

Contratos empresariais

Em busca de uma nova teoria contratual baseada em soluções organizacionais

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

O objetivo do presente artigo é apontar que o atual tratamento jurídico dos contratos, ao não ter como foco as soluções organizacionais, vem se tornando progressivamente inadequado ou obsoleto diante de contratos cada vez mais sofisticados, funcionalmente inovadores e com pretensões de estabilidade e longa duração.

Para entender a controvérsia, é importante destacar que a teoria contratual clássica, elaborada no século XIX, tinha como paradigma uma noção muito peculiar de contrato, traduzida nos códigos da época: o contrato de troca ou intercâmbio, assim entendido o contrato em que os interesses das partes são contrapostos e o equilíbrio contratual decorre precisamente desta circunstância.

Tal pressuposto, aliado às ideias liberais de que o contrato deveria ter eficácia de lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e que a justiça dos contratos seria inerente ao próprio mecanismo contratual, possibilitou uma regulação jurídica própria, que procurava assegurar o cumprimento dos comportamentos livremente negociados pelas partes, restringindo consideravelmente a intervenção estatal no conteúdo dos pactos. Segurança jurídica e previsibilidade eram essencialmente os objetivos a serem buscados no tratamento jurídicos dos contratos.

Ocorre que muitas dessas variáveis, que deram ensejo ao que ora se chama de teoria clássica do contrato, foram sofrendo intensas modificações, especialmente a partir do século XX, momento a partir do qual cada vez mais surgem distintos contratos, dentre os quais se destacam aqueles em que os interesses entre as partes não são antagônicos, mas, pelo contrário, total ou parcialmente convergentes.

Embora a distinção entre contratos de troca e contratos de cooperação não seja nova¹, o único contrato de cooperação com efetiva importância no século XIX era o contrato de sociedade. Criou-se na época, portanto, uma cisão entre o Direito Societário, que cuidava do contrato de sociedade², e o Direito Contratual, que tratava dos demais contratos.

Dessa separação decorreu igualmente a dicotomia entre a empresa (organização) e o mercado (ausência de organização)³, o que fazia com que o Direito Societário cuidasse da primeira a partir de um enfoque estrutural, partindo da premissa de que a sociedade empresária era o instrumento por excelência para a organização da direção inerente à empresa. Já o Direito Contratual trataria das relações de mercado, partindo da premissa de que todos os demais contratos, por serem predominantemente de troca, não envolveriam nenhum elemento estrutural ou organizacional mais pronunciado.

Outra importante diferença é que os contratos de sociedade, por serem considerados plurilaterais, admitiam um número ilimitado de partes, que procuravam cooperar por um período muitas vezes indeterminado⁴. Daí a importância de organizar a estrutura deste contrato, a começar pelo ingresso e saída das partes, bem como as formas de tomada de decisão e solução de impasses, a fim de assegurar a estabilidade do arranjo contratual diante de um futuro que nem sempre poderia ser facilmente previsto.

Nesse sentido, a experiência da regulação jurídica das sociedades mostra que cooperação por longo prazo normalmente requer e pressupõe a criação de uma organização que lhe dê suporte, já que seria inimaginável que todo impasse decorrente de um contrato desse tipo tivesse que ser resolvido por meio de uma intervenção do Poder Judiciário. Aliás, não é coincidência que, quanto maior o porte e a complexidade da atividade empresarial, maior é o aparato organizacional do modelo societário que lhe é mais compatível.

Já regulação jurídica dos contratos bilaterais clássicos – entre duas partes com interesses opostos – era concentrada essencialmente nos

¹ Ver, nesse sentido, JHERING, Rudolf von. *L'évolution du droit*. Paris: Marescq, 1901. pp. 85-87.

² Obviamente que, com tal observação, não se quer excluir do objeto do Direito Societário as sociedades chamadas não contratuais ou institucionais.

³ Ver: WILLIAMSON, Oliver. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. Nova Iorque: Macmillan, 1975.

⁴ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945. pp. 255-312.

comportamentos, partindo da premissa de que o vínculo entre as partes era normalmente ocasional e que, mesmo quando envolvesse uma maior interação entre as partes ou fosse de longo prazo, ninguém melhor do que as próprias partes para disciplinarem seus comportamentos futuros, dentro do que razoavelmente poderiam prever.

O que a realidade do século XX mostrou é que, entre os contratos de troca e os contratos de sociedade, existe uma multifacetada miríade de contratos. Alguns deles são muito semelhantes aos de sociedade, como os contratos de cooperação ou associativos, dentre os quais se encontram *joint ventures*, parcerias e alianças⁵. Outros, a exemplo dos chamados contratos híbridos, categoria na qual se encontram praticamente todos os contratos empresariais de longa duração⁶, apresentam simultaneamente elementos de cooperação mas também de troca, normalmente decorrentes de arranjos contratuais que se pretendem estáveis por um bom período de tempo.

Esses dois grandes grupos de contratos, por se basearem em um grau de cooperação muito superior ao dos contratos de troca, não podem dispensar soluções organizacionais que possibilitem às partes readequar o conteúdo do contrato, renegociar seus termos, tomar decisões futuras e lidar com um futuro cada vez mais imprevisível e incontrolável. Em razão de uma cooperação que precisa se estabilizar no tempo, tão ou até mais importante do que a segurança e a previsibilidade são a flexibilidade e a adaptabilidade do vínculo contratual.

Não é sem razão que muitos destes contratos costumam ser intencionalmente incompletos⁷, já que as próprias partes têm consciência da impossibilidade de prever razoavelmente tudo o que poderá ocorrer no futuro. Uma coisa é certa: a regulação dos contratos de cooperação precisa ter por premissa o interesse das partes na sua manutenção, evitando ou atenuando o excesso de oportunismo por qualquer delas e considerando a resolução como a última alternativa.

Entretanto, todos esses contratos, associativos ou híbridos, hoje estão em um verdadeiro limbo jurídico, já que nem o Direito Societário nem o Direito Contratual contemplam suas peculiaridades. Com efeito, o primeiro apresenta

⁵ FRAZÃO, Ana. *Joint ventures contratuais*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 207, p. 187-211, 2015.

⁶ Ver: FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 150-160.

soluções organizacionais muitas vezes incompatíveis com a fluidez e a flexibilidade que tais contratos normalmente requerem, sendo muito “pesadas” mesmo para os contratos associativos e, com maior razão, para os híbridos. Já o segundo não apresenta soluções organizacionais que possibilitem a manutenção e a adaptação do vínculo, tendo ainda como agravante o fato de a resolução do contrato ser muitas vezes a forma usual de se resolver impasses.

Por outro lado, soluções tradicionais, como a da onerosidade excessiva, nem sempre serão suficientes para lidar com adaptações futuras, seja em razão de seus pressupostos rígidos⁸, seja porque o remédio usual acaba sendo a resolução do contrato e não a sua manutenção. Por mais que a doutrina venha acertadamente defendendo a existência do dever de renegociar, como um corolário da boa-fé objetiva⁹, é inequívoco que esta solução tem limites, bastando que uma das partes se recuse formalmente à proposta de renegociação para que o impasse seja mantido.

Tais circunstâncias mostram claramente que, até mesmo em contratos de troca de longa duração, as soluções tradicionais da onerosidade excessiva, mesmo que interpretada à luz da boa-fé objetiva, podem ter claras limitações se não estiverem acompanhadas de soluções organizacionais voltadas para a contenção do oportunismo e para assegurar mecanismos de efetiva deliberação e solução de controvérsias. Mesmo cláusulas de renegociação ou *hardship*, se não acompanhadas dos devidos mecanismos de *enforcement*, podem ter eficácia extremamente limitada.

Todos esses fatores mostram que, em vários aspectos, a regulação jurídica dos contratos precisa urgentemente se voltar para as soluções organizacionais. Isso provavelmente exigirá uma total reformatação do nosso Direito dos Contratos, aproximando-o do Direito Societário, na medida em que ambos terão que contar com soluções organizacionais, ainda que em graus diversos.

E nem se afirme que tal pretensão hoje seria desnecessária diante dos constantes avanços dos meios alternativos de solução de litígios, como é o caso da arbitragem. Aliás, em que pese a cláusula compromissória poder ser vista, ela própria, como importante solução externa de governança contratual, defende-se

⁸ SCHREIBER, Anderson. Existe um dever de renegociar? *Revista do advogado*. v. 36, n. 131, pp. 21-30, out. 2016.

⁹ SCHREIBER, Op. cit.

aqui que podem e devem ser pensadas outras soluções internas de governança, bem como soluções externas que possam ser mais maleáveis, menos custosas e mais rápidas do que a própria arbitragem.

Para isso, haverá necessidade de uma considerável adaptação da doutrina, a fim de criar uma teoria contratual sólida que possa dar suporte às soluções de governança baseadas na organização¹⁰. Até mesmo a intervenção do legislador talvez seja necessária, nem que por meio de regras supletivas, que criem mecanismos organizacionais a serem aplicados quando os contratos forem omissos.

Uma coisa é certa: há que se superar a visão tradicional do contrato, ampliando-a para abarcar as novas e múltiplas funções que os contratos assumem na atualidade e para viabilizar, por meio de soluções organizacionais, a manutenção e a adaptação do vínculo contratual sempre que isto for possível.

Publicado no portal Jota em 4 de outubro de 2017.

Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-empresariais-04102017>

¹⁰ Para esforço de sistematização dogmática dos contratos híbridos, ver: PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico: aspectos dogmáticos e a postura do CADE no caso Monsanto. (Monografia). Brasília: Universidade de Brasília, 2017.