

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 19

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2016

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauer Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF) e Samuel Max Gabbay (IFRJ).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 19 (julho/dezembro 2016)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

OS CONTRATOS HÍBRIDOS COMO CATEGORIA DOGMÁTICA: CARACTERÍSTICAS GERAIS DE UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO¹

HYBRID CONTRACTS AS A DOGMATIC CATEGORY: GENERAL FEATURES OF A DEVELOPING CONCEPT

Angelo de Carvalho

Resumo: O dinamismo que é próprio da atividade econômica requer formas jurídicas adequadas aos anseios dos agentes de mercado, sob pena de serem frustrados os seus objetivos e solapadas potenciais eficiências. Embora a clássica distinção dogmática entre contratos de intercâmbio e contratos de sociedade ainda desempenhe função importante, ela mascara um conjunto significativo de negócios que se situam entre essas noções polares. Tratam-se das formas híbridas de contratação, que congregam elementos de hierarquia e mercado ao produzirem, em relações contratuais de longo prazo, estruturas cooperativas que, preservando os interesses contrapostos das partes, de modo que não se amoldam à dogmática contratual ou societária. Assim, pretende-se apresentar a noção de contratos híbridos e tratar da repercussão de seu acolhimento como categoria jurídica.

Palavras-chave: Contratos híbridos. Custos de transação. Dogmática jurídica.

Abstract: The dynamism which characterizes economic activity

¹ Artigo recebido em 25.09.2017 e aceito em 05.11.2018.

requires legal structures that adequately address the desires of the market agents. Otherwise, their goals and potential efficiencies may be hampered. Even though the classic dogmatic distinction between exchange and association contracts still plays an important role, it hides a meaningful array of operations which are located between these polar notions. These notions are the hybrid forms of contracting, congregating hierarchical and market elements in order to produce, in long-term relationships, cooperative structures that preserve opposing interests and, thus, do not fit into traditional Contract Law or Company Law concepts. Therefore, this paper is going to present the concept of hybrid contracts and hence address its effects on legal theory.

Keywords: Hybrid contracts. Transaction costs. Legal theory.

Sumário: 1. Introdução. 2. A constante transformação das formas jurídicas de organização da atividade econômica. 3. A economia dos custos de transação e as formas híbridas entre empresa e mercado. 4. A necessária reformulação da teoria contratual para a compreensão dos contratos híbridos. 5. Os contratos híbridos como categoria dogmática intermediária à sociedade e ao intercâmbio: características gerais de uma categoria em construção. 5.1. A incompletude como característica essencial dos contratos híbridos. 5.2. Contratos híbridos como “ordenamentos privados”. 5.3. A atipicidade nos contratos híbridos. 5.4. A dependência econômica. 6. Consequências da noção de contrato híbrido sobre a dogmática jurídica clássica. 6.1. A causa como critério de identificação e interpretação dos contratos híbridos. 6.2. A boa-fé objetiva como critério de interpretação e integração dos contratos híbridos. 7. Conclusão.

1. Introdução.

A macroempresa verticalizada 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 em que 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, por mais que os contratos realizados livremente em mercado 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 contratos híbridos e potenciais indicativos de soluções da ordem jurídica para as mencionadas controvérsias, desde suas bases econômicas até a estruturação de seus alicerces jurídico-dogmáticos.

2. A constante transformação das formas jurídicas de organização da atividade econômica.

O desenvolvimento e a consolidação das instituições econômicas capitalistas dependem em grande medida da adaptabilidade dos agentes às circunstâncias e da eficiência das formas pelas quais organizam suas atividades. O fenômeno econômico não pode ser tratado de maneira estanque, pois se estrutura em meio social constantemente afetado pelas transformações observadas no mundo ao longo dos anos, desde o aumento populacional até o avanço tecnológico.² A necessidade de racionalização dos processos produtivos, de

² SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo 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 série de tecnologias jurídicas destinadas a operacionalizar a circulação de riquezas.³

As 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 elementos.⁵

A estrutura hierárquica e as decorrentes relações de subordinação dela oriundas fazem do Direito Societário, conforme aduz Wiedemann,⁶ um “pequeno estado de direito” 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

Cultura, 1961, p. 108. Cf. 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, p. 444-458, ago. 1988, p. 444.

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

5 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 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.

de ser apenas servo do mercado ou da racionalidade econômica”.⁷ Pelo contrário, a função precípua do direito nas relações societárias é a de assegurar a correspondência entre poder e responsabilidade,⁸ 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 público.⁹

Não se pode esquecer, portanto, que a atividade econômica exige segurança e estabilidade das relações jurídicas, de sorte a atender satisfatoriamente as necessidades sociais e a criar riquezas.¹⁰ Por esse motivo, segundo Rachel Sztajn,¹¹ 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”.

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. Tais empreendimentos se caracterizam por articularem de maneira eficiente imperativos de satisfação do consumidor, de redução de custos e de operabilidade.¹² Ocorre

7 FORGIONI, Paula. *A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

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

9 Ver, por todos, FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

10 SZTAJN, op. cit., p. 10.

11 Ibidem, p. 10-11.

12 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 65.

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”, já que os agentes econômicos tenderão a esquivar-se da incidência da regulação estatal em razão do ineditismo de suas formas.¹³

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.¹⁴ Nesse sentido, o sucesso de determinado arranjo organizacional estará condicionado ao nível de aproveitamento das opor-

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

14 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 North (NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 4-5), 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 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 alcançar (NORTH, op. cit., p. 107-117).

tunidades possibilitado pelo reconhecimento das instituições vigentes, de modo que, conforme intuiu Frank Knight,¹⁵ 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 terceiros.¹⁶ Adicione-se, contudo, que a atividade econômica caminha passos à frente da regulação jurídica, de tal maneira que, uma vez que determinada forma de organização internaliza os procedimentos institucionais vigentes, ela própria se torna o vetor da mudança institucional.¹⁷ Desse modo, 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 razão, estruturam suas atividades por formas alternativas e imprevistas pelo ordenamento, fenômeno melhor compreendido a partir do prisma da teoria dos custos de transação, a ser explorada a seguir.

3. A economia dos custos de transação e as formas híbridas entre empresa e mercado.

Sendo certo que os agentes econômicos contam com uma multiplicidade de formas de organização de suas transações no mer-

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

16 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.

17 NORTH, Douglass, op. cit., p. 79-80.

cado por intermédio da articulação de arranjos institucionais que correspondam às suas necessidades e às demandas a que pretendem responder,¹⁸ torna-se necessária a reflexão sobre os motivos de adoção de uma forma organizativa ou outra. Nas palavras de Kenneth Arrow,¹⁹ 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 neoclássica 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 Coase,²⁰ mesmo a compreensão de que 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 orientam pelo mecanismo de preços –, ocorre de maneira diversa quando indivíduos se organizam em entes empresariais.

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 em economias com

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

19 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.

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

alto grau de especialização²¹. A percepção do movimento dos agentes econômicos da contratação direta em mercados para a formação de estruturas cooperativas em torno de firmas 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 custos.²²

Os chamados custos de transação, dessa maneira, consistem em explicação do problema da organização da atividade econômica como um problema de contratação.²³ A noção segundo a qual a empresa se constitui como mecanismo de redução de custos de transação²⁴ 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 mercado,²⁵ de sorte a transformar eficientemente incertezas em riscos e, assim, perceber lucros mais significativos.

No dizer de Coase,²⁶ em um ambiente sem custos de transação, a forma de organização da atividade econômica é irrelevante, restando aos agentes o comportamento maximizador.²⁷ Contudo,

21 Ibidem, p. 390.

22 Ibidem, p. 390-392.

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

24 Cf. EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. *The economic structure of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 8-9.

25 WILLIAMSON, op. cit., p. 20.

26 COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

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

uma vez que os custos de transação entram na discussão, haverá arranjos contratuais cujo custo superará qualquer ganho que potencialmente forneceriam. 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 vigentes,²⁸ o que inclui as normas jurídicas.

A operação em mercados, contudo, pode apresentar problemas, seja em razão dos custos de obtenção de informações relevantes,²⁹ seja em virtude da ausência de mecanismos de mitigação do oportunismo e estabilização de expectativas.³⁰ O mercado é, na definição de Williamson,³¹ uma “estrutura de governança de transações não específicas”, na medida em que compradores e vendedores de identidade preservada 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 submetidas.³²

Há transações, porém, que os mercados não são capazes de organizar de maneira eficiente. A necessidade de reduzir custos de transação mediante a adoção de estrutura capaz de centralizar o poder decisório para concluir negócios de forma mais eficiente enseja, segundo Coase,³³ a criação de estruturas hierárquicas por meio das

28 Ibidem, p. 234.

29 Cf. ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Production, information costs, and economic organization. *The American economic review*, v. 62, n. 5, p. 777-795, dez. 1972.

30 WILLIAMSON, The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting, op. cit., p. 63.

31 WILLIAMSON, Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of law and economics*, op. cit., p. 248.

32 Ibidem, p. 248.

33 COASE, The nature of the firm, op. cit., p. 389-392.

quais os recursos serão alocados de maneira mais adequada. Assim, a firma produz uma forma de divisão do trabalho na qual o empresário desempenha papel central no processo produtivo, coordenando as atividades de seus empregados para gerar bens negociáveis em mercado.³⁴

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 menor medida, seu *modus operandi*. 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”.³⁵ 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 produção.³⁶

É claro que, em determinados mercados, é possível reduzir em grande medida os custos de contratação, sobretudo em face da especialização desses ambientes institucionais.³⁷ 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 contexto, poderão sofrer pela ausência de informações sobre o mercado.³⁸

34 WILLIAMSON, The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting, op. cit., p. 209-210.

35 MÉNARD; NUNES; SILVA, op. cit., p. 18.

36 Ibidem, p. 18.

37 COASE, The nature of the firm, op. cit., p. 398-400.

38 MILGROM; ROBERTS, op. cit., p. 456.

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 competitivas.³⁹ 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.

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 mercado.⁴⁰ Entretanto, a constatação segundo a qual tais opções nem sempre levarão a arranjos organizacionais adequados⁴¹ justifica a criação de novas formas de organização da atividade econômica que sejam capazes de dar vazão à demanda pela redução de custos de transação.

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 esses polos, unindo fatores de um e de outro para endereçar mais adequadamente formas peculiares de contratação, como 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

39 MÉNARD; NUNES; SILVA, op. cit., p. 25.

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

41 FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 203.

tecnologia.⁴² Os híbridos, assim, fornecem estrutura de combinação das formas polares, servindo de “guarda-chuva conceitual” para uma multiplicidade de arranjos verificáveis na prática mercantil, desde contratos de longo prazo singulares até complexas redes de contratos.⁴³

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”.⁴⁴

As formas híbridas, assim, fornecem categoria na qual podem ser incluídas práticas comerciais que apenas paradoxalmente poderiam ser consideradas empresa ou mercado. Nesse sentido, afirma Teubner⁴⁵ que arranjos híbridos desempenham importante papel de dissolução desses paradoxos ao traduzir aparentes contradições que seriam achatadas pelas estruturas inadequadas das formas tradicionais. No sentir de Williamson⁴⁶, as formas híbridas elidem tais contra-

42 WILLIAMSON, Oliver. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. *Administrative science quarterly*. v. 36, n. 2, p. 269-296, jun. 1991, p. 280.

43 MÉNARD; NUNES; SILVA, op. cit., p. 19.

44 Ibidem, p. 20.

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

46 WILLIAMSON, Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives, op. cit., 1991, p. 280.

dições, 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 hierarquia. 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 empresas.⁴⁷

Todavia, por mais ampla que seja a definição de contratos híbridos e por mais diversa que possa ser a variedade de arranjos verificáveis na prática mercantil, Ménard⁴⁸ ensina que há um conteúdo mínimo verificável nos negócios para encapsulá-los nessa categoria: é necessário que existam entes autônomos 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, contratos híbridos consubstanciam relações cooperativas em que, não obstante, as partes envolvidas mantêm sua autonomia e interesses contrapostos.

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? Como identificar e responsabilizar as partes envolvidas, sobretudo no que diz respeito a normas cogentes ou de ordem pública? Tais questões são essenciais para o desenvolvi-

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

48 MÉNARD, Claude. The economics of hybrid organizations. *Journal of institutional and theoretical economics*. Tübingen, v. 160, n. 3, p. 345-376, set. 2004, p. 348.

mento de tal fenômeno econômico, cujas características devem necessariamente estar conformadas pelas instituições que estruturam seu ambiente, dentre as quais figuram especialmente as normas jurídicas.

Tais controvérsias 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” tendo em vista as amarras advindas do primeiro. É nesse sentido que Teubner⁴⁹ recorre a metáfora científica para afirmar que, tal qual a luz, contratos se comportam ora como partículas, ora como ondas. Comportam-se como 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

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

ao judiciário para resolver suas desavenças.⁵⁰ 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*.⁵¹

É necessário, portanto, que os instrumentos jurídicos destinados à operacionalização desse fenômeno econômico sejam melhor desenvolvidos, sob pena de categorias jurídicas antigas dificultarem 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.

4. A necessária reformulação da teoria contratual para a compreensão dos contratos híbridos.

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 normalmente, garantindo-se o fluxo normal da circulação de riquezas.⁵² 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 Galgano,⁵³ que contratos detenham enfática função regu-

50 ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 383.

51 *Ibidem*, p. 384.

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

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

latória, 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 Roppo⁵⁴ 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”. 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 mercado.⁵⁵

Embora seja tarefa árdua, a dogmática jurídica deve estar atenta às diversas reconstruções às quais seus conceitos são submetidos ao longo das décadas, 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 econômico.⁵⁶ Tanto é assim que, de acordo com Hugh Collins,⁵⁷ 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. 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 autor-

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

55 *Ibidem*, p. 305-309.

56 Cf. VÉKÁS, Lajos. Contract in a rapidly changing institutional environment. *Journal of institutional and theoretical economics*, Tübingen, v. 152, n. 1, p. 40-54, mar. 1996.

57 COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4. ed. Londres: LexisNexis, 2003, p. 30-35.

regulação estruturadas pelas partes no âmbito de sua autonomia privada.

Daí defender Teresa Negreiros⁵⁸ que o contrato não pode estar submetido a uma teoria geral que o considere fenômeno monolítico. Segundo a autora, 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 estáticas.⁵⁹ É claro que, em direito, “é próprio das classificações que a sua validade seja aferida em função de sua relevância prática”.⁶⁰

Se, por um lado, é necessário formular critérios de diferenciação dos contratos com vistas a dar conta da complexidade das sociedades contemporâneas,⁶¹ por outro cabe 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 mercado.⁶²

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

59 Ibidem, p. 348.

60 Ibidem, p. 350.

61 Ibidem, p. 305.

62 Cf. 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.

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 normas.⁶³ 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 relação.⁶⁴ Desse modo, não se pode querer atribuir ao direito uma elasticidade que seus conceitos jamais terão:⁶⁵ 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 sociológicos.⁶⁶ 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 corporativos.⁶⁷ Por esse motivo, o autor pontua que os híbridos tendem a naturalmente movimentar-se entre inovação e evasão à ordem jurídica vigente.⁶⁸ 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

63 DRUEY, Jean Nicolas, op. cit., p. 94.

64 Ibidem, p. 94.

65 Loc. cit.

66 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. 3.

67 _____. *Piercing the contractual veil? The social responsibility of contractual networks*. In: WILHELMSSON, Thomas. *Perspectives of critical contract law*. Londres: Dartmouth, 1992, p. 211-212.

68 Ibidem, p. 212.

nas quais os contornos das fontes do poder empresarial são esmaecidos.⁶⁹

A formulação dessa nova categoria dogmática deverá ser permeada por uma reformulação na teoria contratual, que 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 partes.⁷⁰ Nesse sentido, levando-se em consideração a impraticabilidade de se considerar o contrato como acontecimento isolado e descontínuo, 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 contrato.⁷¹ Em outras palavras, ensina Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁷² 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”.

O contrato relacional, segundo Ricardo Lorenzetti,⁷³ apresenta objeto vazio, pois trata, na verdade, de procedimentos de atuação das partes e de regras que servirão para coordenar o comportamento des-

69 Ibidem, loc. cit.

70 É o que observa Stewart Macaulay (MACAULAY, Stewart. 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, p. 775-804, 2000, p. 778), para quem as partes, nos contratos relacionais, procuram “trazer o futuro ao presente”.

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

72 Ibidem, p. 98.

73 LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, v. I, p. 51.

ses sujeitos de maneira a especificar as prestações do negócio 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 tempo.⁷⁴ 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 subjacente.⁷⁵

A teoria dos contratos relacionais desenvolvida pelo direito anglo-saxão procura compreender a natureza do comportamento das partes submetidas a vínculos jurídicos de longo prazo, caracterizados pela enfática incidência de solidariedade, cooperação e confiança.⁷⁶ A abordagem relacional advém da observação empírica do fenômeno contratual, que evidencia o papel desempenhado pelas normas sociais 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 uma dimensão de entendimentos implícitos que motivará a tomada de decisão das partes antes mesmo de terem seus comportamentos constrangidos por normas jurídicas.⁷⁷

Assim, os contratos relacionais se caracterizam sobretudo por exigirem das partes “comportamento adequado a cada nova situação”⁷⁸ surgida ao longo de seu vínculo de longo prazo, o que necessariamente requer o redimensionamento do formalismo interpretativo que caracteriza a teoria contratual clássica.⁷⁹ A incompletude que é ínsita a tais negócios, dessa forma, levará à solução de controvérsias não necessariamente pela invalidação ou resolução, mas pela rene-

74 Ibidem, p. 51.

75 COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20.

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

77 LEIB, Ethan. Contracts and friendships. *Emory law journal*, v. 59, p. 649-726, 2009, p. 655.

78 AGUIAR JR., op. cit., p. 99.

79 Ibidem, loc. cit.

gociação a partir de mecanismos de governança contidos em suas cláusulas.⁸⁰ Daí a possibilidade de, em esforço de delineamento das características dogmáticas dos contratos híbridos, apontar as características gerais dessa noção jurídica em construção e, ainda, os impactos do acolhimento desse conceito sobre a doutrina contratual clássica.

5. Os contratos híbridos como categoria dogmática intermediária 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-Passarelli⁸¹ 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 análise.⁸²

A insegurança que é própria da ausência de parâmetros adequados à interpretação contratual é também denunciada por Karl La-

80 Ibidem, loc. cit.

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

82 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: UnB, 1979, p. 37-40.

renz,⁸³ para quem “*sería arriesgado que el juez debiese tratar de inferir del propio contrato la regulación por vía de interpretación 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 privada.⁸⁴

Vale lembrar que, conforme pontuou Paula Forgioni,⁸⁵ 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 dos 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”, 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, se caracteriza pela 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 ou-

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

84 Idem, p. 750-751.

85 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 173-175.

tros – em troca do recebimento de um dado bem detido pela outra que interessa à primeira.⁸⁶ No âmbito dessa configuração básica 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 outros.

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 ensejam 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 associação.⁸⁷ A sociedade, portanto, enfatiza em grande medida a colaboração, isto é, o compartilhamento dos riscos do empreendimento.⁸⁸ 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”.⁸⁹

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 objetivos.⁹⁰ No entanto, Jhering deixou de antever a emergência de formas contratuais que, frente aos imperativos da vida eco-

86 JHERING, Rudolf von. *L'évolution du droit*. Paris: Marescq, 1901, p. 85-86.

87 Ibidem, p. 86-87.

88 FORGIONI, op. cit., p. 158.

89 ROPPO, op. cit., p. 83.

90 JHERING, op. cit., p. 86-87.

nômica, congregam aspectos de ambas as formas descritas para estruturar negócios “de entremeio”⁹¹ ou, na terminologia adotada por este trabalho, “híbridos”. Assim, os agentes econômicos optam por abrir mão da segurança que decorre dos tipos societários “pela preservação de maior mobilidade de atuação no mercado”,⁹² 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 Irti⁹³ 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 correspondentes. 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.

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 partes e, por isso, anteveem, por termos amplos, as bases para o comportamento colaborativo futuro;⁹⁴ (ii) apesar dessa característica colaborativa, as partes mantêm isolados seus riscos e áleas,⁹⁵ característica que os diferencia dos contratos associativos. Tendo em vista essas considerações, os itens a seguir tratarão de algumas características que influem na compreensão e inter-

91 FORGIONI, op. cit., p. 154.

92 Ibidem, p. 160.

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

94 FORGIONI, op. cit., p. 177-178.

95 Ibidem, p. 172-176.

pretação desses contratos: em primeiro lugar, a incompletude e seu papel como ordenamentos privados, características essenciais dos híbridos, e, em segundo lugar, a atipicidade e a dependência econômica, que, embora não se façam presentes em todos os híbridos, tratam-se de elementos importantes para a compreensão de seus efeitos.

5.1. 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 enfrentar. 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 integradas.⁹⁶ 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 pactuação.⁹⁷ No entanto, ainda que assim desejem, as partes jamais conseguirão regular todas as situações a serem enfrentadas na execução da operação,⁹⁸ 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 negócio.⁹⁹

A manutenção de “imperfeições e incertezas” no instrumento contratual não necessariamente será fruto da inépcia das partes, po-

96 ARAÚJO, op. cit., p. 147.

97 Ibidem, p. 148.

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

99 SZTJAN, Teoria jurídica da empresa, op. cit., p. 14-15.

dendo ser, na verdade, medida eficiente levada a cabo em lugar de negociações que, por si só, geram custos de transação.¹⁰⁰ Nesse 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 futura.¹⁰¹

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*”.¹⁰²

A previsão de estruturas procedimentais de renegociação é também medida estratégica, uma vez que a incompletude 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 subjacentes.¹⁰³ O papel dos mecanismos de governança dos contratos híbridos será comentado logo a seguir, porém é importante repisar que, para não 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 excessiva.¹⁰⁴

100 ARAÚJO, op. cit., p. 150.

101 Ibidem, p. 161.

102 BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: CEDAM, 2000, p. 100-115.

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

104 Ibidem, 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.

5.2. 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 envolvidas.¹⁰⁵

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 habitualmente.¹⁰⁶ Macaulay, na mesma linha, assinala que estruturas contratuais podem desenvolver mecanismos de controle

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

106 Ibidem, p. 438.

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 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 pecuniárias.¹⁰⁷

O estudo das *networks* ou redes de contratos híbridos 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.

Exemplo interessante pode ser percebido no caso das franquias, arranjos contratuais já consagrados na literatura sobre contratos híbridos pelo fato de, por definição, coletivizarem a ação dos

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

agentes sem socializar a responsabilidade.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

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 setoriais.¹¹⁰ Com isso, parece temerário defender a regulação dos contratos híbridos como um todo, na medida em que apresentam dimensões contextuais e específicas aos mercados em que são implementados.

5.3. 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 foi

108 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.

109 Cf. KLEIN, Benjamin. The economics of franchise contracts. *Journal of corporate finance*, v. 2, p. 9-37, 1995.

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

recentemente tipificado pela Lei nº 13.288/2016. 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 Pereira,¹¹¹ os contratos típicos 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”,¹¹² os contratos atípicos.

A tipificação dos contratos 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 celebrado.¹¹³ 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 contratual.¹¹⁴ 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 impor-

111 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. III, p. 54.

112 *Ibidem*, p. 54.

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

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

tância 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 típica.¹¹⁵ 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 analógica,¹¹⁶ segundo a qual não basta a cumulação de disciplinas diversas, sendo necessário interpretar o contrato de maneira holística e orgânica, como síntese de elementos variados. Pode-se, ainda, mencionar a possibilidade de não se tratar propriamente de contrato misto, mas de contratos coligados que, embora distintos, são conexos em razão de vínculo funcional.¹¹⁷

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 arroubos dos agentes econômi-

115 VARELA, João de Matos Antunes. Contratos mistos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. v. 143, p. 143-168, 1968, p. 152.

116 ENNECERUS, Ludwig von. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1950, v. II, p. 3.

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

cos. Os contratos atípicos, nesse sentido, apresentam particularidade importante: eles podem apresentar causa ilícita.¹¹⁸

Aqui, pode-se rememorar a lição de Gunther Teubner¹¹⁹ 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 Teubner,¹²⁰ 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.

5.4. 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. No entanto, a colaboração e os interesses contrapostos não

118 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 65.

119 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, p. 216-220.

120 TEUBNER, Gunther, op. cit., p. 220-223.

implicam a simetria econômica e informacional entre as partes contratantes. Pelo contrário, a racionalidade de arranjos híbridos tem por premissa a complementariedade entre atributos e esforços específicos de cada uma das partes.

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, cujo grau somente pode ser percebido *ex post*, o que pode justificar adaptações e dar azo a conflitos.¹²¹ Nem sempre os termos dos contratos híbridos serão negociados entre partes equiparadas. Pelo contrário, em contratos como franquias 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 grau.¹²²

A dependência econômica 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 Collins¹²³ 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 intensidade. 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 Schanze,¹²⁴ ao se referir à simbiose de

121 MÉNARD, The economics of hybrid organizations, op. cit., p. 353.

122 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.

123 Ibidem, p. 267.

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

agentes econômicos, denominou por “dupla estrutura de agência”, isto é, 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. 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 rede.¹²⁵

Vale ressaltar que a autoridade é mecanismo de governança distinto da hierarquia, que qualifica os contratos de sociedade. Segundo Ménard,¹²⁶ 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, já que pode abrir margem tanto para a inserção de cláusulas puramente potestativas como para a instituição de controle externo.¹²⁷

125 COLLINS, op. cit., p. 268-269.

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

127 FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 420-425.

A hipótese de controle externo, conforme aponta Ana Frazão,¹²⁸ 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 controlada.¹²⁹ Ocorre que, ocorrendo controle externo, fica caracterizado grupo contratual que, por conseguinte, consistirá em ato de concentração a ser submetido ao controle prévio do CADE, nos termos do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011.¹³⁰ No entanto, não se pode generalizar tal hipótese. 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”.¹³¹

O que vale frisar ao fim dessa reflexão sobre dependência econômica 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 dos reguladores 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 sob a forma de híbrido.

6. Consequências da noção de contrato híbrido sobre a dogmática jurídica clássica.

Os contratos híbridos não apenas trazem características peculiares, como ensejam a ressignificação de diversos conceitos da dog-

128 FRAZÃO, op. cit., p. 233.

129 COMPARATO; SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 87.

130 FRAZÃO, op. cit., p. 233.

131 Ibidem, p. 235.

mática contratual clássica para sua adequada compreensão. Tais repercussões serão demonstradas neste trabalho a partir de dois parâmetros fundamentais: a causa dos contratos e a boa-fé objetiva, parâmetros 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. Certo é, porém, que repercussões relevantes podem ser encontradas em outras searas, como sói ocorrer no campo dos vícios contratuais ou do equilíbrio econômico, observações a serem aprofundadas em estudos posteriores.

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 já mencionados contratos associativos. 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.

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

Conforme ensina Miguel Maria de Serpa Lopes,¹³² 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

132 LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. I, p. 484.

dos efeitos atribuídos a determinado contrato.¹³³ 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 jurídico.¹³⁴

É claro que o motivo exerce influência decisiva sobre a vontade das partes contratantes, porém, como indicou Henri Capitant,¹³⁵ “o motivo psicológico que determina cada um a se obrigar não faz parte de seu acordo de vontades”. De outro lado, a causa 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 partes.¹³⁶

À parte da interminável controvérsia estabelecida na civilística moderna entre causalistas e não causalistas,¹³⁷ tem-se na causa importante instrumento para o reconhecimento da função do negócio jurídico. Nesse sentido, na linha do que sustenta Orlando Gomes,¹³⁸ 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

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

134 Segundo Pontes de Miranda (MIRANDA, Pontes de. *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 jurídico, 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”.

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

136 CAPITANT, op. cit., p. 14-16.

137 FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 519-520.

138 GOMES, op. cit., p. 22.

a estereotipação do regime a que se subordina determinada operação econômica com vistas a garantir-lhes segurança.

O juízo causal sobre um contrato, como assevera Mario Barcellona,¹³⁹ 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 programado.¹⁴⁰ 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.

Por essa razão, conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes,¹⁴¹ 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 Larenz,¹⁴² para quem mesmo os tipos contratuais não são fixos, pois podem ser modulados pela autonomia privada para que atendam às demandas específicas do suporte fático. Segundo Larenz,¹⁴³ a regulação contratual

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

140 Ibidem, p. 242-243.

141 MORAES, op. cit., p. 7.

142 LARENZ, op. cit., p. 751-752.

143 Idem, p. 751-752.

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 jurídica.

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”.¹⁴⁴ 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 cogente.¹⁴⁵

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 Messineo.¹⁴⁶ 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 subsunção a tipos legais ou será dificultosa ou simplesmente não ocorrerá, tendo em vista sua atipicidade no mais das vezes.

A causa, dessa maneira, como sistematizou Paula Forgioni¹⁴⁷, 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

144 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 521.

145 Ibidem, p. 521.

146 Cf. 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.

147 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 529.

adaptação, “para os casos de necessidade de adequação da avença em virtude de um novo contexto que abale o programa econômico das partes”.¹⁴⁸ 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”.¹⁴⁹

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 sociedade. Por mais amplo que seja o leque de mecanismos de governança utilizado para alterar relações contratuais em curso, tais alterações sempre serão informadas pela boa-fé objetiva, critério a ser analisado a seguir.

A causa não escapa à mencionada lógica de ressignificação da dogmática, 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 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.

148 Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, op. cit., p. 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”.

149 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 529.

Por esse motivo, é necessário que se ponha em dúvida a clara distinção que se 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 denomina “dimensão implícita do contrato”.¹⁵⁰ 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 institucionais 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.

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 fatalmente se tornará algo diverso daquilo que foi previamente acordado. Porém, não se pode esquecer que motivos impróprios podem até mesmo levar à ilicitude da causa ou ao não atendimento de requisitos legais imperativos. Por isso, 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, como se verá no item abaixo.

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

6.2. 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 geral¹⁵¹. Ensina Judith Martins-Costa¹⁵² 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”.¹⁵³

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”.¹⁵⁴

151 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 40. Segundo a autora, 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”.

152 *Ibidem*, p. 41-42.

153 *Ibidem*, p. 42.

154 Cf. FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil

No Direito Civil, ensina Francisco Amaral,¹⁵⁵ a boa-fé objetiva “[t]raduz 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 apresenta como “um catalisador da fluência das relações no mercado”.¹⁵⁶ Assim, a boa-fé não é meramente regra abstrata a ser observada pelos agentes econômicos em suas relações, mas desempenha também a 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 sua função econômica.¹⁵⁷

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 não constem do instrumento formal, constituem a relação firmada entre as partes.¹⁵⁸ Assim, interpretar segundo a boa-fé significa “considerar o modelo de comportamento social esperado das pessoas que estivesse no contexto da parte contratante”, o que implica avaliar e considerar diversos níveis de diligência.¹⁵⁹

brasileiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 42, n. 130, p. 7-38, 2003.

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

156 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 552.

157 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, p. 347-379, 2004, p. 357.

158 GOMES, op. cit., p. 44.

159 *Ibidem*, p. 46.

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 mercado.¹⁶⁰ 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 a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade”.¹⁶¹

Pode-se, aqui, retornar à teoria institucionalista 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 prazo.¹⁶² 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 jurídica.¹⁶³ Em suma, importa dizer que uma das funções do Direito Comercial é “buscar a criação de um ambiente que faça as negociações compensatórias”.¹⁶⁴

A cláusula geral da boa-fé objetiva, portanto, fornece ao intér-

160 CAMPBELL; COLLINS; WIGHTMAN, op. cit., p. 32-37.

161 FORGIONI, Teoria geral dos contratos empresariais, p. 102.

162 NORTH, op. cit., p. 12-13.

163 FORGIONI, Contrato de distribuição, op. cit., p. 558.

164 Ibidem, p. 559.

prete dos contratos híbridos ferramenta importante para lidar com suas peculiaridades, especialmente aquelas oriundas de sua natureza duradoura e de sua complexão naturalmente incompleta. A boa-fé serve de controle ao oportunismo, alterando os incentivos das partes ao passo que os custos de encerramento da relação contratual ou mesmo da traição da confiança tornam o comportamento oportunista mais oneroso.¹⁶⁵

Por conseguinte, a boa-fé objetiva será o parâmetro maior de controle dos aspectos fugidios dos contratos híbridos que muitas vezes 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 e na boa-fé demonstra apenas dois dos aspectos mais importantes a serem levados em consideração pela dogmática jurídica dentre as consequências desse fenômeno econômico, servindo 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.

7. Conclusão.

Os contratos híbridos constituem perturbação na aparentemente estável sistemática normativa aplicável às relações mercantis, construído sobre doutrina, legislação e jurisprudência sedimentadas ao longo de muitos anos. Tal perturbação advém da inadequação das categorias jurídicas existentes a fenômeno econômico relativamente novo, que somente dificilmente se operacionaliza nos termos da dogmática existente. Os híbridos, assim, levantam uma série de dilemas

165 BELLANTUONO, op. cit., p. 344-347.

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 pelo próprio dinamismo 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* dos contratos mercantis 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 dogmáticos 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 agronegócio. Não se

pode esquecer, ainda, da questão das *networks*, cuja falta de disciplina tem trazido ainda maiores preocupações do que a dos híbridos. Essas peculiaridades demonstram, outra vez, que o tema está distante de ser coberto por completo.

O presente trabalho pretendeu, portanto, demonstrar algumas características dos contratos híbridos e as primeiras 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. 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 mercado na atualidade, ensejando discussão fundamental sobre as novas formas jurídicas de estruturação do poder econômico.

