

Doutrina & Atualidades

ENTRE MERCADO E HIERARQUIA: REPERCUSSÕES DA DESVERTICALIZAÇÃO NA DISCIPLINA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

OSNY DA SILVA FILHO

Introdução. I – Contratos e sociedades: itinerários de uma antiga dicotomia: A) Premissa: os modelos arquetípicos; B) As primeiras chaves de leitura: “voluntas” e “ius fraternitatis”; C) Releituras econômicas: eficiência, falhas de mercado e monopólios; D) Um novo realismo: contratos relacionais e “joint ventures”. II – Turbulência: desverticalização e fragmentação da disciplina contratual: A) Desverticalização e des-diferenciação das relações contratuais; B) “Quid Juris?” Da fragmentação à morte anunciada; C) Exemplo: a vacilante disciplina do contrato de franquia. III – Reação: entre (velhos) novos tipos, mercados e hierarquias: A) Insuficiências e potencialidades da doutrina: dos novos tipos contratuais às novas realidades institucionais; B) Direito, economia e organizações: a contribuição de Oliver Williamson; C) De um “continuum” entre mercado e hierarquia à particularização teórica das organizações híbridas. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O propósito deste texto é apresentar elementos de uma agenda de pesquisa a respeito da disciplina jurídica das organizações híbridas, figuras que se localizam entre modelos de governança típicos dos mercados e estruturas caracteristicamente hierárquicas, não se assimilando nem aos contratos, nem às sociedades.

Mais do que trazer uma nova expressão ao vocabulário jurídico, essa agenda envolve ao menos três objetivos anteriores e complementares. Primeiro, reconhecer as ideias disponíveis no campo em questão,¹ vale dizer, as categorias cujos limites vêm sendo esgar-

çados pela recorrência das organizações híbridas. Segundo, apontar as razões pelas quais essas figuras têm se tornado cada vez mais comuns, a fim de modular a relevância de seu estudo. Terceiro, mapear as respostas jurídicas já oferecidas, abrindo caminho, a partir de sua crítica, para o eventual desenvolvimento de uma doutrina especificamente conformada pelas particularidades da categoria.

Procurarei articular esses objetivos ao longo de três seções. Na primeira, as noções de contrato e sociedade são apresentadas como modelos arquetípicos, e os caracteres dessa dicotomia são discutidos a partir de suas mutações no curso das últimas décadas.

tempo e lugar – é articulada por José Reinaldo de Lima Lopes, *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro* (2013), Tese de Titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. A noção de “ideias disponíveis” – o corpo de conhecimentos elementares de um dado campo em certo

Na segunda, sugerem-se algumas razões e consequências de seu recente esgarçamento, acarretado pela desverticalização do processo produtivo, i.e., pela contratualização de relações até então estruturadas em hierarquias. Por fim, na terceira seção, as reações jurídicas e econômicas a esse esgarçamento são contrapostas, a fim de estabelecer as demandas envolvidas na disciplina das organizações híbridas.

I – Contratos e sociedades: itinerários de uma antiga dicotomia

O objetivo desta seção é colocar em perspectiva os contornos assumidos pela da dicotomia contratos-sociedades, de sua constituição apartada, no curso do século XIX, aos primeiros sinais de sua dissolução, já em meados do século XX. Os arquétipos dessas figuras serão apresentados no item A; em seguida, no item B, serão discutidas as chaves de leitura da *voluntas* e dos *ius fraternitatis*. No item C, alguns dos aportes da Análise Econômica do Direito serão contextualizados no âmbito das duas disciplinas, ainda consideradas apartadamente. No item D, os primeiros sinais de seu esgarçamento serão discutidos a partir das noções de contratos relacionais e *joint ventures*.

A) Premissa: os modelos arquetípicos

Ainda que desde o *consortium inter fratres* romano as sociedades tenham se mantido na esfera teórica das obrigações consensuais – dos contratos, diríamos hoje –²

2. I. 3, 22: “Consensu fiunt obligationes in emptio venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis”. Cf. William Warwick Buckland e Arnold Duncan McNair, *Roman Law & Common Law. A Comparison in Outline* (1936), Cambridge, Cambridge University Press, 301: “*Societas* corresponds roughly to our partnership but differs from it in many important ways. (...) Another great difference results from the fact that it was merely a contract between the partners. Moreover, Roman law had no theory of agency, by which a partner could automatically have

não parece incorreto restringir a ideia de contrato e um campo menos amplo, delimitado pelos chamados “contratos de intercâmbio”.³

Trata-se de um arquétipo usual, largamente difundido na doutrina brasileira, conforme o qual a disciplina das trocas (intercâmbios) diz respeito à oposição de interesses: de um lado, o interesse do adquirente em obter um bem ou serviço pelo menor preço possível; de outro, o interesse do alienante em ceder este bem ou serviço mediante uma contraprestação que o satisfaça.

No extremo oposto estariam as “sociedades” e seu respectivo “direito societário”, fundados na colaboração e na comunhão de interesses (ou ainda, conforme a conhecida lição de Ascarelli, no caráter plurilateral).⁴ Ao contrário da maioria dos contratos de intercâmbio (a partir daqui, apenas “contratos”), os contratos de sociedade (a partir daqui, apenas “sociedades”) teriam, em geral, caráter duradouro, e envolveriam, ao menos em sua configuração mercantil, investimentos mútuos (seja com trabalho, seja com capital) na obtenção de lucros (um escopo *per se* inesgotável).

Os modelos traçados acima autorizam uma distinção entre aquilo que está “dentro” e aquilo que está “fora” da sociedade. Em seu interior, reinam as relações de hierarquia, definidas por determinações impassíveis de barganha, e os conflitos são resolvidos pelo poder de mando. Fora delas, no mercado, prevalecem as relações igualitárias, funda-

authority to bind his partners. If a *socius* made a contract on firm business it was, so far as the third party was concerned, a contract with the partner who made it, and there would be no action against other members of the firm”. Sobre o *consortium inter fratres*, antecessor das primeiras *societates* romanas, v. José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, vol. II (1965; 4ª ed., 1986), Forense, 206.

3. Paula Andrea Forgioni, *Teoria geral dos contratos empresariais* (2010; 2ª ed., 2011), Ed. RT, 152-153.

4. Tullio Ascarelli, “O contrato plurilateral”, in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado* (1945), Saraiva, 274.

das na paridade de forças, e ordinariamente sujeitas à intervenção judiciária ou arbitral.⁵

Apartam-se, de um lado, a disciplina do mercado, pautada pelas trocas firmadas entre grandes empresas e consumidores; de outro, a disciplina – ou, mais precisamente, o modelo administrativo – das hierarquias, estabelecidas ao longo da cadeia produtiva, uma cadeia centralizada sob uma mesma estrutura societária.

No Brasil, um passo significativo no sentido da distinção traçada acima seria dado pela incorporação do conceito de empresa, originalmente articulado no campo econômico, ao arcabouço teórico do direito comercial.⁶ Tomada primordialmente por seus perfis subjetivo e funcional,⁷ a empresa -agente econômico se voltaria, antes de tudo, para a realização do objeto social, seja qual fosse a estrutura organizacional empregada nessa tarefa. Assim conformada, a empresa permanecerá opaca às alterações estruturais que antecedem sua agência, vale dizer, aos processos de des-diferenciação das relações contratuais. Ao mesmo tempo, sua disciplina – aquilo que no Brasil vem sendo chamado de “direito empresarial” – pouco a pouco assimilará conteúdos que antes eram agrupados sob a rubrica do direito comercial.

B) As primeiras chaves de leitura: “voluntas” e “ius fraternitatis”

Indicando noções nem sempre unívocas, mas confrontadas sob um espectro de sentidos

5. Cf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial)* (1986), Tese de Titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 24 e 25 (sustentando que o negócio jurídico caracteriza uma relação de *igualdade* entre as partes).

6. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades”, in *Revista do Advogado* 71 (2003).

7. Remeto, aqui, à conhecida tipologia traçada por Alberto Asquini, *Profili dell’impresa* (1943), trad.

razoavelmente uniforme, vontade e cooperação parecem ter sido os conceitos-chave do direito dos contratos e do direito societário ao longo do século XIX.⁸ Em torno deles seria erigida uma disciplina que, embora devedora da antiga tradição romana – *voluntas* e *affectio societatis* são, em última análise, chaves de leitura herdadas da antiga *iusprudentia* –, buscava novos fundamentos no espectro ideológico assentado pela Revolução Francesa. Ao mesmo tempo em lançaria as bases para sua desconstrução, o desenvolvimento industrial traria novas razões para a manutenção dessa disciplina dicotômica, abrindo caminho para a apropriação jurídica dos modelos econômicos neoclássicos na segunda metade do século XX.

Sede de uma série de contendas históricas – da célebre oposição entre partidários da *Willenstheorie* e da *Erklärungstheorie* ao conhecido embate entre Emilio Betti e Giuseppe Stolfi –,⁹ a ideia de vontade marcou a formação de um modelo jurídico contratual que hoje podemos chamar de clássico. Definido no art. 1.101 do Código Napoleão como “*une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*”, o contrato surgia, em 1804, como um conceito relativamente novo, veículo de expressão igualitária de uma determinada noção liberdade.¹⁰ Os textos romanos sobre

Fábio Konder Comparato, *Perfis da empresa*, in *RDM* 104 (1996).

8. James Gordley, *Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment* (2006), Oxford University Press, 287-288.

9. Cf. Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (1943), Utet; e Giuseppe Stolfi, *Teoria del negozio giuridico* (1947), Cedam. Para uma resenha do debate, v. Natalino Irti, “Il negozio giuridico come categoria storiografica” (1990), in *Lecture bettiane sul negozio giuridico* (1991), Giuffrè (sustentando que, para além da contenda estabelecida entre Betti e Stolfi, a generalidade da categoria não mais se justifica).

10. Enzo Roppo, *Il contratto* (1977), trad. Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, *O contrato* (2008; 2009), Almedina, 30-31 (trata-se, aqui, de uma liberdade certamente mais ampla que aquela trazida

os quais se debruçavam Domat e Pothier, com efeito, não ofereciam uma definição de contrato: em vez disso, apresentavam uma série de regras a respeito daquilo que hoje chamamos de tipos ou categorias contratuais, agrupando-os como fontes de *obligationes*.

A novidade, assim, não estava propriamente na associação entre *voluntas* e *obligatio* (associação que, ademais, já era reconhecida pela jurisprudência romana); tampouco se poderia dizer que a inovação daquilo que hoje chamamos de “voluntarismo jurídico” tenha decorrido de uma redução da ideia de autonomia a um fenômeno de caráter psicológico, espantoso das críticas tardias que, na prática, jamais parece ter sido encampado seriamente.¹¹ Sua inovação reside em algo mais modesto, embora significativo e, uma rápida consulta às disposições gerais do Código Civil brasileiro vigente a respeito do negócio jurídico pode confirmar, duradouro: o desenvolvimento de uma teoria que, de modo sistemático, traçava todas as determinações contratualmente estabelecidas à vontade das partes.¹²

Não se pense, entretanto, que tenha havido (ou que haja) univocidade teórica a respeito do papel da vontade na formação dos contratos e na definição de suas consequências: uma mesma contraposição entre *verba* e *voluntas*, para mencionar um caso clássico, era tomada em sentidos completamente diferentes, a depender da orientação teórica de cada autor. Tomando um exemplo já referido, mesmo um objetivista como Betti não descartava o segundo termo em favor do primeiro, como poderíamos imaginar em

um primeiro momento, mas insistia em que a *voluntas*, diferente da “vontade pura”, uma vontade que “permaneceu não expressa, no círculo interno da consciência”, deveria ser assimilada à “própria declaração, interpretada conforme o seu espírito”.¹³

No campo do direito societário – neste ponto muito menos movimentado, diga-se de passagem, que o do direito dos contratos –, um papel similar foi desempenhado pelas noções *Treupflicht* (Alemanha), *fiduciary principle* (Estados Unidos), *fairness and good faith* (Inglaterra) ou, no caso do Brasil e de alguns países francófilos, *affectio societatis* (antiga expressão romana retomada em meados do século XIX, a partir da difusão do modelo societário de quotas de responsabilidade limitada). Elegantemente agrupadas por De Page sob a rubrica do antigo *ius fraternitatis*, essas noções eram empregadas na afirmação de uma certa concepção de sociedade, uma concepção orientada pela comunhão de escopo (designação que se preservaria em nosso vocabulário) e por um corpo normativo fundado na ideia de cooperação.¹⁴

O *ius fraternitatis* correspondia, assim, à ideia de que toda sociedade deve ser baseada em esforços ativos, conscientes e equânimes em busca do lucro, um lucro cuja distribuição deve ser proporcional a tais esforços. Ao contrário dos contratos, cujas obrigações “nascem para morrer”, as sociedades ensejariam vínculos duradouros, eternos enquanto durasse o espírito cooperativo de seus integrantes. No plano sistemático, as figuras agrupadas sob o *ius fraternitatis* se prestariam à distinção entre as estruturas efetivamente societárias, formas contratuais típicas do direito civil (compra e venda, locação de serviços e de obras, mandato, e assim por

pelas trocas fundadas no *status*, mas ainda alheia a disparidades de poder).

11. Essa “crítica da crítica” do voluntarismo jurídico é apresentada nas primeiras páginas de Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept* (1980), Presses Universitaires de France.

12. Enzo Roppo, *Il contratto* (1977), trad. Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes, *O contrato* (2008; 2009), 16-17.

13. Emilio Betti, *Lezioni di diritto romano (rischio contrattuale – atto illecito – negozio giuridico)* (s.d.), Giuffrè, 339.

14. V. Jacques Heenen, “Partnership and Other Personal Associations for Profit”, in Alfred Conard e Detlev Vagts, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 13, parte I (1974), Mohr Siebeck, 28.

diante) e organizações baseadas apenas na titularidade comum de ativos (condomínios).

Quanto as primeiras sugestões da Economia de Custos de Transação alcançarem o direito – em uma relação que oscilará entre o confronto e o diálogo com os aportes neoclássicos de Chicago –, a velha *affectio societatis*, que em dado momento alcançaria até mesmo a disciplina das antigas corporações (embrião hipertrofiado das modernas sociedades por ações),¹⁵ já terá se dissolvido naquilo que Comparato chamou de “maquinismo jurídico”: a onipresença do agente econômico indiferenciado, novo protagonista de uma velha disciplina da qual nem mesmo a nomenclatura sairá ileso.¹⁶

C) *Releituras econômicas:*
eficiência, falhas de mercado
e monopólios

Embora o diálogo entre direito e economia seja tão antigo quanto a sua autonomização – Adam Smith, nunca é demais lembrar, lecionava ética e jurisprudência em Glasgow –, é a partir de meados do século XX que conceitos originalmente germinados no campo econômico passam a gravitar de maneira sistemática nos textos jurídicos.¹⁷ No campo do direito privado, três noções se tornam particularmente recorrentes: eficiência, falhas de mercado e monopólios. Articuladas em duas antigas sedes (o direito dos contratos e o direito societário, já identificado com o direito empresarial) e no âmbito de uma disciplina nascente (o direito antitruste), essas noções marcarão os primeiros passos

de um movimento que, a partir de Chicago (e em seguida de New Haven), passou a ser chamado de Análise Econômica do Direito.¹⁸

Nesse contexto, contratos e sociedades são encarados a partir de um ponto de vista eminentemente instrumental: importam suas consequências e a realocação de recursos promovida pelo seu exercício, não suas formas ou fundamentos. Ao lado das antigas regras ou precedentes societários e contratuais, orientados como que “naturalmente” pela maximização da riqueza e pelo desvio das falhas de mercado – as únicas razões, aliás, a justificar a “intervenção” do Estado no domínio econômico –, novas chaves de leitura ganham força: de um lado, a concentração de empresas, controlada na medida em que um “poder de monopólio” da nova organização superar suas “eficiências”; de outro, as condutas anticompetitivas, reguladas em função de “tentativas de monopólio” potencialmente envolvidas em sua consecução.¹⁹

Paralelamente, como rebento especializado da Nova Economia Institucional, uma nascente Economia de Custos de Transação (ECT) – cujas proposições elementares, indicadas desde o clássico texto de Coase publicado em 1937,²⁰ só se explicitariam nos anos 1960 e 1970 –, é tomada ora em oposição (por suas perspectivas), ora em complemento (por suas finalidades) à racionalidades eficientistas tipicamente neoclássicas.²¹

18. Para um panorama do movimento, v. Bruno Meyerhof Salama, “O que é pesquisa em direito e economia”, in *Cadernos Direito GV* 22 (2008). Uma releitura crítica a partir de pressupostos da Nova Economia Institucional é oferecida por Douglass C. North, “Law and economics in historical perspective”, in Fabrizio Cafaggi, Antonio Nicita e Ugo Pagano, *Legal Orderings and Economic Institutions* (2007), Routledge, 46-53.

19. Paula Andrea Forgoni, *Os fundamentos do antitruste* (1998; 4ª ed., 2010), Ed. RT, 69. Um panorama do debate nos Estados Unidos pode ser encontrado em Herbert Hovenkamp, “Antitrust Policy after Chicago”, in *Michigan Law Review* 84 (1985), 213-284.

20. Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *Economica* 4 (1937), 386-405.

21. Um excelente debate foi travado entre Posner e Williamson a respeito da utilidade da Economia

15. John Micklethwait e Adrian Wooldridge, *The Company: a Short History of a Revolutionary Idea* (2003), Modern House, 12-14.

16. Fábio Konder Comparato, *Aspectos jurídicos da macro-empresa* (1970), Ed. RT, 23-25 (a referência, aqui, é Ripert, e sua caracterização da sociedade anônima do imediato pós-guerra como *machine juridique*).

17. José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito e economia: os caminhos do debate”, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, t. I (2012), Saraiva, 235-243.

Neste último caso, a ECT se presta a uma difundida justificação da existência de contratos incompletos: se o arranjo de direitos e obrigações mais eficiente não puder ser figurado *ex ante* (por conta dos altos custos das projeções diante de mercados excessivamente voláteis, por exemplo), a saída racional dos contratantes não será outra senão a proposta incompletude. Nesse cenário, o direito dos contratos é visto como uma espécie de manancial de regras dispositivas ou, no jargão econômico, *default rules*, disposições normativas heterônomas que podem ser afastadas por deliberações autônomas.²² Disparidades de poder (de barganha, a partir daqui) são tomadas como dados relevantes apenas em campos especializados, como o direito do trabalho ou o direito do consumidor (não por acaso, campos nos quais se encontram exemplos notórios de uma racionalidade distributiva raramente explicitada).

As sociedades, por sua vez, seguem sendo encaradas como unidades de produção indiferenciadas, verdadeiras “caixas pretas” (na feliz expressão de Williamson) cuja relevância econômica se esgota na distribuição de seus resultados.²³ Isso não significa que as releituras econômicas tenham deixado de

trazer algo de novo para o debate jurídico: as distinções típicas são aperfeiçoadas, os conflitos entre proprietários e administradores ganham novos contornos, a disciplina do mercado de capitais passa a constituir um objeto específico. Os meandros das hierarquias, entretanto, permanecem intocados (exceção feita, uma vez mais, ao direito do trabalho e ao direito do consumidor, que em certos casos são aplicados a relações que a rigor não seriam cobertas por suas regras, tais quais aquelas estabelecidas entre pequenas empresas e entre prestadores autônomos de serviços e pessoas jurídicas).

D) *Um novo realismo: contratos relacionais e “joint ventures”*

Os primeiros sinais de esgarçamento do tratamento dicotômico conferido aos contratos e às sociedades viriam acompanhados de uma espécie de revisão dos fatos brutos subjacentes às suas designações.

Esse movimento não corresponderia propriamente à retomada de um realismo do qual, de resto, as mais variadas orientações da análise econômica do direito se diziam herdeiras. Voltado antes para a realização de estudos empíricos que para sua própria constituição teórica,²⁴ esse novo realismo ensinaria, a partir de suas primeiras referências, uma reação a modelos contratuais e societários alegadamente formalistas e infensos às novas práticas negociais. De um lado, acentua-se o caráter duradouro de uma série de relações contratuais, bem como o papel determinante das normas sociais em sua conformação; de outro, e de certo modo em sentido inverso, uniões temporárias tornam-se cada vez mais comuns, orientando-se antes pela consecução de um objetivo passível de esgotamento que por uma especial afeição entre seus membros.

de Custos de Transação para a Análise Econômica do Direito. Cf. Richard A. Posner, “The New Institutional Economics Meets Law and Economics”, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1993), 73-87; e, no mesmo volume, Oliver E. Williamson, “Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics”, 99-118 (destacando que a sua Economia de Custos de Transação não pode ser assimilada à Nova Economia Institucional, assim como o movimento Direito e Economia não pode ser reduzido à versão posneriana de seu estatuto).

22. Para uma discussão a respeito das limitações desse de um “paradigma da incompletude”, v. Bruno Meyerhof Salama e Osny da Silva Filho, *Elasticity, Incompleteness, and Constitutive Rules* (2013), disponível em <http://clsbluesky.law.columbia.edu/>, acesso 25.7.2013.

23. Oliver E. Williamson, “Opening the Black Box of Firm and Market Organization: Antitrust”, in Per-Olof Bjuggren e Dennis C. Mueller, *The Modern Firm, Corporate Governance and Investment* (2009), Edward Elgar.

24. Cf. Thomas J. Miles e Cass R. Sunstein, “The New Legal Realism”, in *University of Chicago Law Review* 75 (2008).

No primeiro caso, ganha destaque a noção de *contratos relacionais*, cuja formulação mais conhecida, divulgada por Ian Macneil a partir da década de 1970, toma as práticas cobertas pela regulação contratual clássica como relações primárias pautadas pela longa duração e pela solidariedade estabelecida entre seus agentes (entendida a palavra “solidariedade”, aqui, como “divisão com outrem de uma tarefa comum”,²⁵ e a palavra “agentes”, como “propulsores de mudanças na realidade sensível”²⁶). Em uma síntese madura de suas propostas, Macneil afirmaria que “*the core of relational contract theory is little more than a belief that analysis of transactions must always start with their context*”.²⁷ A inaptidão dos modelos clássicos haveria de ser combatida, assim, com uma inflexão contextual: uma revalorização daquilo que, em nossa tradição, parece ter sido designado pelas chamadas “circunstâncias negociais”.²⁸

No segundo caso, talvez sem a mesma completude teórica, surgem em meados da década de 1950, sobretudo nos Estados Unidos, as primeiras referências às chamadas *joint ventures*, trazidas ao Brasil no contexto do investimento estrangeiro em parceria com

agentes econômicos nacionais.²⁹ Definidas como uma união comercial “externa” (concretizada em uma estrutura que escapa aos cânones societários) cujo propósito é levar a cabo um ou alguns negócios específicos, essas figuras, inicialmente conformadas pela jurisprudência norte-americana, passam a ser empregadas com as mais diversas finalidades, da associação de bancos para o financiamento de grandes empreendimentos a projetos de pesquisa realizados conjuntamente.

Ora tomadas como uma categoria particular (era este o caso da *Gelegenheitsgesellschaft* alemã sob a vigência antigo Código Comercial de 1861, e é este o caso das chamadas *associations* belgas),³⁰ ora tratadas como uma sociedade limitada ou civil (assim na França e na Itália), as *joint ventures* permaneceram em uma espécie de limbo jurídico, evitando (em boa medida positivamente) as qualificações tradicionais: há décadas se reconheceu que, ao contrário das sociedades e das companhias, os arranjos agrupados sob seu rótulo não poderiam ser identificados por formalidades específicas.³¹ Não surpreende, assim, que suas primeiras formulações tenham ensejado uma série de pactos leoninos de saída (*way out*),³² em geral firmados a partir de modelos contratuais clássicos, fundados na liberdade de contratar e na igualdade formal (leia-se, na presunção de equivalência de poder entre as partes).

25. Para a discussão desse sentido, v. Émile Durkheim, *De la Division du Travail Social* (1893), trad. George Simpson, *The Division of Labour in Society* (1964), Free Press, 79.

26. Trata-se, aqui, de um significado bastante diverso daquele veiculado pela tradição aristotélica e encampado por um importante segmento da filosofia da ação contemporânea: v. Paul Ricoeur, “Practical Reason”, in *From Text to Action* (1991), Northwestern University Press.

27. Ian R. Macneil, “Reflections on Relational Contract Theory after a Neo-classical Seminar”, in David Campbell, Hugh Collins e John Wightman, *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts* (2003), Hart, 207. As ideias originais de Macneil foram discutidas pormenorizadamente na monografia de Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos relacionais e a defesa do consumidor* (1998; 2ª ed., 2006), Ed. RT.

28. Para uma articulação desse ponto a partir de Betti e Saleilles, v. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia* (1974; 4ª ed., 2002; 2008), Saraiva, 118-126.

29. V. Luiz Olavo Batista, “A *joint venture*: uma perspectiva comparatista”, in *RDM* 42 (1981), 56: “Criatura nascida da prática, com o reconhecimento dado pela jurisprudência do seu país natal, a *joint venture* caracterizou-se pela extrema flexibilidade e facilidade de criação e pelos deveres que impunha aos sócios, especialmente o de estrita lealdade, amparado o cumprimento deles por ações *ex contractu* e de prestação de contas”.

30. Jacques Heenen, “Partnership and Other Personal Associations for Profit”, in Alfred Conard e Detlev Vagts, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 13, parte 1 (1974), 187.

31. Joseph Taubman, “What Constitutes a Joint Venture”, in *Cornell Law Quarterly* 41 (1956), 640.

32. Hermes Marcelo Huck, “Pactos societários leoninos”, in *RT* 760 (1999), 64-73.

Esse ponto sugere uma rápida digressão: se pouco a pouco as *joint ventures* passaram a contar com um arcabouço institucional mais robusto, apto a evitar os antigos abusos, as razões de sua viabilização seriam bastante particulares, e decorreriam especialmente de uma conjuntura macroeconômica favorável ao empoderamento dos parceiros brasileiros. Não seria correto, assim, tomar sua prática como um modelo paradigmático de reorganização distributiva autônoma: ainda que, de fato, não tenha havido imposição estatal deste ou daquele modelo societário, razões bastante particulares permitiram um equilíbrio de poder entre os agentes envolvidos.

II – Turbulência: desverticalização e fragmentação da disciplina contratual

Se as grandes codificações representam uma resposta do direito à primeira revolução industrial, marcada pela especialização das atividades produtivas no interior da empresa, os movimentos de descodificação (e recodificação)³³ parecem identificar a fadiga do modelo fordista, representada por aquilo que Michael Piore e Charles Sabel chamaram de *second industrial divide*.³⁴ O objetivo desta seção é apresentar os principais contornos desse fenômeno e os seus reflexos sobre o direito dos contratos e o direito societário. No item A, são discutidas as primeiras percepções e reações ao processo de desverticalização. No item B, são apresentados alguns de seus paradoxos, exemplificados no item C a partir de uma contenda exemplar sobre os contratos de franquia travada no Brasil em meados da década de 1970.

33. Natalino Irti, “L’età della decodificazione vent’anni dopo” (1998), in *L’età della decodificazione* (1979; 4ª ed., 1999), Giuffrè.

34. Michael J. Piore e Charles F. Sabel, *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity* (1984), Basic Books. Para uma discussão desse referencial teórico no contexto brasileiro, v. Mario Gomes Schapiro, *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia* (2010), Saraiva, 115-167.

A) Desverticalização e des-diferenciação das relações contratuais

As sociedades arquetípicas apresentadas na primeira seção pressupõem que o processo produtivo (entendida essa expressão em sentido bastante amplo) seja organizado sob uma mesma estrutura societária. Obtenção de matéria-prima, processamento e distribuição (ou, se quiséssemos pensar em um modelo de prestação de serviços, organização, treinamento e execução de tarefas) ocorrem sob o manto de uma administração comum, ora proprietária, ora empregada, mas sempre vinculada a uma dada sociedade. As etapas do processo produtivo não são articuladas por contratos, mas por decisões hierarquicamente legitimadas. A emergência das *joint ventures*, vimos acima, representaria os primeiros sinais de fraqueza desse modelo; o definitivo esgarçamento das hierarquias, no entanto, ainda estaria por vir.

Fenômeno que se intensifica a partir dos anos 1950 nos Estados Unidos e na Europa e a partir dos anos 1970 no Brasil, a chamada “desverticalização” corresponde à reorganização do processo produtivo a partir de núcleos de poder autônomos, organizados sob sociedades distintas, cuja administração é exercida de modo independente, ainda que coordenado.³⁵ Trata-se de um fenômeno que atinge estruturas societárias preestabelecidas e conforma a criação de novas estruturas de governança: não apenas sociedades já existentes desverticalizam seu processo produtivo, mas novas sociedades são organizadas de modo independente, com o fito de desempenhar tarefas que antes se concentravam sob os auspícios da hierarquia. Boa parte da racionalidade societária, originalmente construída em torno da ideia de cooperação,

35. Paula Andrea Forgioni, *Teoria geral dos contratos empresariais* (2010; 2ª ed., 2011), 19: “Estamos percebendo que os grupos empresariais têm se ‘desverticalizado’, ou seja, as empresas não mais detêm o controle societário de fornecedores, mas com eles celebram contratos moldados para protair-se no tempo”.

se transfere, assim, para o âmbito do direito dos contratos, tradicionalmente associado à contraposição de interesses.

Não surpreende que, à primeira vista, uma migração do gênero sugira a des-diferenciação das relações contratuais, tradicionalmente encaradas como relações sociais de troca instantânea e equilibrada. “*These new contractual relations*”, observa Hugh Collins, “*often outline a long-term relation with indeterminate obligations in order to permit flexibility and co-operation. Within these contractual relations, there emerges increased scope for deployment of discretionary power and as consequence the contractual undertakings will be less sharp differentiated from other kinds of open-ended commitments based on social and business relations*”.³⁶ De partida, esse diagnóstico não parece incorreto: os contratos parecem dissolver-se em um amplo espectro de relações que, até alguns anos atrás, seriam rapidamente associadas ao modelo societário. Os rótulos tradicionalmente empregados pela doutrina deixam de se adaptar às práticas contratuais. Que dizer, então, de sua regulação?

B) “*Quid iuris?*”

Da fragmentação à morte anunciada

Para Piore e Sabel, a “especialização flexível” – um conceito que tomo, aqui, de modo bastante amplo, sem encampar todas as suas implicações teóricas – envolveria não apenas a capacidade de redesenhar a estrutura produtiva continuamente, mas também o incentivo à competitividade por meio da inovação, e não, como é comum, pelo sistema de preços.³⁷ Esse *insight*, desenvolvido em uma conhecida obra de Michael Porter,³⁸ revela

36. Hugh Collins, *Regulating Contracts* (1999), Oxford University Press, 18.

37. Michael J. Piore e Charles F. Sabel, *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity* (1984), 270.

38. Michael Porter, *On competition* (1998), Harvard University Press.

uma das mais significativas aporias da zona cinzenta estabelecida entre mercados e hierarquias: ao mesmo tempo em que a liberdade de iniciativa é valorizada (revelando um traço de continuidade com a ideologia liberal construída no curso do século XIX), a competição por preços é desestimulada (demonstrando o esgotamento dos modelos econômicos que sustentavam essa ideologia).

Veiculada décadas depois dos dois grandes “cismas” do direito dos contratos – primeiro, com o direito do trabalho; mais tarde, com o direito do consumidor –, a desverticalização não parecia autorizar uma estratégia de particularização positiva equivalente àquela empregada anteriormente. Desta vez, os contratos que desafiavam o modelo clássico não poderiam ser isolados a partir de seus sujeitos: diferentes instâncias do processo produtivo antes organizadas hierarquicamente passavam, a partir de então, a se articular em torno de contratos que não veiculavam interesses contrapostos, tampouco barganhas estipuladas em pé de igualdade.

Pouco a pouco, uma discussão sobre a “desconsideração da personalidade contratual” deixava de soar absurda.³⁹ Ao mesmo tempo, fenômenos como a despersonalização do contrato (por meio das chamadas “relações contratuais de fato”)⁴⁰ e a submissão inescapável a regras preestabelecidas (mote dos chamados “contratos de adesão”)⁴¹ contribuía

39. Gunther Teubner, “Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks”, in Thomas Wilhelmsson, *Perspectives of Critical Contract Law* (1993), 211-238.

40. Discutindo o conceito originalmente aventado por Günther Haupt, Karl Larenz, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten* (1956), trad. Alessandro Hirata, “O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico”, in *Revista Direito GV* 3 (2006), 55-64.

41. No Brasil, v. Orlando Gomes, *Contrato de adesão* (1972), Ed. RT. As discussões pioneiras, aqui, foram levadas a cabo por Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté (contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand – art. 116 à 144)* (1901), Pichon; e, mais tarde, Friedrich Kessler, “Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract”, in *Columbia Law Review* 43 (1943).

para a difusão de discursos relacionados com o esgotamento dos paradigmas clássicos do campo. Alguns passariam a falar, assim, de uma “fragmentação da liberdade contratual”;⁴² outros, menos otimistas, decretariam a morte do contrato (e, por conseguinte, do direito contratual).⁴³

Para além das designações e vaticínios, permaneceriam as dúvidas a respeito da disciplina das organizações desverticalizadas. No mundo real, essas dúvidas acarretariam uma curiosa tensão entre um redivivo *laissez-faire* e a completa imobilização de novas práticas negociais. Os descaminhos da regulação das franquias no Brasil – particularmente no que diz respeito a um imbróglio ocorrido em meados da década de 1970 – ilustra de maneira bastante clara as aporias resultantes dessa tensão.

C) Exemplo: a vacilante disciplina do contrato de franquia

Inicialmente saudadas como “extraordinária invenção do progresso e instrumento de prosperidade”, as franquias logo se tornaram objeto de desconfiança e repúdio, manifestados pela afirmação da “inutilidade técnica de novas fórmulas negociais” e pela imputação de um difuso “caráter abusivo” à sua estrutura de governança.⁴⁴

Houve, de início, significativa confusão a respeito dos exatos contornos da figura. A

42. Novamente no Brasil, v. Cristiano de Souza Zanetti, *Direito contratual contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação* (2008), Método (orientando sua exposição, entretanto, pela difusão dos contratos de adesão).

43. Grant Gilmore, *The Death of Contract* (1974; 1995), Ohio State University. Vaticínio similar atingiria o negócio jurídico: Francesco Galgano, “Negozio giuridico (dottrine gen.)”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII (1977), Giuffrè; e similarmente, Natalino Irti, “Il negozio giuridico come categoria storiografica” (1990), in *Lecture bettiane sul negozio giuridico* (1991).

44. Fábio Konder Comparato, “Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?”, in *RDM* 18 (1975), 53.

distinção entre franquia e concessão de venda com exclusividade, por alguns anos tomada pacificamente – a franquia envolveria operações de *engineering*, *management* e *marketing*, traços ausentes da simples distribuição de produtos –, seria confrontada por um mal-sinado parecer da antiga Coordenadoria do Sistema de Tributação (CST), publicado em 19 de dezembro de 1975. Tratava-se de consulta sobre a dedutibilidade da remuneração paga pela franqueada à franqueadora como custo ou despesa operacional. Sustentando que as prestações processamento, organização e publicidade seriam decorrências laterais da compra e venda de mercadorias, o parecer da CST sepultava a franquia como expressão de “abuso de poder econômico”, na medida o abastecimento da franqueada se limitasse aos fornecedores indicados pela franqueadora.⁴⁵

As reações seriam imediatas. Em retrospecto, elas podem ser organizadas em duas frentes. A primeira delas reúne críticas à assimilação da franquia a um contrato de compra e venda com cláusula de exclusividade. Fosse este o caso, a controvertida cláusula poderia, de fato, ser questionada, dado que seu emprego não traria as eficiências características de uma organização verticalizada. Estávamos diante, entretanto, de uma figura intermediária, algo que não correspondia nem a uma sociedade, nem a um contrato celebrado em regime de mercado. A segunda frente – na verdade, uma outra perspectiva do mesmo problema – agrupa questionamentos à afirmação de abuso de poder econômico na relação entre franqueadora e franqueada. Ainda que não se possa negar a existência de poder econômico em uma relação do gênero, sua verificação não implica, de pronto, a existência de abuso: assim fosse, somente seriam admitidos contratos celebrados entre agentes com idêntico poder econômico.

Se alguns viam na disparidade de poder econômico um ilícito *per se*, outros se

dirigiam ao extremo oposto. Daí a crítica de Comparato: “é tão enganoso para o Direito pretender suprimir completamente o poder econômico, como fazer de conta que não existe. Condenar a franquia ou a concessão de venda com exclusividade, porque tais contratos constituem veículo para uma manifestação de poder, representaria uma manifestação tão extravagante quanto estoutira – frequentemente adotada pelo nosso Conselho Administrativo de Defesa Econômica – que nega a evidência do poder, para não ter que aplicar o texto rigoroso da lei”.⁴⁶ Algumas estratégias de controle do abuso de poder econômico seriam adotadas em nossa enxuta Lei de Franquias (Lei 8.955/1994), que, entretanto, não chegaria a compor um arcabouço institucional específico, vale dizer, não viria a oferecer uma racionalidade plenamente adequada ao seu tratamento.

III – Reação: entre (velhos) novos tipos, mercados e hierarquias

Embora com algum atraso, a dogmática jurídica procuraria absorver os impactos da turbulência trazida pela desverticalização do processo produtivo. Fragmentada e indistinta, a disciplina contratual não mais poderia contar com o subterfúgio da especialização da matéria em uma codificação distinta; o desafio, agora, seria encontrar uma racionalidade comum para modelos que não pudessem ser reduzidos nem às relações de mercado nem às hierarquias. Essa seção apresenta três propostas emersas desse contexto: a primeira, discutida no item A, lança mão da ideia

de atipicidade para, às avessas, integrar em um mesmo conjunto contratos impassíveis de qualificação nos quadros tradicionais da dogmática contratual. As duas outras, apresentadas nos itens B e C, correspondem a passos de uma leitura mais recente, apresentada originalmente no campo econômico. Ao identificar e apartar as organizações híbridas dos mercados e das hierarquias – dos contratos e das sociedades, poderíamos dizer –, essa leitura oferece boas pistas a respeito do caminho a ser seguido pelos juristas.

A) Insuficiências e potencialidades da doutrina: dos novos tipos contratuais às novas realidades institucionais

Embora não pareça possível afirmar que os conflitos entre as racionalidades contratual e societária trazidos pela desverticalização tenham sido resolvidos a contento pela doutrina, seria incorreto dizer que os juristas (brasileiros, neste caso) tenham ignorado a emergência das novas estruturas de contratação estipuladas entre mercados e hierarquias. Orlando Gomes, por exemplo, arrolava sob a rubrica dos “novos tipos contratuais” figuras como o contrato de *know-how*, o contrato de franquia (que ele chamava insistentemente de *franchising*, por considerar a versão em português “muito inexpressiva para ser aceita”), o contrato de *factoring* e o contrato de *engineering*.⁴⁷ Autores contemporâneos apresentam sistematizações semelhantes, reunindo sob os mesmo rótulos, entretanto, figuras emersas do processo de desverticalização e contratos relacionados com os setores de ciência, tecnologia e telecomunicações.⁴⁸

Nada além da tipicidade originalmente social, entretanto, parece aproximar essas

46. Idem, 65. No mesmo sentido, quanto ao contrato de distribuição (tal qual socialmente tipificado, e não propriamente a figura aventada no Código Civil de 2002), Paula Andrea Forgioni, *Contrato de distribuição* (2005; 2ª ed., 2008), Ed. RT, 384: “difundiu-se entre os técnicos de nossas autoridades antitruste a ideia de que as controvérsias entre distribuidores e fornecedores envolvem assuntos exclusivamente de direito contratual. Isso tem fechado indevidamente a porta do direito concorrencial (e, também, da doutrina e da jurisprudência) a relevantes questões competitivas”.

47. Orlando Gomes, *Contratos* (1959; 26ª ed., 2007), Forense, 578 (as primeiras referências aos novos tipos remontam às edições da década de 1970 de seu manual).

48. Por todos, Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, vol. III, *Contratos* (2003; 6ª ed., 2009), Saraiva, 637-688 (referindo-se a “contratos especiais”).

figuras.⁴⁹ Os manuais não apresentam nenhum traço comum entre estruturas tão díspares quanto a transferência de tecnologia, o *factoring* e o contrato de edição: a despeito disso, todas são agrupadas sob um mesmo rótulo. Tampouco parece haver um esforço de analogia entre algumas dessas figuras: as franquias, por exemplo, que hoje contam com regulação específica, não são tomadas como paradigma para figuras similares (tal como ocorreu, por exemplo, com o contrato de agência em Portugal: ali, seu regime típico era estendido à chamada “concessão comercial”).⁵⁰

É preciso admitir que uma crítica à carência de sistematização se ressentida de uma carga abstracionista que, talvez, tenha utilidade reduzida diante de uma sociedade cada vez mais complexa e uma estrutura de produção em constante reinvenção;⁵¹ mas também cumpre reconhecer que a doutrina não pode se limitar, como sustentaram e sustentam alguns, à oferta de *default rules* genéricas e difusas. Reduzi-la a essa tarefa corresponde à admissão de uma arquitetura institucional ditada pelo poder econômico; uma arquitetura institucional onde os fracos não têm vez.

49. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos* (1995), Almedina, 1: “A atipicidade contratual coloca-se em dois planos: no plano legal e no plano social. São realidades diferentes os contratos legalmente típicos e os contratos socialmente típicos, os contratos legalmente atípicos e socialmente atípicos. Os contratos, quando se ajuíza da sua tipicidade ou atipicidade, podem dividir-se em três campos: o dos contratos legalmente típicos, o dos contratos legalmente atípicos mas socialmente típicos e o dos contratos legal e socialmente atípicos. Embora raros, existem também os contratos legalmente típicos e socialmente atípicos”.

50. Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos* (2000), Almedina, 185. Neste caso, a jurisprudência firmou um entendimento segundo o qual “as normas sobre contratos típicos são aplicáveis aos contratos atípicos, na medida em que a analogia das situações o justifique”.

51. Essa crítica, entretanto, é menos nova do que pode parecer: v. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960; 6ª ed., 1991), trad. José Lamego, *Metodologia da Ciência do Direito* (1992; 6ª ed., 2012), Calouste Gulbenkian, 644-650.

Diante da insuficiência legislativa – uma insuficiência razoável, dado que não faria sentido legislar para cada figura socialmente típica surgida na prática negocial –, não bastará à doutrina enunciar horizontes de sentido aplicáveis a disposições preestabelecidas.⁵² Tampouco bastará indicar os traços mais marcantes das novas práticas negociais, em uma espécie de jornalismo jurídico alheio ao papel conformador da dogmática. Mais do que isso, a ela caberá a arquitetura das novas realidades institucionais, por meio da definição de suas regras constitutivas, regras que não apenas definem os movimentos permitidos em um jogo, mas que criam a própria possibilidade de jogá-lo.⁵³

B) Direito, economia e organizações: a contribuição de Oliver Williamson

Se no direito as consequências da desverticalização ainda não parecem ter sido assimiladas a contento, no campo econômico elas constituem um problema antigo, que se encontra nas raízes da própria Economia de Custos de Transação (ECT), e mais especificamente, no *Leitmotiv* da obra de Oliver Williamson. A reflexão, aqui, muda de perspectiva: não mais contratos e sociedades, termos assentados no vocabulário jurídico, mas seus contextos ou estruturas de governança: mercados e hierarquias.

52. Com isso não se quer dizer, evidentemente, que esse papel possa ser negligenciado: cf. Otavio Luiz Rodrigues Junior, “Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)”, in *RT* 891 (2010), 85 (reconhecendo que cumpre à doutrina “criar o direito, quando transforma a regra em outra regra, após a interpretação”).

53. Para a formulação canônica da distinção entre regras constitutivas e regras regulativas, v. John R. Searle, *Speech Acts: an Essay in the Philosophy of Language* (1969), Cambridge University Press, 32-33; e por último, do mesmo autor, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization* (2010), Oxford University Press, 10-16. Uma articulação similar, realizada a partir de outras premissas, pode ser encontrada em Natalino Irti, “Teoria generale del diritto e problema del mercato”, in *Diritto ed Economia* (1999), Cedam, 266-268.

Administrador de formação, desde muito cedo Williamson se interessou pela teoria das organizações, um campo que, graças ao seu trabalho, seria integrado à agenda da ECT. Entre 1966 e 1967, três anos depois de completar seu Ph.D., trabalhou na Divisão de Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Sua função não era lidar com os litígios, mas com casos prospectivos, problemas que, em sua avaliação, pudessem chegar à Divisão Antitruste. Como ele mesmo relata,⁵⁴ isso lhe permitiu refletir de modo heterodoxo sobre as restrições verticais, tema que, naquele tempo, dividia economistas e juristas norte-americanos.⁵⁵ Não tardaria a que Williamson integrasse o direito antitruste às suas reflexões no campo econômico.⁵⁶

A partir de então, sua produção acadêmica se volta definitivamente para as

conexões existentes entre direito, economia e organizações. Em sua primeira obra de fôlego, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications* (1975),⁵⁷ são fincados os marcos teóricos de sua reflexão: as razões e as repercussões econômicas das diferentes estruturas organizacionais, orientadas pelos modelos típicos do mercado (contratos celebrados em regime de mercado) e da hierarquia (empresas organizadas em torno do poder de mando). Partindo de fontes que vão de Frank Knight a Chester Barnard e Friedrich Hayek,⁵⁸ Williamson desenvolveria uma agenda de pesquisa profundamente interdisciplinar, pautada pelas estruturas de governança estabelecidas em sistemas de ordenação privada, vale dizer, sistemas organizados por seus próprios atores (sem embargo da presença de regulação heterônoma).

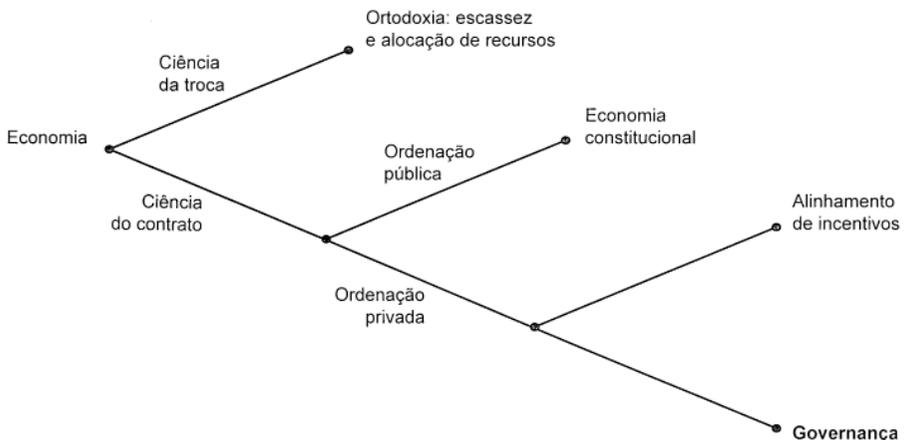


Gráfico 1: localização dos problemas de governança no quadro do pensamento econômico contemporâneo. Adaptado de Oliver E. Williamson, *The Economic institutions of Capitalism* (1985), New York, Free Press, 45.

54. Geoffrey Hodgson e David Gindis, “An Interview with Oliver Williamson”, in *Journal of Institutional Economics* 3 (2007), 373–374.

55. Cf. nota 19 acima.

56. Assim, p. ex., em Oliver E. Williamson, “Economies as an Antitrust Defense: the Welfare Trade-Offs”, in *American Economic Review* 58 (1968), 18-36.

57. Oliver E. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications* (1975), Free Press.

58. Cf. Frank H. Knight, *Risk, Uncertainty, and Profit* (1921; 1965), Harper & Row; Chester Barnard, *The Functions of the Executive* (1938; 1962), Harvard University Press; e Friedrich Hayek, “The Use of Knowledge in Society”, in *American Economic Review* 35 (1945).

Juridicamente orientada pelos clássicos do proto-institucionalismo e do realismo jurídico norte-americano,⁵⁹ essa agenda se consolidaria, naquilo que importa mais de perto à agenda apresentada neste texto, com a publicação de *The Economic Institutions of Capitalism* (1985), obra que reúne boa parte dos textos escritos por Williamson até então.⁶⁰ Mais tarde, em *Mechanisms of Governance* (1996), as sugestões desenvolvidas nos primeiros anos da década de 1990 serão consolidadas, em uma espécie de testamento intelectual de sua trajetória acadêmica (que, aliás, permanece ativa).⁶¹

C) De um “continuum” entre mercado e hierarquia à particularização teórica das organizações híbridas

Até 1991, os textos de Williamson apontavam para uma espécie de “zona cinzenta” entre estruturas ideais. Combinavam-se, aqui, elementos típicos dos mercados, orientados

pela capacidade de adaptação autônoma dos agentes econômicos a partir do sistema de preços,⁶² e das hierarquias, definidas pela adaptação cooperativa dos agentes a partir do sistema de comandos.⁶³ Esses dois modelos de governança teriam elementos típicos, caracterizados pela intensidade de incentivos (mais nítidos nos mercados) e pela eficácia dos controles administrativos (superior nas hierarquias). A tabela abaixo, sugerida pelo autor, ilustra essa distinção:

Depois de inúmeros ataques à formulação de um *continuum* entre mercados e hierarquias,⁶⁴ Williamson apresenta, em 1991, os primeiros resultados de uma tentativa de particularização teórica daquilo que chamaria de “organizações híbridas”.⁶⁵ Orientadas por uma estrutura própria, sujeita a barganhas (mas não as mesmas barganhas verificadas em estruturas de mercado) cujas controvérsias (mas não propriamente lides) são, em geral, subtraídas da jurisdição estatal (seja por mecanismos arbitrais, seja por modelos

		Mercado	“Zona cinzenta”	Hierarquia
Instrumentos	Intensidade de incentivos	++	+	0
	Controles administrativos	0	+	++
Desempenho	Adaptação autônoma	++	+	0
	Adaptação cooperativa	0	+	++
	Direito dos contratos	++	+	0

Tabela 1: Instrumentos de controle e desempenho. Adaptado de Oliver E. Williamson, *Comparative Economic Organization: the Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 281.

59. Oliver E. Williamson, “Revisiting Legal Realism: the Law, Economics, and Organization Perspective”, in *Industrial and Corporate Change* 5 (1996), 383-420.

60. Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism* (1985), Free Press.

61. Oliver E. Williamson, *Mechanisms of Governance* (1999), Oxford University Press. Por último, v. “Transaction Cost Economics: the Natural Progression”, in *American Economic Review*, 100 (2010), 673-90.

62. Friedrich Hayek, “The Use of Knowledge in Society”, in *American Economic Review* 35 (1945).

63. Chester Barnard, *The Functions of the Executive* (1938; 1962).

64. Cf. Walter W. Powell, “Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization”, in *Research in Organizational Behavior* 12 (1990), 295-336.

65. Oliver E. Williamson, “Comparative Economic Organization: the Analysis of Discrete Structural Alternatives”, in *Administrative Science Quarterly* 36

de resolução de conflitos particulares), essas organizações apresentariam traços irreduzíveis aos extremos dos mercados e das hierarquias, demandando, por isso, tratamento particularizado no campo econômico. Sua

preferência, de resto, poderia ser aferida em função da especificidade de ativos (no gráfico abaixo, a abscissa) e dos custos de governança envolvidos em sua gestão (a ordenada):

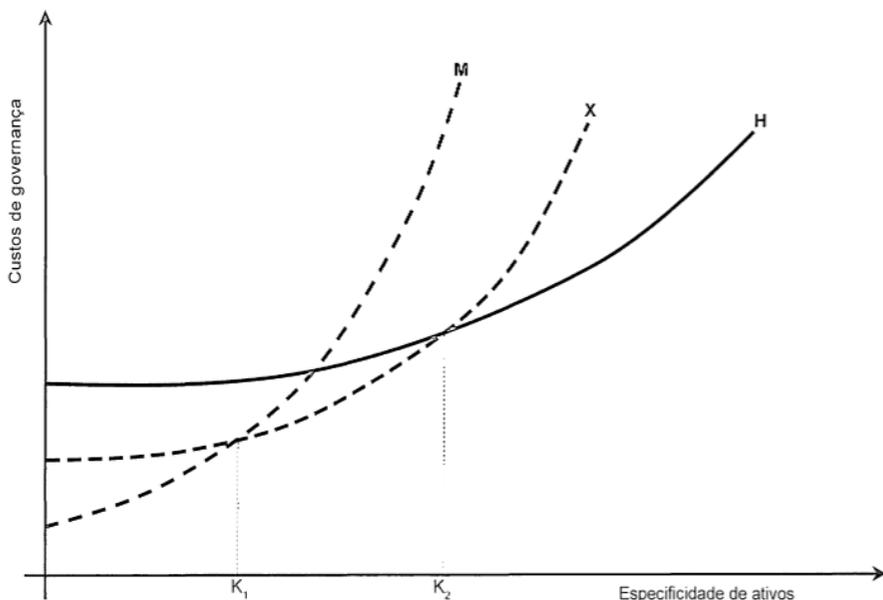


Gráfico 2: relação entre custos de governança e especificidade de ativos. Adaptado de Oliver E. Williamson, “Comparative Economic Organization: the Analysis of Discrete Structural Alternatives”, in *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 284.

Encaradas como uma estrutura de governança particular, as organizações híbridas não podem ser reduzidas à atipicidade (que ainda representa, viu-se acima, o traço comum de seu tratamento doutrinário), tampouco podem ser assimiladas a uma “zona cinzenta” indiferenciada entre os modelos jurídicos clássicos. Ainda menos correto seria seu abandono à disciplina econômica, formalmente alheia aos sentidos encampados pelo direito. O desafio, aqui, é explicitar,

crítico ou mesmo definir (i.e., constituir) as práticas abarcadas pela categoria proposta por Williamson, traduzindo-a para o direito sem perder de vista suas particularidades no campo econômico.

Conclusão

Identificados e disciplinados como um par estanque, contratos e sociedades pautaram as reflexões no campo do direito comercial ao longo do século XIX e durante boa parte do século XX. Definidos a partir de conceitos-chave plurívocos, embora compartilhados, seus campos permaneceram razoavelmente distintos até a difusão dos processos de desverticalização, i.e., de reorganização da

(1991), 269-296. Embora a articulação das estruturas híbridas de governança seja recente há quem identifique nas Companhias das Índias Orientais seu modelo primitivo: Louis Meuleman, *Public Management and the Metagovernance of Hierarchies, Networks and Markets* (2008), Physica-Verlag, 15.

cadeia produtiva a partir de contratos celebrados entre agentes independentes, e não mais a partir da coordenação de setores submetidos a uma mesma estrutura societária.

Contratos, sociedades, mercados e hierarquias, assim, deixaram de dar conta, isoladamente, das formas organizacionais adotadas pelos agentes econômicos. Passou-se a aventar a possibilidade de des-diferenciação do direito dos contratos, ao mesmo tempo que, na prática, novos negócios passaram a ser organizados ao arpejo das estruturas contratuais e societárias estipuladas na legislação estatal. No plano econômico, o reconhecimento das organizações híbridas pela ECT (capitaneada, em sua maturidade, pelos trabalhos de Oliver Williamson) sinalizou para a possibilidade de uma terceira via entre as antigas organizações pautadas pelo mercado e pela hierarquia. As organizações híbridas surgem, assim, como um modelo específico de governança, irredutível aos modelos arquetípicos da troca e da cooperação.

A ECT parece ter explicitado os fundamentos econômicos dessa terceira via de modo razoavelmente satisfatório. Seus desdobramentos parecem direcionar-se à definição empírica dos fatores que estimulam ou desestimulam a adoção das organizações híbridas, sempre tomando por critério as vantagens dessa estrutura. O “trabalho sujo” – i.e., a definição das hipóteses de abuso de poder, de coletivização da responsabilidade, de transferência indevida de riscos a terceiros, e assim por diante – parece ter sido deixado para os juristas.⁶⁶ Uma doutrina que se pretenda útil à realidade contratual contemporânea não pode se furtar a essa tarefa.

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. vol. II (1965; 4ª ed., 1986). Rio de Janeiro, Forense.

66. A sugestão é de Gunther Teubner, “Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks”, in Thomas Wilhelmsson, Perspectives of Critical Contract Law (1993), 230.

ASCARELLI, Tullio. “O contrato plurilateral”, in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado* (1945). São Paulo, Saraiva.

ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa* (1943). Trad. Fábio Konder Comparato. *Perfis da empresa*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 104 (1996).

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial)* (1986). Tese de Titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia* (1974; 4ª ed., 2002; 2008). São Paulo, Saraiva.

BARNARD, Chester. *The Functions of the Executive* (1938; 1962). Cambridge, Harvard University Press.

BATISTA, Luiz Olavo. “A joint venture: uma perspectiva comparatista”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 42 (1981).

BETTI, Emilio. *Lezioni di diritto romano (rischio contrattuale – atto illecito – negozio giuridico)* (s.d.). Milano, Giuffrè.

_____. *Teoria generale del negozio giuridico* (1943). Torino, Utet.

BUCKLAND, William Warwick; McNAIR, Arnold Duncan. *Roman Law & Common Law. A Comparison in Outline* (1936). Cambridge, Cambridge University Press.

COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*, in *Economica* 4 (1937).

COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts* (1999). Oxford, Oxford University Press.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa* (1970). São Paulo, Ed. RT.

_____. “Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?”, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 18 (1975).

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos* (2000). Coimbra, Almedina.

DURKHEIM, Émile. *De la Division du Travail Social* (1893). Trad. George Simpson. *The Division of Labour In Society* (1964). New York, Free Press.

FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de distribuição* (2005; 2ª ed., 2008). São Paulo, Ed. RT.

- _____. *Os fundamentos do antitruste* (1998; 4ª ed., 2010). São Paulo, Ed. RT.
- _____. *Teoria geral dos contratos empresariais* (2010; 2ª ed., 2011). São Paulo, Ed. RT.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. “Empresa, empresário e estabelecimento. A nova disciplina das sociedades”, in *Revista do Advogado* 71 (2003).
- GALGANO, Francesco. “Negozio giuridico (dottrine gen.)”, in *Enciclopedia del diritto*. vol. XXVII (1977). Milano, Giuffrè.
- GILMORE, Grant. *The Death of Contract* (1974; 1995). Ohio, Ohio State University.
- GOMES, Orlando. *Contrato de adesão* (1972). São Paulo, Ed. RT.
- GORDLEY, James. *Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment* (2006). Oxford, Oxford University Press.
- HAYEK, Friedrich. “The Use of Knowledge in Society”, in *American Economic Review* 35 (1945).
- HEENEN, Jacques. “Partnership and Other Personal Associations for Profit”, in CONARD, Alfred; VAGTS, Detlev. *International Encyclopedia of Comparative Law*. vol. 13, parte 1 (1974). Tübingen, Mohr Siebeck.
- HODGSON, Geoffrey; GINDIS, David. “An Interview with Oliver Williamson”, in *Journal of Institutional Economics* 3 (2007).
- HOVENKAMP, Herbert. “Antitrust Policy after Chicago”, in *Michigan Law Review* 84 (1985).
- HUCK, Hermes Marcelo. *Pactos societários leoninos*, in *Revista dos Tribunais* 760 (1999).
- IRTI, Natalino. “Il negozio giuridico come categoria storiografica” (1990), in *Lecture bettiane sul negozio giuridico* (1991). Milano, Giuffrè.
- _____. “L’età della decodificazione vent’anni dopo” (1998), in *L’età della decodificazione* (1979; 4ª ed., 1999). Milano, Giuffrè.
- _____. “Teoria generale del diritto e problema del mercato”, in *Diritto ed Economia* (1999). Padova, Cedam.
- KESSLER, Friedrich. “Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract”, in *Columbia Law Review* 43 (1943).
- KNIGHT, Frank H. *Risk, Uncertainty, and Profit* (1921; 1965), New York, Harper & Row.
- LARENZ, Karl. *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten* (1956). Trad. Alessandro Hirata. “O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico”, in *Revista Direito GV* 3 (2006).
- _____. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960; 6ª ed., 1991). Trad. José Lamego. *Metodologia da Ciência do Direito* (1992; 6ª ed., 2012). Lisboa, Calouste Gulbenkian.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e economia: os caminhos do debate*, in LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua. *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*. L. 1 (2012). São Paulo, Saraiva.
- _____. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro* (2013). Tese de Titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e a defesa do consumidor* (1998; 2ª ed., 2006). São Paulo, Ed. RT.
- MACNEIL, Ian R. “Reflections on Relational Contract Theory after a Neo-classical Seminar”, in CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts* (2003). Oxford (Oregon), Hart.
- MÉNARD, Pierre. “Plural Forms of Organization: Where Do We Stand?”, in *Managerial and Decision Economics* 34 (2012).
- MEULEMAN, Louis. *Public Management and the Metagovernance of Hierarchies, Networks and Markets* (2008). Heidelberg, Physica-Verlag.
- MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *The Company: a Short History of a Revolutionary Idea* (2003). New York, Modern House.
- MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. “The New Legal Realism”, in *University of Chicago Law Review* 75 (2008).
- NORTH, Douglass C. “Law and economics in historical perspective”, in CAFAGGI, Fabrizio; NICITA, Antonio; PAGANO, Ugo. *Legal Orderings and Economic Institutions* (2007). London, Routledge.
- PIORE, Michael J.; SABEL, Charles F. *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity* (1984). New York, Basic Books.

- PORTER, Michael. *On competition* (1998). Cambridge, Harvard University Press.
- POSNER, Richard A. "The New Institutional Economics Meets Law and Economics", in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1993).
- POWELL, Walter W. "Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization", in *Research in Organizational Behavior* 12 (1990).
- RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept* (1980). Paris, Presses Universitaires de France.
- RICOEUR, Paul. "Practical Reason", in *From Text to Action* (1991). Evanston, Northwestern University Press.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)", in *Revista dos Tribunais* 891 (2010).
- ROPPO, Enzo. *Il contratto* (1977). Trad. Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes. *O contrato* (2008; 2009). Coimbra, Almedina.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. "O que é pesquisa em direito e economia", in *Cadernos Direito GV* 22 (2008).
- _____.; Silva Filho, Osny da. *Elasticity, Incompleteness, and Constitutive Rules* (2013). Disponível em <http://clsbluesky.law.columbia.edu/>, acesso 26.7.2013.
- SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté* (contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand – art. 116 à 144) (1901). Paris, Pichon.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia* (2010). São Paulo, Saraiva.
- SEARLE, Jonh R. *Making the Social World. The Structure of Human Civilization* (2010). Oxford, Oxford University Press.
- _____. *Speech Acts: an Essay in the Philosophy of Language* (1969). Cambridge, Cambridge University Press.
- STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico* (1947). Padova, Cedam.
- TAUBMAN, Joseph. "What Constitutes a Joint Venture", in *Cornell Law Quarterly* 41 (1956).
- TEUBNER, Gunther. "Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks", in WILHELMSSON, Thomas. *Perspectives of Critical Contract Law* (1993). Aldershot, Dartmouth.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos* (1995). Coimbra, Almedina.
- WILLIAMSON, Oliver E. "Comparative Economic Organization: the Analysis of Discrete Structural Alternatives", in *Administrative Science Quarterly* 36 (1991).
- _____. "Economies as an Antitrust Defense: the Welfare Trade-Offs", in *American Economic Review* 58 (1968).
- _____. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications* (1975). New York, Free Press.
- _____. *Mechanisms of Governance* (1999). Oxford, Oxford University Press.
- _____. "Opening the Black Box of Firm and Market Organization: Antitrust", in BJUGGREN, Per-Olof; MUELLER, Dennis C. *The Modern Firm, Corporate Governance and Investment* (2009). Northampton, Edward Elgar.
- _____. "Revisiting Legal Realism: the Law, Economics, and Organization Perspective", in *Industrial and Corporate Change* 5 (1996).
- _____. *The Economic institutions of Capitalism* (1985). New York, Free Press.
- _____. "Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics", in *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 149 (1993).
- _____. "Transaction Cost Economics: The Natural Progression", in *American Economic Review*, 100 (2010).
- ZANETTI, Cristiano de Souza. *Direito contratual contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação* (2008). São Paulo, Método.