segurança e previsibilidade”.

⁸⁴ WILLIAMSON, Op. cit., 1975, pp. 21-22.

organização da atividade econômica que potencializem as capacidades informacionais dos agentes de mercado que, ainda que conservem interesses contrapostos, procurarão aliar-se estrategicamente para gerar novas eficiências. Acrescente-se, contudo, que a racionalidade limitada jamais deixou de ser considerada pelo Direito Comercial, na medida em que o ordenamento prevê importantes mecanismos destinados a endereçar eventuais problemas advindos da finitude da cognição humana e da necessária incompletude das relações econômicas⁸⁵.

O oportunismo, por sua vez, consiste no reconhecimento de que agentes econômicos são guiados por auto-interesse e, portanto, agem estrategicamente⁸⁶. Agentes oportunistas não se satisfazem com meras promessas – que não são suficientes para vincular seus interlocutores – e partem da premissa de que seus parceiros poderão adotar estratégias dos mais variados tipos para alcançar seus objetivos⁸⁷. É por esse motivo que as relações interempresariais não se resumem à confiança – ainda que esta seja central para a celebração desse vínculos –, mas envolvem amarras jurídicas coercitivas sobre o comportamento das partes envolvidas, que se abrigam sob o princípio *pacta sunt servanda* com vistas a coibir comportamentos oportunistas e, assim, garantir o regular transcorrer da relação⁸⁸.

No entanto, na medida em que as relações contratuais se estendem por alongados períodos de tempo, para além das cláusulas que vinculam as partes, a confiança exerce importante papel para a gestão dos interesses e para a garantia do cumprimento das obrigações assumidas pelas partes. A possibilidade de uma parte prever determinada atitude de seu parceiro comercial pode, nesse sentido, servir de importante mecanismo de redução de custos de transação⁸⁹. Observe-se, porém, que não se está aqui falando em confiança pessoal, mas no que Williamson⁹⁰ denominou “confiança institucional”. Ou seja, a confiança terá papel decisivo para orientar relações mais eficientes na medida em que se referir ao respeito às normas previstas pelos agentes no negócio celebrado e à experiência em sua aplicação. É claro, assim, que contratos com essas características deverão conter cláusulas especiais para a governança

⁸⁵ FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 66-69.

⁸⁶ WILLIAMSON, Op. cit., 1975, p. 26.

⁸⁷ WILLIAMSON, Op. cit., 1975, pp. 26-27.

⁸⁸ FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 66.

⁸⁹ FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 95.

⁹⁰ WILLIAMSON, Oliver. Calculativeness, trust, and economic organization. *Journal of law and economics*. v. 36, n. 1, pp. 453-486, abr. 1993. pp. 485-486.

dessas relações, instaurando meios de controle da observância às normas de conduta prescritas⁹¹, o que se verá em maiores detalhes na seção seguinte.

Conforme notado por Paula Forgioni⁹², o papel da confiança na regulação das relações de longo prazo entre agentes econômicos jamais fugiu ao crivo do Direito Comercial, no âmbito do qual a boa-fé objetiva se desenvolve de maneira peculiar, consistindo na adoção do “comportamento jurídica e normalmente esperado dos ‘comerciantes cordatos’, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado (ou ‘em certo ambiente institucional’), sempre de acordo com o direito”. Nesse sentido, a boa-fé se traduz em fator de redução dos custos de transação, “facilitando os negócios e estimulando o fluxo de relações econômicas”⁹³ ao conferir segurança e previsibilidade às relações comerciais. Com isso, procura-se reforçar que a boa-fé não reside na boa vontade, mas se refere à confiança no contrato⁹⁴, que permite afastar meras expectativas de comportamento regular para dar lugar à segurança que advém das normas jurídicas⁹⁵.

Retornando à metáfora de Richardson⁹⁶, pode ser certo que empresas sejam ilhas, porém são unidades autônomas que, por intermédio de uma densa rede de relações cooperativas, realizam trocas econômicas em mercados. Não é sem razão que as empresas são, por muitas vezes, designadas como feixes de relações contratuais⁹⁷. Tais operações, todavia, não se reduzem a compras e vendas isoladas, mas adquirem estabilidade e permitem que os agentes orientem suas ações por expectativas mais confiáveis, seja em razão da fixação de *standards* comportamentais pela boa-fé objetiva⁹⁸, seja em virtude de deveres fixados em contratos de

⁹¹ BROUSSEAU, Éric. Les contrats dans la coordination interentreprises: Les enseignements de quelques travaux récents d'économie appliquée. In: GAUDEAUX, Andreani; NAUD, D. *L'entreprise, lieu de nouveaux contrats?* Paris: L'Harmattan, 1996.

⁹² FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 99.

⁹³ FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 99.

⁹⁴ FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 95.

⁹⁵ Vale, nesse sentido, transcrever a lição de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. pp. 1242-1243) a respeito do assunto: “A importância sociológica assumida pela confiança não deve levar, no seu alcance como na sua construção, a uma transposição mecânica para o Direito. Em termos de relacionamento social, o Direito, como sistema, é um factor poderoso de redução da complexidade social, surgindo como fonte primordial de confiança: o conhecimento dos esquemas dogmáticos permite, por excelência, simplificar e ordenar os factores condicionantes de decisão. Numa sociedade dominada pela impessoalidade, como é de norma na sequência das revoluções industriais, as reduções permitidas pela confiança num contrato celebrado não advêm tanto de expectativas de comportamento regular da outra parte, como da segurança inculcada pela inserção do pacto em canais jurídicos, cujo percurso se encontra pré-determinado. Tanto basta para deixar claro não corresponder, a confiança sociológica, à dimensão que, da noção, se espera no Direito”.

⁹⁶ RICHARDSON, Op. cit., p. 883.

⁹⁷ JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of financial economics*. v. 3, pp. 305-360, 1976.

⁹⁸ Segundo Gustavo Tepedino (Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca13.pdf>> Acesso em: 1º maio 2017), “O princípio da boa-fé funciona como o elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais. Atribuem-se-lhe, do ponto de vista técnico, três

longo prazo⁹⁹. Observe-se que tal espécie de cooperação é extremamente simples quando se refere à compra e venda de bens ou à prestação de serviços, porém pode ser em larga medida complexificada quando relacionada, por exemplo, a acordos de transferência ou desenvolvimento conjunto de tecnologia¹⁰⁰, quando o objeto do negócio poderá envolver a transferência de recursos de para a utilização, aperfeiçoamento ou criação de produtos ou serviços inovadores¹⁰¹.

Daí dizer Richardson¹⁰² que não existe separação clara entre transações de mercado e transações cooperativas, uma vez que a cooperação se faz presente em todas as relações interempresariais, podendo se apresentar em graus maiores ou menores. A existência de alto grau de cooperação entre os agentes, entretanto, mesmo quando consiste na formação de núcleos de decisão, controle comum, ou até em controle externo ou influência relevante, não significa necessariamente que se está diante da formação de empresa comum, o que ensejaria a obrigatoriedade da notificação prévia ao CADE¹⁰³. É por essa razão que a verificação de mecanismos sofisticados de cooperação apresenta substancial desafio às instâncias jurídicas de controle da atividade econômica, como se verá no decorrer deste trabalho.

Dessa maneira, os agentes de mercado muitas vezes se veem diante de interessante paradoxo: a tensão comunicacional entre cooperação e competição, uma vez que passam a receber incentivos aparentemente contraditórios para a adoção de um *modus operandi* ou de outro¹⁰⁴. Nesse sentido, embora seja possível sustentar a existência de relação simbiótica entre cooperação e competição – “coopetição”¹⁰⁵ –, é importante que se mantenha a distinção entre competição e cooperação inclusive para fins de institucionalização por meio de normas jurídicas¹⁰⁶. Da mesma maneira, Fligstein e McAdam¹⁰⁷ afirmam que cooperação e hierarquia

funções principais: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos; e (iii) função criadora de deveres anexos à prestação principal, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial”.

⁹⁹ RICHARDSON, Op. cit., p. 884.

¹⁰⁰ A preponderância de acordos de desenvolvimento conjunto ou transferência de tecnologias foi verificada empiricamente por P. Mariti e R. H. Smiley (Co-operative agreements and the organization of industry. In: BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1999).

¹⁰¹ RICHARDSON, Op. cit., pp. 886-887.

¹⁰² RICHARDSON, Op. cit., pp. 886-887.

¹⁰³ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 117.

¹⁰⁴ TEUBNER, Gunther. Coincidentia Oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 25.

¹⁰⁵ LITTMANN; JANSEN, Op. cit., p. 18.

¹⁰⁶ TEUBNER, Op. cit., 2009, p. 26.

¹⁰⁷ FLIGSTEIN, Neil; MCADAM, Doug. *A theory of fields*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

se fazem presentes simultaneamente nas relações sociais, de sorte que o grau de um aspecto ou de outro se dará em função de atributos como poder e confiança.

Conforme aduz Teubner¹⁰⁸, a combinação da concorrência com a cooperação somente pode ocorrer se forem introduzidas medidas institucionais capazes de “dar identidade a tal distinção”. A operacionalização de formas organizacionais que combinam cooperação e competição requer, segundo o autor, (i) a institucionalização sustentável da competição de mercado mediante a conclusão de contratos bilaterais paralelos e distintos, isto é, sem a criação de organização unitária; (ii) a institucionalização da distinção entre cooperação e competição no âmbito do sistema contratual, de maneira a produzir uma sobreposição entre a competição de mercado e a esfera de cooperação operacional; e (iii) a demarcação interna entre esferas operacionais¹⁰⁹. O que Teubner pretende sustentar, portanto, é que a legitimação jurídica de formas cooperativas de organização do poder econômico requer certeza e transparência.

O reconhecimento da cooperação como fator essencial na estruturação da atividade econômica representa não a superação de categorias como “mercado” e “hierarquia” ou, ainda, da divisão de Jhering¹¹⁰ entre contratos de intercâmbio e contratos de sociedade, mas o acolhimento da noção segundo a qual as explicações da economia neoclássica e mesmo da dogmática jurídica não são suficientes para compreender e regular a complexidade verificada nas relações interempresariais¹¹¹. Por essa razão se justifica a reflexão sobre as categorias jurídicas aplicáveis e sua necessária reformulação ante as constantes transformações da prática econômica. A insuficiência dos mercados e da hierarquia para descrever os arranjos organizacionais revela a importância do estudo das formas híbridas de organização da atividade econômica, que se posicionam entre empresa e mercado ao paradoxalmente congregarem aspectos colaborativos a interesses contrapostos advindos do ambiente competitivo.

IV. OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO FENÔMENO ECONÔMICO RELEVANTE PARA A REGULAÇÃO JURÍDICA

Partindo-se do já exposto pressuposto segundo o qual o ambiente institucional define as regras que determinam a forma de produção e comercialização de bens e serviços, tem-se que os agentes econômicos tenderão a selecionar os arranjos que mais eficientemente

¹⁰⁸ TEUBNER, Op. cit., 2009, p. 26.

¹⁰⁹ TEUBNER, Op. cit., 2009, p. 26.

¹¹⁰ JHERING, Rudolf von. *L'évolution du droit*. Paris: Marescq, 1901. pp. 85-87. Tal distinção será explorada com maior detalhamento no capítulo seguinte.

¹¹¹ NORTH, Op. cit., pp. 11-16.

reduzam custos de transação para organizar suas atividades¹¹². Como igualmente já se viu, a adoção de formas hierárquicas pode se mostrar mais vantajosa do que a operação direta em mercados por fornecer estrutura capaz de coordenar fatores de produção de modo a responder adequadamente aos imperativos de mercado em constante transformação¹¹³.

A definição do alcance das atividades de determinado agente econômico tradicionalmente envolve a decisão entre “produzir ou comprar” (*make or buy*), o que determinará os limites da forma organizacional adotada, na medida em que uma dada transação será realizada internamente sempre que seu custo for inferior ao da aquisição da mercadoria em questão no mercado¹¹⁴. Entretanto, a constatação segundo a qual tais opções nem sempre levarão a arranjos organizacionais adequados¹¹⁵ justifica a criação de novas formas de organização da atividade econômica que sejam capazes de dar vazão à demanda pela redução de custos de transação¹¹⁶.

Tal dificuldade se dá em grande medida pelo fato de hierarquia e mercados constituírem polos diametralmente opostos, cada qual oferecendo vantagens específicas aos agentes. Basta notar que mercados são espaços que, por excelência, proporcionam aos sujeitos alto grau de adaptabilidade em razão de sua grande autonomia, de modo a poderem reposicionar-se a seu critério de acordo com os incentivos e sinais captados do ambiente¹¹⁷. De outro lado, hierarquias permitem a adaptação dos agentes às mudanças do mercado em razão da coordenação de suas atividades, centralizando e canalizando incentivos de maneira mais eficiente, porém sacrificando a autonomia dos sujeitos¹¹⁸. É nesse sentido que, além da hierarquia e do mercado, a atividade econômica se organiza por uma terceira via: a das formas híbridas, que se localizam entre a empresa e o mercado, unindo fatores de um e de outro para

¹¹² MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 16.

¹¹³ WILLIAMSON, Oliver. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. *Administrative science quarterly*. v. 36, n. 2, pp. 269-296, jun. 1991. p. 279.

¹¹⁴ BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 2.

¹¹⁵ FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 203.

¹¹⁶ Muito embora o presente estudo se pretenda a explorar os contratos híbridos em perspectiva teórica, aplicando os conceitos à análise do caso concreto a ser exposto no terceiro capítulo, não se pode esquecer que a prospecção por negócios reais é o que permite traçar quadros teóricos gerais capazes de conceituar características e prever efeitos desses arranjos. Por essa razão, a pesquisa empírica nesse campo é de fundamental importância, conforme notado por Décio Zylberstajn (Papel dos contratos na coordenação agro-industrial: um olhar além dos mercados. *Revista de economia e sociologia rural*. v. 43, n. 3, pp. 385-420, jul./set. 2005): “A conclusão de que o estudo das transações isoladas não permitia adequada análise da realidade, já é apontada por Williamson. A preocupação nos levou a observar que o mundo real é pontilhado por arranjos institucionais complexos, que envolvem um misto de transações realizadas via mercado, em conjunto com transações internas de forma verticalmente integrada e, de modo particular, o universo de contratos com desenho e formatos diversos, com múltiplos participantes e amparados por complexos mecanismos de salvaguardas”.

¹¹⁷ WILLIAMSON, Op. cit., 1991, p. 279.

¹¹⁸ WILLIAMSON, Op. cit., 1991, p. 279.

endereçar mais adequadamente formas peculiares de contratação como, por exemplo, contratos a longo prazo e que envolvam intercâmbio recíproco de informações e bens, congregando aspectos de cooperação e competição, como é o caso da franquia e da transferência de tecnologia¹¹⁹.

Nesse sentido, Ménard et al¹²⁰ defendem que os arranjos organizacionais podem ser classificados na tríade “mercado”, “hierarquia” e “formas híbridas”. As formas híbridas, assim, fornecem estrutura de combinação das formas polares, servindo de “guarda-chuva conceitual” para uma multiplicidade de arranjos verificáveis na prática mercantil¹²¹, como se estudará com maior detalhamento no capítulo seguinte.

No entanto, formas híbridas não são tão somente combinações de outras formas, mas contêm características próprias que permitem diferenciá-las das formas polares: (i) os híbridos envolvem coordenação explícita, na medida em que têm por objetivo gerar sinergias a partir da cooperação de parceiros comerciais que, apesar disso, têm seus riscos segregados e independentes; (ii) os híbridos dispõem de mecanismos de adaptação que se distinguem do papel dos preços nos mercados ou da hierarquia nas organizações integradas, contando com estruturas específicas de regulação da cooperação entre as partes contratantes; (iii) por mais que os híbridos constituam forma de exploração da atividade econômica, os agentes envolvidos “permanecem legalmente distintos e autônomos organizacionalmente, competindo em diferentes graus”¹²².

As formas híbridas de contratação, assim, fornecem categoria na qual podem ser incluídas práticas comerciais que apenas paradoxalmente poderiam ser consideradas empresa ou mercado. Nesse sentido, afirma Teubner¹²³ que arranjos híbridos desempenham importante papel de dissolução desses paradoxos ao traduzir aparentes contradições que seriam achatadas pelas estruturas inadequadas das formas tradicionais. Assim, no sentir de Williamson¹²⁴, as formas híbridas elidem tais contradições, já que, ao operar por contratos de longo prazo, preservam a autonomia das partes, de modo a permitir seu reposicionamento – como sói ocorrer no mercado –, porém contam com salvaguardas ao cumprimento das avenças que vinculam o comportamento dos envolvidos – o que ocorre em maior grau na incidência do poder

¹¹⁹ WILLIAMSON, Op. cit., 1991, p. 280.

¹²⁰ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 19.

¹²¹ MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., p. 19.

¹²² MÉNARD; NUNES; SILVA, Op. cit., pp. 20.

¹²³ TEUBNER, Gunther. Hybrid arrangements as de-paradoxifiers: comment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 59-64, mar. 1996.

¹²⁴ WILLIAMSON, Op. cit., 1991, p. 280.

hierárquico. Observe-se, com isso, que híbridos não são meros intermediários entre contratos e organizações, mas consistem em arranjos contratuais que ressaltam simultaneamente comportamentos de indivíduos e de empresas¹²⁵.

Problema importante dessa classificação é que muito pode haver entre empresa e mercado. Conforme notou Ménard¹²⁶, tendo em vista que formas híbridas podem abarcar tanto aglomerações esparsas de empresas até parceiros comerciais semi-integrados, a noção de contrato híbrido é ampla e potencialmente confusa. Não é por menos que Teubner¹²⁷ afirma que formas híbridas não são conceitos jurídicos para os quais se pode buscar na legislação ou na jurisprudência os passos a serem seguidos para sua correta gestão, mas são fenômenos sociais que em grande medida desafiam as formas jurídicas existentes.

Todavia, por mais ampla que possa ser a definição de contratos híbridos e por mais diversa que possa ser a variedade de arranjos verificáveis na prática mercantil, Ménard¹²⁸ ensina que há um conteúdo mínimo verificável nos negócios para encapsulá-los na categoria dos contratos híbridos: é necessário que existam entidades autônomas realizando negócios em conjunto, ajustando suas prestações com baixa influência do sistema de preços e compartilhando ou intercambiando tecnologias, capital, produtos e serviços, porém sem direção ou controle unificados. Em síntese, os contratos híbridos consubstanciam relações cooperativas nas quais, não obstante, as partes envolvidas mantêm sua autonomia e interesses contrapostos.

É por esse motivo que Schanze¹²⁹ busca no fenômeno biológico da simbiose mutualística situação análoga à dos contratos híbridos: trata-se de relação entre sujeitos diferentes destinada a trazer vantagens a ambas as partes¹³⁰. A metáfora de Schanze ainda é útil para demonstrar que, em simbiose, híbridos constituem novo objeto que, porém, somente faz sentido se forem mantidos os seus componentes simbiotes. Com isso, interpretar tais formas peculiares de organização da atividade econômica como empresas significaria negligenciar a

¹²⁵ TEUBNER, Gunther; HUTTER, Michael. The parasitic role of hybrids. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 149, n. 4, pp. 706-715, dez. 1993. p. 707.

¹²⁶ MÉNARD, Claude. The economics of hybrid organizations. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 160, n. 3, pp. 345-376, set. 2004. p. 347.

¹²⁷ TEUBNER, Op. cit., 2009, p. 3.

¹²⁸ MÉNARD, Op. cit., 2004, p. 348.

¹²⁹ SCHANZE, Erich. Symbiotic arrangements. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 149, n. 4, pp. 691-697, dez. 1993. p. 693.

¹³⁰ A definição de Schanze é similar à classicamente ventilada pelo naturalista alemão Heinrich Anton de Bary (*Die Erscheinung der Symbiose*. Estrasburgo: Verlag von Karl J. Trübner, 1879. p. 5), para quem a simbiose consiste no fenômeno de interação entre indivíduos distintos (*der Erscheinungen des Zusammenlebens ungleichnamiger Organismen*).

independência das partes, ao passo que entendê-las como contratos desconsideraria os liames especiais de comprometimento e de vinculação do comportamento das partes¹³¹.

Como se pode deduzir das considerações acima, o fato de tais formas organizacionais serem implementadas por meio de instrumentos contratuais apresenta também desafios importantes ao direito contratual clássico: de que maneira as categorias contratuais já existentes podem traduzir adequadamente para termos jurídicos as peculiaridades do fenômeno econômico dos híbridos? Em que medida e de que maneira seria adequado cogitar de categoria jurídica para conformar fenômeno tão dinâmico? De que maneira essas formas híbridas de contratação representam desafio à regulação jurídica de interesses meta-individuais como aqueles protegidos pelo Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor e, especialmente para os fins deste trabalho, o Direito da Concorrência? Como identificar e responsabilizar as partes envolvidas, sobretudo no que diz respeito a essas normas cogentes? Tais questões – a serem analisadas mais detalhadamente no segundo capítulo deste trabalho – são essenciais para o desenvolvimento híbrido de tal fenômeno econômico, cujas características devem necessariamente estar conformadas pelas instituições que estruturam seu ambiente¹³², dentre as quais figuram especialmente as normas jurídicas.

As controvérsias acima mencionadas servem para demonstrar que contratos são fenômenos complexos que transitam simultaneamente nos campos do direito e da economia, o primeiro procurando acompanhar o dinamismo do segundo e o segundo devendo conter seus “instintos animais”¹³³ tendo em vista as amarras advindas do primeiro¹³⁴. É nesse sentido que Teubner¹³⁵ recorre também a metáfora científica – agora na Física – para afirmar que, tal qual a luz, contratos se comportam ora como partículas, ora como ondas¹³⁶. Comportam-se como

¹³¹ SCHANZE, Op. cit., p. 693.

¹³² NORTH, Op. cit.

¹³³ AKERLOF; SCHILLER, Op. cit.

¹³⁴ É o que aduz Fernando Araújo (*Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14), para quem existem diversas convergências entre a análise econômica e a análise jurídica dos contratos. Segundo o autor: “São visões que não se excluem nem se desmentem: por exemplo, não é de modo algum irrelevante para a análise econômica que o carácter vinculativo do contrato resulte de uma intenção jurídica de respeito pela autonomia moral dos promitentes, ou de objectivos de prevenção do dano que a desvinculação poderia causar à confiança dos credores; simplesmente, as abordagens económicas preferem incidir, seja na utilidade criada pelas trocas consumadas (admitindo assim que haja hipóteses de desvinculação eficiente), seja no carácter incentivador que *ex ante* revestirá a adstrição jurídica <<forte>> às obrigações contratuais, fazendo neste segundo caso ressaltar a utilidade imediatamente criada pela própria vinculação (o valor da <<confiança>>), que suplementará a utilidade a gerar futuramente pela consumação das trocas que sejam objeto do acordo contratual”.

¹³⁵ TEUBNER, Gunther. In the blind spot: the hybridization of contracting. *Theoretical inquiries in law*. v. 8, n. 1, pp. 51-71, 2006. p. 62.

¹³⁶ Trata-se da teorização einsteiniana que deu origem à descoberta do chamado efeito fotoelétrico, que parte justamente da propriedade a partir da qual a luz é capaz de se comportar tanto de forma corpuscular quanto ondular. Ver: EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. *A evolução da física: De Newton à teoria dos quanta*. Lisboa: Livros do Brasil, 1938.

partículas pois se traduzem em atos pontuais, seja na conclusão de instrumento jurídico, seja na operacionalização de transação econômica, nos quais estarão em jogo os interesses dos sujeitos envolvidos. De outro lado, comportam-se como ondas pelo fato de transitarem em diversos níveis comunicacionais, alcançando os planos do direito, da economia e das relações sociais em geral, característica que evidencia o dinamismo do fenômeno contratual e as diversas instâncias preocupadas com seus efeitos.

A intersecção do direito com a economia na análise contratual é especialmente importante quando se está a tratar de contratos híbridos em razão de dois aspectos centrais dessas formas organizacionais que, embora fortemente intrincados, merecem tratamento específico: (i) a longa duração dos contratos; (ii) os mecanismos de governança dessas relações.

O primeiro ponto é justamente o que justifica a definição da cooperação como caráter essencial dos contratos híbridos, sendo o fator que – embora possa parecer contraditório – permite a criação de fortes vínculos nos quais a boa-fé objetiva incide enfaticamente para autorregular relações de agentes que não têm interesse em recorrer ao judiciário para resolver suas desavenças¹³⁷. De outro lado, a longa duração é também o que permite a criação de amarras institucionais que evitem comportamentos oportunistas tendentes a dissipar as rendas que as partes contratantes procurariam potencializar, dando lugar ao chamado *rent-seeking*¹³⁸.

Daí a importância da reflexão sobre cláusulas contratuais de governança dessas relações, tanto no que toca à vinculação do comportamento das partes ao objetivo do contrato, quanto na criação de mecanismos de governança que assegurem a manutenção da natureza híbrida do contrato, sob pena de transformar o contrato híbrido em acordo de notificação obrigatória ao controle de estruturas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹³⁹. Além disso, ainda que muitas vezes o texto dos contratos possa ser estrategicamente vago para escapar à regulação jurídica¹⁴⁰ ou para ressaltar dimensões implícitas da prática comercial que prescindem de redução a termo¹⁴¹, faz-se necessária a definição clara dos papéis de cada uma das partes na relação, com vistas a evitar tentativas de ocultação de eventual empresa comum ou mesmo de poder diretivo de uma parte sobre a outra, o que gera repercussões importantes em searas como o Direito da Concorrência.

¹³⁷ ARAÚJO, Op. cit., p. 383.

¹³⁸ ARAÚJO, Op. cit., p. 384.

¹³⁹ Ver: FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 209.

¹⁴⁰ CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions. *The Yale Law Journal*. n. 119, pp. 848-924, 2010.

¹⁴¹ CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts, In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003a.

A complexidade do fenômeno econômico descrito neste capítulo requer maior desenvolvimento na seara jurídica, sob pena de categorias jurídicas antigas não facilitarem suficientemente manifestações legítimas da autonomia privada ou, de outro lado, não endereçarem adequadamente eventuais questões advindas de sujeitos afetados por tais arranjos que procurem responsabilizar as partes envolvidas, especialmente no que tange às áreas de regulação imperativa. Nesse sentido, o capítulo a seguir terá por objeto a reflexão sobre o tratamento do contrato híbrido como categoria jurídica, buscando posicioná-la no estado da arte da discussão sobre contratos empresariais, especialmente no que tange à abordagem relacional de Ian MacNeil. O próximo capítulo pretenderá, ainda, diferenciar a figura do contrato híbrido de institutos como os contratos associativos, sempre tendo no horizonte as normas imperativas do Direito da Concorrência e a necessidade de tal seara dispor de critérios claros para a apreciação de contratos que se afastem das categorias tradicionais.

CAPÍTULO II

O CONTRATO HÍBRIDO COMO CATEGORIA JURÍDICA

“Pluralitas non est ponenda sine neccesitate”

*(Guilherme de Ockham)*¹⁴²

I. AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTRATUAL FRENTE AO DINAMISMO DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS

O primeiro capítulo deste trabalho cuidou da importância econômica de novos arranjos contratuais e em que medida tais instrumentos modificam a compreensão geral acerca do comportamento dos agentes econômicos, que constantemente buscam formas mais eficientes ou, como se viu, menos custosas para estruturar suas atividades. Afirmou-se, então, que a complexidade das relações econômicas enseja a elaboração de contratos que se posicionam entre as dinâmicas clássicas de hierarquia e mercado para congregar elementos de ambas, constituindo estratégia inovadora de organização da atividade econômica.

Já se sinalizou que, muito embora tais arranjos possam ser adequados à racionalidade econômica, muitas vezes transitam em zona de penumbra da regulação jurídica, mesmo por que as categorias jurídicas disponíveis não necessariamente fornecem os mecanismos e salvaguardas adequados ao desenvolvimento das atividades empreendidas. Por isso, o presente capítulo tem por objetivo explorar a teoria contratual contemporânea e verificar de que maneira se pode cogitar da definição do contrato híbrido como categoria jurídica, tendo em vista a importância desse fenômeno econômico e a insuficiência das formas jurídicas disponíveis.

O reconhecimento de novas categorias jurídicas de direito contratual reflete a necessidade de modernização das teorias clássicas com vistas não a inserir mecanismos inovadores descolados da prática, mas a manter a economia de mercado funcionando

¹⁴² OCKHAM, Guilherme. *Quaestiones et decisiones in quatuor libros sententiarum cum centilogio theologico*. Lyon: Jean Trechsel, 1495. v. 2. Tradução livre: “Não cabe a pluralidade quando não houver necessidade”.

normalmente, garantindo-se o fluxo normal da circulação de riquezas¹⁴³. Tal atualização é necessária pelo fato de a concepção segundo a qual contratos servem tão somente à transmissão da propriedade e à gestão de direitos de crédito não mais corresponder aos objetivos das relações celebradas no mercado. Os agentes econômicos passam a exigir, conforme defende Galgano¹⁴⁴, que contratos detenham enfática função regulatória (*funzione regolatrice*), de maneira a endereçar interesses de ordem geral das partes e mesmo o estado futuros das relações jurídicas por elas estabelecidas.

Nesse sentido, pontua Enzo Roppo¹⁴⁵ que o contrato não esgota sua função na constituição e regulação de relações jurídicas patrimoniais, mas a partir da evolução da vida social e das trocas econômicas passa a “dar vida directamente a uma complexa organização de homens e meios, que adquire objectividade autónoma em relação ao contrato e às relações contratuais de que emerge, e que, por assim dizer, transcende”¹⁴⁶. Isso significa dizer que, para além de uma comunhão de interesses econômicos, o contrato adquire características institucionais na medida em que passa a objetivar a garantia de estabilidade e continuidade das relações econômicas, ao mesmo tempo assegurando o dinamismo que é ínsito à economia de mercado¹⁴⁷.

Embora seja tarefa árdua, a dogmática jurídica deve estar atenta às diversas reconstruções às quais seus conceitos são submetidos ao longo das décadas¹⁴⁸, sobretudo no que diz respeito a noções como a de contrato, sujeitas à flexibilidade e ao dinamismo de ambientes institucionais em constante e veloz transformação como ocorre no sistema

¹⁴³¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 96, pp. 423-433, 2001. p. 230.

¹⁴⁴ GALGANO, Francesco. *Il contratto*. 2.ed. Pádua: CEDAM, 2011. p. 25.

¹⁴⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 305.

¹⁴⁶ Tal processo é o que Enzo Roppo (Op. cit., p. 305) denomina por “objetivação” do direito contratual. Trata-se de movimento de sensibilização do direito contratual para as necessidades concretas com as quais o sistema jurídico se depara, de modo a mitigar o alto grau de abstração das noções de direito privado. Segundo Thomas Wilhelmsson (*Critical studies in private law: a treatise on need-rational principles in modern law*. Dordrecht: Springer, 1992. pp. 12-13), os conceitos abstratos utilizados no direito privado afastam a discussão sobre as verdadeiras necessidades econômicas e sociais das partes, razão pela qual a dogmática jurídica merece ser reformada.

¹⁴⁷ ROPPO, Op. cit., pp. 305-309.

¹⁴⁸ A respeito das transformações no direito dos contratos, ensina Caio Mario da Silva Pereira (A nova tipologia contratual no direito brasileiro. In: _____. *Instituições de direito civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 535): “Com efeito, embora sejam numerosos os novos contratos, uma razão de ordem inspirou o seu surgimento. Eles não apareceram ao acaso, nem são devidos à imaginação criativa de algum jurista inspirado. Foi a necessidade do tráfico jurídico a sua causa genética, da mesma forma que no passado (e refiro-me a um passado remoto) foram as exigências da vida social e econômica que geraram as modalidades contratuais em Roma, como o progresso das atividades foi que transformou pactos em contratos pela atribuição de ações e dispensou no formalismo sacramental para permitir o nascimento do consensualismo”.

econômico¹⁴⁹. Tanto é assim que, de acordo com Hugh Collins¹⁵⁰, o direito contratual paulatinamente deve ser reinterpretado e reconstruído para dar conta das mudanças sociais, especialmente no que toca à percepção de falhas de mercado a serem mitigadas por estruturas jurídicas. A transformação esperada do direito, assim, corresponde à reformulação dos princípios aplicados aos contratos na medida em que emergem questões atinentes a seu escopo, à cooperação entre as partes, ao seu dever de cuidado e responsabilidade, entre outros fatores¹⁵¹. Em suma, defende Collins que o direito contratual deve ter por objetivo regular mercados, práticas comerciais e práticas sociais de contratação, de modo a ressaltar os valores fundantes do ordenamento e, ao mesmo tempo, proteger as esferas de autorregulação estruturadas pelas partes no âmbito de sua autonomia privada¹⁵².

Daí defender Teresa Negreiros¹⁵³ que o contrato não pode estar submetido a uma teoria geral que o considere fenômeno monolítico. Segundo Negreiros, o direito, como fenômeno social que é, não pode ser subsumido a encadeamentos conceituais abstratos, sendo necessário que esteja aberto ao aperfeiçoamento de seu saber teórico, de modo que as classificações que adota para suas categorias – por mais que lhes seja necessário os atributos de segurança e previsibilidade – sejam apenas aparentemente estáticas¹⁵⁴. É claro que, em direito, “é próprio das classificações que a sua validade seja aferida em função de sua relevância prática”¹⁵⁵. Significa dizer que as classificações propostas pelo direito e para o direito são diuturnamente modificadas em razão de mutações ocorridas no mundo dos fatos, agregando valores e necessidades com vistas a produzir novo modelo interpretativo e operativo das relações firmadas entre agentes econômicos.

¹⁴⁹ Ver: VÉKÁS, Lajos. Contract in a rapidly changing institutional environment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 40-54, mar. 1996.

¹⁵⁰ COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4. ed. Londres: LexisNexis, 2003b. pp. 30-35.

¹⁵¹ COLLINS, Op. cit., 2003b, pp. 30-35.

¹⁵² Vale transcrever a lição de Collins (Op. cit., 2003b, p. 35): “The private ordering of individuals was respected and supported by legal enforcement of their agreements. In this modern perspective, however, the function of the law of contract is to regulate markets, market practices and the social practices of making contracts with a view to controlling the types of relationships established through contracts and their distributive consequences. This regulation of markets still pays considerable respect to private ordering, for the continuing strength is that it attaches great significance to the self-regulation of the parties established by their contractual agreement. Indeed, the law can contribute to the success of self-regulation by improving the operation of competitive markets and by steering contractual relations in ways that are likely to help to maximise the joint wealth of the parties. But this power of self-regulation is limited in most common transactions with a view to steering the outcomes of these transactions in ways that the values of the modern law wish to support”.

¹⁵³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro Renovar, 2006. p. 300.

¹⁵⁴ NEGREIROS, Op. cit., p. 348.

¹⁵⁵ NEGREIROS, Op. cit., p. 350.

Se, por um lado, é necessário formular critérios de diferenciação dos contratos com vistas a dar conta da complexidade das sociedades contemporâneas¹⁵⁶, por outro é necessário recordar que a adoção de determinada forma organizacional ou de outra será condicionada pela aptidão dessa estrutura para reduzir os custos de transação da atividade econômica. Nesse sentido, tem-se que o direito privado reduz custos de transação ao fornecer figuras jurídicas a serem adotadas pelas organizações, tanto no âmbito interno – ao fornecer mecanismos de equilíbrio do poder dos integrantes de uma organização – quanto no âmbito externo – ao delinear as estruturas de ação econômica autônoma a serem encontradas no mercado¹⁵⁷.

Contudo, muito embora se possam esperar do direito respostas ágeis a problemas emergentes da prática econômica, não se pode atribuir às regras jurídicas toda a responsabilidade pela tradução de fatos em normas¹⁵⁸. Na verdade, o tratamento jurídico de determinada questão fática depende de conceituação teórica prévia, tendo em conta que, conforme pontuou Druey, o direito se posiciona entre a vontade das partes envolvidas e a vontade política de regular tal relação¹⁵⁹. Desse modo, não se pode querer atribuir ao direito uma elasticidade que seus conceitos jamais terão¹⁶⁰: pode haver casos nos quais contratos de intercâmbio e contratos de sociedade, por mais ampla que seja a lente pela qual se lhes analisa, não correspondam aos reais desejos e necessidades da vida econômica.

É por essa razão que Teubner não hesita em dizer que fenômenos híbridos não são conceitos jurídicos, mas sim sociológicos¹⁶¹. Os híbridos, de acordo com o Teubner, se apresentam em formas contratuais de maneira a desafiar o amplo leque de normas regulatórias desenvolvidas pelo Estado Social para dominar monstros corporativos¹⁶². Por esse motivo, o autor pontua que os híbridos tendem a naturalmente movimentar-se entre inovação e evasão à ordem jurídica vigente¹⁶³. A grande dificuldade apresentada por tais formas organizacionais, assim, é a de que muitas vezes transitam por zonas cinzentas do ordenamento, sendo essencial indagar se por detrás de formas contratuais não se ocultam organizações hierárquicas complexas nas quais os contornos das fontes do poder empresarial são esmaecidos¹⁶⁴.

¹⁵⁶ NEGREIROS, Op. cit., p. 305.

¹⁵⁷ Ver: DRUEY, Jean Nicolas. The path to the law: the difficult legal access of networks. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 98.

¹⁵⁸ DRUEY, Op. cit., p. 94.

¹⁵⁹ DRUEY, Op. cit., p. 94.

¹⁶⁰ DRUEY, Op. cit., p. 94.

¹⁶¹ TEUBNER, Op. cit., 2009, p. 3.

¹⁶² TEUBNER, Gunther. Piercing the contractual veil? The social responsibility of contractual networks. In: WILHELMSSON, Thomas. *Perspectives of critical contract law*. Londres: Dartmouth, 1992. pp. 211-212.

¹⁶³ TEUBNER, Op. cit., 1992, p. 212.

¹⁶⁴ TEUBNER, Op. cit., 1992, p. 212.

Com essas reflexões no horizonte e tendo em conta que o direito contratual tem o papel de fornecer técnicas capazes de identificar e determinar o conteúdo de obrigações contraídas pelos sujeitos¹⁶⁵, indaga-se se fenômenos econômicos como os contratos híbridos apresentam peculiaridades suficientes para a formulação de um novo conceito jurídico¹⁶⁶. Por mais que, como já esclareceu Jorge Luis Borges¹⁶⁷, não haja classificação no universo que não seja arbitrária ou conjectural, o que se pretende demonstrar neste trabalho é que os contratos híbridos ensejam, sim, reflexão diferenciada e apta a estruturar nova categoria contratual que imprima segurança às relações econômicas ao fornecer padrões jurídicos de interpretação e regulação desses negócios.

Explanadas as características dos contratos híbridos no âmbito da teoria econômica no primeiro capítulo deste trabalho, as seções a seguir cuidarão das primeiras linhas de um desenvolvimento da categoria jurídica de contrato híbrido. Para tanto, inicialmente se faz necessária a exposição das características da abordagem relacional, que fornece novos parâmetros par a compreensão de contratos de longo prazo, dentre os quais se posicionam os contratos híbridos. Em seguida, será possível abordar diretamente a característica de “ordenamento privado” de tais avenças, com vistas a demonstrar as instituições e sanções capazes de conformar os comportamentos dos agentes envolvidos. Por fim, pretende-se posicionar o contrato híbrido na discussão da dogmática contratual ao descrever suas principais características e diferenciá-lo de outras categorias conhecidas.

II. A ABORDAGEM RELACIONAL COMO NOVO PARADIGMA CONTRATUAL

A correta compreensão do fenômeno econômico dos contratos híbridos pelo direito requer cuidadosa reflexão acerca dos parâmetros dogmáticos a serem aplicados para a interpretação da relação contratual. Como já se sinalizou, os mecanismos jurídicos que cuidam de contratos de intercâmbio e de contratos de sociedade não se mostram adequados para lidar com relações contratuais que, muito embora constituam híbridos entre as duas espécies

¹⁶⁵ COLLINS, Hugh. Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003a. p. 2.

¹⁶⁶ COLLINS, Hugh. Introduction to networks as connected contracts. In: TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 1.

¹⁶⁷ BORGES, Jorge Luis. El idioma analítico de John Wilkins. In: _____. *Otras inquisiciones*. Madri: Alianza, 1976.

mencionadas, apresentam características peculiares, como, por exemplo, a existência de intensa cooperação sem que, porém, se desfaça a esfera de autonomia dos sujeitos envolvidos.

O contrato da economia neoclássica é, conforme notado por Macneil¹⁶⁸, mero sistema de distribuição de risco em situações discretas, ou seja, nas quais não há relação duradoura entre as partes, que interagem e trocam informações na exata medida do que requer a racionalidade maximizadora de riquezas. Nesse modelo, o comportamento das partes pode ser previsto tão somente com a análise da racionalidade do *homo oeconomicus*, isto é, a partir de critério de eficiência alocativa. Em outras palavras, ensina Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹⁶⁹ que “o direito obrigacional foi construído a partir da idéia do contrato instantâneo, como se a manifestação da vontade e a sua execução se dessem de uma só vez, tudo explicado pelas circunstâncias presentes no momento da celebração”.

Deparada com tal estado de coisas, a teoria contratual passa a se preocupar não apenas com trocas pontuais ocorridas no mercado, de maneira que os contratos deixam de prever tão somente as condições para a realização de trocas para servir como instrumentos de planejamento de relações de longo prazo a serem travadas pelas partes¹⁷⁰. Nesse sentido, levando-se em consideração a impraticabilidade de se considerar o contrato como acontecimento isolado e descontínuo¹⁷¹, impõe-se a formulação de novo paradigma jurídico que compreenda contratos que, por seu próprio objeto, devem deixar indeterminadas várias de suas cláusulas, a serem colmatadas ou renegociadas ao longo de espaço do tempo no qual agem em grande medida a boa-fé objetiva, a equidade e o fim social do contrato¹⁷².

O contrato relacional, segundo Ricardo Lorenzetti¹⁷³, apresenta objeto vazio, pois trata, na verdade, de procedimentos de atuação das partes e de regras que servirão para coordenar o comportamento desses sujeitos de maneira a especificar as prestações do negócio

¹⁶⁸ MACNEIL, Ian. Economic analysis of contractual relations: its shortfalls and the need for a “rich classificatory apparatus”. *Northwestern University Law Review*. v. 75, n. 6, pp. 1018-1063, 1981. pp. 1019-1020.

¹⁶⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*. v. 12, n. 45, pp. 91-110, jan./mar. 2011. p. 97.

¹⁷⁰ É o que observa Stewart Macaulay (Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein. *Northwestern University Law Review*. v. 94, n. 3, pp. 775-804, 2000. p. 778), para quem as partes, nos contratos relacionais, procuram “trazer o futuro ao presente”.

¹⁷¹ Segundo Ian Macneil (Relational contract: what we do and do not know. *Wisconsin law review*. v. 5, pp. 483-525, 1985. p. 487), trocas discretas ocorrem entre entidades quase independentes, razão pela qual não há produtividade palpável, isto é, não existe ganho de eficiência em razão da relação entre as partes, mas tão somente em virtude da troca em si, que agregará valor aos itens negociados. Contudo, não se trata de reduzir o valor social dos contratos de intercâmbio, mas tão somente de compreender sua natureza.

¹⁷² AGUIAR JR., Op. cit., p. 98. Vale, nesse sentido, transcrever a lição de Ricardo Lorenzetti (*Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. v. 1, p. 50): “La teoría contractual debe modificarse para captar las relaciones flexibles que unen a las empresas en la economía actual y tener en cuenta que estos vínculos se hacen con perspectiva de futuro”.

¹⁷³ LORENZETTI, Op. cit., v. 1, p. 51.

ao longo de seu cumprimento. Assim, as prestações contratuais têm caráter processual, de sorte que não se perfarão em um dar ou fazer determinado, mas determinável ao longo do tempo¹⁷⁴. Com isso, tem-se que a relação obrigacional travada entre as partes adquire sentido dinâmico, sendo dotada de diversas fases interdependentes que concorrem para o sucesso da operação econômica subjacente¹⁷⁵. Em síntese, no dizer de Fernando Araújo¹⁷⁶, o contrato relacional é aquele que se distingue do contrato discreto ou pontual, isto é, “do contrato suficientemente coeso e breve para não suscitar importantes problemas de <<governo>> *ex post*”.

Nesse sentido, a teoria dos contratos relacionais desenvolvida pelo direito anglo-saxão¹⁷⁷ procura compreender a natureza do comportamento das partes submetidas a vínculos jurídicos de longo prazo, caracterizados pela enfática incidência de solidariedade, cooperação e confiança¹⁷⁸. A abordagem relacional advém da observação empírica do fenômeno contratual¹⁷⁹, que evidencia o papel desempenhado pelas normas sociais – a exemplo da cooperação – na definição do comportamento das partes. Tanto é assim que, para alguns autores, todo contrato seria relacional, na medida em que todo liame contratual contará com

¹⁷⁴ LORENZETTI, Op. cit., v. 1, p. 51.

¹⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 20. A ideia de obrigação como processo é longamente tratada por Clóvis do Couto e Silva em sua obra clássica, segundo a qual: “Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de ‘orgânico’, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente” (COUTO E SILVA, Op. cit., p. 20).

¹⁷⁶ ARAÚJO, Op. cit., p. 395.

¹⁷⁷ Note-se que, embora se possa falar em uma “teoria” dos contratos relacionais, não há que se falar em concepção unitária dessa abordagem, mas de uma multiplicidade de teorias que procuram explicar o fenômeno contratual sob essa perspectiva. Ver, nesse sentido: LEIB, Ethan J. *Contracts and friendships*. *Emory law journal*. v. 59, pp. 649-726, 2009. p. 653.

¹⁷⁸ Ver: GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Contratos relacionais*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 321-322.

¹⁷⁹ Segundo Macaulay (Op. cit., 2000, p. 779), a abordagem relacional de Ian Macneil merece destaque pelo fato de lidar com situações reais em lugar de trabalhar com ficções jurídicas. No entanto, merece crítica o comentário de Macaulay, na medida em que a conformação jurídica de fatos sociais jamais será alheia à instrumentalidade das ficções. Pelo contrário, qualquer abordagem jurídica lerá fenômenos sociais ou econômicos mediante categorias artificiais destinadas a cumprir determinada função no sistema jurídico. Nesse sentido, pode-se mencionar o comentário de Norberto Bobbio (*Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. pp. 35-36) acerca do surgimento de um fenômeno típico da sociedade tecnologicamente avançada que é a formulação de mecanismos jurídicos de controle antecipado das movimentações do social. Segundo o autor italiano, trata-se de “deslocamento da reação social do momento subsequente para o momento precedente ao comportamento ou evento não desejado; da intervenção que tem por figura o remédio para a intervenção que vem assumindo a figura de premunição”. Assim, muito embora o direito não disponha de ficções suficientes para antever todos os frutos da imaginação humana – menos ainda quando se cuida de agentes econômicos –, é possível reformular funcionalmente suas estruturas de maneira a estabelecer controle razoável e adequado desses comportamentos determinados.

uma dimensão de entendimentos implícitos que motivará a tomada de decisão das partes antes mesmo de terem seus comportamentos constrangidos por normas jurídicas¹⁸⁰.

Nesse sentido, os contratos relacionais se caracterizam sobretudo por exigirem das partes “comportamento adequado a cada nova situação”¹⁸¹ surgida ao longo de seu vínculo de longo prazo, o que necessariamente requer o redimensionamento do formalismo interpretativo que caracteriza a teoria contratual clássica¹⁸². A incompletude que é ínsita a tais negócios, assim, levará à solução de controvérsias não necessariamente pela invalidação ou resolução, mas pela renegociação a partir de mecanismos de governança contidos em suas cláusulas¹⁸³.

Por conseguinte, é próprio do contrato relacional que as partes não reduzam a termo obrigações precisamente estipuladas, “por que não podem ou porque não querem, e se remetem a modos informais e evolutivos de resolução da infinidade de contingências que podem vir a interferir na interdependência os seus interesses e no desenvolvimento das suas condutas”¹⁸⁴. Ganha evidência, assim, a dimensão da relação contratual que mais tem a ver com o relacionamento fático travado pelas partes do que com os termos contratuais, isto é, o conjunto difuso de obrigações que se impõem na relação contratual de maneira informal e que, pela própria natureza cooperativa do negócio, se impõem coercitivamente¹⁸⁵. Tais amarras comportamentais servem para reduzir a incerteza advinda da incompletude das cláusulas regentes dessas relações de longo prazo, estabelecendo uma interdependência simbiótica e competitiva entre as partes que, sobretudo ante o desenvolvimento tecnológico, tende a ser cada vez mais necessária¹⁸⁶.

É por esse motivo que, ao visualizar a diferença entre o “contrato de papel” (*paper deal*) e o “contrato real” (*real deal*), Macaulay¹⁸⁷ propõe a formulação de cláusulas de governança simples e transparentes para lidar com a complexidade das situações fáticas

¹⁸⁰ LEIB, Op. cit., p. 655.

¹⁸¹ AGUIAR JR., Op. cit., p. 99.

¹⁸² AGUIAR JR., Op. cit., p. 99.

¹⁸³ AGUIAR JR., Op. cit., p. 99.

¹⁸⁴ ARAÚJO, Op. cit., p. 395.

¹⁸⁵ CAMPBELL; COLLINS, Op. cit., p. 26.

¹⁸⁶ É essa a opinião de Ana Frazão (Op. cit., 2017, pp. 208-209): Essas funções, que são normalmente atribuídas aos contratos relacionais, são ainda mais relevantes diante da internet e da crescente importância da tecnologia na atividade empresarial, fenômenos que aumentam a necessidade de cooperação entre agentes empresariais por diferentes modos. Aliás, o mero fornecimento de tecnologia, pela via dos contratos usuais de licença, pode ser visto como uma forma de cooperação diferenciada entre os contratantes”.

¹⁸⁷ MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. pp. 53-56.

vindouras¹⁸⁸. A relevância do comportamento das partes, como já se disse, enfatiza em grande medida o papel da boa-fé objetiva, que servirá de parâmetro interpretativo para conformar as diversas obrigações – formais ou informais¹⁸⁹ – que estruturam a relação contratual ao longo de sua duração¹⁹⁰. A introdução de cláusulas claras e padrões interpretativos eficazes é essencial para que se afaste a crítica segundo a qual a flexibilidade operacional dos contratos é um eufemismo para a evasão à regulação jurídica¹⁹¹. Embora seja verdade que a introdução de cláusulas excessivamente abertas ou vagas possa ser mero estratagema das partes para obter vantagem não admitida pela lei¹⁹², não se pode ignorar que tais características podem consistir em idiossincrasias de “contratos complexos celebrados entre partes sofisticadas”¹⁹³ que consideram insuficientes “os regimes de responsabilidade e as presunções simplificadoras do regime contratual <<clássico>>”¹⁹⁴.

Assim, os contratos relacionais pretendem equilibrar a exigência de uma “base suficientemente estável para alicerçar compromissos sérios”¹⁹⁵ e “a preservação da flexibilidade suficiente para que esses compromissos resistam aos embates das futuras contingências”¹⁹⁶. Desse modo, em estado de coisas que não se confunde com as trocas pontuais

¹⁸⁸ Pode-se, aqui, mencionar o “minimalismo contratual” de Jonathan Morgan (*Contract law minimalism: a formalist restatement of commercial contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013), para quem o direito contratual empresarial deverá fornecer o arcabouço jurídico mínimo para satisfazer as preferências das partes.

¹⁸⁹ Importa notar que a relação entre formalidade e informalidade nos contratos relacionais também adquire características complexas, conforme ensina Fernando Araújo (Op. cit., p. 396): “Aliás, mesmo a opção entre <<formalidade>> e <<informalidade>> pode revelar-se equívoca, podendo notar-se a presença de tendências contraditórias subjacentes: por um lado, a existência de contratos formais reduz a margem de recurso aos contratos informais, até porque a disciplina jurídica dos contratos formais se esforçará por combater o recurso oportunista à informalidade para se adular ou incumprir os deveres contratuais; em contrapartida, a existência de contratos formais pode subverter o vínculo de contratos informais preexistentes, fornecendo o sucedâneo de contrato formais a quem queira desvincular-se de um contrato informal. O que há de contraditório é que a primeira situação tende a provocar o aumento do grau de incumprimento, e a segunda tende a provocar a redução – afigurando-se imprevisível o resultado líquido do entrechoque das duas tendências”.

¹⁹⁰ Segundo Menezes Cordeiro (Op. cit., pp. 586-590), a incidência da boa-fé objetiva implica na criação de diversas prestações que tornam complexo o vínculo obrigacional, que passa a ser composto de diversas prestações autônomas, porém ligadas à prestação principal: “A complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta” (MENEZES CORDEIRO, Op. cit., p. 586).

¹⁹¹ TEUBNER, Op. cit., 1992, pp. 215-217.

¹⁹² Ver: CHOI; TRIANTIS, Op. cit.

¹⁹³ ARAÚJO, Op. cit., p. 395. Aqui, é importante distinguir contratos relacionais de contratos duradouros. Embora contratos relacionais sempre sejam duradouros, contratos duradouros não necessariamente serão relacionais, conforme pontuou Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Op. cit., p. 100): “Os contratos relacionais, embora de ordinário se desdobrem no tempo, não podem ser confundidos com os contratos duradouros. O contrato de locação de imóvel para uma temporada de férias é duradouro, mas desde logo pode ser inteiramente definido quanto ao objeto, prestações principais e acessórias, sem perspectiva de mutabilidade a exigir um contrato flexível; por isso, é duradouro, mas não é relacional”.

¹⁹⁴ ARAÚJO, Op. cit., p. 396.

¹⁹⁵ ARAÚJO, Op. cit., p. 398.

¹⁹⁶ ARAÚJO, Op. cit., p. 398.

em mercado – em razão da longa duração – e tampouco com a organização societária – na qual, muito embora exista relação de longo prazo, as controvérsias se resolverão pela hierarquia –, o que se objetiva é, através da consolidação da confiança, criar estruturas capazes de reduzir custos de transação mediante a prevenção ao oportunismo e à redução das assimetrias informacionais¹⁹⁷.

Partindo-se das premissas básicas de que contratos são lugares de desenvolvimento de relações de poder e de que as partes, embora interdependentes¹⁹⁸, mantêm desígnios autônomos, tais relacionamentos complexos impõem a formulação de regras de governança e solução de controvérsias que garantam a manutenção a longo prazo do vínculo¹⁹⁹. Dessa forma, estruturas procedimentais contratuais previnem o oportunismo e, se não evitam, traçam parâmetros claros de repactuação dos termos acordados²⁰⁰. É justamente essa característica que afasta os contratos relacionais do modelo societário que, por ser governado pela hierarquia,

¹⁹⁷ ARAÚJO, Op. cit., p. 399. Vale notar que as assimetrias informacionais se farão presentes com maior ênfase nos contratos formalmente assimétricos, como é o caso das relações de consumo que, em diversos casos, também poderão decorrer de contratos relacionais que, em regra, constituirão relação de dependência econômica, como sói ocorrer em contratos de plano de saúde (STJ, 3ª Turma, REsp 1.613.644/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 20.09.2016, Data de Publicação: DJe 30.09.2016), de previdência privada (STJ, 2ª Seção, REsp 1.201.529/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ acórdão Min. Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 11.03.2015, Data de Publicação: DJe 01.06.2015), de seguro de vida (STJ, 3ª Turma, REsp 1.356.725/RS, Rel. Min. Nancy Andriighi, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 24.04.2014, Data de Publicação: DJe 12.06.2014), dentre outros. Nesse sentido, ver: MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁹⁸ Segundo Roberto Mangabeira Unger (*The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 81), as fronteiras entre direito e obrigação serão redesenhadas ao sabor das expectativas geradas pela relação de interdependência entre as partes, cujo grau definirá os contextos de exercícios de direitos e faculdades pelos sujeitos da relação. Vale transcrever a lição de Mangabeira Unger: “The countervision depends upon very different premises. It implies that obligations do arise primarily from relationships of mutual dependence that have been only incompletely shaped by government-imposed duties or explicit and perfected bargains. The situations in which either of these shaping factors operates alone to generate obligations are, on this alternative view, merely the extremes of a spectrum. Toward the center of this spectrum, deliberate agreement and state-made or state-recognized duties become less important, though they never disappear entirely. The closer a situation is to the center, the more clearly do rights acquire a two-staged definition: the initial, tentative definition of any entitlement must now be completed. Here the boundaries are drawn and redrawn in context according to judgements of both the expectations generated by interdependence and the impact that a particular exercise of a right might have upon other parties to the relation or upon the relation itself”. Tradução livre: “O contraponto depende de premissas muito diversas. Implica-se que as obrigações emergem principalmente de relacionamentos de dependência recíproca que foram apenas incompletamente moldados por deveres impostos pelo governo ou por barganhas implícitas. As situações nas quais esses fatores de alteração operam para gerar obrigações são, nesse ponto de vista alternativo, meramente os extremos de um espectro. No centro desse espectro, acordos deliberados e deveres reconhecidos ou formulados pelo Estado se tornam menos importantes, embora jamais desapareçam inteiramente. Quanto mais uma dada situação se aproxima do centro, mais claramente os direitos adquirem definições dúplices: a definição inicial de qualquer titularização deve agora estar completa. Aqui, os limites são desenhados e redesenhados contextualmente de acordo com os julgamentos tanto das expectativas geradas pela interdependência quanto do impacto que um exercício particular de um direito pode ter sobre as outras partes ou sobre a própria relação”.

¹⁹⁹ ARAÚJO, Op. cit., pp. 402-403.

²⁰⁰ Para pesquisa empírica a respeito de mecanismos de governança contratual, ver: ARRUÑADA, Benito. Completing contracts ex post: how car manufacturers manage car dealers. *Review of law and economics*. v. 1, pp. 149-173, 2005.

permite uma incompletude muito mais ampla do que a que se verificará no contratos relacionais, que no mínimo deverão delimitar as esferas de autonomia das partes e as atividades nas quais agirão de maneira interdependente²⁰¹.

A abordagem relacional constitui passo teórico fundamental para a reflexão dogmática a respeito dos contratos híbridos que se pretende alinhar na seção seguinte. Contudo, a aplicação de tal teoria requer cautela, uma vez que esta não se aplica exclusivamente aos contratos híbridos, mas é também perfeitamente aplicável aos contratos associativos e às chamadas *networks*, figuras que serão diferenciadas dos contratos híbridos em momento oportuno neste trabalho. Porém uma coisa é certa: para o estudo dos contratos híbridos é necessário superar o paradigma econômico contratual neoclássico e também a dogmática jurídica contratual clássica, esforço para o qual a abordagem relacional se mostra de grande valia.

III. OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO CATEGORIA DOGMÁTICA INTERMEDIÀRIA À SOCIEDADE E AO INTERCÂMBIO: CARACTERÍSTICAS GERAIS DE UMA CATEGORIA EM CONSTRUÇÃO

Em face do exposto acerca da natureza peculiar dos contratos híbridos e da dificuldade de amoldar determinadas operações econômicas às categorias disponíveis entre os contratos de intercâmbio e o contrato de sociedade, tem-se que a teoria do direito, com vistas a conferir segurança a tais relações contratuais inovadoras, deve modificar suas bases de maneira a conferir-lhes parâmetros operativos e interpretativos. Nesse sentido, ensina Santoro-Passarelli²⁰² que o direito deve, ao assumir determinados dados sociais, levar em consideração “a idoneidade da vontade privada para produzir consequências que o ordenamento torna jurídicas”. Em outras palavras, o direito deve se estruturar não a partir da dedução de conceitos de um sistema completo, mas a partir da busca de soluções para problemas que determinarão a adequação ou não das categorias existentes para a sua análise²⁰³.

A insegurança que é ínsita à ausência de parâmetros adequados à interpretação contratual é também denunciada por Karl Larenz²⁰⁴, para quem “Sería arriesgado que el juez debiese tratar de inferir del propio contrato la regulación por vía de interpretación

²⁰¹ WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 104.

²⁰² SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Atlântida, 1967. p. 140.

²⁰³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: UnB, 1979. pp. 37-40.

²⁰⁴ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madri: EDERSA, 1978. pp. 750-751.

complementaria del mismo siempre que las partes no hayan regulado todas las eventualidades em su contrato”. O instrumento contratual frequentemente não oferecerá pontos de apoio suficientes, podendo ser submetido a diversas regulações distintas, de modo a gerar considerável insegurança. É por essa razão que a lei prevê uma série de espécies contratuais destinadas a conferir alguma previsibilidade a tais relações, porém suas disposições não podem ser demasiadamente específicas, sob pena de se frustrar o desenvolvimento da autonomia privada²⁰⁵.

Nesse sentido, a tarefa de qualificar fenômenos fáticos em termos jurídicos, isto é, de incluí-los em categorias, não serve tão somente para fins de classificação, mas para a definição do regime jurídico aplicável à espécie²⁰⁶. Assim, a qualificação do contrato, isto é, a atribuição de um nome que corresponda aos efeitos que com ele se pretende produzir, deverá ser precisa o suficiente para que confira previsibilidade ao negócio. No entanto, vale notar que a qualificação atribuída a um negócio não necessariamente corresponderá à sua natureza, razão pela qual o intérprete deverá verificar os efeitos produzidos pelas cláusulas insertas no instrumento e a real relação entre as partes²⁰⁷. É por essa razão que a ausência de uma dogmática específica para os contratos híbridos se faz necessária, já que a atribuição da alcunha de contrato híbrido pode estar, na verdade, ocultando negócio de outra natureza que esteja sujeito a regulação específica, como é o caso dos contratos associativos, a serem analisados a seguir. Urge, assim, que os contornos teóricos dos contratos híbridos estejam bem definidos para que sua função econômica seja cumprida adequadamente.

Vale lembrar que, conforme pontuou Paula Forgioni²⁰⁸, os contratos de colaboração surgem da necessidade de “evitar os inconvenientes que adviriam da celebração de uma extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários (ou hierárquicos)”. Assim, os contratos híbridos, isto é, que se encontram no entremeio entre contratos de intercâmbio e de sociedade, merecem constituir nova categoria dogmática que, embora apresente distintas gradações, operacionaliza-se de maneira diversa à das categorias polares que, no direito, já receberam maiores delineamentos.

Em sua obra clássica *A Evolução do Direito (Zweck im Recht)*, Rudolf von Jhering definiu o que, a seu entender, seriam as duas formas fundamentais do comércio jurídico: o intercâmbio e a associação. O intercâmbio, segundo o autor alemão, se caracteriza pela

²⁰⁵ LARENZ, Op. cit., pp. 750-751.

²⁰⁶ FRÉCHETTE, Pascal. Le qualification des contrats: aspects théoriques. *Cahiers de droit*. v. 51, n. 1, pp. 117-158, mar. 2010. pp. 119-123.

²⁰⁷ FRÉCHETTE, Op. cit., pp. 123-150.

²⁰⁸ FORGIONI, Op. cit., 2011, pp. 173-175.

existência de prestações recíprocas levadas a cabo para satisfazer partes com interesses distintos. Dessa forma, o intercâmbio pressupõe a perda de determinado bem detido por uma das partes – mercadorias, dinheiro, dentre outros – em troca do recebimento de um dado bem detido pela outra que interessa à primeira²⁰⁹. No âmbito dessa configuração básica, assim, podem ser abarcados os diversos tipos contratuais cujas causas tenham por premissa o intercâmbio, a exemplo da compra e venda, da permuta, da locação, do mútuo, entre outros²¹⁰.

De outro lado, assevera Jhering que as necessidades do mundo da vida podem transcender indivíduos isolados e passar a requerer que sujeitos com necessidades e objetivos semelhantes unam esforços para atingir tais finalidades. Desse modo, os interesses comuns dos indivíduos passam ensejar a celebração de um contrato de sociedade que, segundo o autor, integra uma categoria especial de contratos que podem conter uma infinidade de necessidades ou causas, mas têm em comum uma utilidade prática: a associação²¹¹. A sociedade, portanto, enfatiza em grande medida a colaboração, isto é, o compartilhamento dos riscos do empreendimento²¹². Nesse sentido, tem-se que nos contratos de sociedade as partes também se obrigam umas com relação às demais, porém os deveres de cada uma das partes surgem “em razão do escopo comum e em função da organização comum que assim geralmente se cria com características de relativa estabilidade e duração”²¹³.

É possível observar, assim, que a distinção de Jhering parte da oposição fundamental entre diferença e identidade de objetivos. Ao passo que no intercâmbio se traduz na diferença entre os recursos e objetivos de uma das partes que as motiva a travar relações contratuais, na sociedade as partes se reúnem justamente por compartilharem seus objetivos²¹⁴. No entanto, Jhering deixou de antever a emergência de formas contratuais que, frente aos imperativos da vida econômica, congregam aspectos de ambas as formas descritas para estruturar negócios “de entremeio”²¹⁵ ou, na terminologia adotada por este trabalho, “híbridos”. Assim, os agentes econômicos optam por abrir mão da segurança que decorre dos tipos

²⁰⁹ JHERING, Op. cit., pp. 85-86. No dizer de Paula Forgioni (Op. cit., 2011, p. 155), nos contratos de intercâmbio “o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito da outra”.

²¹⁰ O intercâmbio, conforme sintetizou Jacques Ghestin (Le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'économie industrielle*. v. 92, n. 1, pp. 81-100, 2000. p. 84), em análise da teoria econômica do século XVIII, é a transferência recíproca não de objetos, mas de valores (*tout échange n'est qu'un transfert réciproque, non d'objets, mais de valeurs*).

²¹¹ JHERING, Op. cit., pp. 86-87.

²¹² FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 158.

²¹³ ROPPO, Op. cit., p. 83.

²¹⁴ JHERING, Op. cit., pp. 86-87.

²¹⁵ FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 154.

societários “pela preservação de maior mobilidade de atuação no mercado”²¹⁶, porém pretendem preservar a característica cooperativa que traz eficiência aos seus negócios.

O estudo dos híbridos não pode, portanto, afastar o fato de que as espécies verificáveis entre mercado e sociedade podem apresentar uma multiplicidade de diferenciações, na medida em que adquirirão contornos diferentes a depender das necessidades da cadeia de produção em que se inserem. Ao comentar a *crisi della fattispecie*, Natalino Irti²¹⁷ ressalta o papel do direito de pensar o porvir, no sentido de descrever uma possibilidade abstrata de fato a ocorrer no futuro e, assim, procurar definir os efeitos jurídicos correspondentes²¹⁸. Não se trata, aqui, de descrever fato pretérito já conhecido, mas de fato ou classe de fatos futuros aos quais a norma atribui algum grau de probabilidade de ocorrência.

Tal característica advém de aspecto fundamental do direito privado: a conjunção entre autonomia privada e regulação, o que permite um alto grau de flexibilidade aos particulares que, porém, deverá estar adstrita a certos limites impostos pelo ordenamento para a proteção de interesses relevantes²¹⁹. Daí dizer Teubner²²⁰ que, por serem os contratos híbridos unidades econômicas integradas que executam operações a partir de uma divisão interna de trabalho – estabelecida pela relação cooperativa entre organizações autônomas –, tais relações devem também estar sujeitas aos regimes de responsabilidade cogentes impostos pelo ordenamento, sobretudo no que toca a searas protetivas como o Direito do Trabalho.

Do exposto até o presente momento, já é possível depreender algumas das características básicas dos contratos híbridos: (i) são contratos relacionais, no sentido de que buscam disciplinar uma relação de longo prazo entre as partes²²¹ e, por isso, anteveem, por termos amplos, as bases para o comportamento colaborativo futuro²²²; (ii) apesar dessa característica colaborativa, as partes mantêm isolados seus riscos e áleas²²³.

A segunda característica, em especial, é a que melhor serve para diferenciar os contratos híbridos de outras figuras correlatas como os contratos associativos. Isso ocorre

²¹⁶ FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 160.

²¹⁷ IRTI, Natalino. La crisi della fattispecie. *Rivista di diritto processuale*. v. 36, n. 1, 2014.

²¹⁸ Segundo Collins (*Regulating contracts* [edição eletrônica]. Oxford: Oxford University Press, 2002), redatores de contratos (*contract lawyers*) procuram traduzir operações econômicas para acordos escritos formalmente executáveis. Por essa razão, a redação de contratos envolve alto grau de planejamento, seja para detalhar a operação econômica, seja para prever os efeitos do inadimplemento e os mecanismos de solução de controvérsias aplicáveis.

²¹⁹ GRUNDMAN, Stefan. On the unity of private law from a formal to a substance-based concept of private law. *European review of private law*. v. 6, pp. 1055-1078, 2010. pp. 1063-1066.

²²⁰ TEUBNER, Op. cit., 2002, pp. 217-219.

²²¹ Sustenta Schanze (Op. cit., p. 693) que tal relação advém de um “vínculo conceitual” entre as partes, expresso por uma marca, estratégia ou tarefa comuns.

²²² FORGIONI, Op. cit., 2011, pp. 177-178.

²²³ FORGIONI, Op. cit., 2011, pp. 172-176.

porque o caráter relacional se verifica não apenas nos híbridos, mas também nos contratos de empresa comum (ou associativos) – que envolvem compartilhamento de riscos e, portanto, estão sujeitos ao controle prévio pelo CADE – e mesmo no contrato de sociedade. São aproximações como essas que tornam tênue a linha que separa operações legítimas de redução de custos de transação de tentativas de evasão à regulação²²⁴.

Assim, é fundamental marcar a distinção entre contratos híbridos e contratos associativos para que se obtenha a correta disciplina jurídica dos negócios ora em análise. Vale, também, distinguir os contratos híbridos de fenômeno correlato que ganha paulatina importância na doutrina internacional: as *networks* ou redes contratuais, conjuntos de relações jurídicas que, visualizadas em perspectiva macroscópica, adquirem características híbridas. Tendo em vista tais distinções doutrinárias e a possibilidade de criação de novos arranjos organizacionais no futuro, é importante que se enumerem, a título exemplificativo, algumas das características dos contratos híbridos que terão por consequência a alteração de diversas categorias do direito contratual clássico.

Nos itens a seguir, serão expostas algumas dessas características, eleitas para análise em virtude de duas preocupações fundamentais: em primeiro lugar, a distinção dos contratos híbridos de outras figuras similares, o que será corroborado na seção seguinte pela diferenciação entre contratos híbridos, associativos e *networks*; e, em segundo lugar, a repercussão da adoção de formas contratuais híbridas no que diz respeito à regulação jurídica.

Dessa maneira, com relação ao primeiro ponto, serão expostas duas características essenciais aos contratos híbridos: a sua incompletude e a sua aptidão para se configurarem como “ordenamentos privados” para as relações de longo prazo entre agentes econômicos independentes. Em seguida, serão comentadas duas características de relevo para a regulação jurídica que, muito embora sejam extremamente comuns, não necessariamente se farão presentes na totalidade dos contratos híbridos: a atipicidade, atributo decorrente da insuficiência dos tipos legais para determinados empreendimentos, e a dependência econômica, fator de preocupação especialmente no que tange às searas protetivas de vulneráveis ou de interesses transindividuais.

A abordagem desses elementos será realizada sem prejuízo do desenvolvimento futuro de outras características importantes dos contratos híbridos, decorrentes mesmo da já mais evoluída disciplina dos contratos associativos. É o caso da inviabilidade ou da mitigação da possibilidade de invocação da exceção do contrato não cumprido, cuja aplicação deve ser

²²⁴ TEUBNER, Op. cit., 2002, pp. 220-221.

modulada pelo diferimento no tempo dos contratos híbridos²²⁵. Seria possível, ainda, discorrer sobre a incidência dos vícios da vontade no âmbito dos contratos híbridos, a respeito das garantias contratuais aplicáveis a essas relações, dentro muitos outros temas que, embora relevantes, fugirão ao escopo do presente trabalho.

III.1. A incompletude como característica essencial dos contratos híbridos

A opção por menor ou maior detalhamento das previsões contratuais traduz uma escolha deliberada das partes sobre o grau de risco que pretendem enfrentar²²⁶. Por isso, a incompletude consiste em traço fundamental dos contratos híbridos, na medida que é ela que os posiciona no entremeio dos mecanismos de puros incentivos do mercado e da dissipação de risco proporcionada pelas soluções integradas²²⁷. Certo é que, na formulação de contratos, as partes poderão optar por abordagem minudente das contingências que eventualmente virão a enfrentar ou, de outro lado, tão somente prever *standards* de cumprimento ou incumprimento, sem afetar diretamente a onerosidade do contrato no momento da pactuação²²⁸. No entanto, ainda que assim desejem, as partes jamais conseguirão regular todas as situações a serem enfrentadas na execução da operação²²⁹, razão pela qual a decisão sobre maior ou menor acabamento não terá o condão de afastar a incompletude, mas de aumentar ou diminuir a rigidez dos termos do negócio²³⁰.

A manutenção de “imperfeições e incertezas” no instrumento contratual não necessariamente será fruto da inépcia das partes, podendo ser, na verdade, medida eficiente levada a cabo em lugar de negociações que, por si só, geram custos de transação²³¹. Nesse

²²⁵ Nesse sentido, a respeito dos contratos de longo prazo em geral: “Evidente que o recurso à exceção do contrato não cumprido, pelo prejudicado com o descumprimento de um dever anexo, só terá sentido quando o cumprimento de tal dever ainda seja útil ao prejudicado, que decide assim manter o contrato em vigor, mesmo após a ocorrência do descumprimento. Nos contratos de longo prazo às vezes será mais vantajoso ao contratante – se o descumprimento não for tal que abale a estrutura da relação entre as partes – exigir o cumprimento daquele dever específico e manter a contratação, que pode ter características muito peculiares e específicas, que simplesmente encerrar a relação que eventualmente levou muito tempo para ser ajustada” (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. São Paulo: Almedina, 2006. 233).

²²⁶ À luz da teoria dos custos de transação, pode-se afirmar que a duração de um contrato pode ser analisada como um processo de otimização no qual custos e vantagens de uma maior extensão do vínculo contratual são avaliados marginalmente (SAUSSIER, Stéphane. *Transaction cost economics and contract duration: na empirical analysis of EDF coal contracts*. *Recherches économiques de Louvain – Louvain Economic review*. v. 65, n. 1, pp. 3-21, 1999).

²²⁷ ARAÚJO, Op. cit., p. 147.

²²⁸ ARAÚJO, Op. cit., p. 148.

²²⁹ SZTJAN, Rachel. *Função social do contrato e direito de empresa*. *Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro*, v. 44, p. 29-49, São Paulo, jul. 2005.

²³⁰ Ver, nesse sentido: SZTJAN, Op. cit., 2004, pp. 14-15.

²³¹ ARAÚJO, Op. cit., p. 150.

sentido, segundo Fernando Araújo, o inacabamento contratual resulta da ponderação entre custos marginais, isto é, “custos de completamento” dos contratos, e benefícios marginais do completamento, a exemplo da redução do oportunismo ou da possibilidade de renegociação futura²³².

Note-se, portanto, que na mesma medida em que o laconismo dos contratos poderá ou não alcançar nível ótimo na ponderação entre riscos e benefícios, a clareza da norma jurídica destinada a completar tais lacunas também deve alcançar nível ótimo de segurança e previsibilidade, na medida em que sua função é justamente a de reduzir os riscos de contratação ao permitir o cálculo probabilístico do risco das contingências futuras²³³. O atingimento desse ponto ótimo se faz necessário também pelo fato de, embora o inacabamento possa ser desejável, a excessiva incompletude ser deletéria. Isso ocorre pois, para além de dificultar ainda mais as já existentes assimetrias informacionais entre as partes, a excessiva incompletude incentivar comportamentos oportunistas e ações temerárias relativas à assunção de riscos²³⁴.

A incompletude que se estende por longo período requer regulação adequada pelo contrato, sob pena de os custos de transação economizados ao se adotar instrumento mais flexível serem desperdiçados em renegociações posteriores. Tendo isso em vista, é necessário que os contratos incompletos sejam dotados de cláusulas que disponham sobre medidas procedimentais de alteração da relação contratual, as quais Bellantuono denomina por “*default rules*”²³⁵.

A previsão de estruturas procedimentais de renegociação é também medida estratégica, uma vez que a incompletude, como já se viu, pode tanto ser súbita quanto deliberada. A incompletude do contrato, em suma, poderá ser consequência das técnicas de contratação diferenciadas em virtude da complexidade das operações econômicas a elas subjacentes²³⁶. O papel dos mecanismos de governança dos contratos híbridos será comentado logo a seguir, porém é importante repisar que, para na insuficiência da autonomia das partes para regular situações imprevistas, o ordenamento deve, antes de tudo, servir para reduzir incertezas nas relações contratuais, motivo pelo qual não pode a jurisprudência ser vacilante ao tratar de situações extremas como a onerosidade excessiva²³⁷.

²³² ARAÚJO, Op. cit., p. 161.

²³³ PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

²³⁴ SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 101, pp. 171-179, jan./dez. 2006. p. 175.

²³⁵ BELLANTUONO, Op. cit., pp. 100-115.

²³⁶ CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista DireitoGV*, v. 10, n. 1, pp. 155-200, jan./jun. 2014. pp. 165-168.

²³⁷ CAMINHA; LIMA, Op. cit., p. 193.

Os contratos híbridos, enquanto caso especial dos contratos relacionais, são caracterizados por apresentarem modalidade qualificada de mecanismos de gestão da incompletude. Não é por outra razão que tais instrumentos são considerados verdadeiros regulamentos ou, como se verá a seguir, “ordenamentos privados” dotados de mecanismos de resolução de controvérsias e mesmo de renegociação dos termos contratuais internos à relação entre as partes.

III.2. Contratos híbridos como “ordenamentos privados”

A incompletude e a longa duração dos contratos híbridos, conforme exposto acima, acirram em grande medida os laços de confiança estabelecidos entre as partes, que orientarão seus comportamentos de maneira cooperativa com vistas a reduzir custos de transação por intermédio da coibição do oportunismo e da mitigação das barreiras informacionais decorrentes da racionalidade limitada dos agentes de mercado. Os instrumentos contratuais regentes dessas operações, assim, deixam de ser meras questões de escolha de agentes maximizadores para passarem a ser lidos como estruturas complexas por meio das quais são estabelecidas as regras do jogo, isto é, as amarras institucionais que conformarão o comportamento das partes envolvidas²³⁸.

Nesse sentido, Oliver Williamson sustenta serem os contratos híbridos ordenamentos privados criados pelas partes para realinhar incentivos e estruturar transações por intermédio de estruturas de governança mais protetivas do que aquelas fornecidas pela regulação estatal, tendo por objetivo mitigar os problemas contratuais que emergiriam habitualmente²³⁹. Macaulay, na mesma linha, assinala que estruturas contratuais podem desenvolver mecanismos de controle social poderosos de tal maneira a constituir verdadeiros “governos privados”, dispondo de regras advindas de autorregulação que adquirem força cogente no interior das organizações.

Os ordenamentos privados a que se refere Williamson têm por objetivo transportar para o campo da autonomia privada a resolução de conflitos que possam surgir no curso da relação contratual. Com isso, os aspectos institucionais que antes eram relacionados apenas às formas de organização hierárquica passam para os instrumentos contratuais na forma de cláusulas de governança ou mesmo de casos especiais de incidência da boa-fé objetiva. O papel

²³⁸ WILLIAMSON, Oliver. The lens of contract: private ordering. *The American economic review*. v. 92, n. 2, pp. 438-443, maio 2002. p. 438.

²³⁹ WILLIAMSON, Op. cit., 2002, o. 438.

da boa-fé objetiva deve voltar à discussão nesse ponto justamente pelo fato de a regulação privada das relações de longo prescindir inclusive de estruturas artificiais especificamente elaboradas para lidar com tais questões. Em diversas ocasiões, a reputação dos agentes envolvidos servirá como forma de calibragem de seu comportamento, na medida em que perdas de credibilidade por parceiros econômicos serão tão ou mais custosas em determinados mercados do que sanções pecuniárias²⁴⁰.

O trabalho de Lisa Bernstein é exemplo interessante para a compreensão desse fenômeno. Ao analisar o mercado de vendas de diamantes de Nova Iorque, a autora observou que os agentes econômicos envolvidos orientavam suas transações em grande medida pelos usos e costumes negociais e por vínculos reputacionais, resolvendo suas controvérsias por procedimentos arbitrais. Naquele mercado, dados reputacionais são rapidamente repassados aos *players* no intuito de criar normas internas ao mercado com vistas a coibir a quebra de contrato e a criar um sistema privado de sanções extrajurídicas²⁴¹. Assim, levando em conta as peculiaridades do mercado de diamantes, organizado em redes de clubes fechados de negociadores que mantinham relações havia muitas gerações, os agentes econômicos tinham por desfavorável a aplicação do direito estatal que, além de não fornecer estruturas jurídicas adequadas às operações ali realizadas, oferecia mecanismos demasiadamente custosos para a resolução de controvérsias.

Importa perceber que não se está defendendo, aqui, que as partes poderão regular completamente as suas relações e ignorar peremptoriamente a regulação estatal. Pelo contrário, a criação de espaços de autonomia privada como o acima narrado somente se faz possível quando respeitadas as diversas áreas de regulação cogente, a exemplo do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor e do Direito da Concorrência, que contam com mecanismos de responsabilização capazes de desconsiderar tais estruturas e de fazer a realidade prevalecer sobre a forma. Tampouco se está a defender que o Estado deverá fornecer arcabouço extensivo de normas que deem conta dos contratos híbridos, o que seria impraticável tendo em vista a plasticidade de atividade econômica e as infinitas possibilidades de organização do poder econômico entre empresa e mercado, apresentando inclusive peculiaridades setoriais. O que se deve fomentar, na verdade, é o acompanhamento conjuntural dessas relações contratuais pelas instâncias de controle e aplicação das normas jurídicas cogentes que possam ser infringidas

²⁴⁰ RICHMAN, Barak D. Firms, courts, and reputation mechanisms: towards a positive theory of private ordering. *Columbia law review*. v. 104, pp. 2328-2368, 2004. p. 2336.

²⁴¹ BERNSTEIN, Op. cit.

nesse contexto²⁴², de modo a não tolher a organização privada redutora de custos de transação e, também, a garantir que tal economia seja legítima.

Vale lembrar que a regulação privada do comportamento dos agentes econômicos adquire novos contornos com o advento da sociedade da informação, na qual se pode impor barreiras ainda mais poderosas do que as impostas por normas legais, contratuais ou sociais. Com a informatização dos negócios e com o crescimento da importância das empresas virtuais²⁴³, torna-se cada vez mais verdadeira a afirmação de Lessig²⁴⁴ de que “*Code is law*”, de sorte que o ambiente institucional que constrange as ações dos indivíduos passa a abrir espaço à *Lex informatica*, que pode ser muito mais eficiente para conformar comportamentos oportunistas do que a própria lei.

O estudo das *networks* ou redes de contratos híbridos – a ser explorado na seção seguinte – pode ser, aqui, trazido à discussão pelo fato de contratos como ordenamentos privados poderem se inserir no contexto de grandes cadeias de produção, garantindo que os parâmetros estabelecidos no contrato celebrado na ponta inicial da cadeia sejam mantidos até a entrega do produto ao consumidor final. Isso ocorre em razão da adoção de parâmetros de controle diversos do mecanismo de preços, de maneira a reduzir o oportunismo.

Tal fenômeno pode ser verificado, por exemplo, nas cadeias de produção agroindustriais, que adotam um sistema complexo de coordenação tanto vertical quanto horizontal baseado em padrões de qualidade – que podem ser reforçados por certificações de entidades externas ou garantidos por meio de marcas coletivas²⁴⁵ –, especialização da produção, processos produtivos padronizados, padronização da infraestrutura tecnológica²⁴⁶, dentre outros

²⁴² Ver: ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. 2.ed. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.

²⁴³ Conforme aduz Rodrigo Octávio Broglia Mendes (A empresa em rede: a empresa virtual como mote para reflexão no Direito Comercial. *Revista do advogado*. v. 32, n. 115, pp. 129-135, abr. 2012. p. 134), a empresa virtual apresenta grandes desafios ao Direito Comercial e mercê receber tratamento jurídico específico: “A empresa virtual, nessa perspectiva, passa a criar condições para ser trabalhada juridicamente; É possível compreender uma rede de diversas empresas societárias que celebram contratos entre si para, da conexão desses contratos, permitir o desenvolvimento de uma determinada atividade empresarial. Contudo, é bem possível – e a internet torna isso efetivamente possível – que essa atividade seja desenvolvida sem que todas as empresas societárias participantes da rede possuam, entre si, contratos celebrados – como acontece, por exemplo, entre os franqueados”.

²⁴⁴ LESSIG, Lawrence. *Code*. 2.ed. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

²⁴⁵ RAYNAUD, Emmanuel; SAUVÉE, Loïc. Signes collectifs de qualité et structures de gouvernance. *Économie rurale*. n. 258, pp. 101-112, 2000.

²⁴⁶ Nesse sentido: KÜNNEKE, Rolf; GROENEWEGEN, John; MÉNARD, Claude. Aligning modes of organization with technology: critical transactions in the reform of infrastructures. *Journal of economic behavior & organization*. v. 75, pp. 494-505, 2010.

fatores²⁴⁷. É necessário lembrar que, nas cadeias de produção agroindustriais, os contratos muitas vezes são celebrados informalmente, porém isso não significa que são menos complexos, pois são garantidos por fortes laços sociais de dependência econômica recíproca²⁴⁸.

Exemplo interessante – e mais familiar à economia urbana – pode também ser percebido no caso das franquias, arranjos contratuais já consagrados na literatura sobre contratos híbridos pela fato de, por definição, coletivizarem a ação dos agentes sem socializar a responsabilidade²⁴⁹. Tendo em vista que franqueador e franqueados respondem a incentivos econômicos diversos, a performance das partes poderá ser modulada por termos contratuais que estabeleçam, dentre outros fatores, a padronização de processos produtivos, a definição dos critérios de uso dos ativos intelectuais do franqueador, critérios equitativos para a apropriação de “quase-rendas” – isto é, de comissões sobre o lucro dos franqueados – e cláusulas de exclusividade²⁵⁰. As franquias são locais importantes de discussão sobre a regulação dos contratos híbridos justamente por notoriamente apresentarem uma série de dificuldades no que diz respeito ao atendimento de normas imperativas, muitas vezes servindo de veículo para o cometimento de infrações relacionadas ao abuso de poder econômico²⁵¹ e à precarização das relações de trabalho²⁵².

Em síntese, ao mesmo tempo que a instituição de “ordenamentos privados” por meio de contratos híbridos é vantajosa por permitir, no âmbito da autonomia privada das partes contratantes, o desenvolvimento de relações econômicas complexas que não se amoldam adequadamente aos modelos previstos pelo ordenamento, de outro lado é necessário compatibilizar tais práticas com a regulação protetiva de interesses difusos e de vulneráveis. Os híbridos, assim, localizam-se no centro do paradoxo entre super-regulação e desregulação, porém é necessário ter em vista que tais problemas não podem ser solucionados com respostas gerais, senão setoriais²⁵³. Com isso, parece temerário defender a regulação dos contratos híbridos como um todo, na medida em que apresentam dimensões contextuais e específicas aos

²⁴⁷ MÉNARD, Claude; KLEIN, Peter G. Organization issues in the agrifood sector: toward a comparative approach. *American Journal of Agricultural Economics*. v. 86, n. 3, pp. 750-755, ago. 2004; MÉNARD, Op. cit., 2004.

²⁴⁸ Ver, por todos: ZYLBERSTAJN, Op. cit.

²⁴⁹ TEUBNER, Gunther. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. In: JOERGES, Christian. *Franchising and the law: das Recht des Franchising*. Baden: Nomos, 1991.

²⁵⁰ Ver: KLEIN, Benjamin. The economics of franchise contracts. *Journal of corporate finance*. v. 2, pp. 9-37, 1995.

²⁵¹ Ver: COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e Concessão de Venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 18, pp. 53-65, 1975.

²⁵² MARCELINO, Paulo; CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização. *Caderno CRH*. v. 25, n. 65, pp. 331-346, maio/ago. 2012.

²⁵³ Ver: SUNSTEIN, Cass. *Free markets and social justice*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

mercados em que são implementados. Assim, faz-se necessário o acompanhamento conjuntural das estratégias comerciais dessa espécie não com vistas a interferir na autonomia das partes, mas a garantir o cumprimento da regulação imperativa.

O desenvolvimento dogmático dos contratos híbridos, portanto, deve necessariamente passar por seu papel como ordenamento privado, isto é, como verdadeira estrutura regulatória destinada à conformação da relação futura entre as partes. Estabelecidas essas premissas, ficam mais claras as lentes pelas quais tais contratos devem ser analisados. A análise aqui proposta deverá, por óbvio, estar atenta não apenas a estruturas jurídicas formais, mas às relações fáticas entre os agentes, com especial atenção para a dinâmica do poder econômico e os vínculos de dependência instituídos nessas operações. Antes de tratar da dependência econômica e de eventuais interferências de uma das partes sobre as outras em razão da ocupação de posição mais privilegiada, serão brevemente comentadas duas categorias que podem contribuir para a análise de contratos híbridos como ordenamentos privados: a dos contratos normativos e a dos contratos-quadro.

III.2.1. O contrato híbrido como contrato normativo

A concepção aqui sustentada segundo a qual contratos híbridos poderão operar como ordenamentos privados pode ser relacionada com a categoria dogmática dos contratos normativos, especialmente tendo em vista o papel de tais contratos de disciplinar cadeias de produção e de fomentar inclusive a celebração de novos contratos a partir de suas bases.

Compreender os contratos híbridos como ordenamentos privados significa dizer que consistem em conjuntos de normas de conduta e de estrutura que prescrevem comportamentos bem como condições e procedimentos por meio dos quais certos atos serão considerados válidos de acordo com parâmetros pré-estabelecidos²⁵⁴. A regulação da conduta das partes de um contrato a longo prazo, por conseguinte, fornecerá as bases procedimentais para a própria execução do contrato, por mais que não tenha conteúdo patrimonial explícito.

Nesse sentido, o contrato deixa de ser compreendido como mero instrumento de operacionalização de trocas para ser regulamento de situações futuras. É o que procura explicitar a noção de contrato normativo, que adquire feições legislativas ao regular relações jurídicas futuras mediante normas gerais e abstratas, servindo o negócio como meio de

²⁵⁴ Ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6.ed. Brasília: UnB, 1995. pp. 28-33.

persecução de interesses coletivos²⁵⁵. Conforme ensina Bulgarelli, “Os contratos normativos são os que têm por função a disciplina (conjunto de normas) pela qual as partes pretendem regulamentar os seus interesses”²⁵⁶.

A noção de contrato normativo é classicamente tratada na doutrina de maneira restritiva, com vistas a abarcar tão somente contratos despidos de característica patrimonial, cuja única função seria a de normatização de contratos futuros entre as partes²⁵⁷. No entanto, aos contratos híbridos não se pode negar a possibilidade de, em parte, serem contratos normativos, na medida em que a antecipação das condições de contratação de eventuais negócios subordinados pode ser medida interessante para a redução de custos de transação.

Assim, da mesma maneira que se reduzem custos de transação com a incompletude e com previsões sobre a renegociação, pode-se fazê-lo por intermédio da regulação da celebração de contratos futuros. Além disso, não se pode olvidar da tendência à formação de *networks*, o que pode ser inclusive incentivado pelas partes contratantes mediante a inserção de cláusulas de adesão ao regulamento que disciplina, por exemplo, as cláusulas a serem apostas nos contratos em rede para a obtenção das sinergias desejadas.

III.2.2. O contrato híbrido como contrato-quadro

À noção de contrato normativo desenvolvida pela doutrina italiana pode ser congregada a ideia francesa de contrato-quadro, que, em dimensão diversa, estabelece linhas gerais de interpretação de negócios incompletos destinados a reger relações a longo prazo. Contratos-quadro, de acordo com Jacques Ghestin²⁵⁸, são contratos nos quais os objetivos são definidos de maneira geral, sem que os termos essenciais da operação sejam determinados ou mesmo determináveis por simples referência a suas estipulações. Segundo o autor, a função econômica do contrato-quadro é estabelecer as bases para o início de uma relação que poderá envolver outros negócios – denominados “contratos de aplicação” das disposições gerais firmadas inicialmente – aos quais se agregarão as obrigações estabelecidas pelo contrato-quadro.

²⁵⁵ GALGANO, Op. cit., 2011, pp. 25-26.

²⁵⁶ BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.117.

²⁵⁷ Nesse sentido: BULGARELLI, Op. cit., p. 117; GALGANO, Op. cit., 2011, pp. 25-26; MESSINEO, Op. cit., 1973. v. XXI, t. 1, pp. 656-657.

²⁵⁸ GHESTIN, Jacques. La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s’y attachent. In: CREDA – Centre de recherche sur le droit des affaires. *Le contrat-cadre de distribution: enjeux et perspectives*. Paris: CREDA, 1996.

Nos contratos-quadro, assim, se estabelece uma “moldura” dentro da qual se desenrolarão as relações futuras entre as partes, possibilitando a salvaguarda da estabilidade da relação e a gestão do risco representado pela ausência de vínculo contratual²⁵⁹. Nesse sentido, os contratos-quadro terão a aptidão de gerir relações ainda cuja execução se estenderá por tempo e forma indeterminados.

De acordo com Paula Forgioni, por privilegiarem a flexibilidade de adaptação para o futuro e a estabilidade decorrente da segurança da relação pela redução a termo das condições gerais de contratação futura, respondem às principais necessidades dos contratos de distribuição, que “se situa entre um contrato de execução sucessiva e uma sequência de contratos distintos sem um laço lógico que os una”²⁶⁰.

Note-se, contudo, que não é possível afirmar que todo contrato-quadro corresponderá a contrato híbrido. Basta notar que, segundo Pestana de Vasconcelos²⁶¹, o próprio contrato de *factoring* pode ser considerado autêntico contrato-quadro, na medida em que, “dentro de um conteúdo mais amplo e complexo, prevê e impõe a celebração de contratos subsequentes, os contratos de segundo grau, que constituem os negócios-base da cessão de cada um dos créditos”. No entanto, ao menos *a priori*, não se pode afirmar que contratos de *factoring* constituem contratos híbridos, na medida em que não envolvem propriamente cooperação, mas consistem basicamente em operações de intercâmbio.

O que interessa afirmar é que os contratos-quadro, da mesma forma que os contratos normativos – que, como se pode notar, são bastante próximos conceitualmente –, se apresentam como categorias dogmáticas importantes para a compreensão do *modus operandi* da instituição de ordenamentos privados por contratos híbridos. É nesses regulamentos que poderão ser insertas cláusulas gerais de governança da relação de longo prazo entre as partes e, em suma, normas procedimentais claras e transparentes sobre o desenrolar dessa relação, inclusive para fins de *compliance* com a regulação imperativa. As obrigações gerais ali estabelecidas, desse modo, podem servir de chaves interpretativas e operativas para o esclarecimento da natureza da relação entre as partes, com vistas até a legitimar eventual vínculo de dependência econômica, como se verá mais à frente.

²⁵⁹ FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 78.

²⁶⁰ FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 79.

²⁶¹ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. O contrato de cessão financeira (*factoring*) no comércio internacional. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 409.

III.3. A atipicidade nos contratos híbridos

Já se comentou que os contratos híbridos não necessariamente serão atípicos, podendo inclusive ser interessante a descrição de seus efeitos em lei para garantir a proteção de determinados interesses relevantes. Basta lembrar que o contrato de integração vertical agrossilvipastoril, operação de fundamental importância para o agronegócio, foi recentemente tipificado pela Lei nº 13.288/2016. Não obstante, o diploma apenas tipificou negócio já frequente na prática comercial agrícola que, porém, costumeiramente era subsumido ao contrato de parceria, que atrai a muitas vezes indesejável incidência do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64)²⁶². Não é a tipicidade, portanto, que definirá o caráter híbrido ou não de determinado contrato. Porém, o próprio fato de ser o contrato híbrido categoria que intermeia os contratos de intercâmbio e de sociedade torna a atipicidade atributo consideravelmente comum, razão pela qual deve estar no horizonte de análise de tais negócios, seja para a compreensão do contrato como um todo, seja para a integração de cláusulas atípicas.

Na síntese de Caio Mario da Silva Pereira²⁶³, os contratos típicos ou nominados são aqueles cujas regras disciplinares “são deduzidas de maneira precisa nos Códigos ou nas leis”. Porém, “a imaginação humana não estanca”, pois “cria novos negócios, estabelece novas relações jurídicas, e então surgem outros contratos afora aqueles que recebem o batismo legislativo”²⁶⁴, os contratos atípicos.

A tipificação dos contratos, portanto, de modo algum objetiva limitar a autonomia privada. Os tipos servem, na verdade, para simplificar a contratação, fornecendo às partes modelos equilibrados de contratos mais importantes ou frequentes, integrando as estipulações das partes da maneira pela qual o contrato é usualmente celebrado²⁶⁵. Observe-se que “tipo” não se confunde com “conceito”, isto é, não é necessário definir um contrato para que este seja tipificado. Segundo Pedro Pais de Vasconcelos, “A definição só é necessária quando é preciso estabelecer limites exactos, claros e firmes para um conceito, quando se pretende criar condições para uma subsunção que não deixe lugar para dúvidas, quando interessa possibilitar um juízo binário de sim ou não”²⁶⁶.

²⁶² O contrato de integração, mesmo antes de sua tipificação, já foi objeto de Recurso Especial no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, ante as peculiaridades do negócio, não se aplicaria o Estatuto da Terra. Ver: STJ, REsp 865.132/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, Data de Julgamento: 13.09.2016, Data de Publicação: DJe 29.09.2016.

²⁶³ PEREIRA, Op. cit., v. III, p. 54.

²⁶⁴ PEREIRA, Op. cit., v. III, p. 54.

²⁶⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 90.

²⁶⁶ VASCONCELOS, Op. cit., p. 90.

Importa notar, nesse sentido, que contratos típicos e atípicos são categorias separadas apenas em divagações teóricas. No meio social, é justamente o entrelaçamento de elementos típicos e atípicos que desafia os intérpretes, sobretudo aqueles encarregados de aplicar normas de regulação cogente que, de alguma maneira, limitam a liberdade contratual²⁶⁷. Por esse motivo, sustenta Álvaro Villaça Azevedo que a legislação deve fixar moldes gerais para os contratos típicos, de maneira a garantir tanto que a liberdade privada não vá além dos seus limites como que a liberdade condicionada não se torne escravidão²⁶⁸. Aqui, pode-se acrescentar que, em contratos complexos como os contratos híbridos, dificilmente se poderá alcançar estado de tipificação completa de suas cláusulas, motivo que confirma a importância de o legislador deixar espaço para o desenvolvimento da autonomia privada mesmo quando decide pela nomeação.

Assim, ao passo que os contratos atípicos suscitam dificuldades de interpretação e de descoberta da legislação aplicável, contratos mistos – ou seja, compostos ou por um amálgama de elementos de típicos e atípicos ou pela junção de dois ou mais contratos típicos – trazem indagações sobre a possibilidade ou não de aplicação direta da legislação vigente sobre a parte típica²⁶⁹. Ao problema dos contratos mistos, a doutrina classicamente forneceu três respostas: (i) a teoria da absorção, segundo a qual o negócio preponderante absorveria os demais para conferir-lhes sua disciplina; (ii) a teoria da combinação, que, ante à dificuldade de identificação do elemento preponderante, prima pela aplicação da disciplina legal concernente a cada elemento do contrato misto; e (iii) a teoria da aplicação analógica²⁷⁰, segundo a qual não basta a cumulação de disciplinas diversas, sendo necessário interpretar o contrato de maneira holística e orgânica, como síntese de elementos variados²⁷¹. Pode-se, ainda, mencionar a

²⁶⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 148.

²⁶⁸ AZEVEDO, Op. cit., p. 148.

²⁶⁹ VARELA, João de Matos Antunes. Contratos mistos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. 143, pp. 143-168, 1968. p. 152. Vale transcrever a opinião de Orlando Gomes (Op. cit., 2007, p. 121): “Os contratos mistos compõem-se de prestações típicas de outros contratos, ou de elementos mais simples, combinados pelas partes. A conexão econômica entre as diversas prestações forma, por subordinação ou coordenação, nova unidade. Os elementos que podem ser combinados são: contratos completos, prestações típicas inteiras ou elementos mais simples. Nesses arranjos cabem: um contrato completo e um elemento mais simples de outro; um contrato completo e uma prestação típica de outro; prestações típicas de dois ou mais contratos; prestações típicas de contratos diversos e elementos mais simples de outros”.

²⁷⁰ É essa a posição de Ludwig von Enneccerus (*Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1950. v. II, p. 3): “Las relaciones contractuales que no encajan dentro de ninguno de los tipos de contracto del C. c. y respecto a las cuales tampoco sea aplicable ninguna otra ley del *Reich* o ley territorial dejada a salvo (contratos atípicos), han de ser juzgadas por analogia de los tipos contractuales afines, por principios generales de las obligaciones y contratos y, finalmente, a título complementário, por el arbitrio judicial”.

²⁷¹ VARELA, Op. cit., pp. 150-156.

possibilidade de não se tratar propriamente de contrato misto, mas de contratos coligados que, embora distintos, são conexos em razão de vínculo funcional²⁷².

Sendo dispensáveis aqui grandes divagações sobre a classificação dos contratos atípicos e já comentados os parâmetros essenciais para sua interpretação e integração – causa e boa-fé objetiva – no que toca aos contratos mercantis, resta repisar que contratos são manifestações jurídicas de fatos econômicos e, por essa razão, representarão barreiras institucionais aos já mencionados “espíritos animais” dos agentes econômicos. Os contratos atípicos, nesse sentido, apresentam particularidade importante: eles podem apresentar causa ilícita²⁷³.

Aqui, pode-se rememorar a lição de Gunther Teubner²⁷⁴ sobre a flexibilidade dos contratos híbridos, que pode não passar e um eufemismo para a evasão à regulação imperativa. No entanto, a potencialidade de uso estratégico dos contratos híbridos não pode servir de pretexto para a imposição de normas legais restritivas e demasiadamente dirigistas sobre seu conteúdo. Pelo contrário, é importante que o ordenamento forneça um quadro regulatório capaz de incentivar a liberdade contratual e a autonomia privada e que, ao mesmo tempo, atenda aos imperativos das normas cogentes, especialmente as protetivas de interesses difusos. Assim, novamente de acordo com Teubner²⁷⁵, as economias de custos de transação estarão sujeitas ao escrutínio do direito, que distinguirá as legítimas das ilegítimas e, em decorrência disso, deverá contar com mecanismos eficazes de responsabilização equitativa dos copartícipes de negócios que, sob a penumbra da atipicidade, procurem burlar a lei.

III.4. A dependência econômica

A união de agentes econômicos independentes em vínculos contratuais de longo prazo consubstanciada nos contratos híbridos parte do pressuposto de que, muito embora desfrutem de eficiências criadas por sua relação cooperativa, as partes dessas avenças permanecem concorrentes. Os interesses contrapostos, desse modo, constituem um dos principais atributos distintivos dos contratos híbridos com relação a outros contratos relacionais, como os contratos associativos ou contratos de empresa comum. No entanto, a colaboração e os interesses contrapostos não implicam a simetria econômica e informacional

²⁷² Ver, por todos: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁷³ GOMES, Op. cit., 2007, p. 65.

²⁷⁴ TEUBNER, Op. cit., 1993, pp. 216-220.

²⁷⁵ TEUBNER, Op. cit., 1993, pp. 220-223.

entre as partes contratantes. Pelo contrário, a racionalidade de arranjos híbridos tem por premissa justamente a obtenção de sinergias da cooperação e, portanto, da complementariedade entre atributos e esforços específicos de cada uma das partes.

Além disso, já se viu que a implementação de procedimentos internos de regulação e controle da relação é característica central dos contratos híbridos, como apontou Ménard²⁷⁶. Ocorre que, por mais preservada que permaneça a autonomia das partes, o desenrolar da relação contratual poderá firmar as bases de verdadeira relação de dependência econômica, de sorte que o grau de dependência econômica estabelecido entre as partes somente pode ser percebido *ex post*, o que pode justificar adaptações e a solução de eventuais conflitos²⁷⁷.

Todo o exposto acerca do papel dos contratos híbridos como ordenamentos privados deve levar em consideração o fato de que a regulação privada da relação econômica ali reduzida a termo em seus caracteres gerais é oriunda de alguma fonte organizacional. Nem sempre os termos dos contratos híbridos serão negociados entre partes equiparadas. Pelo contrário, em contratos como franquia e distribuição é usual que as condições sejam estabelecidas por uma empresa central com a qual o outro polo da relação manterá relação de dependência em maior ou menor grau²⁷⁸.

A dependência econômica, portanto, não constitui, por si só, disfunção nos contratos, sendo inclusive natural em alguns arranjos. Porém, a grande preocupação nesse ponto advém dos riscos de agência, o que, em grau exacerbado, poderia desconfigurar a própria natureza híbrida do negócio a partir do momento que o agente exercesse controle externo sobre seus parceiros. Aqui, Hugh Collins traça interessante paralelo: empresários dependentes em contratos híbridos se aproximariam, em substancial medida, a empregados, uma vez que suas atividades seriam coordenadas de igual maneira por poder hierárquico que somente se diferenciaria em intensidade²⁷⁹.

A possibilidade de controle externo da empresa central sobre suas parceiras dependentes, na verdade, desnaturaria a própria natureza híbrida dos acordos. Os híbridos, diferentemente de relações de dependência comuns, tendem a criar o que Schanze²⁸⁰, ao se referir à simbiose de agentes econômicos, denominou por “dupla estrutura de agência”, isto é,

²⁷⁶ MÉNARD, Op. cit., 2004, p. 353.

²⁷⁷ MÉNARD, Op. cit., 2004, p. 353.

²⁷⁸ COLLINS, Hugh. Legal regulation of dependent entrepreneurs: comment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 263-270, mar. 1996. p. 266.

²⁷⁹ COLLINS, Op. cit., 1996, p. 267.

²⁸⁰ SCHANZE, Op. cit.

uma relação de interdependência que garantiria a cada uma das partes a apropriação das rendas oriundas de seus próprios interesses que, embora muitas vezes convergentes, são autônomos.

Note-se que, nos contratos híbridos que estabelecem relações de dependência econômica, há maior aproximação ao modelo hierárquico, uma vez que mesmo a sua incompletude é mitigada pelo fato de a parte mais fraca atuar como *longa manus* do modelo de negócio definido pela empresa central. É esse o caso, por exemplo, de contratos de franquia, cuja implementação envolve extensiva concorrência entre os franqueados. A prevenção a comportamentos oportunistas, nesse caso, é de fundamental importância inclusive para que os franqueados detenham maior poder de barganha frente ao franqueador, o que pode ser possibilitado pela introdução de incentivos ao compartilhamento de informação ao longo da rede²⁸¹.

Vale notar que a autoridade – presente em diversas espécies de contratos híbridos – é mecanismo de governança distinto da hierarquia, que qualifica os contratos de sociedade. Segundo Ménard²⁸², a relação hierárquica é fundada em assimetrias não negociáveis e na capacidade de comandar sujeitos subordinados. A autoridade, por outro lado, consiste na delegação, por entidades juridicamente distintas, do poder de decisão sobre uma classe de ações que lhes caberiam. A autoridade, assim, constitui mecanismo central de adaptação das formas híbridas ao possibilitar a alocação dinâmica de centros de poder de decisão ao longo da relação cooperativa duradoura. É a autoridade que, congregando confiança e liderança, será capaz de instaurar a ordem privada que regulará a relação entre as entidades autônomas. É claro que tal interferência será graduada, podendo partir desde a inserção de cláusulas puramente potestativas até a instituição de controle externo²⁸³.

A hipótese de controle externo, conforme aponta Ana Frazão²⁸⁴, pode se dar em qualquer contrato, porém encontra nos contratos híbridos campo mais fértil para seu desenvolvimento. No controle externo, o poder de dominação será exercido *ab extra*, ou seja, por controlador que não será sequer integrante de órgão social da empresa controlada²⁸⁵. Ocorre que, ocorrendo controle externo, fica caracterizado grupo contratual que, por conseguinte,

²⁸¹ COLLINS, Op. cit., 1996, pp. 268-269.

²⁸² MÉNARD, Claude. Le pilotage des formes organisationnelles hybrides. *Revue économique*. v. 48, n. 3, pp. 741-750, maio 1997. pp. 743-748.

²⁸³ FORGIONI, Op. cit., 2008, pp. 420-425.

²⁸⁴ FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 233.

²⁸⁵ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, Op. cit., p. 87.

consistirá em ato de concentração a ser submetido ao controle prévio do CADE, nos termos do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011²⁸⁶.

Não se pode, por óbvio, afastar a natureza híbrida de determinados contratos pelo fato de envolverem forte vinculação a uma empresa focal, sob pena de transformá-los necessariamente em atos de concentração e, assim, frustrar sua função econômica. Ocorre que uma mudança no nível de integração entre as partes dos contratos híbridos poderá ter o condão de formar um controle externo. No dizer de Ana Frazão, “há de se ter cautela para não fazer generalizações excessivas que possam comprometer as diferentes formas pelas quais os agentes empresariais alocam e gerenciam os riscos do negócio”²⁸⁷.

O que vale frisar ao fim dessa reflexão sobre dependência econômica e ao fim de capítulo que pretende dissertar sobre características gerais dos contratos híbridos é que, por mais que se deva deixar o ambiente negocial livre para o desenvolvimento da autonomia privada das partes, os contratos híbridos merecem especial atenção das autoridades regulatórias e, especialmente, da autoridade da concorrência. Contudo, a atuação da autoridade antitruste não pode ser no sentido de recrudescer e ampliar o controle prévio de estruturas sobre negócios contratuais, mas fortalecer o controle *ex post* para penalizar as condutas anticompetitivas levadas a cabo em razão da adoção dessas formas e, ainda, a simulação de contrato associativo – de notificação obrigatória ao CADE – sob a forma de híbrido.

No capítulo a seguir, tais noções serão aplicadas na análise de caso do CADE que apreciou contrato que se situava no limite entre híbrido – não suscetível de controle por aquela autarquia – e associativo – de notificação prévia obrigatória à autoridade da concorrência –, com vistas a compreender o objeto do presente estudo em uma de suas manifestações em zona de penumbra, desafiando a regulação e seus intérpretes.

IV. CONSEQUÊNCIAS DA NOÇÃO DE CONTRATO HÍBRIDO SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA CLÁSSICA

Qualquer tentativa de sistematização dogmática de fenômenos econômicos como os que dão ensejo à celebração de contratos híbridos não pode desatentar para o fato notado por Vinicius de Moraes²⁸⁸ de que “o operário faz a coisa e a coisa faz o operário”, ou seja, teorizações doutrinárias que pretendam descrever ou disciplinar tais negócios constantemente

²⁸⁶ FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 233.

²⁸⁷ FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 235.

²⁸⁸ MORAES, Vinicius. *O operário em construção e outro poemas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979.

se depararão com a engenhosidade da prática, que fatalmente tornará a moldar a própria teoria. É por esse motivo que, segundo Stefan Grundmann²⁸⁹, as trocas econômicas (*Wirtschaftsverträge*) são indispensáveis para a dogmática contratual (*Vertragsrechtsdogmatik*) e vice-versa.

Por mais antipáticas que possam parecer iniciativas de categorização e sistematização de institutos jurídicos, sua estabilização em conceitos, como anotou Clóvis Beviláqua²⁹⁰, não somente é imposta pela necessidade de ordem que experimenta o espírito humano, mas também contribui poderosamente para a clareza das ideias. Não se está aqui tentando o desenvolvimento, por óbvio, de estrutura teórica abstrata e indigesta como aquelas próprias do “paraíso dos conceitos jurídicos” (*juristischen Begriffshimmel*) de Jhering²⁹¹, no qual o jurista teórico somente trabalha com conceitos lógicos e afastados da prática. Pelo contrário, pretende-se justamente apontar traços teóricos gerais de uma categoria eminentemente prática e, portanto, dinâmica, com vistas a estabelecer critérios jurídicos mínimos para compreender o fenômeno em análise e, assim, interpretá-lo de maneira a conferir maior segurança a tais relações econômicas.

O interesse da categorização dogmática dos contratos empresariais é, na verdade, o de ressaltar as qualidades de cada contrato, com vistas a conhecer suas peculiaridades e seus efeitos²⁹². No caso dos contratos híbridos, a sua característica de incompletude naturalmente impedirá que todos os seus efeitos sejam instantaneamente conhecidos apenas pelo fato de se constatar que se trata de negócio dessa espécie, porém a reflexão sobre a dogmática a eles aplicável permite firmar pressupostos de análise dessas relações de longo prazo.

Os contratos híbridos não apenas trazem características peculiares, como ensejam a modificação e ressignificação de diversos conceitos da dogmática contratual clássica para que seus elementos sejam aplicados de maneira adequada. Essa consequência decorrente do acolhimento dos contratos híbridos como categoria jurídica será demonstrada neste trabalho a partir do estudo de dois parâmetros fundamentais: a causa dos contratos e a boa-fé objetiva, lentes de análise que permitirão tanto identificar e interpretar os contratos híbridos quanto conformar e constranger o comportamento dos agentes econômicos no sentido do cumprimento da regulação jurídica imperativa e dos *standards* de mercado.

²⁸⁹ GRUNDMANN, Op. cit., 2007, p. 765.

²⁹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 1999. p. 49.

²⁹¹ JHERING, Rudolf von. Am juristischen Begriffshimmel: ein Phantasiebild. In: _____. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*. 9.ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1904.

²⁹² MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 76.

Acrescente-se, ainda, que a compreensão dessa nova categoria jurídica requer a sua distinção com relação a conceitos correlatos, porém diversos. É o que ocorre com os contratos associativos, a serem também explorados no último capítulo deste trabalho, que serão submetidos ao controle prévio de estruturas pelo CADE se cumpridos os requisitos da Lei nº 12.529/2011. Embora também se distanciem dos modelos clássicos de intercâmbio e sociedade, os contratos associativos obedecem a parâmetros diversos e igualmente cumprem função econômica distinta, motivo pelo qual a causa e a boa-fé objetiva desempenham importante papel na separação entre um fenômeno e outro. De outro lado, as *networks* ou redes contratuais também devem ser diferenciadas dos contratos híbridos, uma vez que, ainda que partam dos híbridos, emulam os efeitos da integração vertical, ensejando preocupações ainda mais complexas e ainda menos resolvidas pela doutrina. Assim, faz-se necessária também a distinção conceitual entre híbridos e *networks*. Em seguida à demonstração dos elementos acima mencionados, serão realizadas essas distinções conceituais.

IV.1. A causa como critério de identificação e interpretação dos contratos híbridos

Conforme ensina Miguel Maria de Serpa Lopes²⁹³, os motivos determinantes da vontade de contratar são irrelevantes para a disciplina dos contratos, na medida em que, regra geral, tais razões de ordem subjetiva permanecem no desconhecimento da outra parte contratante. No entanto, se os motivos subjetivos são irrelevantes para o correto andamento da relação contratual, é, por outro lado, imprescindível o exame dos elementos que permitem a qualificação dos efeitos atribuídos a determinado contrato²⁹⁴. Trata-se, aqui, não da análise do motivo, isto é, da força psicológica que orientou o comportamento da parte, mas sim da causa do contrato, consubstanciada na atribuição de determinados efeitos a um dado ato jurídico²⁹⁵.

É claro que o motivo exerce influência decisiva sobre a vontade das partes contratantes, porém, como indicou Henri Capitant²⁹⁶, “o motivo psicológico que determina cada

²⁹³ SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1, p.484

²⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. A causa do contrato. *Civilistica.com*. v. 2, n. 1, pp. 1-24, 2013. p. 3.

²⁹⁵ Segundo Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III, p. 138), “A causa é a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato urídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia. A causa fixa, na vida jurídica, o ato. No direito público, principalmente no direito administrativo, a causa especializa-se mais do que no direito privado. De certo modo, sintetiza os efeitos essenciais do ato jurídico, porque os prefigura, os esquematiza, os debuxa em traços gerais, típicos”.

²⁹⁶ CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations* (contrats, engagement unilatéraux, legs). Paris: Librairie Dalloz, 1923. p. 11.

um a se obrigar não faz parte de seu acordo de vontades”²⁹⁷. De outro lado, elemento relevante para a obrigação será a causa, que estabelece relação entre as manifestações de vontade das partes e um objeto exterior – lícito, possível e determinável – a ser verificado no mundo dos fatos, razão pela qual a causa é dotada de objetividade que independe dos anseios íntimos das partes²⁹⁸.

À parte da interminável controvérsia estabelecida na civilística moderna entre causalistas e não causalistas, discussão que permeou inclusive a elaboração do Código Civil de 1916²⁹⁹, tem-se na causa importante instrumento para o reconhecimento da função do negócio jurídico. Nesse sentido, na linha do que sustenta Orlando Gomes³⁰⁰, a causa nada mais é do que a função econômica do contrato, noção que se faz necessária tendo em vista a importância dos contratos como fato econômico, o que requer disciplina jurídica que promova a estereotipação do regime a que se subordina determinada operação econômica com vistas a garantir-lhes segurança.

O juízo causal sobre um contrato, assim, como assevera Mario Barcellona³⁰¹, responde ao imperativo funcional de vinculação da forma simbólica do consenso ao paradigma utilitário das trocas econômicas, seja em sua dimensão subjetiva – verificada a partir da identificação das partes como agentes econômicos –, seja em sua dimensão objetiva – identificada pela justificação do programa econômico reduzido a termo pelas partes. Adicione-se que não basta a definição abstrata da causa para que se atribua os efeitos e a proteção desejada ao negócio realizado, mas é preciso que se possa operar o contrato concretamente, nos termos que as partes tenham programado³⁰². Significa dizer que a causa se encontrará consubstanciada na “efetiva producibilidade” (*effettiva producibilità*) do resultado contrato acordado pelas partes, razão pela qual a noção de causa – enquanto função econômica do contrato – se aplica igualmente aos negócios atípicos ou inominados.

²⁹⁷ Tradução livre do original “Or, le motif psychologique qui determine chacun à s’obliger ne fait pas partie de leur accord de volonté”.

²⁹⁸ CAPITANT, Op. cit., pp. 14-16.

²⁹⁹ Vale transcrever a síntese realizada por Paula Forgioni (Op. cit., 2008, pp. 519-520), a partir das lições de Orlando Gomes: “[...] tratando da teoria da causa, podemos identificar duas escolas principais: causalistas e não causalistas. Estes não atribuem à causa o papel de um requisito essencial do negócio jurídico, porque ‘não pode ser requisito essencial do negócio um elemento que está fora de seu conteúdo’. Já os causalistas apartam-se entre os adeptos da teoria subjetiva da causa e da teoria objetiva. A causa subjetiva seria ‘a razão determinante da vontade de contratar’. Os objetivistas lidam com a significação social do negócio e sua função. A causa é liberada do seu viés psicológico, nada tendo a ver com a motivação subjetiva. Nessa última linha, temos autores como Sconamiglio, Betti e Scialoja. Por todos os brasileiros, a obra de Torquato Castro”.

³⁰⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 22.

³⁰¹ BARCELLONA, Mario. *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Milão: CEDAM, 2015. p. 186.

³⁰² BARCELLONA, Op. cit., pp. 242-243.

Por essa razão, conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes³⁰³, a causa é a especificação da função que desempenha o contrato, “é o elemento que o define, que lhe é próprio e único, e que serve a diferenciá-lo de qualquer outro negócio jurídico, típico ou atípico. É, portanto, também o elemento que lhe dá – ou nega – juridicidade”. Tal constatação remete à antiga lição de Karl Larenz³⁰⁴, para quem mesmo os tipos contratuais não são fixos, pois podem ser modulados pela autonomia privada para que atendam às demandas específicas do suporte fático³⁰⁵. Segundo Larenz³⁰⁶, a regulação contratual é válida pelo fato de ter sido posta em vigor pelas partes, de modo que, na ausência de regulação específica, a interpretação contratual servirá para iluminar o sentido da relação jurídica³⁰⁷.

Tais observações são úteis para demonstrar, apesar do debate que há mais de século versou sobre a posição da causa como elemento essencial do negócio jurídico, “como a causa do negócio pode pautar a sua interpretação, de acordo com a lógica do sistema de direito comercial”³⁰⁸. Se a causa já ocupa papel importante nos negócios jurídicos em geral, com maior razão deverá ser levada em consideração na interpretação dos contratos mercantis, na medida em que a função econômica do ato comercial delineará sua análise jurídica tanto no aspecto interno – na relação entre os contratantes – quanto no externo – em seus efeitos sobre a concorrência e demais áreas de regulação cogente³⁰⁹.

Vale lembrar que é justamente a possível variedade de conteúdo econômico do contrato que torna tal instrumento flexível e particularmente precioso para a vida econômica, conforme anotou Messineo³¹⁰. Sendo certo que a variação do contrato alterará também a disciplina jurídica a ele aplicável, a causa sempre será parâmetro balizador da interpretação dos negócios mercantis, sobretudo quando os objetos de análise são contratos híbridos, cuja

³⁰³ MORAES, Op. cit., p. 7.

³⁰⁴ LARENZ, Op. cit., pp. 751-752.

³⁰⁵ A linguagem é de Pontes de Miranda (Op. cit., v. III, pp. 166-176).

³⁰⁶ LARENZ, Op. cit., pp. 751-752.

³⁰⁷ Nesse sentido, pode-se complementa a discussão com a lição de Orlando Gomes (Autonomia privada e negócio jurídico. In: _____; *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 82) sobre a autonomia privada: “É no entanto a liberdade de auto-regular os próprios interesses sem ser obrigado a usar um dos tipos contratuais previstos e disciplinados na lei, que reside a essência mesma da autonomia privada. Essa “possibilidade criativa” condensa-se no princípio da atipicidade dos contratos ou na regra do *numerus apertus*, segundo a qual os particulares podem esquematizar em contratos inominados, puros ou mesclados, as operações econômicas que atendem aos seus interesses e não estejam tipificadas na lei. De resto, o contrato, como técnica para descentralizar a produção jurídica, tem, nessa manifestação da liberdade de contratar, o seu mais largo emprego”.

³⁰⁸ FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 521.

³⁰⁹ FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 521.

³¹⁰ MESSINEO, Francesco. Il contratto in genere. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1973. v. XXI, t. 1., p. 797.

subsunção a tipos legais ou será dificultosa ou simplesmente não ocorrerá, tendo em vista sua atipicidade no mais das vezes³¹¹.

A causa, dessa maneira, como sistematizou Paula Forgioni³¹², assumiria diversos papéis na atualidade: (i) o de atribuir fundamento e relevância jurídica ao contrato; (ii) o de critério de interpretação do contrato; (iii) o de elemento de qualificação; e (iv) o de critério de adaptação, “para os casos de necessidade de adequação da avença em virtude de um novo contexto que abale o programa econômico das partes”³¹³. Na acertada síntese da autora, “a causa coliga o negócio ao mercado, à praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte”³¹⁴.

No caso dos contratos híbridos, a compreensão da causa adquire especial relevância não somente na interpretação do contrato pela autoridade judicial ou regulatória, mas também pelas partes no desenrolar da relação de longo prazo que desenvolverão. O conceito tem por objetivo, por conseguinte, marcar o escopo do contrato. No entanto, a plasticidade das formas adotadas pelas partes e a natural alteração das circunstâncias ao longo da relação diferida no tempo poderão alterar a própria estrutura do negócio, que ora pode se aproximar mais do intercâmbio, ora da sociedade³¹⁵. Por mais amplo que seja o leque de mecanismos de governança utilizado para alterar relações contratuais em curso – desde cláusulas de *hardship* até supervenientes contratos modificativos –, tais alterações sempre serão informadas pela boa-fé objetiva, critério a ser analisado a seguir.

No entanto, muitas vezes já se disse que os contratos híbridos ensejam uma alteração das categorias dogmáticas para que sejam corretamente apreendidos pelo direito. A causa não escapa a essa lógica, de sorte que devem ser postas em dúvidas algumas das premissas já assentadas pela doutrina nesse sentido. É perfeitamente claro, como aqui se sustentou, que é

³¹¹ Vale, aqui, acrescentar a lição de Santoro-Passarelli (Op. cit., pp. 140-141): “De modo semelhante, a vontade, mesmo de vários sujeitos, não está autorizada a determinar os seus efeitos no âmbito extrapatrimonial senão em relação a funções típicas; daí que sejam nominados os negócios extrapatrimoniais, de uma ou várias partes, especialmente os negócios familiares. Pelo contrário, quando o negócio é a resultante consensual de um conflito de interesses patrimoniais, a lei considera esta função genérica suficiente para admitir a autonomia privada, qualquer que seja a disciplina fixada em concreto para derimir o conflito, apenas com o limite de que os interesses a cuja satisfação tende a vontade pareçam, do ponto de vista social, mercedores de tutela. Por isso, ao lado dos contratos nominados, individualizados e regulados em atenção à sua causa, existe uma série indefinida de contratos inominados (art. 1322.º, II), cuja causa pode resultar também da conjugação dos tipos regulados por via legislativa”.

³¹² FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 529.

³¹³ Maria Celina Bodin de Moraes (Op. cit., pp. 22-23) formulou sistematização diversa que, porém, pode ser considerada complementar à apresentada. A causa teria o papel “de qualificar os contratos, o de dar (ou negar) juridicidade ao acordo e o de limitar a autonomia privada”.

³¹⁴ FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 529.

³¹⁵ Pontes de Miranda (Op. cit., v. III, pp. 157-159) já admitia a concomitância de causas em uma mesma atribuição patrimonial em contrato.

essencial perquirir a função econômica dos contratos com vistas a compreender sua natureza de maneira adequada. É a causa que, diante das várias configurações contratuais, permitirá identificar a ocorrência de uma espécie contratual ou outra. No entanto, mesmo em razão da atipicidade que se faz presente em diversas manifestações dos contratos híbridos e da natureza mutável dessas avenças, a própria causa poderá ser de difícil apreensão.

Por esse motivo, é necessário que se ponha em dúvida a clara distinção que a doutrina clássica pretende traçar entre causa e motivos, na medida em que os motivos, especialmente nos contratos híbridos, poderão servir de importante ponto de partida para a compreensão da causa. Será nos motivos – e não na causa – que residirá a racionalidade econômica que dará azo à formação do contrato, de maneira que esses impulsos psicológicos constituirão, em grande medida, o que se tem aqui chamado de “dimensão implícita do contrato”³¹⁶. É claro que não se pode alcançar o íntimo dos contratantes para compreender seus reais motivos, porém é importante que se retire do contexto de contratação alguns dos elementos institucionais³¹⁷ que possam contribuir para a formação da racionalidade econômica que deu origem ao contrato. Tais elementos poderão ser retirados, por exemplo, dos costumes mercantis, do contexto setorial, das características concorrenciais de determinado mercado e mesmo das regras aos quais estarão submetidos os agentes, de modo a compreender seus eventuais anseios para a construção de estruturas econômicas complexas naquelas circunstâncias.

Como já se comentou, a compreensão da relação contratual em sua inteireza somente se pode dar mediante o desvelamento das dimensões implícitas do contrato, cuja existência é natural tendo em vista que, em razão da incompletude do negócio e de sua transformação ao longo do tempo, a relação contratual fatalmente se tornará algo diverso daquilo que foi previamente acordado. No entanto, não se pode esquecer que motivos impróprios podem até mesmo levar à ilicitude da causa ou ao não atendimento de requisitos legais imperativos. É por essa razão que, além de se compreender a função econômica do contrato e os motivos que possam contribuir para a sua apreensão, é essencial que os contratos híbridos sejam também perpassados pela boa-fé objetiva, que servirá como padrão comportamental a ser seguido pelos agentes. Da mesma maneira que a causa, a boa-fé objetiva é categoria dogmática que passa por ressignificações importantes quando aplicada aos contratos híbridos, como se verá no item abaixo.

³¹⁶ CAMPBELL; COLLINS, Op. cit.

³¹⁷ NORTH, op. cit.

IV.2. A boa-fé objetiva como critério de interpretação e integração dos contratos híbridos

A noção de boa-fé objetiva, longe de ser mera orientação programática do ordenamento, se traduz em norma jurídica cogente que serve tanto de cânone interpretativo dos contratos quanto de *standard* comportamental geral³¹⁸. Ensina Judith Martins-Costa³¹⁹ que o conteúdo da boa-fé objetiva sempre será especificado de maneira relacional, de modo a reforçar e proteger os valores aplicáveis às circunstâncias. De acordo com a autora, a boa-fé serve como “pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais”³²⁰.

A importância da boa-fé objetiva para o Direito Comercial é ressaltada desde o Código de 1850, cujo artigo 131 dispunha que a interpretação dos contratos mercantis seria regulada pela “inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato”, acrescentando o diploma que a leitura deveria se ater à estrita significação das palavras. Por mais que o desenvolvimento da noção de boa-fé objetiva tenha afastado a preeminência da interpretação gramatical, verifica-se que o direito já privilegiava a racionalidade econômica do empresário, procurando-se evitar a tomada de decisões judiciais que fugissem da mentalidade própria dos agentes de mercado, amparada na boa-fé e na proteção das legítimas expectativas de comportamentos dos “homens ativos e probos”³²¹.

No Direito Civil, ensina Francisco Amaral³²², a boa-fé objetiva “Traduz um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual, pelo que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”. Entretanto, no Direito Comercial a boa-fé objetiva não desempenha função moral ligada a valores descolados da realidade do negócio, mas se orienta sobretudo pela busca do “melhor funcionamento do

³¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 40. Segundo a autora (MARTINS-COSTA, Op. cit., 2015, p. 42), pode-se conceber a boa-fé objetiva como “(i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais”.

³¹⁹ MARTINS-COSTA, Op. cit., 2015, pp. 41-42.

³²⁰ MARTINS-COSTA, Op. cit., 2015, p. 42. No mesmo sentido: AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ*. v. 3, n. 9, set./dez. 1999.

³²¹ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 42, n. 130, pp. 7-38, 2003.

³²² AMARAL, Francisco. Código Civil e interpretação jurídica. *Revista Fórum de Direito Civil*. v. 3, n. 5, jan./abr. 2014.

mercado”³²³. Na síntese de Paula Forgioni³²⁴, a boa-fé reforça não somente a confiança entre os agentes econômicos, mas a confiança no sistema como um todo, traduzindo-se em maior segurança e previsibilidade: “A boa-fé, no sistema de direito comercial, é um catalisador da fluência das relações no mercado”.

Assim, a boa-fé não é meramente regra de conduta abstrata a ser observada pelos agentes econômicos em todas as suas relações, mas desempenha também a essencial função de otimização do comportamento contratual. O exercício de tal função se dá, de um lado, pela imposição de deveres de cooperação e de proteção dos interesses recíprocos das partes e, de outro, pelo emprego de tal princípio como cânone de interpretação e integração do contrato de acordo com a função econômica que se lhe atribui³²⁵.

Nesse sentido, a ideia de boa-fé está muito mais relacionada com a interpretação do contrato do que com sua estrutura, na medida em que serve de chave de integração das condições subentendidas que, muito embora sequer apareçam no instrumento formal, constituem a relação de fato e de direito entre as partes³²⁶. Assim, interpretar segundo a boa-fé significa “considerar o modelo de comportamento social esperado da pessoas que estivesse no contexto da parte contratante”, o que implica avaliar e considerar diversos níveis de diligência³²⁷.

Importa notar, com isso, que a boa-fé objetiva tem por objetivo estabelecer o padrão comportamental a ser observado pelos agentes econômicos que pretendam manter relações seguras e minimamente previsíveis. Por esse motivo ganham relevância na interpretação contratual os usos e costumes, a prática comercial, os precedentes da relação estabelecida entre as partes, entre outras “dimensões implícitas do contrato” que atuam como pano de fundo de todas as relações de mercado³²⁸.

É justamente a relação com a prática negocial que torna a boa-fé objetiva, não oriunda de aspectos íntimos dos contratantes³²⁹. A boa-fé objetiva no Direito Comercial, portanto, está relacionada antes de tudo ao respeito e à confiança nas “regras de jogo” do mercado juridicamente organizado. Desse modo, “o comportamento honesto não implica gasto, mas sim economia, tanto para o agente [...] quanto para o mercado como um todo, que tenderá

³²³ FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 552.

³²⁴ FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 552.

³²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale). *Cadernos do programa de pós-graduação direito UFRGS*. v. 2, n. 4, pp. 347-379, 2004. p. 357.

³²⁶ GOMES, Op. cit., 2007, p. 44.

³²⁷ GOMES, Op. cit., 2007, p. 46.

³²⁸ CAMPBELL; COLLINS, Op. cit., pp. 32-37.

³²⁹ FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 554.

a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade”³³⁰.

Pode-se, aqui, retornar à teoria institucionalista comentada no primeiro capítulo para reforçar a ideia segundo a qual o quadro institucional vigente serve para conformar o comportamento dos agentes de maneira a garantir um ambiente cooperativo a longo prazo³³¹. Nesse sentido, é perfeitamente possível que o comportamento maximizador de riqueza coincida com a cooperação, na medida em que a boa-fé objetiva – a partir do momento em que promove a confiança e a aumenta o grau de informação que uma parte dispõe sobre a outra – implica economia de custos de transação em razão de seu contributo para a segurança jurídica³³². Em suma, importa dizer que uma das funções do Direito Comercial é “buscar a criação de um ambiente que faça as negociações compensatórias”³³³.

A cláusula geral da boa-fé objetiva, portanto, fornece ao intérprete dos contratos híbridos ferramenta importante para lidar com suas características peculiares, como se verá a seguir, especialmente aquelas oriundas de sua natureza duradoura e de sua complexão naturalmente incompleta. É na boa-fé que o oportunismo que é próprio das relações econômicas encontra fator de controle, alterando os incentivos das partes ao passo que os custos de encerramento da relação contratual ou mesmo da traição da confiança se tornam mais vantajosos do que os do comportamento oportunista³³⁴. Os contratos híbridos, que potencializam a incidência da boa-fé em razão de sua já comentada natureza, contam com peculiaridades cujo objetivo é o de modular o comportamento das partes mediante a estruturação de ambientes institucionais – verdadeiros “ordenamentos privados” –, conforme se comentou na seção anterior.

Por conseguinte, a boa-fé objetiva será o parâmetro maior de controle dos aspectos fugidios dos contratos híbridos que muitas vezes – como já se mencionou – residem não propriamente na causa, mas nos motivos que traduzem a racionalidade econômica da elaboração das cláusulas do negócio. A exposição da reconfiguração produzida pela noção de contrato híbrido na causa da na boa-fé demonstra apenas dois dos aspectos mais importantes a serem levados em consideração pela dogmática jurídica dentre as consequências desse fenômeno econômico.

³³⁰ FORGIONI, Op. cit., 2011, p. 102.

³³¹ NORTH, Op. cit., pp. 12-13.

³³² FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 558.

³³³ FORGIONI, Op. cit., 2008, p. 559.

³³⁴ Nesse sentido: BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: CEDAM, 2000. pp. 344-347.

A causa e a boa-fé objetiva, assim, são ressignificadas na teoria contratual para funcionarem tanto como lentes de observação dos contratos híbridos – cuja qualificação necessariamente requer atenta percepção do ambiente em que se desenvolvem – quanto como freios institucionais aos arroubos dos agentes econômicos, que para operar juridicamente deverão observar uma série de limites cujo cumprimento será informado por esses dois parâmetros.

IV.3. A importante distinção entre contratos híbridos e contratos associativos

O primeiro capítulo do presente estudo se dedicou a comentar os movimentos dos agentes econômicos no sentido da criação de novas formas de organização empresarial frente à constatação de que as formas jurídicas tradicionais não são capazes de “conter e abarcar toda a realidade econômica da empresa moderna”³³⁵. Daí a importância de abordagens como a dos contratos relacionais, que visa estudar as peculiaridades de arranjos que vão além de trocas pontuais ao estabelecerem relações duradouras entre as partes contratantes. No entanto, não somente os contratos híbridos podem estar abarcados por tal categoria, mas também outras formas contratuais de destaque na organização do poder econômico.

Já se comentou que a característica mais marcante dos contratos híbridos é a existência de cooperação entre as partes, muito embora tais relações estejam também fortemente permeadas por elementos de mercado. Poder-se-ia dizer, assim, que é a cooperação que distingue os híbridos dos contratos de intercâmbio ou *spot contracts*, nos quais não se estabelece relação de longo prazo entre as partes³³⁶. No entanto, mesmo nos contratos de intercâmbio a cooperação se faz presente como dever lateral decorrente da boa-fé objetiva, perfazendo-se mediante as obrigações recíprocas às quais se vinculam as partes³³⁷.

A cooperação, nesse sentido, não é critério suficiente para distinguir contratos híbridos – em que a cooperação é intensa, mas não se traduz em empresa comum com identidade de propósitos – do intercâmbio, da sociedade ou, como se verá neste item, dos contratos associativos, nos quais a cooperação corresponde à prestação principal da avença³³⁸. Na

³³⁵ TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Sociologia do poder na sociedade anônima. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 29, n. 77, pp. 50-56, jan./mar. 1990. p. 50.

³³⁶ GRUNDMAN, Op. cit., p. 1070.

³³⁷ LORENZETTI, Op. cit., v. 3, pp. 241-242.

³³⁸ FRAZÃO, Ana. Joint ventures contratuais. *Revista de Informação Legislativa*. v. 52, n. 207, p. 187-211, 2015. p. 195.

verdade, conforme aduz Ana Frazão³³⁹, “o que distingue os contratos associativos dos demais contratos híbridos e mesmo dos contratos de troca não é propriamente a existência de cooperação, mas sim o grau e o tipo desta”.

A aparente aproximação das figuras dos contratos híbridos e dos contratos associativos merece especial atenção, sobretudo pelo fato de os contratos associativos, na forma do inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, serem considerados atos de concentração sujeitos ao controle prévio do CADE. Novamente segundo Ana Frazão³⁴⁰, “em razão da multiplicidade dos arranjos contratuais que se encontram no meio empresarial, nem sempre será fácil fazer a referida distinção”.

A relevância de instrumentos como contratos híbridos e associativos é mais uma das evidências do fenômeno constatado por Fernando Araújo³⁴¹ ao referir-se à “explosão da contratualização dos processos produtivos”, posicionando tais mecanismos no centro da reflexão sobre a governança do poder econômico na atualidade. Daí afirmar José Engrácia Antunes³⁴² que, nessas circunstâncias, o intérprete se depara com “uma multiplicidade insistemizável de figuras contratuais que podem servir a cooperação entre empresas”. Contudo, tendo em vista a relevância da figura do contrato associativo para a legislação antitruste, é necessário distingui-la dos híbridos.

Ensina Ferro-Luzzi³⁴³ que, muito embora assumam forma contratual, a sociedade adquire características tão peculiares que deve ser analisada sob um prisma específico que, como já se viu, se encontra em polo oposto ao intercâmbio. Tanto é assim que o contrato de sociedade não é estudado pelo Direito dos Contratos, mas por seara jurídica específica, o Direito Societário, capaz de dar conta das peculiaridades dessa espécie contratual. No entanto, afirma o autor, para além do contrato de sociedade, pode-se cogitar de outros negócios jurídicos nos quais as partes se inserem em situação de interdependência recíproca na qual manterão interesses comuns e, mais especificamente, manterão comunhão de escopo.

Em sentido semelhante, assevera Ana Frazão³⁴⁴ que os contratos associativos são contratos de fim comum. Dessa maneira, a sociedade poderia ser considerada o contrato associativo por excelência, na medida em que se destina justamente a gerar ente autônomo a partir da comunhão de escopo entre diversas partes. No entanto, os contratos associativos não

³³⁹ FRAZÃO, Op. cit., 2015, p. 195.

³⁴⁰ FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 214.

³⁴¹ ARAÚJO, Op. cit., pp. 244-245.

³⁴² ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 390.

³⁴³ FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milão: Giuffrè, 2001. pp. 2-25.

³⁴⁴ FRAZÃO, Op. cit., 2017, pp. 210-211.

se reduzem à sociedade, já que estes, apesar de apresentarem nível organizativo superior ao que se verifica nos híbridos, também congrega elementos de coordenação de mercado à hierarquia.

Em síntese, pode-se afirmar que “Nos contratos associativos destinados ao exercício de empresa comum, as partes, embora mantenham a autonomia jurídica e patrimonial, passam a exercer a atividade empresarial de forma compartilhada, assumindo conjuntamente a respectiva álea do negócio”³⁴⁵. Por esse motivo, como já se colocou, a cooperação em si não é o item que distingue os contratos associativos das demais formas de organização da atividade econômica, mas sim seu grau. Nesta espécie contratual específica, a cooperação se apresenta como o próprio objeto do negócio³⁴⁶.

Pode-se acrescentar, nessa linha, que Engrácia Antunes³⁴⁷ diferencia cooperação associativa, característica de vínculos aptos a criar empresa comum, como é o caso da sociedade; da cooperação auxiliar, que se verifica em contratos como o de agência³⁴⁸, no qual a colaboração entre as partes se dá de maneira intensa, porém não traduz empresa comum³⁴⁹. Por esse motivo, tem-se que o que caracteriza o contrato associativo não é a mera existência de cooperação, mas a verificação de uma espécie qualificada de cooperação que seja apta a conduzir à “execução de um fim comum a partir de uma estrutura organizacional para tal”³⁵⁰.

A distinção entre contratos híbridos e contratos associativos será retomada no terceiro capítulo do presente trabalho, quando se analisará decisão do CADE que tratou justamente sobre a zona de penumbra que se encontram determinados negócios que, se considerados associativos, submeter-se-iam ao controle prévio de estruturas por aquela autarquia. Os híbridos, não é demais lembrar, não se submetem ao controle de estruturas, razão pela qual muitas vezes pode ser vantajoso aos agentes econômicos que, aproveitando-se dessas zonas cinzentas, procuram escapar da regulação.

³⁴⁵ FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 211.

³⁴⁶ FRAZÃO, Op. cit., 2017, pp. 210-211.

³⁴⁷ ANTUNES, Op. cit., 2011, pp. 389-391.

³⁴⁸ Estudo aprofundado do contrato de agência e do papel desempenhado pela cooperação nessa operação econômica foi realizado por António Pinto Monteiro (*Contrato de agência*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2004). Vale também mencionar a acertada percepção de Alexandre Targino Gomes Falcão (Agência e distribuição no Código Civil brasileiro: regime jurídico unificado de contratos distintos? *Revista jurídica luso-brasileira*. v. 3, n. 9, pp. 6745-6819, 2014), para quem a lei civil, ao aparentemente disciplinar conjuntamente os contratos de agência e distribuição, na verdade apenas objetivou disciplinar a agência, de modo que a distribuição sobre a qual versa o Código Civil não seria nada mais do que caso especial do contrato de agência. Daí o acerto de Paula Forgioni (Op. cit., 2008, p. 89) ao sustentar que o contrato de distribuição é, em regra, atípico, sendo nominado apenas em caso especial verificado na Lei Ferrari, que trata das concessões comerciais no mercado de veículos automotores.

³⁴⁹ Essa mesma distinção pode ser encontrada em Ricardo Lorenzetti (Op. cit., v. 3, pp. 242-244), para quem a *colaboración gestoria* se diferencia da *colaboración asociativa* pelo fato de, na primeira, determinado agente delegar a outro a realização de ato jurídico, ao passo que na segunda não há delegação, mas interesse ou finalidade comuns.

³⁵⁰ FRAZÃO, Op. cit., 2015, p. 197.

IV.4. Dos contratos híbridos às *networks*

Já se viu que os contratos híbridos, dado seu afastamento das categorias gerais de intercâmbio e sociedade, mereceriam tratamento diferenciado, na medida em que os conceitos próprios dessas searas não se aplicariam adequadamente a tais fenômenos. No entanto, por mais escassa que seja, os contratos híbridos ainda recebem alguma disciplina do ordenamento que, a partir do paradigma contratual clássico, estabelece requisitos mais ou menos abrangentes para a regência dessas relações.

Nesse sentido, pode-se mencionar a Lei de Franquias (Lei nº 8.955/94); a Lei de Representação Comercial (Lei nº 4.886/65); a Lei Ferrari, que disciplina o contrato de concessão comercial e quebra parcialmente a atipicidade dos contratos de distribuição³⁵¹; a Lei do Contrato de Integração (Lei nº 13.288/2016), que recentemente tipificou importante instrumento do Direito do Agronegócio³⁵²; e mesmo o Código Civil, que traz disposições gerais sobre diversos contratos que podem ser considerados híbridos, a exemplo da comissão e da agência.

Todavia, para além das peculiaridades de contratos híbridos singulares, tem se destacado um fenômeno de mercado ainda mais complexo: as *networks* ou redes contratuais. Segundo Collins³⁵³, as redes contratuais consistem em um conjunto de empresas independentes que ingressam em um padrão de contratos inter-relacionados que são estruturados para conferir às partes vários dos benefícios de coordenação advindos da integração vertical em uma única organização, sem jamais ter criado um negócio integrado único como uma empresa ou parceria.

Da mesma forma que os contratos híbridos, as redes contratuais não encontram regulação adequada tanto no Direito Contratual quanto no Direito Societário, razão pela qual

³⁵¹ Vale, nesse sentido, transcrever o comentário de Paula Forgioni (Op. cit., 2008, p. 89) acerca dos contratos de distribuição na Lei Ferrari: “Já foi mencionado anteriormente que a atipicidade legal dos contratos de distribuição foi parcialmente quebrada, em 1979, pela promulgação da Lei 6.729, conhecida como Lei Ferrari. Cuida o diploma específica e exclusivamente da ‘distribuição de veículos automotores, de via terrestre’. Fruto de intensos debates – e do antagonismo de interesses das montadoras e seus concessionários –, a lei pretendi ser um instrumento que viabilizasse o ‘convívio equilibrado, harmonioso’ entre esses agentes econômicos, considerando o fato de que a distribuição de veículos implica a atuação de vários concessionários, formando uma rede”.

³⁵² A respeito da importância da tipificação dos contratos do agronegócio, ver: WINTER, Marcelo Franchi; GUARNIERI, Olavo Barcellos. Riscos da atipicidade nos contratos do agronegócio na visão dos tribunais. In: BURANELLO, Renato; SOUZA, André Ricardo Passos; PERIN JR., Ecio. *Direito do agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

³⁵³ COLLINS, Op. cit., 2011, p. 1. Tradução livre do original que a seguir se transcreve: “In its essentials, a contractual network consists of a number of independent firms that enter a pattern of interrelated contracts, which are designed to confer on the parties many of the benefits of co-ordination achieved through vertical integration in a single firm, without in fact ever creating a single integrated business entity such as a corporation or a partnership”.

Gunther Teubner³⁵⁴ sustenta que qualquer tentativa de subsumir as *networks* a categorias tradicionais de direito privado está condenada ao fracasso. A impraticabilidade de qualquer abordagem sobre as *networks* que se socorra da doutrina tradicional reside no fato de que as redes contratuais permitem que contratos bilaterais gerem expectativas e incentivos invisíveis ao Direito Contratual³⁵⁵. As *networks* procuram justamente extrair de contratos bilaterais o seu potencial de correlação e de interação seletiva entre as partes que os compõem, de modo a criar verdadeira estrutura multilateral composta de vínculos bilaterais.

Tal fenômeno, novamente segundo Collins³⁵⁶, não diz respeito à desintegração empresarial mediante a dispersão das atividades de uma empresa em diversos negócios especializados, mas na obtenção de todas as características da integração vertical por intermédio de contratos interligados. As *networks* são, assim, combinações de contratos híbridos motivadas pela eficiência extraída da associação entre diversos contratos afins firmados simultaneamente, mantendo a unidade de cada negócio, porém transcendendo a bilateralidade para adquirir coordenação própria de organizações.

Diferentemente dos contratos híbridos, nos quais se pode claramente perceber um incremento de relevância de aspectos organizacionais em contratos de longo prazo, que passam a se afastar do intercâmbio pontual, nas *networks* a movimentação para o entremeio entre intercâmbio e sociedade não é tão ponderada, na medida em que aspectos contratuais e organizacionais ganharão importância simultaneamente³⁵⁷. É o que se verifica já há muito nos *keiretsu* japoneses, grupos de empresas em intensa cooperação que controlam redes de distribuição e fornecimento fortemente intrincadas sem que exista qualquer relação societária significativa entre as entidades³⁵⁸.

Admitindo a importância do método jurídico-dogmático para a compreensão de fenômenos econômicos, Stefan Grundmann³⁵⁹ tentou traçar os primeiros passos de uma dogmática das redes contratuais (*Dogmatik der Vertragsnetze*). Segundo o autor, o movimento inicial para a compreensão teórica das operações econômicas que resultam nas redes contratuais é o estudo da reivindicações diretas dos diversos contratos individuais encontrados ao longo da

³⁵⁴ TEUBNER, Op. cit., 2009, p. 15.

³⁵⁵ AMSTUTZ, Marc. The constitution of contractual networks. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 309.

³⁵⁶ COLLINS, Op. cit., 2011, p. 1.

³⁵⁷ TEUBNER, Gunther. The many-headed Hydra: networks as higher order collective actors. In: MCCAHERY, Joseph; PICCIOTTO, Sol; SCOTT, Colin. *Corporate control and accountability: changing structures and the dynamics of regulation*. Oxford: Clarendon Press, 1993. pp. 49-52.

³⁵⁸ TEUBNER, Op. cit., 1993, p. 41.

³⁵⁹ GRUNDMANN, Stefan. Die Dogmatik der Vertragsnetze. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 207, pp. 718-767, dez. 2007. pp. 766-767.

cadeia que resulta na rede, com vistas a potencializar a eficiência da rede sobre essas relações singulares. Além disso Grundmann ressalta a importância da compreensão da influência de um contrato sobre o outro, concentrando a análise nas cláusulas gerais que os conectam e, assim, servem como “portais” (*Einfallstore*) para efeitos de cadeia que influirão de maneira holística sobre a rede. Por fim, o autor ressalta o papel central dos meios de acesso à rede, através dos quais as partes de contratos individuais poderão obter informações sobre os demais agentes envolvidos e, assim, conhecer o interesse em direção ao qual tenderão as atividades da rede naquelas circunstâncias.

As anotações de Grundmann são interessantes pelo fato de a rede contratual somente se sustentar a partir da coexistência de objetivos individuais e coletivos. A rede, assim, distingue-se dos contratos híbridos pelo fato de, nestes últimos, os anseios individuais receberem a primazia, tendo em vista que essas formas de contratação partem dos pressupostos da autonomia e dos interesses contrapostos. Nas *networks*, por outro lado, ganham posição mais destacada os interesses coletivos, razão pela qual se pode dizer que essas estruturas são caracterizadas pelo policentrismo e pela multipolaridade³⁶⁰.

Nesse sentido, é possível até cogitar da formulação de conceito como o do interesse social das companhias adaptado para as *networks*: o interesse da rede, sustentado pela lealdade nutrida pelos integrantes das relações bilaterais para com os objetivos que permitem a criação de estrutura multilateral³⁶¹. Tal “interesse da rede” se impõe pelo fato de as *networks* se apresentarem como mais um mecanismo de redução de custos de transação, incentivando os agentes econômicos a manter a conexão que há entre eles, ainda que não haja relação contratual direta.

No entanto, por não serem o objeto deste estudo e pela alta complexidade de eventual análise aprofundada sobre as *networks*, não há razão para que se alongue tal assunto em demasia. Por fim, este breve comentário a respeito das *networks* serve para demonstrar que os contratos híbridos apresentam complexidades que podem ir muito além das verificadas no âmbito interno às relações bilaterais que regulam, apresentando ainda mais instigantes desafios à dogmática e à regulação jurídica como um todo. Em síntese, por mais que os contratos híbridos representem desafios por si só, é possível que consistam tão somente em meios para a consecução de forma ainda mais inovadora de organização do poder econômico.

³⁶⁰ TEUBNER, Op. cit., 1993, pp. 50-54.

³⁶¹ COLLINS, Op. cit., 2011, pp. 14-15.

CAPÍTULO III

O CASO MONSANTO E A ZONA DE PENUMBRA EM QUE SE LOCALIZAM OS CONTRATOS HÍBRIDOS

“If it were possible for your Lordships to escape from the world of make-believe which the law has created into the real world in which transactions of this sort are actually done, the answer would be short and simple. It should make no difference whatever. This sort of document is not meant to be read, still less to be understood.”

(Lord Devlin³⁶²)

I. O CONTROLE DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS PELO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Muito já se viu sobre os incentivos econômicos ligados à redução de custos de transação trazidos pela desagregação e desverticalização da empresa, superando-se o modelo estanque da hierarquia e mitigando-se a natureza extremamente fluida do mercado. Viu-se, também, que a organização da atividade econômica por intermédio de contratos de longo prazo pode gerar significativas eficiências na realização de determinados negócios apenas insuficientemente realizados pelas formas tradicionais. Já se colocou, além disso, que os contratos híbridos têm por característica a promoção de relação cooperativas de longo prazo que, porém, preservam a autonomia dos indivíduos, que mantêm interesses contrapostos ainda que se insiram nessas relações. Os contratos híbridos, assim, não têm por objeto a realização de empreendimento comum e sequer o compartilhamento de riscos.

De outro lado, contratos associativos têm por função dar vazão à demanda operativa de agentes econômicos que busquem relação cooperativa qualificada por meio da qual seja

³⁶² Câmara dos Lordes do Reino Unido, *McCutcheon v. David MacBrayne Ltd.*, 1964. Tradução livre: “Se fosse possível que vossas excelências escapassem do mundo de faz de conta que o direito criou no mundo real em que transações dessa espécie são realizadas, a resposta seria curta e simples. Não deveria fazer diferença. Este tipo de document não foi feito para ser lido e muito menos para ser compreendido”.

possível organizar empresa comum. Conforme aduz Ana Frazão, “Se os contratos híbridos podem ser considerados uma terceira via entre a empresa e o mercado, os contratos associativos já podem ser considerados contratos de empresa”³⁶³, ainda que se trate de empresa mais flexível do que aquela organizada a partir do contrato de sociedade.

Os contratos associativos, pelo fato de criarem empreendimento comum, têm o condão de constituírem atos de concentração para os fins da Lei nº 12.529/2011. Basta notar que o diploma, ao descrever a noção de ato de concentração, refere-se expressamente à hipótese de duas ou mais empresas celebrarem “contrato associativo, consórcio ou joint venture”, conforme consta do inciso IV de seu artigo 90. Deve-se observar, por conseguinte, os requisitos do artigo 88 – de um lado da relação contratual, faturamento bruto anual de no mínimo quatrocentos milhões de reais e, de outro, faturamento bruto anual de pelo menos trinta milhões de reais – para verificar se a celebração de contrato associativo produzirá a obrigação de notificação prévia obrigatória ao CADE para a conclusão da operação.

O controle prévio de contratos associativos foi regulamentado pela autoridade da concorrência por meio da Resolução nº 17/2016, que estabelece que “Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica”, desde que, cumulativamente: (i) “o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto”; e (ii) “as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato”. Importa notar que, para os fins da Resolução, podem ser consideradas atividades econômicas inclusive aquelas que não tenham propósito lucrativo, sendo necessário apenas que sejam potencialmente lucrativas.

A Resolução nº 17/2016 veio substituir a revogada Resolução nº 10/2014, que de maneira problemática e controversa estabelecia critérios objetivos para a definição da obrigatoriedade de notificação prévia de contratos de “cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco” que acarretassem relação de interdependência. O critério da antiga norma era baseado na participação das partes contratantes no mercado relevante em que se realizaria a operação, sendo o patamar mínimo de 20% do *market share* para relações horizontais e de 30% para relações verticais, desde que houvesse relação de exclusividade ou compartilhamento de receitas e prejuízos.

Por mais que a Resolução mais recente tenha abolido o indigitado critério de *Market share*, a norma ainda não traz definição satisfatória do que a autoridade da concorrência

³⁶³ FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 212.

entenderá por contrato associativo, sendo o único critério para sua constatação o compartilhamento de riscos, gerando alto grau de imprevisibilidade e insegurança jurídica entre os *players* do mercado³⁶⁴. Recentemente, contudo, o CADE tem se pronunciado, por meio do instituto da consulta, acerca do alcance da previsão de notificação prévia de contratos associativos.

A primeira ocasião na qual o CADE se pronunciou sobre a Resolução nº 17/2016 se deu no âmbito da Consulta nº 08700.006858/2016-78³⁶⁵, referente a contrato denominado *Slot Charter Agreement*, cujo objeto era a cessão onerosa de espaços em navios para o transporte internacional de contêineres. Entendeu o Conselheiro-Relator que a avença em análise não consistia em compartilhamento de riscos e resultados e sequer em empreendimento comum, na medida em que as partes contratantes mantinham separadas as suas atividades de prestação de serviço de transporte marítimo internacional de cargas, sem interferência de uma nas atividades da outra. Não haveria, no caso, sequer a troca de informações concorrencialmente sensíveis, na medida em que o negócio consistia tão somente no aluguel de espaços para cargas em navios.

Meses depois, o CADE apreciou a Consulta nº 08700.008081/2016-86³⁶⁶, submetida pelas mesmas consulentes da anterior, porém agora tratando de outro negócio: o *Vessel Sharing Agreement*, que consistiria não no aluguel de espaços, mas na operação conjunta de navios, no âmbito da qual as partes tomariam em concerto uma série de decisões estratégicas, a exemplo da frequência das rotas, os portos e terminais de parada, o número, a capacidade e a qualidade dos navios. Portanto, constatou-se que as empresas definiriam conjuntamente todo o lado da oferta do mercado. Assim, embora não compartilhassem propriamente todos os riscos comerciais do negócio, verificou-se a existência de total compartilhamento dos riscos operacionais, razão pela qual o CADE declarou ser obrigatória a notificação prévia de avença como essa.

³⁶⁴ Vale transcrever a percepção de José Inácio Gonzaga Franceschini e Vicente Bagnoli (Direito concorrencial. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 7, p. 789) a respeito da indefinição dos contratos associativos na normativa do CADE: “Deixando de lado o pragmatismo e recorrendo à Ciência do Direito, a definição do contrato associativo é matéria espinhosa. O conceito não é encontrado no Código Civil, salvo quando se refere a associações civis (art. 53), o que faz com que a Lei Concorrencial gere grande insegurança jurídica e perplexidade ao mercado. À toda evidência, não se amolda o conceito ao entendimento de que abrangeria qualquer contrato celebrado entre concorrentes, mesmo que não potencialmente anticoncorrenciais em sua concretude”.

³⁶⁵ CADE, Consulta 08700.006858/2016-78, Rel. Cons. Paulo Burnier da Silveira, Data de Julgamento: 23.11.2016, Data de Publicação: DOU 30.11.2016.

³⁶⁶ CADE, Consulta 08700.008081/2016-86, Rel. Cons. João Paulo de Resende, Data de Julgamento: 18.01.2017, Data de Publicação: DOU 25.01.2017.

Por fim, pode-se mencionar a Consulta nº 08700.008419/2016-08³⁶⁷, que versou sobre contrato de licenciamento de *videogames* no qual uma produtora de jogos eletrônicos licenciava seus títulos a uma editora para réplica e manufatura, enquadrando-se a prestação do serviço como relação vertical. Ainda que as consulentes do caso em questão se tratassem de concorrentes no mercado de desenvolvimento e edição de jogos eletrônicos, o contrato analisado na consulta se referia tão somente ao mercado de manufatura e distribuição de jogos no formato físico, de modo que a independência entre as empresas ficava claramente mantida. Assim, por se entender que não havia compartilhamento de riscos e resultados, entendeu o CADE que o contrato em questão não se sujeitaria à notificação obrigatória, tendo em vista que não era contrato associativo.

A breve descrição dos casos apreciados pelo CADE em sua competência consultiva serve para demonstrar que, diante da pouca clareza da regulamentação expedida por aquela autarquia, os conceitos abertos da Resolução nº 17/2016 têm sido paulatinamente densificados na análise de casos concretos. Contudo, na ausência de definição geral persiste alguma insegurança, na medida em que a casuística apreciada pela autoridade da concorrência não é suficiente para conferir critérios mínimos de previsibilidade ao mercado. Vale, aqui, repisar que a interpretação da legislação concorrencial, tendo em vista seu considerável impacto sobre a economia, deverá ser *pro negotio*, e não *pro autoritate*³⁶⁸, de sorte que seria indesejável a expansão do controle prévio de concentrações nesse sentido, sobretudo quando se tratam de negócios situados no limite entre associativos e híbridos, quando a atuação da autoridade da concorrência deveria estar mais concentrada no controle de condutas do que no de estruturas.

As dificuldades advindas do controle dos contratos associativos se agravam – e guardam forte relação com os contratos híbridos – a partir do momento em que não é tão clara a qualificação do contrato, sendo pouco significativo o título que se lhe atribui quando seu conteúdo oculta, na verdade, aspectos e cláusulas que podem revestir-lhe de sentido diverso. Os contratos híbridos, assim, muitas vezes se situam em zona de penumbra sobre sua classificação, na medida em que ora podem se aproximar mais do intercâmbio – quando não haverá grandes problemas concorrenciais –, ora se aproximarão mais da empresa comum e, portanto, dos contratos associativos, suscitando a intervenção do Direito da Concorrência. Vale notar que ocupar zona de penumbra da regulação não necessariamente constitui vício. Pelo contrário, a inventividade negocial estará sempre à frente do que poderá cogitar a regulação

³⁶⁷ CADE, Consulta 08700.008419/2016-08, Rel. Cons. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Data de Julgamento: 22.02.2017, Data de Publicação: 24.02.2017.

³⁶⁸ FRANCESCHINI; BAGNOLI, Op. cit., p. 790.

jurídica, frequentemente descobrindo espaços ainda não desbravados pelo direito. Contudo, esses agentes econômicos sempre estarão sujeitos à regulação cogente de searas como o Direito da Concorrência e outros ramos do direito como o Direito Ambiental, o Direito Tributário, o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que contam com regras que são aplicáveis de imediato e independentemente da inventividade dos arranjos das partes, pois têm por objetivo salvaguardar interesses econômicos, políticos e sociais que transcendem a autonomia privada³⁶⁹.

Neste capítulo, os atributos dos contratos híbridos estudados ao longo deste trabalho serão confrontados com caso concreto que ressalta a dificuldade de qualificação de negócios de entremeio, evidenciando tanto a dificuldade de definição jurídica desses negócios quanto a necessidade de uma teorização dogmática que forneça critérios interpretativos capazes de distinguir e de proteger adequadamente os interesses envolvidos nessas operações econômicas.

II. O JULGAMENTO DO CASO MONSANTO PELO CADE

O precedente que será objeto de análise neste capítulo advém do julgamento conjunto, por parte do CADE, dos Atos de Concentração de nºs 08012.002870/2012-38³⁷⁰, 08012.006706/2012-08³⁷¹, 08012.003898/2012-34³⁷² e 08012.003937/2012-01³⁷³, requeridos pela Monsanto do Brasil e, respectivamente, pelas sociedades Syngenta Proteção de Cultivos, Nidera Sementes, Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario Sementes. O primeiro caso foi relatado pelo Conselheiro Marcus Paulo Veríssimo, que inicialmente não conheceu da operação, ao passo que os três outros foram de relatoria do Conselheiro Alessandro Octaviani, que levantou uma série de pontos de controvérsia acerca das operações. Frente a essas controvérsias, os casos foram reunidos em razão de pedido de vista da Conselheira Ana Frazão, tendo ainda lugar pedidos de vista dos Conselheiros Elvino de Carvalho Mendonça e Eduardo Pontual Ribeiro.

³⁶⁹ FRAZÃO, Op. cit., 2017, pp. 317-318.

³⁷⁰ CADE, AC 08012.002870/2012-38, Rel. Cons. Marcus Paulo Veríssimo, Data de Julgamento: 28.08.2013, Data de Publicação: DOU 03.09.2013.

³⁷¹ CADE, AC 08012.006706/2012-08, Rel. Cons. Alessandro Octaviani Luis, Data de Julgamento: 28.08.2013, Data de Publicação: DOU 03.09.2013.

³⁷² CADE, AC 08012.003898/2012-34, Rel. Cons. Alessandro Octaviani Luis, Data de Julgamento: 28.08.2013, Data de Publicação: DOU 03.09.2013.

³⁷³ CADE, AC 08012.003937/2012-01, Rel. Cons. Alessandro Octaviani Luis, Data de Julgamento: 28.08.2013, Data de Publicação: DOU 03.09.2013.

Os atos de concentração ora analisados consistiam na celebração de contratos de licença não exclusiva de uma variedade específica de semente de soja transgênica cuja tecnologia de base (*Intacta RR2 PRO*) era composta por “patente e pedido de patente, segredos de negócio e comerciais, aprovações regulatórias, registros de uso de herbicidas a base de glifosato e informações, bem como melhorias contínuas”³⁷⁴, entre outros direitos de propriedade industrial de propriedade da Monsanto. A operação, assim, consistia no licenciamento, por parte de empresa desenvolvedora de tecnologia transgênica, de seus ativos intelectuais para que seus parceiros de negócios pudessem desenvolver seus cultivares, bem como comercializá-los. Tendo em vista a riqueza de cada um dos votos e a complexidade da questão sob análise, a exposição do caso será realizada pormenorizadamente nos itens a seguir.

II.1. O voto do Conselheiro-Relator Marcus Paulo Veríssimo

O Conselheiro Marcus Paulo Veríssimo, ao apreciar o Ato de Concentração nº 08012.002870/2012-38, após extensa análise da jurisprudência do CADE e dos pressupostos teóricos do Direito de Propriedade Industrial, votou pelo não conhecimento da operação. Segundo o Conselheiro-Relator, o CADE já havia tratado de diversos casos envolvendo contratos de licenciamento de propriedade intelectual nos quais restou autorizada a utilização desses direitos por terceiros sem caráter de exclusividade, como ocorreu no caso em análise, inclusive tendo a Monsanto como parte.

Dentre os casos mencionados pelo Relator, é interessante mencionar o Ato de Concentração nº 08012.008359/2005-11, em que a Monsanto procurava aprovar contrato de licenciamento de tecnologia com cláusula de exclusividade. Contudo, tendo em vista as restrições contratuais constantes do instrumento, surgiram preocupações dos concorrentes e do próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que levaram à remoção voluntária da cláusula de exclusividade, resultando, portanto, na aprovação sem restrições da operação. Em precedentes posteriores, que versavam também sobre contratos de licenciamento com exclusividade, a operação foi aprovada com restrições, sob a condição de que as partes se absteriam de introduzir novas cláusulas restritivas da concorrência em qualquer acordo que viessem a celebrar no futuro.

³⁷⁴ CADE, AC 08012.002870/2012-38, Rel. Cons. Marcus Paulo Veríssimo, Data de Julgamento: 28.08.2013, Data de Publicação: DOU 03.09.2013.

Conforme pontuou o Conselheiro-Relator, as restrições impostas a contratos de licenciamento de tecnologia que continham cláusulas de exclusividade foram motivadas pela preocupação de que as vedações ali impostas poderiam permitir que a Monsanto estendesse o poder de mercado que detinha na produção de soja geneticamente modificada resistente ao defensivo agrícola glifosato. Na continuidade da narrativa do Conselheiro-Relator, ressalta-se uma série de atos de concentração semelhantes que, quando consistiam em contratos sem cláusula de exclusividade, vinham sendo aprovados sem restrições, ao passo que acordos dotados de cláusulas de exclusividade ou restrições de utilização eram aprovados com restrições. A partir de 2010, nota o Relator que a análise das operações deixa de se dar pela apreciação do mérito por deixarem de serem conhecidas, pois seria inexistente o potencial anticompetitivo dos contratos dessa espécie celebrados pela Monsanto.

Tendo em vista a jurisprudência do CADE acima sintetizada, entendeu o Relator que a análise efetivada sobre essas operações pretéritas variou muito em intensidade, adquirindo aspectos sumaríssimos sobretudo nas operações mais recentes, nas quais a ausência de cláusula de exclusividade havia levado sempre ao não conhecimento da operação. Assim, posicionou-se o Conselheiro Marcus Paulo pelo não conhecimento da operação para o controle preventivo por parte do CADE, considerando que os direitos de propriedade intelectual naturalmente criarem direitos de exclusividade e, que portanto, não se poderia falar aprioristicamente de abuso pelo mero exercício desse direito, sendo possível caminhar no sentido da ilicitude tão somente a partir do exercício abusivo de tal posição jurídica.

Assim, frente ao não conhecimento, assinalou o Conselheiro-Relator que seria muito difícil para autoridade antitruste “antever as possibilidades de abuso decorrentes de um contrato (ou de um padrão de contratação) antes de sua efetiva execução”, de sorte que o foro mais adequado para o controle dessas relações seria não o controle prévio de estruturas, mas o controle repressivo de condutas. Nesse sentido, ainda se afirmou que o que justifica o controle de concentrações é a contenção da concentração econômica, que, embora independa de fórmulas jurídicas específicas, não se faz presente em todo arranjo contratual. No caso de contratos de licenciamento de patente sem cláusulas de exclusividade, não haveria potencial anticompetitivo e tampouco potencial de produção de concentração econômica.

II.2. O voto do Conselheiro-Relator Alessandro Octaviani Luis

Na ocasião da apreciação dos Atos de Concentração 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01, o Conselheiro-Relator Alessandro Octaviani Luis apresentou posição diversa daquela construída pelo Conselheiro Marcus Paulo Veríssimo e sintetizada no item anterior. Para essas três operações, entendeu o Relator que seria o caso de seu conhecimento e, em seguida, de sua aprovação sem restrições. O conhecimento se motivaria, segundo o Relator, pelo fato de o tratamento de casos envolvendo matérias de alta tecnologia se caracterizar por conter alto grau de assimetria de informações, barreira praticamente intransponível entre os detentores dessa tecnologia e a autoridade antitruste, devendo o CADE adotar postura especialmente cuidadosa nessas hipóteses.

Nos termos do voto do Conselheiro-Relator, “O dever primevo da Administração antitruste é proteger as condições de concorrência no mercado, controlando o surgimento de estruturas e condutas que posam distorcê-las”. Partindo-se do pressuposto de que as estruturas e condutas anticoncorrenciais se renovam constantemente, sendo apreendidas pelo direito apenas muito tempo depois, afirma o Relator que a tentativa de criar modelos jurídicos de controle seria iniciativa de controle de uma realidade incontrolável pelo direito. Da mesma maneira, as teorias econômicas não seriam suficientes para apreender totalmente novos fenômenos tecnológicos, na medida em que naturalmente, com o advento de crises e de novos modelos explicativos, as teorias econômicas são superadas e substituídas com facilidade.

Por esses motivos, sustentou o Conselheiro que hipóteses de não conhecimento de operações “em bloco” deverão ser totalmente excepcionais e, por conseguinte, contar com padrões de análise muito mais rígido, tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico e sociológico. O agravamento do ônus argumentativo das requerentes em casos como esse se faz necessário em face da necessidade de adequação da assimetria de informações entre as partes e a autoridade da concorrência, não sendo razoável que o CADE forneça “cheque em branco” quando suscitada determina espécie de operação.

Acrescentou, ainda, o Conselheiro-Relator que “Para além da organização jurídica ‘da firma ou do contrato’, as estruturas podem ser formadas pela dependência da própria tecnologia”, fenômeno que prescinde das formas jurídicas clássicas. Pode-se, nesse sentido, cogitar de estruturas de controle empresarial fundadas diretamente na dependência tecnológica, e não propriamente na formação de sociedades ou na celebração de contratos. No dizer do Conselheiro Octaviani, “as formas jurídicas clássicas podem não ser um balizador correto das relações estruturais entre os atores”, podendo ser, na verdade, “completamente irrelevantes para a compreensão das estruturas de fato existentes ou com potencial de se tornarem o padrão

dominante”. Desse modo, estruturas jurídicas dão lugar a outras formas normativas oriundas da tecnologia e, como já se referiu neste estudo, possibilitam a instituição de controle externo.

Por fim, ao posicionar-se pelo conhecimento da operação frente à complexidade das relações a serem possibilitadas por contratos de licenciamento de tecnologia, assinalou o Relator que a potencial nocividade de tal negócio somente pode ser verificada “após análise do conteúdo formal e material do acordo em seu contexto, isto é, só pode ser determinada após o exame do caso concreto”. Assim, expande-se em grande medida o leque de negócios a serem submetidos ao controle prévio, sendo o não conhecimento hipótese excepcional. No mérito da operação, declarou o Conselheiro Alessandro Octaviani que, em face da baixa participação de mercado das licenciadas e da ausência de exclusividade, a operação não traria risco concorrencial e, portanto, deveria ser aprovada sem restrições.

II.3. O voto-vista da Conselheira Ana Frazão.

Percebendo as peculiaridades dos casos que envolviam o licenciamento da tecnologia *Intacta RR2 PRO* à Syngenta, à Don Mario, à Nidera e à Coodetec pela Monsanto, e a divergência entre os posicionamentos dos Conselheiros Marcus Paulo Veríssimo e Alessandro Octaviani, pedido de vista da Conselheira Ana Frazão promoveu a união dos quatro Atos de Concentração.

A Conselheira iniciou sua argumentação em voto-vista trazendo à ordem o ponto fulcral da discussão: a definição de ato de concentração na lei antitruste. Em cotejo analítico entre as disposições das Leis n 8.884/94 e 12.529/2011, constatou a Conselheira que a nova lei teve o condão de oferecer parâmetros mais seguros para a definição do ato de concentração, ressaltando a importância de a autoridade antitruste “definir o ato de concentração com um mínimo de coerência, sob pena de se poder considerar como tal qualquer contrato ou operação realizada por empresa que apresentasse, à época, faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00”.

Após descrever as hipóteses de ato de concentração previstas pelo artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, observou a Conselheira Ana Frazão que, recentemente, tem-se observado aumento crescente de contratos que, “não se ajustando às hipóteses clássicas de concentração, têm levado a efeitos semelhantes no que diz respeito à agregação de poder empresarial das contratantes e, conseqüentemente, ao aumento do poder de comando ou gestão empresarial”. Nesses contratos, as partes preservam sua independência econômica e financeira, deixando de

estruturar gestão interna ou poder de controle. “Não obstante, passam a titularizar, em conjunto, um poder empresarial ou criam um novo centro de gestão ou decisão”. Com isso, sustentou a Conselheira que contratos empresariais de execução continuada no tempo devem ser vistos com cuidado, a fim de que se identifique a obrigatoriedade ou não de sua notificação prévia como ato de concentração.

Tendo em vista essas observações, a Conselheira descreve as três principais questões que norteavam aquele julgamento: (i) “contratos de licença de patentes sem exclusividade se encaixam em alguma das hipóteses do art. 90, da Lei 12.529/2011?”; (ii) “contratos de licença de patentes sem exclusividade podem ser considerados atos de concentração?”; e (iii) “em que medida eventuais efeitos anticompetitivos decorrentes desses contratos podem ou devem ser tratados pelo controle de estruturas?”.

Em resposta a essas questões, afirmou Ana Frazão, no mesmo sentido do que inferiu o Conselheiro Octaviani, que, tendo em vista a ubiquidade da propriedade intelectual, acordos de licenciamento sem exclusividade são vistos, em princípio, como pró-competitivos e geradores de eficiências econômicas, uma vez que permitem acesso mais amplo a tecnologia protegida por direito de exclusividade. Assim, “o risco de produção de efeitos competitivos pode ser, por si só, elemento justificador do controle de condutas, mas não do controle de estrutura”, que se sujeita não somente a filtros como o faturamento das empresas, mas antes de tudo à existência de ato concentração, o que modifica a estrutura do mercado.

Objetivando elucidar os pressupostos do controle de estruturas voltado aos contratos associativos, a Conselheira discorreu também sobre as características desses negócios que, embora se afastem do contrato de sociedade, criam verdadeiras estruturas organizativas, isto é, centros de imputação de custos e receitas aptos a fazerem frente à comunhão de áleas e vantagens que decorrem do objeto do contrato. Daí dizer que contratos associativos são “contratos de fim comum”, qualificados por tipo especial de cooperação capaz de dar origem a empresa compartilhada.

Vale notar que, ainda na forma do voto-vista em comento, “a mera referência à cooperação ou colaboração não é suficiente para definir os contratos associativos, considerando que são aspectos comuns a todos os contratos”, sendo a cooperação diferenciada apenas em função do grau em que ocorre, como já se referiu neste trabalho³⁷⁵. É claro que contratos de licença de patentes poderão promover concentração econômica, mas a licença que constava dos autos não teria o condão de fazê-lo. Assim, “apenas se poderia considerar o contato de licença

³⁷⁵ Ver, nesse sentido, FRAZÃO, 2017, Op. cit., pp. 209-215.

de patente sem exclusividade como um contrato associativo caso se adotasse um sentido amplo de cooperação”. Por esse motivo, segundo a Conselheira Ana Frazão, o intuito da Lei nº 12.529/2011 não teria sido o de alargar o conceito de contrato associativo a ponto de transformar o CADE em fiscal de praticamente todos os contratos empresariais de longa duração de qualquer empresa que alcançasse os patamares legais de faturamento mínimo.

Apesar dessa constatação, a Conselheira manifestou preocupação com a possibilidade de tais contratos ensejarem situações de controle externo ou influência dominante ao longo de sua execução, ainda que contratos comutativos seja utilizados em conformidade com suas funções típicas. Com isso, tem-se que “A mera possibilidade teórica de existência de efeitos anticoncorrenciais não justifica a notificação obrigatória”, sendo o controle de estruturas aplicável não com a possibilidade de concentração econômica, mas em situações de alta probabilidade de risco anticoncorrencial. Por conseguinte, o controle de estruturas é naturalmente restritivo, de modo que o controle de condutas, “por ser essencialmente casuístico, melhor se adequa às peculiaridades do controle externo”.

Assim, posicionou-se a Conselheira Ana Frazão pelo não conhecimento da operação.

II.4. O voto-vista do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça

O segundo voto-vista a respeito das operações levadas a cabo pela Monsanto e suas parceiras trabalhou também com a natureza dúplice dos contratos de transferência de tecnologia que, ao passo que contribuem com a disseminação da inovação, operando efeito pró-competitivo, “podem vir a representar fortes elementos de barreiras à entrada, que são claramente nocivos à dinâmica concorrencial”.

Após análise minudente da doutrina econômica e jurídica sobre o tema dos contratos de licenciamento e a respeito do fenômeno do controle externo, bem como análise da configuração do mercado em que se dariam as operações, o Conselheiro constatou que, uma vez que os contratos de licenciamento podem prejudicar a concorrência de maneira ímpar, é necessário que se conheça de operações como as apreciadas para que seja possível emitir posição fundamentada sobre elas. Em síntese, afirmou o Conselheiro: “Sendo assim, considero prudente que operações envolvendo transferência de tecnologia via contratos de licenciamento em cultivos sejam conhecidas por este Conselho, vez que os mesmos têm potencialidade para influir na dinâmica concorrencial a partir da criação de diversas barreiras à entrada”.

Com isso, o Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça conheceu da operação e acompanhou o voto do Conselheiro Alessandro Octaviani para aprovar o ato de concentração sem restrições.

II.5. O voto-vista do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro

O último voto-vista apresentado no âmbito da análise das quatro operações pelo CADE apresentou abordagem particular ao realizar inspeção detalhada das cláusulas para a constatação de eventuais imposições de impedimentos à concorrência. A análise acurada realizada no voto-vista culminou na aprovação com restrições da operação, tendo em vista o potencial anticompetitivo dessas cláusulas.

A respeito do conhecimento da operação, pontuou o Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro que o conhecimento ou não de contratos de transferência de tecnologia pelo CADE depende (i) “da existência de características contratuais que envolvam exclusividade no uso da capacidade produtiva da empresa licenciada”; (ii) da constatação de “restrições ou desincentivos na escolha da contratação de outros licenciadores por parte da licenciada”; ou, ainda, (iii) da constatação de “restrições ao desenvolvimento de produtos concorrentes próximos do bem desenvolvido a partir do insumo ou evento licenciado”.

Em consonância ao exposto pelos Conselheiros Marcus Paulo Veríssimo e Ana Frazão, o Conselheiro afirmou que contratos de licenciamento sem exclusividade de fato tendem a ser pró-competitivos, já que a ausência de licenciamento inclusive impediria o desenvolvimento da tecnologia e a capilaridade da oferta. No entanto, não se afastou a necessidade de análise caso a caso desses contratos, que podem trazer efeitos líquidos negativos.

De acordo com o voto-vista ora em comento, os contratos analisados naquela ocasião não envolviam tão somente o desenvolvimento de novas variedades de plantas, mas também a multiplicação das sementes com pagamento de *royalties*, o uso pelas partes de informações oriundas das variedades desenvolvidas pela obtentora, o uso de marcas da Monsanto e, ainda, “comercialização e regramentos sobre licenciamentos a terceiros multiplicadores por parte da licenciada, além de uso de marcas de propriedade da Monsanto”.

Por mais que a ausência de cláusula de exclusividade indicasse para a ausência de efeitos anticompetitivos, o Conselheiro constatou que não se tratava de contrato de licenciamento usual, uma vez que trazia cláusulas que evidenciavam esforço para o bem comum

das partes, “com forma de financiamento do desenvolvimento de produtos de forma conjunta (com a venda do cultivar) e com uma influencia concorrencial clara nos negócios outros da licenciada que não com a Monsanto”. De acordo com o voto-vista, os contratos continham um sistema de incentivos que criavam influência externa da Monsanto nas decisões da licenciada para além dos produtos que eram objeto de licença. “Esse sistema, embora não seja de exclusividade, possui o condão de elevar as barreiras à entrada sem justificativa econômica, exceto a busca pelo aumento dos lucros por parte da Monsanto (e mesmo das Obtentoras), à custa do bem estar da população.

Segundo o Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, o sistema de incentivos inserto no contrato refletia a posição dominante da Monsanto no mercado de soja. Basta notar que a remuneração atribuída às licenciadas se baseava em sistema escalonado de *royalties* no qual o retorno financeiro das obtentoras se dava a partir de percentual sobre os ganhos totais, que se alterava em função da proporção de plantio da soja da Monsanto nas terras das licenciadas. Assim, quanto mais soja *Intacta RR2 Pro* fosse plantada pelas licenciadas, maior seria a alíquota a ser aplicada sobre seu faturamento para definir sua remuneração. Dessa maneira, se determinada concorrente da Monsanto oferecesse nova tecnologia à licenciada, o plantio dessas novas sementes reduziria seus rendimentos provenientes das sementes *Intacta RR2 Pro*, sendo capaz de fazer a licenciada cair para faixa de remuneração menos vantajosa, nos termos do contrato com a Monsanto.

Assim, não há propriamente exclusividade, mas interferência da Monsanto nos negócios das licenciadas que seria capaz de elevar barreiras à entrada em mercado de já difícil acesso. Nos termos do voto vista, “Uma empresa que detiver a patente de um produto concorrente da soja *Intacta* terá de pagar um prêmio para os obtentores já comprometidos em suas variedades com a Monsanto”, já que cada unidade “não Monsanto” trata duplo prejuízo, consubstanciado na perda do incentivo contratual para aquela unidade e na redução da remuneração da produção como um todo de *Intacta RR2 Pro*.

Além disso, do contrato constavam outras cláusulas que mostravam a solidariedade das partes na busca do objetivo comum do sucesso da marca *Intacta RR2 Pro* e de suas variedades registradas, na medida em que havia penalidades impostas às licenciadas por inadimplência dos agricultores ao pagamentos dos *royalties* de sementes à Monsanto. Adicione-se, ainda, que a regulação da remuneração dependia da reserva de uma quantidade específica anual de “sementes salvas”, isto é, não comercializadas naquele ano, “independentemente se os agricultores que utilizam sementes salvas adquiriram ou não com a licenciada”.

Por fim, o Conselheiro se posicionou no sentido de que “os contratos de transferência de tecnologia via contrato de licenciamento em cultivares apresentados trazem características que os colocam próximos a um contrato associativo, e demonstram restrição na ação concorrencial independente das Licenciadas”, para além das restrições à concorrência que impunham, conforme demonstrado por estudo de efeitos de mercado colacionado ao voto-vista. Tais análises serviram de subsídio para a conclusão do Conselheiro de que havia, de fato, ato de concentração, tendo em vista que a Monsanto criou mecanismo diverso da cláusula exclusividade – que seria fatalmente afastada pelo CADE, tendo em vista a jurisprudência – que, porém, tinha efeitos análogos. Assim, o Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro conheceu da operação para aprová-la com restrições, determinando a alteração de “todas as cláusulas que permitam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais não relacionadas à semente com tecnologia da Monsanto”.

Em seguida à prolação do voto do Conselheiro, a Conselheira Ana Frazão retificou seu voto no sentido de acompanhá-lo, acolhendo a conclusão de que “não estamos diante de um simples contrato de licença de patentes, em razão da presença de cláusulas contratuais específicas que são reveladoras de integração entre as contratantes”. De acordo com a Conselheira, foram acertadas as observações do Conselheiro Eduardo Pontual ao ressaltarem que não se estava diante de mero contrato comutativo, uma vez que a autoridade antitruste deverá ser sensível a cláusulas contratuais que, ao extrapolar o objeto usual de contratos de transferência de tecnologia, possibilitem cooperação diferenciada entre as contratantes. Com a retificação de voto da Conselheira Ana Frazão e do Conselheiro Alessandro Octaviani, formou-se a maioria para conhecer da operação e aprová-la com restrições.

III. SÍNTESE: OS CONTRATOS HÍBRIDOS ENTRE A ECONOMIA DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O EMPREENDEDORISMO EVASIVO

A exposição dos votos que compuseram a decisão do CADE nos atos de concentração acima narrados revelam diversas das preocupações levantadas ao longo deste trabalho, razão pela qual, além de consistir em caso rico em detalhes, proporciona síntese de diversos dos argumentos aqui desenvolvidos. Trata-se de decisão de interesse pelo fato de ter apreciado contratos híbridos não em ambiente isolado e controlado, como sói ocorrer em análises puramente teóricas. Pelo contrário, a decisão do CADE enfrentou o grande motivo de os contratos híbridos serem objeto de interesse pela regulação jurídica: o fato de se situarem em

situação intermediária entre categorias conhecidas sem que, porém, suas estruturas se lhes apliquem, produzindo-se verdadeira zona de penumbra.

Partindo-se do pressuposto de que o Direito Contratual importa, isto é, de que existem situações nas quais as pessoas veem necessária a regulação privada de situações futuras, parece razoável entender que as partes devam ser responsáveis pela enganiosidade de seu conteúdo³⁷⁶. Certo é que a relação contratual jamais estará completamente descrita pelos instrumentos dos contratos híbridos, cuja característica essencial é justamente a incompletude, tendo o condão muitas vezes de regular abstratamente situações fáticas futuras. Como já se referiu, a vagueza ou a ambiguidade dos termos contratuais pode constituir estratégia interessante para os agentes econômicos, seja ao reduzir custos de transação oriundos dos menores esforços com negociação, seja ao produzir verdadeiro negócio simulado que trará vantagens enquanto for minimamente verossímil e aceitável pelas autoridades de controle³⁷⁷.

Casos como o que foi narrado acima refletem com propriedade a noção de empreendedorismo evasivo, segundo a qual agentes econômicos não necessariamente orientarão seu comportamento segundo as instituições. Certo é que o empreendedorismo evasivo não é, por si só, ilícito, embora possa descambar para a ilicitude, como se verificou acima em diversos comentários dos conselheiros. Pelo contrário, o conceito de empreendedorismo evasivo é fruto da economia disruptiva e da noção schumpeteriana de inovação, por meio da qual modelos antigos constantemente são destruídos por novas formas de organização da economia³⁷⁸.

No caso em tela, os *players* envolvidos, tendo ciência da jurisprudência do CADE, que repelia cláusulas de exclusividade e similares em contratos de licenciamento, pretenderam criar cláusulas que, embora não se confundissem com as disposições restritivas da concorrência já conhecidas pelo CADE, teriam os mesmo efeitos. Em complemento ao que foi exposto sobre o conteúdo dos votos dos Conselheiros, vale trazer a lembrança de Fransceschini e Bagnoli³⁷⁹, que enfatizam a distinção entre contratos de licenciamento simples – cujo objeto será tão somente a transferência de tecnologia – e contratos de desenvolvimento de tecnologia, que poderão conter cláusulas muito mais complexas e, no mais das vezes, consistir em contratos associativos.

³⁷⁶ MACAULAY, Op. cit., 2003, p. 51.

³⁷⁷ Ver: CHOI; TRIANTIS, Op. cit., pp. 881-886.

³⁷⁸ ELERT; HENREKSON, Op. cit.

³⁷⁹ FRANCESCHINI; BAGNOLI, Op. cit., p. 791

Como mais recentemente reafirmou Ana Frazão³⁸⁰, a análise das cláusulas do contrato “deixavam claro que não se estava diante de um simples contrato de licença de patentes, mas de um arranjo contratual que permitia a interferência da licenciante nas decisões estratégicas das licenciadas, revelando o exercício de controle externo pela Monsanto e/ou a existência de uma cooperação diferenciada entre as contratantes”, o que justificaria a submissão do contrato ao controle prévio de estruturas.

Nesse sentido, é possível destacar uma série de pontos acertados da decisão do CADE que, em seus princípios, permitem a percepção de técnicas de decisão interessantes para o tratamento dos contratos híbridos. Inicialmente, é possível destacar o acerto do voto do Conselheiro Marcus Paulo Veríssimo ao promover extensa pesquisa na jurisprudência do CADE, o que possibilitou a percepção de padrão de análise dos atos de concentração pretéritos que indicava para a tendência ao não conhecimentos de atos de concentração envolvendo contratos de licenciamento de tecnologia sem exclusividade. Com isso, já restou claro que contratos de licenciamento de tecnologia simples – que, na verdade, são negócios comutativos – não deverão levantar grandes preocupações concorrenciais.

As controvérsias passam a emergir a partir do momento que contratos de licenciamento de tecnologia passam a congregam cláusulas complexas que, ainda que não constituam exclusividade, sofisticam e qualificam a relação de cooperação entre as partes. Daí a razão pela qual, no caso dos contratos analisados nos processos ora narrados, foi de rigor o conhecimento da operação: as cláusulas, que pretensamente instituíam relação cooperativa, na verdade criavam relação de subordinação a controle externo. Da mesma maneira, a imposição de restrições à operação, assim, foi mera consequência do princípio da primazia da realidade sobre a forma no Direito da Concorrência, na medida em que o contrato continha disposição que não servia para outra coisa senão mascarar exclusividade e, ainda, ato de concentração econômica consubstanciado no exercício de empreendimento comum.

Em consonância com os pontos levantados nos votos acima expostos, é de fundamental importância que o Direito da Concorrência se debruce sobre a legitimidade de arranjos contratuais como os contratos submetidos ao CADE pela Monsanto, considerando a sua complexidade e os potenciais efeitos sobre os mercados. No entanto, a intervenção do CADE não necessariamente deverá ocorrer pela via do controle prévio de estruturas, sendo o controle de condutas foro mais apropriado para a identificação, investigação e eventual punição de abusos travestidos de legitimidade em cláusulas contratuais complexas. O controle *ex ante*,

³⁸⁰ FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 240.

assim, não pode ser obrigação imposta a todo e qualquer contrato que envolva colaboração interempresarial, sob pena de frustrar modelos de negócio em franco crescimento que não se adequam totalmente às categorias dogmáticas de análise disponíveis.

A exposição do caso serviu para demonstrar, portanto, que os contratos híbridos necessitam tanto de parâmetros objetivos capazes de traçar fronteiras mínimas entre o seu âmbito de aplicação e o dos contratos associativos – seja pela observação da jurisprudência, seja por lei ou regulamento, ou mesmo pela prática (lícita) dos agentes de mercado –, quanto de instituições de controle aptas a identificar eventuais problemas de maneira eficaz.

Pode-se, nesse ponto, retomar o que foi mencionado no segundo capítulo sobre as consequências dos contratos híbridos sobre a dogmática contratual. A reconfiguração produzida sobre as noções de causa e de boa-fé objetiva são de suma importância para situações limítrofes como a que foi apreciada pelo CADE. A função econômica consubstanciada na ideia de causa servirá para a identificação e interpretação do negócio, porém será também aliada à investigação sobre a racionalidade econômica que deu ensejo à inserção de determinadas cláusulas, com vistas a verificar se a complexidade do contrato tem razão de ser lícita ou ilícita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder econômico é, por sua própria natureza, dinâmico, razão pela qual dificilmente será afeto e limitado a formas jurídicas estanques que pretendam antever todos os passos dos agentes de mercado. No entanto, o poder econômico necessariamente será exercido por intermédio de formas jurídicas que, além de conferirem segurança às atividades dos agentes individuais, projetam a previsibilidade necessária à estabilidade das relações de mercado e à redução dos riscos que, embora sejam o próprio fundamento do lucro do empresário, devem dispor de parâmetros mínimos de calculabilidade.

O fomento à atividade econômica não é a única preocupação ou intenção da regulação jurídica do poder econômico. Pelo contrário, o direito atua como limite institucional, isto é, como fonte normativa destinada a delinear a moldura no âmbito da qual transitarão os agentes econômicos. Isso decorre do fato de que a atividade econômica não diz respeito tão somente ao empresário, mas a todos os sujeitos por ela afetados. Não é por outra razão que, pelo fato de retirarem proventos da atividade, devem os empreendedores arcarem com os impactos dela advindo. Daí a centralidade da máxima *keine Herrschaft ohne Haftung* – não se pode exercer poder sem responsabilidade – no Direito Comercial.

Os contratos híbridos constituem perturbação na aparentemente estável sistemática do quadro normativo aplicável às relações mercantis, construído sobre doutrina, legislação e jurisprudência sedimentadas ao longo de muitos anos. A perturbação comentada advém da inadequação das categorias jurídicas existentes a fenômeno econômico relativamente novo, que somente se operacionaliza por intermédio da dogmática existente após grandes esforços interpretativos. Os híbridos, assim, levantam uma série de dilemas na medida em que são introduzidos na discussão sobre a regulação jurídica do poder econômico. Basta notar que, ao mesmo tempo que é desejável desenvolver a teoria jurídica no sentido de abarcar os contratos híbridos com vistas a conferir-lhes disciplina mais adequada, indaga-se sobre a viabilidade desse passo doutrinário pela própria natureza dinâmica desses negócios.

Fato é que os contratos híbridos são sistematicamente realizados na prática mercantil e, por esse motivo, apresentam problemas que certamente poderão ser endereçados de maneira mais satisfatória se os intérpretes do direito dispuserem de instrumental teórico talhado de acordo com suas características distintivas. A noção de contrato híbrido como *tertium genus* do direito dos contratos mercantis, assim, tem o condão de direcionar a negócios

corriqueiros figuras teóricas pertinentes à sua função econômica, de maneira a fomentar o comércio e a dar estabilidade aos mercados.

O desenvolvimento e a pacificação de critérios normativos e interpretativos para a operacionalização das operações consubstanciadas nos contratos híbridos é de rigor sobretudo no contexto de expansão tecnológica hoje vivenciado, que paulatinamente transforma o *modus operandi* do poder econômico a partir a introdução de novas formas de organização empresarial e mesmo pela criação de novos mercados a serem explorados das mais variadas e peculiares formas. Por esse motivo, não há que se falar propriamente na previsão categórica das características e efeitos dos contratos híbridos, mas tão somente de parâmetros gerais que os situem no horizonte interpretativo do jurista.

Tal limitação se agrava pelo fato de os contratos híbridos fatalmente refletirem distinções – inclusive setoriais – que dificilmente se repetirão de maneira geral, abstrata e holística. Basta notar que problemas oriundos de contratos de distribuição e de franquia não serão idênticos, bem como não se confundirão com contratos de transferência de tecnologia e tampouco com outras operações realizadas em mercados especializados, como é o caso do já mencionado contrato de integração no agronegócio. Não se pode esquecer, ainda, da questão das *networks*, cuja falta de disciplina tem trazido ainda maiores preocupações do que a dos híbridos, pois as primeiras potencializam-nas por serem compostas por uma multiplicidade de híbridos. Essas peculiaridades demonstram, outra vez, que o tema está distante de ser coberto por completo.

Certamente não seria prudente, aqui, argumentar a partir da falsa ilusão de que todas as consequências jurídicas dos contratos híbridos podem ser deduzidas das linhas gerais aqui traçadas. Pelo contrário, é essencial que se esclareça que este trabalho pretendeu dar não mais do que um passo no longo percurso ainda a ser trilhado para a construção teórica da categoria jurídica dos contratos híbridos. Para tanto, é necessário superar inclusive barreiras taxonômicas que neguem natureza jurídica aos contratos híbridos, reconhecendo-os apenas como fenômeno econômico e subsumindo-os inadvertidamente a alguma categoria jurídica já consagrada pela dogmática.

O presente trabalho pretendeu, portanto, demonstrar algumas características dos contratos híbridos e as consequências do acolhimento dessa categoria dogmática no direito contratual brasileiro, que deve privilegiar o cumprimento da função econômica dos contratos e, ao mesmo tempo, fornecer *standards* claros e capazes de garantir a confiança no mercado. Tal esforço necessariamente deve passar pelo desenvolvimento dogmático dos contratos híbridos,

sem o qual a análise de casos concretos se torna deficiente, motivo pelo qual este trabalho se dedicou em grande medida a essa tarefa. No mesmo sentido, urge que os contratos empresariais sejam celebrados em ambiente de transparência, probidade e segurança para que não se prejudiquem os interesses protegidos pelas searas de regulação imperativa que conformarão também o comportamento dos agentes. Assim, o diálogo entre instituições e organizações, ou, ainda, a correspondência entre poder e responsabilidade permite uma releitura da própria compreensão de empresa e de poder econômico na atualidade, ensejando discussão fundamental sobre as novas formas jurídicas de estruturação do poder econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho. *Curso de direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2002.
- ADLER, Paul S. Market, hierarchy and trust: the knowledge economy and the future of capitalism. *Organization Science*. v. 12, n. 2, pp. 215-234, mar./abr. 2001.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista trimestral de direito civil*. v. 12, n. 45, pp. 91-110, jan./mar. 2011.
- AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2009
- ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. *The American economic review*. v. 62, n. 5, pp. 777-795, dez. 1972.
- AMARAL, Francisco. Código Civil e interpretação jurídica. *Revista Fórum de Direito Civil*. v. 3, n. 5, jan./abr. 2014.
- AMSTUTZ, Marc. The constitution of contractual networks. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- ANTUNES, José Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011.
- _____. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista DireitoGV*. v. 1, n. 2, pp. 29-68, jun./dez. 2005.
- ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. 2.ed. Coleford: Laccademia Publishing, 2014.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. What is corporate law? In: KRAAKMAN, Reinier et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- ARROW, Kenneth. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation. *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures*. v. 91, n. 1, 1969.
- ARRUÑADA, Benito. Completing contracts ex post: how car manufacturers manage car dealers. *Review of law and economics*. v. 1, pp. 149-173, 2005.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé nos contratos. *Revista CEJ*. v. 3, n. 9, set./dez. 1999.
- BARCELONA, Mario. *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Milão: CEDAM, 2015.
- BARY, Heinrich Anton. *Die Erscheinung der Symbiose*. Estrasburgo: Verlag von Karl J. Trübner, 1879.
- BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: CEDAM, 2000.
- BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. *The modern corporation and private property*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1933.
- BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *The journal of legal studies*. v. 21, n. 1, pp. 115-157, jan. 1992.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6.ed. Brasília: UnB, 1995.

BORGES, Jorge Luis. El idioma analítico de John Wilkins. In: _____. *Otras inquisiciones*. Madri: Alianza, 1976.

BROUSSEAU, Éric. Les contrats dans la coordination interentreprises: Les enseignements de quelques travaux récents d'économie appliquée. In: GAUDEAUX, Andreani; NAUD, D. *L'entreprise, lieu de nouveaux contrats?* Paris: L'Harmattan, 1996.

BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CAMINHA, Unie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista DireitoGV*, v. 10, n. 1, pp. 155-200, jan./jun. 2014.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts, In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations* (contrats, engagement unilatéraux, legs). Paris: Librairie Dalloz, 1923.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions. *The Yale Law Journal*. n. 119, pp. 848-924, 2010.

COASE, Ronald. *The firm, the market and the law* [edição eletrônica]. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

_____. The nature of the firm. *Economia: New Series*. v. 4, n. 16, pp. 386-405, nov. 1937.

COLLINS, Hugh. Introduction to networks as connected contracts. In: TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

_____. Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003a.

_____. *The law of contract*. 4. ed. Londres: LexisNexis, 2003b.

_____. *Regulating contracts* [edição eletrônica]. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. Legal regulation of dependent entrepreneurs: comment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 263-270, mar. 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e Concessão de Venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 18, pp. 53-65, 1975.

_____. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DRUEY, Jean Nicolas. The path to the law: the difficult legal access of networks. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

DUMAS, Alexandre. *Le comte de Monte-Christo*. Bruxelas: C. Muquardt, 1845.

EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. *The economic structure of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. *A evolução da física: De Newton à teoria dos quanta*. Lisboa: Livros do Brasil, 1938.

ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. Evasive entrepreneurship. *IFN Working Paper* n. 1044, 2014.

ENNECERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

FALCÃO, Alexandre Targino Gomes. Agência e distribuição no Código Civil brasileiro: regime jurídico unificado de contratos distintos? *Revista jurídica luso-brasileira*. v. 3, n. 9, pp. 6745-6819, 2014.

FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milão: Giuffrè, 2001.

FLIGSTEIN, Neil. *The architecture of markets: An economic sociology of twenty-first-century capitalist societies*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

FLIGSTEIN, Neil; MCADAM, Doug. *A theory of fields*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 42, n. 130, pp. 7-38, 2003.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Direito concorrencial. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 7.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Joint ventures contratuais. *Revista de Informação Legislativa*. v. 52, n. 207, p. 187-211, 2015.

_____. *Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRÉCHETTE, Pascal. Le qualification des contrats: aspects théoriques. *Cahiers de droit*. v. 51, n. 1, pp. 117-158, mar. 2010.

GALGANO, Francesco. *Il contratto*. 2.ed. Pádua: CEDAM, 2011.

_____. Lex mercatoria. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 42, n. 129, pp. 214-228, jan./mar. 2003.

GHESTIN, Jacques. Le contrat en tant qu'échange économique. *Revue d'économie industrielle*. v. 92, n. 1, pp. 81-100, 2000.

_____. La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent. In: CREDA – Centre de recherché sur le droit des affaires. *Le contrat-cadre de distribution: enjeux et perspectives*. Paris: CREDA, 1996.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Autonomia privada e negócio jurídico. In: _____; *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos relacionais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 96, pp. 423-433, 2001.

_____. *O direito posto e direito pressuposto*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRUNDMAN, Stefan. On the unity of private law from a formal to a substance-based concept of private law. *European review of private law*. v. 6, pp. 1055-1078, 2010.

_____. Die Dogmatik der Vertragsnetze. *Archiv für die civilistische Praxis*. v. 207, pp. 718-767, dez. 2007.

HAYEK, Friedrich. *Law, legislation and liberty*. Londres: Routledge, 2013.

- IBGC. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5.ed. São Paulo: IBGC, 2015.
- IRTI, Natalino. La crisi della fattispecie. *Rivista di diritto processuale*. v. 36, n. 1, 2014.
- _____. A ordem jurídica do mercado. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 46, n. 145, pp. 44-49, jan./mar. 2007.
- JANSEN, Stephan A.; LITTMANN, Peter. *Oszillodox: Virtualisierung – die permanente Neuerfindung der Organisation*. Stuttgart: Klett-Cotta, 2000.
- JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of financial economics*. v. 3, pp. 305-360, 1976.
- JHERING, Rudolf von. Am juristischen Begriffshimmel: ein Phantasiebild. In: _____. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*. 9.ed. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1904.
- _____. *L'évolution du droit*. Paris: Marescq, 1901.
- KLEIN, Benjamin. The economics of franchise contracts. *Journal of corporate finance*. v. 2, pp. 9-37, 1995.
- KNIGHT, Frank. *Risk, uncertainty and profit*. Nova Iorque: Augustus M. Kelley, 1964.
- KOCKA, Jürgen. *Capitalism: a short history*. Princeton: Princeton University Press, 2014.
- KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KÜNNEKE, Rolf; GROENEWEGEN, John; MÉNARD, Claude. Aligning modes of organization with technology: critical transactions in the reform of infrastructures. *Journal of economic behavior & organization*. v. 75, pp. 494-505, 2010.
- LAMY FILHO, Alfredo. Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 51, jan. 2011.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madri: EDERSA, 1978.
- LEIB, Ethan J. Contracts and friendships. *Emory law journal*. v. 59, pp. 649-726, 2009.
- LESSIG, Lawrence. *Code*. 2.ed. Nova Iorque: Basic Books, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.
- MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- _____. Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein. *Northwestern University Law Review*. v. 94, n. 3, pp. 775-804, 2000.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MACNEIL, Ian. Relational contract: what we do and do not know. *Wisconsin law review*. v. 5, pp. 483-525, 1985.
- _____. Economic analysis of contractual relations: its shortfalls and the need for a “rich classificatory apparatus”. *Northwestern University Law Review*. v. 75, n. 6, pp. 1018-1063, 1981.
- MARCELINO, Paulo; CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização. *Caderno CRH*. v. 25, n. 65, pp. 331-346, maio/ago. 2012.
- MARITI, P.; SMILEY, H. Co-operative agreements and the organization of industry. In: BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos, de Miguel Reale). *Cadernos do programa de pós-graduação direito UFRGS*. v. 2, n. 4, pp. 347-379, 2004.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MÉNARD, Claude. The economics of hybrid organizations. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 160, n. 3, pp. 345-376, set. 2004.
- _____. Le pilotage des formes organisationnelles hybrides. *Révue économique*. v. 48, n. 3, pp. 741-750, maio 1997.
- MÉNARD, Claude; KLEIN, Peter G. Organization issues in the agrifood sector: toward a comparative approach. *American Journal of Agricultural Economics*. v. 86, n. 3, pp. 750-755, ago. 2004.
- MÉNARD, Claude; NUNES, Rubens; SILVA, Vivian Lara dos Santos. Introdução à teoria das organizações. In: MÉNARD, Claude et al. *Economia das organizações: formas plurais e desafios*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. A empresa em rede: a empresa virtual como mote para reflexão no Direito Comercial. *Revista do advogado*. v. 32, n. 115, pp. 129-135, abr. 2012.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MESSINEO, Francesco. Il contratto in genere. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1973.
- MILGROM, Paul; ROBERTS, John. Economic theories of the firm: past, present and future. *The Canadian Journal of Economics*. v. 21, n. 3, pp. 444-458, ago. 1988.
- MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2004
- MORAES, Maria Celina Bodin. A causa do contrato. *Civilistica.com*. v. 2, n. 1, pp. 1-24, 2013.
- MORAES, Vinicius. *O operário em construção e outro poemas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979.
- MORGAN, Jonathan. *Contract law minimalism: a formalist restatement of commercial contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro Renovar, 2006.
- NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- OCKHAM, Guilherme. *Quaestiones et decisiones in quatuor libros sententiarum cum centilogio theologico*. Lyon: Jean Trechsel, 1495. v. 2.
- PENROSE, Edith. *The theory of the growth of the firm*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. A nova tipologia contratual no direito brasileiro. In: _____. *Instituições de direito civil*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.
- POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PRYOR, John H. The origins of the *commenda* contract. *Speculum: a journal of medieval studies*. v. 52, n. 1, pp. 5-37, jan. 1977.
- RAYNAUD, Emmanuel; SAUVÉE, Loïc. Signes collectifs de qualité et structures de gouvernance. *Économie rurale*. n. 258, pp. 101-112, 2000.

RICHARDSON, G. B. The organisation of industry. *The economic journal*, v. 82, n. 327, pp. 883-896, set. 1972.

RICHMAN, Barak D. Firms, courts, and reputation mechanisms: towards a positive theory of private ordering. *Columbia law review*. v. 104, pp. 2328-2368, 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Atlântida, 1967.

SAUSSIÉ, Stéphane. Transaction cost economics and contract duration: na empirical analysis of EDF coal contracts. *Recherches économiques de Louvain – Louvain Economic review*. v. 65, n. 1, pp. 3-21, 1999.

SCHANZE, Erich. Symbiotic arrangements. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 149, n. 4, pp. 691-697, dez. 1993.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. São Paulo: Almedina, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SUNSTEIN, Cass. *Free markets and social justice*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 101, pp. 171-179, jan./dez. 2006.

_____. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro*, v. 44, p. 29-49, São Paulo, jul. 2005.

_____. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Sociologia do poder na sociedade anônima. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. v. 29, n. 77, pp. 50-56, jan./mar. 1990.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca13.pdf>> Acesso em: 1º maio 2017.

TEUBNER, Gunther. Coincidentia Oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

_____. In the blind spot: the hybridization of contracting. *Theoretical inquiries in law*. v. 8, n. 1, pp. 51-71, 2006.

_____. Hybrid arrangements as de-paradoxifiers: comment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 59-64, mar. 1996.

_____. The many-headed Hydra: networks as higher order collective actors. In: MCCAHERY, Joseph; PICCIOTTO, Sol; SCOTT, Colin. *Corporate control and accountability: changing structures and the dynamics of regulation*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

_____. Piercing the contractual veil? The social responsibility of contractual networks. In: WILHELMSSON, Thomas. *Perspectives of critical contract law*. Londres: Dartmouth, 1992.

_____. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. In: JOERGES, Christian. *Franchising and the law: das Recht des Franchising*. Baden: Nomos, 1991.

- TEUBNER, Gunther; HUTTER, Michael. The parasitic role of hybrids. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 149, n. 4, pp. 706-715, dez. 1993.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- VARELA, João de Matos Antunes. Contratos mistos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. 143, pp. 143-168, 1968.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana. O contrato de cessão financeira (*factoring*) no comércio internacional. In: *Estudos em homenagem ao professor doutor Jorge Ribeiro de Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1999.
- VÉKÁS, Lajos. Contract in a rapidly changing institutional environment. *Journal of institutional and theoretical economics*. v. 152, n. 1, pp. 40-54, mar. 1996.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: UnB, 1979.
- WIEDEMANN, Herbert. Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- WILHELMSSON, Thomas. *Critical studies in private law: a treatise on need-rational principles in modern law*. Dordrecht: Springer, 1992.
- WILLIAMSON, Oliver. The lens of contract: private ordering. *The American economic review*. v. 92, n. 2, pp. 438-443, maio 2002.
- _____. *The mechanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- _____. Calculativeness, trust, and economic organization. *Journal of law and economics*. v. 36, n. 1, pp. 453-486, abr. 1993.
- _____. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. *Administrative science quarterly*. v. 36, n. 2, pp. 269-296, jun. 1991.
- _____. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nova Iorque: The Free Press, 1985.
- _____. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of law and economics*. v. 22, n. 2, pp. 233-261, out. 1979.
- _____. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. Nova Iorque: Macmillan, 1975.
- WINTER, Marcelo Franchi; GUARNIERI, Olavo Barcellos. Riscos da atipicidade nos contratos do agronegócio na visão dos tribunais. In: BURANELLO, Renato; SOUZA, André Ricardo Passos; PERIN JR., Ecio. *Direito do agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- ZYLBERSTAJN, Décio. Papel dos contratos na coordenação agro-industrial: um olhar além dos mercados. *Revista de economia e sociologia rural*. v. 43, n. 3, pp. 385-420, jul./set. 2005.