

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 20

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

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2017

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), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ) e Tula Wesendonck (UFRGS).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

**MOREIRA MENEZES . MARTINS**
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 20 (janeiro/junho 2017)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

REDES CONTRATUAIS E OPERAÇÕES ECONÔMICAS: ANÁLISE DA ESTRUTURA DO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA E DOS CONTRATOS DE TURISMO¹

**CONTRACTUAL NETWORKS AND ECONOMIC TRANSACTIONS:
AN ANALYSIS OF THE STRUCTURE OF THE ELECTRICAL
ENERGY MARKET AND OF TOURISM CONTRACTS**

Gabriel de Almeida Barreto

Resumo: Diante da dificuldade em conceituar dogmaticamente as redes contratuais, o presente artigo pretende analisar dois segmentos distintos de mercado, nos quais a organização dos agentes econômicos apresenta algumas das características usualmente associadas com as redes contratuais, mas em que se desenvolve uma solução mais completa aos problemas jurídicos a partir da fusão de conceitos dos subsistemas do direito regulatório e do direito dos contratos, distinta da abordagem tradicional. No primeiro exemplo, são apresentados os ambientes disponíveis para contratação no mercado de energia elétrica e aos quais os agentes econômicos podem aderir. No segundo exemplo, discutem-se julgados do Superior Tribunal de Justiça relacionados com contratos de turismo e que debatem a responsabilização de intermediários e de terceiros pelas falhas na prestação de serviços aos consumidores. A partir das dinâmicas distintas desses mercados, pretende-se evidenciar algumas das dificuldades

¹ Artigo recebido em 19.10.2018 e aceito em 13.12.2018.

em lidar com as redes contratuais e com as especificidades de cada segmento de mercado que utilize formas de organização em rede, bem como fornecer hipóteses para a solução dos problemas de responsabilidade civil advindos da ausência de um conceito legal para estes fenômenos.

Palavras-chave: Redes contratuais. Contratos empresariais. Mercado de energia elétrica. Contratos de turismo. Responsabilidade civil.

Abstract: Due to the difficulty of dogmatically construing the meaning of contractual networks, this paper analyses two different market segments, in which the organization of economic agents displays some of the features usually attached to the contractual networks, but where more complete solutions to legal problems are developed, through the merger of concepts from the regulatory and contractual laws, differently from the traditional approaches. In the first case, we analyze the contracting environments in the electrical energy market, to which economic agents may adhere. In the second case, we discuss some rulings from the highest court for non-constitutional issues related to tourism contracts, which debate the civil liability of intermediates and third parties due to failures to perform to consumers. Based on the different dynamics of these markets, we intend to demonstrate some of the difficulties in dealing with contractual networks and to markets that use network-like organizations, as well as to formulate some hypothesis for the solution of civil liability problems arising from the lack of a legal concept for the network phenomena.

Keywords: Contractual networks. Commercial agreements. Electrical energy market. Tourism contracts. Civil liability.

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito de redes contratuais. 3. Problemas teóricos, dogmáticos e características das redes. 4. Redes contratuais e contratos coligados. 5. As redes

contratuais no mercado de energia elétrica. 6.
As redes contratuais no mercado de turismo.
7. Conclusão.

1. Introdução.

As redes contratuais empresariais constituem fenômeno que, embora presente na realidade empresarial desde o surgimento do direito comercial, começou a ser tratado de forma dogmática há apenas pouco tempo. Embora a literatura econômica já tenha se ocupado anteriormente das redes, no campo jurídico esta discussão é ainda mais fresca e apresenta um campo fértil para novas ideias.

Estamos diante de uma rede de contratos quando verificada a existência de um conjunto de negócios que parecem estar ligados entre si por alguma finalidade comum, o qual faz pressupor a existência de um interesse da rede, em soma ao interesse das partes de cada um dos contratos que a formam. Apesar da definição simplificada e de algumas características comuns, usualmente apontadas pela doutrina, a operação dos diversos segmentos de mercado sugere que estamos em um mar aberto cheio de questionamentos e poucas respostas.

Deste contexto emerge a necessidade de se elaborar estudos como este, que buscam delimitar dogmaticamente este fenômeno complexo, trazendo-o ao sistema jurídico de forma a torna-lo palpável e modelável para os profissionais do mundo jurídico, procurando entender as repercussões ou aceitação desses conceitos e características na prática da resolução de conflitos.

Para tanto, devido à dificuldade de se encontrar a natureza jurídica do instituto, este artigo pretende explorar alguns exemplos de mercados em que as redes aparecem de forma clara, e nos quais estruturas de governança específicas foram modeladas para lidar com problemas como o interesse da rede, a responsabilidade da rede com relação a terceiros, a responsabilidade entre elos distantes da mesma

rede e os mecanismos de solução de controvérsias intra-rede e extra-rede.

Primeiramente, tentaremos oferecer definições gerais e importadas do cenário econômico acerca das redes, bem como algumas explicações e hipóteses sobre a sua origem enquanto estrutura econômica. Em seguida, passaremos às dificuldades em se encontrar uma definição legal do conceito de redes comerciais, e os problemas teóricos e dogmáticos advindos de uma importação indevida de um conceito não jurídico.

A seguir, como já adiantado, nos focaremos em exemplos específicos de mercados nos quais as redes ocorrem. O primeiro destes mercados é o de energia elétrica, que envolve uma multiplicidade de atores e mecanismos específicos de governança da rede, editados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. O segundo mercado é o de turismo – nele, as diversas prestações de diversos agentes econômicos são centralizadas na figura da agência de viagens, cuja responsabilidade perante os terceiros prestadores de serviços e perante os consumidores (que normalmente não possuem vínculo contratual com os terceiros) resultam numa série de julgados distintos.

Por fim, tentaremos estabelecer algumas linhas gerais de como podemos entender juridicamente as redes contratuais e como os casos específicos podem nos fornecer pistas sobre como lidar adequadamente com a formatação e resolução de disputas relacionadas a este fenômeno.

2. O conceito de redes contratuais.

Um primeiro problema aos juristas que desejam lidar com as redes contratuais é a dificuldade de encontrar um conceito jurídico para elas. Como se sabe, ao se deparar com um fenômeno social desconhecido, todo jurista se preocupa em prontamente traduzi-lo a uma linguagem atinente ao sistema jurídico, dando-lhe uma roupagem conhecida por meio da indagação de sua natureza jurídica.

Ocorre que, no campo das redes contratuais, a natureza jurídica parece ser de difícil, senão impossível, definição. Isto porque as redes constituem um fato socioeconômico complexo, que envolve demandas paradoxais do mercado unificadas em uma mesma realidade contratual. Mais do que isto, as redes podem se manifestar contratualmente de formas extremamente diversas, como as redes de distribuição, contratos de franquia, *joint ventures*, contratos de parceria, contratos de aliança, consórcios, entre tantos outros, tornando difícil a delimitação de um conceito que consiga abarcar todos estes tipos contratuais diversos.²

Como bem aponta Gunther Teubner,³ rede contratual não seria, *per se*, um conceito jurídico, mas sim o resultado de uma estrutura geralmente estabelecida por meio de contratos bilaterais que dá origem a efeitos multilaterais. Neste sentido, as redes não se encaixariam nem na categoria dos mercados (contratos bilaterais, em que há interesses opostos entre as partes, uma contraprestação que corresponde a uma prestação, relações de troca), nem tampouco na categoria das organizações (que nascem de contratos multilaterais, em que há um interesse comum, no qual todas as prestações se destinam a um mesmo objetivo, relações de hierarquia).

De acordo com o autor, qualquer tentativa de subsumir as redes dentro de conceitos tradicionais do direito privado seria inexoravelmente falha, pois acabaria por reprimir estas demandas paradoxais que ampliam a complexidade das redes, dando a elas a sua importância particular. Estas demandas ambivalentes (ou *double attribution* como define Teubner)⁴ entre coordenação de um lado e competição

2 FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: RT, 2015, p. 73.

3 TEUBNER, Gunther. *Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organisation*. Stanford: Stanford University Press, 2006, p. 3-30.

4 *Idem*, p. 4 e p. 16-17.

do outro, são centrais à sobrevivência do negócio, e por isso mesmo não podem ser reprimidas por conceitos rígidos.

Assim, o sistema do direito societário seria inadequado, já que não serve à estrutura descentralizada de redes. As empresas são baseadas em estruturas hierárquicas, que pressupõem a existência de cooperação dos agentes em torno de um objetivo comum.

Dado o individualismo de e competição entre alguns “nós” das redes, o direito dos contratos seria a área sistemática mais correta, mas deveria ser transformada para se adequar às oportunidades e riscos das redes. Ademais, a presença de relações de restrições verticais geraria problemas com a identificação aos contratos, que tradicionalmente pressupõe uma relação paritária (ou ao menos sem relações de hierarquia).

Por outro lado, a criação de uma categoria única para o termo “rede” tampouco pareceria apropriada para desempenhar a função de um conceito legal técnico, já que o fenômeno redes atravessa conceitos diversos do direito privado (como direito dos contratos, direito societário, responsabilidade civil) e poderia tomar forma de vários tipos contratuais.

Sem dúvidas, essa dificuldade dogmática acaba por gerar enormes frustrações aos juristas que, sem saber qual a natureza jurídica do fenômeno que lhes é entregue, devem aprender a lidar com as definições e linguagens dadas por outros campos da ciência.

Sob uma perspectiva econômica, as redes seriam constituídas majoritariamente pelos denominados “híbridos” contratuais, por meio do qual empresas, de forma independente, se unem em torno de um determinado fim econômico, através de diversos contratos bilaterais ou multilaterais.

Ronald Coase, no quadro da Nova Economia Institucional,⁵

5 COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: Chicago University Press, 1990.

buscou explicar o surgimento das empresas por meio de uma indagação dos fatores que levariam agentes econômicos racionais a se organizarem de maneira hierárquica para produzir um bem ou serviço. De acordo com o autor, a existência de empresas e mercado seria regulada pelos denominados “custos de transação”. Assim, caso os custos de transação de determinado bem fossem superiores ao custo burocrático de produzir o mesmo bem dentro da empresa, esta optaria por produzi-lo internamente. Caso o contrário, o agente econômico realizaria uma transação no mercado para adquirir o mesmo bem de outra empresa.

Embora inovadora (e embora tenha provido um ferramental econômico importante para analisar o surgimento das empresas), o autor não chegou a tratar do fenômeno dos contratos “híbridos”, ou seja, aqueles que se localizam entre o mercado e as hierarquias. Tal tarefa coube ao seu aluno, Oliver Williamson,⁶ que parece ter chegado a respostas bastante convincentes.

Segundo este autor, haveria alguns fatores determinantes para a escolha de estruturas de governança pelos agentes econômicos, quais sejam: o grau de especificidade dos ativos, de incerteza e de frequência de uso/produção/demanda do bem. Some-se a estes determinantes a presença constante de dois pressupostos comportamentais, o oportunismo, e a racionalidade limitada dos agentes econômicos. No entanto, de todos estes fatores o mais importante seria a especificidade dos ativos.

Uma análise schumpeteriana parece corroborar a tese de Williamson: a busca pela inovação do mercado parece gerar a necessidade de superação dos esquemas tradicionais contratuais. A inovação constante pressupõe um modo de organização do sistema capitalista contemporâneo diverso daquele regulado pelo direito comercial clás-

6 WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nova York: Free Press, 1985, p. 15-67.

sico, enquanto aumenta-se a especificidade e inventividade dos ativos a serem produzidos.

De fato, ao observamos exemplos de indústrias nos quais há uma complexidade das necessidades dos agentes, sobretudo tecnológica, a existência de produtos baseados em alto grau de conhecimento provoca uma incerteza dos agentes econômicos sobre o futuro do mercado. Nestes casos, há uma pressão por produtividade, baixos custos e flexibilidade (a chamada *client-specific mass production*), e as redes costumam estar presentes por permitirem uma especialização flexível.

3. Problemas teóricos, dogmáticos e características das redes.

O primeiro problema ao nos deparamos com as redes contratuais é a necessidade de definição jurídica deste conceito. Ou seja: analisar como o sistema jurídico se apropria deste fenômeno e o traduz para o seu sistema de linguagens próprio. Para tal, é essencial dissecar algumas das características principais das redes.

As redes contratuais ocorrem através de: (i) um conjunto de contratos bilaterais ou multilaterais; (ii) geralmente quando há uma relação duradoura, estável e de longo prazo entre as partes, com intensa colaboração e interdependência; (iii) na qual a eficiência e sucesso produtivo dependem de uma certa cooperação e confiança; (iv) entre partes que, embora sejam membros da rede, possuem personalidade jurídica autônoma e auferem lucros separados e individuais; e (v) mas que comungam de um propósito comum de sucesso da atividade global.⁷

Mais do que isto, os efeitos de cada contrato, individualmente considerados, repercutem, mesmo de que maneira indireta, nos de-

7 FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: RT, 2015, p. 73.

mais contratos coligados em rede. Assim, acaba havendo uma coordenação de contratos diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexos econômico, funcional e sistemático.

No entanto, uma rede de contratos não se confunde com um simples conjunto de contratos ou com uma pluralidade de contratos. É necessário que entre os dois ou mais contratos que formam o sistema exista um vínculo funcional, um nexos objetivo, que justifique a percepção de uma rede: a ligação entre os diversos contratos deve refletir uma mesma operação econômica que é propiciada ou potencializada pela união referida.⁸

Estas características dão origem a formações empresariais complexas, em que controle, competição, cooperação, independência, mercados, empresas, hierarquia, restrições verticais, e tantas outras características aparentemente opostas devem conviver.

Assim, parece absurdo tentar subsumir esta categoria tão abrangente e fascinante dentro das categorias tradicionais contratuais. Isto porque a classificação convencional do direito dos contratos pode servir para obstruir a regulação coerente e efetiva dos eventos sociais. Ao determinar-se que as redes pertencem a um subsistema específico, como o direito dos contratos, as regras aplicáveis à sua disciplina se tornam limitadas, deixando à margem interesses e nuances vistas como irrelevantes a este subsistema.⁹

8 LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: RT, 2003.

9 COLLINS, Hugh. *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 13-28. Nesse sentido, o autor afirma que: “it must be observed, however, that the conventional classifications can also serve to obstruct coherent and effective regulation of social events. The initial determination that a particular subsystem such as the law of contract applies to a particular event has the effect of limiting the operating rules of private law which the courts apply to the event to those contained within the classification. In turn, these operating rules further foreclose factual considerations regarded as relevant to the legal determination”.

Ao que tudo indica, as redes contratuais são um determinado fenômeno que não pode ser lidado com os conceitos tradicionais, uma vez que são mais do que simples relações de mercado, sem, por outro lado, criar verdadeiras relações societárias. Assim, o estabelecimento de redes entre empresas independentes, ao eliminar a distinção entre mercado e hierarquia, contratos e empresas, acaba por causar uma irritação judicial.¹⁰

O termo “redes contratuais” não é um conceito jurídico, mas sim um conceito socioeconômico. Assim, sendo o sistema jurídico normativamente fechado, o direito privado só poderia se desenvolver por meio de sua própria lógica, interna, condicionada à sua própria trajetória.

Conforme ensina Hugh Collins,¹¹ contratos estabeleceriam “sistemas de comunicação independentes” entre indivíduos, dando às partes o poder de criar seu próprio entendimento de como seu relacionamento deverá proceder. Tratar-se-ia de sistema de comunicação, pois ele pensa sobre a relação dos indivíduos de forma particular, construindo uma imagem que reduz a complexidade da relação entre as partes a elementos que tenham significância dentro do quadro contratual, ignorando elementos irrelevantes a ela.

Assim sendo, prossegue o autor, um contrato seria um sistema auto referencial, pois envolve somente seus próprios conceitos doutrinários sobre o que configura um contrato legalmente exequível e suas próprias regras sobre o processo de negociação; e fechado, pois direciona o exame legal dos fatos com base em seus critérios estritos de relevância.¹²

10 TEUBNER, Gunther, op. cit., p. 7.

11 O autor define contratos estabelecendo que eles constroem “discrete communication system between the individuals” e prossegue informando que “the practice of entering contractus, with or without legal recognition, permits individuals to reduce the complexity of social life by selecting certain precise obligations as priorities, and then to discount other more diffuse social expectations” (COLLINS, Hugh, op. cit., p. 25)

12 COLLINS, Hugh. op. cit., p. 13-28. No mesmo sentido, Teubner sugere que “legal operations, by their very operative closure and, as a matter of principle, cannot reach out into the domains

Neste sentido, a importação pura e simples da ideia de “redes contratuais” para o mundo jurídico revela-se equivocada. Conforme descreve Teubner,¹³ o fenômeno das redes “irrita” o judiciário,¹⁴ provocando os juízes a embarcarem em aventuras jurídicas, através das quais situações envolvendo redes são resolvidas de formas pouco convencionais. Uma destas manifestações é a chamada técnica de *piercing the contractual veil*, que contradiz a própria lógica do sistema, na tentativa de imputar responsabilidade à rede pelas ações de algum de seus membros.

No entanto, o autor adverte o perigo das perspectivas legislativa e judicial, por impedirem um tratamento adequado deste fenômeno. Quanto à perspectiva judicial, a sua própria realidade é limitada pela ideia de processos bilaterais, e a impossibilidade de vinculação de terceiros que não fazem parte do processo. Assim, a rede como um todo não é levada em conta na decisão, nem tampouco vinculada a ela. Já a perspectiva legislativa segue orientações políticas, inerentes à realidade de partidos políticos que agem em resposta a lobbies e com uma visão limitada dos problemas sociais reais.

Assim, a perspectiva ideal residiria na chamada “prática social reflexiva”. Sendo o Direito preocupado com orientações normativas,

of non-law. As a result, law can only reconstruct its environment internally through closes self-referential operations. This internal reconstruction of the external world is never identical with the events as they happen in the external world. Even if their substance appears to be identical, they are different because they are recontextualized” (TEUBNER, Gunther. *Alter Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*. In: *Law, Society and Economy*, Richard Rawlings org. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 166).

13 TEUBNER, Gunther. op. cit., p. 3.

14 Nesse sentido, Teubner sugere: “judicial irritation has a double significance. Judges are irritated by networks, and are provoked to respond to anomalies with piercing techniques that contradict the logic of their own system. In turn, judicial precedent on piercing irritates doctrine, which regards such seemingly equity-oriented, ad hoc exceptions to privity of contract as a challenge to the workability of doctrinal concepts. Is traditional doctrine in a position to qualify network phenomena to the extent that simple equitable exceptions can be transformed into conceptually precise legal network rules? Or, is the only source of help here “sociological jurisprudence?” (Ibidem, p. 1)

seria importante o estudo de outras áreas do conhecimento como *business*, *legal economics*, e teoria social, mas sempre voltado às orientações normativas.

As dicotomias entre mercado e hierarquia, cooperação e competição, inerentes ao fenômeno das redes, não podem ser levadas adiante. Elas reprimem o paradoxo essencial às redes, favorecendo uma das orientações e em detrimento da outra.

Assim, não cabe indagar se deve-se aplicar o direito dos contratos, direito societário ou direito regulatório para lidar com as redes, mas sim fazer com que o sistema jurídico promova uma autorreflexão, procurando se reestruturar para acomodar o fenômeno pela construção de novas categorias (seria necessário?) ou reformulação de categorias pré-existentes.¹⁵

Qualquer que seja a solução, deve-se atentar para o fato de que os paradoxos estabelecem uma representação mais complexa do mundo no sistema jurídico. Esta morfogênese do sistema jurídico recria a diversidade externa em suas próprias instituições e funções.

4. Redes contratuais e contratos coligados.

Diante da necessidade de incluir este paradoxo no mundo jurídico, uma alternativa oferecida por Teubner é tentar encaixar as redes no conceito jurídico de contratos coligados. Esta alternativa não foi proposta à toa pelo autor, mas senão por uma razão bastante relevante: ao contrário do Brasil, a Alemanha dispõe atualmente de disciplina legal própria aos contratos coligados, estando definidos juridicamente.

15 Sobre o tema, confira-se: “the two evolutionary mechanism of reconstructing private law doctrine and producing unexpected interpretations of events supply the legal system with its techniques for reconciling the demands of integrity based upon political principle with the need to respect the embeddedness of contractual relations in market conventions and business expectations” (COLLINS, Hugh, *op. cit.*, p. 13-28).

Os contratos coligados podem ser definidos como uma “pluralidade de contratos, que se referem uns aos outros dentro de relações bilaterais ou multilaterais, cuja interconexão gera efeitos legais diretos”.

A unidade econômica de diversos contratos bilaterais é fator determinante para contratos coligados. Assim como os contratos em rede, os contratos coligados convivem com o paradoxo da existência de múltiplos contratos direcionados para um mesmo objetivo econômico, que só pode ser atingido se todos os contratos forem cumpridos, mas que depende da independência legal de cada contrato. Ademais, os contratos coligados contêm referências recíprocas entre si, dando unidade à variedade de contratos bilaterais.

De forma similar, segundo Paula Forgioni,¹⁶ as redes seriam um “conjunto de contratos unidos por um escopo comum; o todo é divisível, visto ser possível destacar uma avença da outra, com execuções independentes”. Assim, tratar-se-iam de definições não muito distantes, já que ambas retratariam o paradoxo entre cooperação e competição, unicidade e bilateralidade. Segundo Teubner, esta realidade das redes seria o exato correlato jurídico da realidade social dos híbridos, sendo adequado como um primeiro passo para o desenvolvimento das redes.

No entanto, como o próprio Teubner deixa entender, a definição de redes contratuais através de contratos coligados constitui somente um primeiro passo à positivação das redes. Isto porque diversas de suas características essenciais ficam de fora da definição, bem como a disciplina da responsabilidade da rede com terceiros, a ideia de responsabilização entre membros da rede, entre outras.

Ademais, no Brasil, a ausência de tratamento específico legal aos contratos coligados faria com que a subsunção das redes à ideia de contratos coligados seja ineficaz e sem propósito. Sendo os con-

16 FORGIONI, Paula, op. cit., p. 72.

tratos coligados um conceito não claramente definido, permaneceria a insegurança jurídica quanto às redes contratuais.

Por fim, contratos em rede atravessam categorias extremamente variadas, como o direito dos contratos, direito societário, responsabilidade civil, direito regulatório, direito concorrencial, entre outros, de forma que a categorização deles enquanto coligados ainda assim reduziria a complexidade das redes ao subsistema de linguagem mais fechado do direito dos contratos.

5. As redes contratuais no mercado de energia elétrica.

As diferentes estruturas e mecanismos do mercado de energia elétrica servem para ilustrar e demonstrar algumas das dificuldades decorrentes das particularidades de segmentos com características típicas das redes contratuais, num ambiente marcado pela multiplicidade de agentes econômicos.

Em decorrência dos seus variados conjuntos de regras, os agentes econômicos do mercado de energia situam-se constantemente entre a regulação e a possibilidade de exercício da autonomia privada, considerando que uma parte significativa das regras existentes se limitam a criar estruturas e mercados nos quais ocorrem as negociações, não estabelecendo modelos ou limites intransponíveis que coíbem a inovação contratual.

De forma simplificada, o mercado de energia elétrica concentra três conjuntos de ambientes de negociação e contratação, cada qual com regras e mecanismos próprios: o ambiente de contratação regulada, o ambiente de contratação livre e o mercado de curto prazo.¹⁷

O ambiente de contratação regulada caracteriza-se por ser o ambiente mais restrito, com regras rígidas de contratação e objetivos

17 TOLMASQUIM, Maurício T. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. Brasília: Empresa e Pesquisa Energética, 2015, p. 105-147, 118-120 e 145-147.

bastante particulares. Sendo o modelo brasileiro resultante do período de deficiência energética no início dos anos 2000, a preocupação principal do sistema é garantir a contratação de montantes mínimos de energia elétrica, criando instrumentos de dissuasão de descumprimentos contratuais e incentivos para a geração de excedentes de energia.¹⁸

Sendo assim, os acordos do ambiente de contratação regulada são decorrentes de Leilões de Energia, em que agentes privados de geração e comercialização de energia celebram contratos de longa duração (usualmente entre 10 e 20 anos) com montantes firmes, anuais de energia elétrica. Nesse caso, a liberdade contratual é bastante restrita e as consequências de inadimplementos são severas:¹⁹ os modelos de instrumentos contratuais preparados pelo Poder Público costumam conter previsões de multas cumulativas, fazendo com que os efeitos de eventual descumprimento tenham repercussões que se prolongam ao longo da execução desses contratos de longa duração.

No ambiente de contratação livre, o nível de liberdade dos agentes econômicos é maior. Nesse caso, a energia é negociada entre agentes do mercado que possuem um grau elevado de autonomia para definir os critérios de contratação, podendo definir, de comum acordo, a quantidade de energia que será negociada, seu preço, forma de entrega ao longo do ano, duração dos contratos, estipular multas pelo descumprimento ou prêmios pela entrega de excedentes, entre outros. A execução do contrato também pode ser mais flexível, com a introdução de mecanismos de opção de compra e de venda de montantes de energia.²⁰

18 ROCHA, Fábio Amorim. *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica – Tomo II*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013, p. 835-839.

19 Regras de Comercialização da CCEE – Módulo 22 e Procedimentos de Comercialização da CCEE – Módulo 6.

20 ROCHA, Fábio Amorim, op. cit., p. 839-843.

Finalmente, o mercado de curto prazo²¹ apresenta um conjunto de regras subsidiárias, que funciona para diminuir os impactos dos inadimplementos dos agentes econômicos nos outros mercados e assegurar o cumprimento do objetivo geral do sistema – o suprimento de energia para o mercado. A sujeição dos agentes ao mercado de curto prazo também não é automática, sendo restrita aos casos de inadimplementos e/ou geração ou consumo de energia excedente que não foi contratada ou vendida no ambiente de contratação regulada e no ambiente de contratação livre. Alguns dos mecanismos do mercado de curto prazo serão detalhados abaixo, como soluções subsidiárias para esses inadimplementos e para lacunas que deixaram de ser reguladas privadamente pelos agentes econômicos.²²

Os três ambientes de regras também contêm um objetivo comum, o interesse geral da rede contratual – a geração e o atendimento de toda a demanda energética do Sistema Interligado Nacional (“SIN”). Apesar de ser um objetivo de interesse público, cada um dos agentes econômicos do mercado de energia também está vinculado com ele: diante dos incentivos à existência de excedentes de energia, a segurança na produção e remuneração de cada um dos contratantes aumenta. Dessa forma, cada um dos contratos bilaterais celebrados acaba se submetendo a um sistema coerente, que precisa ser respeitado.²³

Dessa forma, a atuação dos agentes e sua sujeição aos conjuntos de regras do ambiente de contratação regulada, do ambiente de contratação livre e do mercado de curto prazo demonstra a sua adesão à rede contratual, a aceitação dos seus parceiros contratuais e de uma ordem privada externa:

21 Procedimentos de Comercialização da CCEE – Módulo 5.

22 SILVEIRA, Rodrigo Maito da; VIVAN, Alexei Macorin. *Direito e Energia*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 195-198.

23 *Ibidem*, p. 193-195.

[...] in contractual networks, a heteronymous private order superimposes its demands on autonomous bilateral contracts. The reference of one contract to another entails the inclusive acceptance by the contractual partners of a foreign private order. Each bilateral contract must submit to a coherent overall system that needs to be respected. In practice, contractual conclusion is more or less reduced to a simple decision to enter into a homogeneous private order. Reference to other contracts is similar in nature to regard for standard contract terms, for the customs of the market, or for the social and technical norms. All in all, bilateral contracts are caught in the institutional logic of networks: entry as a bilateral access to a multi-lateral order, trust-based interaction, de-central coordination of a quasi-organization, and orientation of individual operations to the network purpose.²⁴

Um primeiro elemento relevante é a composição do mercado de energia. Além da possibilidade de os agentes privados assumirem, concomitantemente, diversas posições contratuais dentro do sistema (um agente de geração também poderá ser cadastrado, por exemplo, como um agente de comercialização ou distribuição), existe a atuação de um órgão central que supervisiona e operacionaliza os ditames de governança dessa rede – a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (“CCEE”).

A existência e escopo de atuação da CCEE²⁵ é uma necessidade e consequência da rede existente e da sua natureza. O bem econômico negociado (a energia elétrica) é vendido e cedido para terceiros desconhecidos pelo agente gerador, distribuidor e comercializados, existindo uma indefinição de compradores e uma impossibilidade de singularizar as diversas operações econômicas efetivadas por cada um dos participantes da rede. Ao final de cada mês, a atuação

24 TEUBNER, Gunther, op. cit., p. 21.

25 ROCHA, Fábio Amorim. op. cit., p. 827-831.

da CCEE consiste na apuração e distribuição dos prejuízos e lucros dentro da rede.

Dessa forma, as demandas normativas das relações bilaterais e da rede contratual geram a necessidade de auto regulação desses agentes, que estabelecem estruturas básicas para que as operações econômicas possam ser concluídas.²⁶

Usualmente, agentes que encontram problemas com o cumprimento de suas obrigações contratuais devem buscar energia no mesmo ambiente de contratação, dentro do mesmo submercado e da mesma fonte de geração de energia (hídrica, eólica, solar, biomassa, dentro outros). Entretanto, nem sempre essas compensações serão possíveis: nesses casos, haverá a aplicação de regras subsidiárias²⁷ do mercado de curto prazo, particularmente o mecanismo de liquidação de diferenças²⁸ e o mecanismo de realocação de energia.²⁹

Uma das funções do mercado de curto prazo é liquidar as diferenças existentes entre a demanda geral da rede (energia consumida) e sua oferta (energia gerada). Enquanto o mecanismo de realocação de energia serve para transferir excedentes de determinados agentes e compensá-los com déficits de outros, o mecanismo de liquidação de diferenças estabelecerá quais são os créditos e débitos decorrentes da comercialização dessa energia elétrica, pré-definindo inclusive o preço dos montantes negociados, que deverão ser liquidados ao preço de liquidação de diferenças (“PLD”).³⁰

Ou seja: os agentes econômicos podem escolher dois ambien-

26 TEUBNER, Gunther. op. cit., p. 19.

27 SILVEIRA, Rodrigo Maito da; VIVAN, Alexei Macorin. op. cit., p. 199-206.

28 Regras de Comercialização da CCEE – Módulo 11.

29 Regras de Comercialização da CCEE – Módulo 04.

30 TOLMASQUIM, Maurício, op. cit., p. 110-115.

tes de contratação, um dos quais é caracterizado por uma liberdade contratual relativamente ampla. Caso deixem de cumprir as suas obrigações e não obtenham uma solução contratual dentro dos mesmos ambientes, estão sujeitos aos mecanismos do mercado de curto prazo, que reduzem a sua liberdade contratual e pretendem garantir o atendimento aos bens tutelados pela rede.

Apesar da competição entre os diferentes agentes econômicos, existe um aspecto cooperativo decorrente da estrutura do mercado e das regras específicas da rede: os agentes devem cooperar para que não haja falta de energia e para que as sobras sejam corretamente repartidas.³¹

Ao contrário do que a estrutura sugere, os incentivos conferidos aos agentes econômicos privilegiam a sua permanência nos ambientes de maior liberdade contratual e dissuadem a utilização do mercado de curto prazo.

Em primeiro lugar, destaca-se a existência de punições aos agentes deficitários que acabem expostos ao mercado de curto prazo, sendo devidas multas pela falta de lastro e de garantia física da energia comercializada (ou seja, em decorrência da falta de uma fonte segura e/ou contratual de geração do montante de energia comprado).³²

Ao mesmo tempo, incentiva-se que os agentes superavitários também vendam seus excedentes no ambiente de contratação regulado ou no ambiente de contratação livre, uma vez que todos os inadimplimentos no mercado de curto prazo são rateados entre todos os participantes, que deixam de receber uma parcela de sua receita. Em casos reiterados de inadimplimento, a lógica geral do sistema é de-

31 É possível traçar um paralelo com a ideia de *network liability* e *liability of the nodes*. Nesse sentido: TEUBNER, Gunther, op. cit., p. 28.

32 ROCHA, Fábio Amorim, op. cit., p. 847-849.

monstrada novamente, diante da exclusão dos agentes descumpridores.³³

Vale notar que nem todos os problemas são resolvidos contratuamente ou apenas na lógica interna do sistema. Além de uma série de críticas a respeito da definição de parte dos mecanismos subsidiários do mercado de curto prazo (como a definição do preço e da variação do PLD), existem problemas que acabam sendo resolvidos pelos agentes econômicos no Poder Judiciário, em ações que objetivam a ampliação das regras de contratação e a amplitude das operações que podem ser realizadas.

Uma das dificuldades comumente enfrentadas está relacionada com agentes geradores que devem entregar montantes determinados de energia elétrica no Ambiente de Contratação Regulado. Para garantir a entrega dos pacotes de energia contratados, esses agentes podem gerar toda a energia a partir da sua fonte geradora ou, alternativamente, podem comprar excedentes produzidos por outros geradores que se localizem no mesmo submercado e gerem energia proveniente da mesma fonte de energia.

Considerando que nem todos os submercados possuem agentes geradores com excedentes, alguns participantes entraram com ações judiciais para obter liminar que possibilitassem a compra de excedentes de outros agentes do mercado, de modo a garantir o cumprimento das suas obrigações no Ambiente de Contratação Regulado e evitar a imposição das penalidades (ou a exposição ao mercado de curto prazo). Usualmente, esses pleitos são deferidos, permitindo a compra de excedentes no ambiente de contratação livre.³⁴

33 TOLMASQUIM, Maurício, op. cit., p. 112-115.

34 Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Do Sul. AI – Agravo de Instrumento nº 70055846570. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Almir Porto da Rocha Filho. Data de Julgamento: 20 nov. 2013; DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Seção Judiciária do Distrito Federal. Cautelar Inominada nº 1680.2014.4.01.3400. 6ª Vara Federal. Juíza: Ivani Silva da Luz. Data de Julgamento: 7 jan. 2014; e SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. AC – Apelação Cível em

Dessa forma, o segmento de energia elétrica demonstra uma abordagem possível para a organização das redes contratuais: mais do que um conjunto fixo de regras, as bases regulatórias fornecem as estruturas sob as quais os contratos bilaterais e a inovação contratual são realizados, permitindo e incentivando que os agentes econômicos encontrem as melhores formas de negociação e de organização, diante das peculiaridades das redes contratuais.

6. As redes contratuais no mercado de turismo.

Os contratos celebrados no segmento de turismo servem para ilustrar uma abordagem distinta para um mercado organizado em torno de redes, a partir simplesmente de soluções contratuais. Nesse caso, é possível obter informações relevantes a partir das decisões judiciais que envolvem o mercado de turismo, que servem como evidência da variedade na fundamentação e nos critérios de decisão utilizados por cada um dos julgados.

De forma simplificada, o objeto do contrato de turismo será definido³⁵ como a prestação do conjunto de serviços correspondentes à organização de uma viagem turística pela agência de turismo e sua posterior venda sob a denominação de pacote turístico.

A estruturação da operação econômica também é relevante e caracterizada por uma multiplicidade de instrumentos contratuais com diferentes objetos: incluem-se contratos de prestação de serviços, transporte, corretagem e outros, ligados com serviços próprios de cada um dos agentes econômicos (incluindo atendimento, recepção, câmbio e obtenção de vistos, por exemplo). A agência de turis-

Mandado de Segurança nº 317088. Terceira Câmara de Direito Público. Relator: Des. Luiz César. Data de Julgamento: 11 jan. 2012.

35 SILVA, Luciana Padilha Leite Leão. *A Responsabilidade Civil nos Contratos de Turismo em Face ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 57.

mo funciona como o ponto central dessa rede de colaboração, atuando na intermediação dos serviços de uma série de fornecedores e terceiros prestadores e oferecendo-os aos consumidores finais.

Os julgados têm analisado questões contratuais³⁶ que recaem nesse contexto, verificando a extensão da responsabilidade por inadimplementos aos terceiros prestadores de serviços (e em relação aos quais os consumidores não costumam ter relações diretas) ou aos agentes de viagens, em caso nos quais existem relações diretas entre os consumidores e os terceiros prestadores.

Numa primeira situação, uma ação de indenização foi proposta exclusivamente contra a agência de turismo. Os consumidores haviam contratado um pacote de viagens que contava com hospedagem, transporte e passeios turísticos. Em decorrência de *overbooking*, os consumidores tiveram problemas com a viagem de retorno, sendo alocados em avião distinto com destinação diferente, na mesma região do destino original. A despeito de arguir a impossibilidade de responsabilização pelo descumprimento do terceiro – a empresa aérea – a decisão do Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação das demais instâncias por danos morais.³⁷

Em sentido oposto, existe outra decisão do Superior Tribunal de Justiça. Nesse caso, não foi reconhecida a responsabilidade solidária da agência de turismo para com a empresa aérea nacional que, em virtude de atraso na preparação da aeronave, causou a perda de uma conexão internacional que levaria as consumidoras (e autoras da ação) para um congresso no exterior.

Em sua decisão, o Min. Jorge Scartezzini destacou que:

[a agência de viagens] foi apenas prestadora do serviço/pacote de viagem, não podendo ser res-

36 PASQUALOTTO, Adalberto. Causa e Responsabilidade nos Contratos de Turismo. In: *Doutrinas essenciais de responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2011, v. II, p. 13-17.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 567.158/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Castro Filho. Data de Julgamento: 25 nov. 2003.

pensabilizada pelo controle operacional das aeronaves da VASP, e, por óbvio, pela parte técnica, ou seja, pelo defeito ou quebra da aeronave que conduziria os apelados para São Paulo, fato que teria motivado o atraso na decolagem.³⁸

A despeito do Superior Tribunal de Justiça ter majorado o montante da indenização, o reconhecimento da ilegitimidade passiva da agência de viagens foi mantido.

Diferentemente das situações semelhantes, os elementos da fundamentação e a lógica da decisão não necessariamente reconhecem a natureza do relacionamento entre o intermediário dos serviços prestadores e os prestadores de serviços. Nesse sentido, um dos elementos relevantes em alguns julgados parece ser justamente o nível de responsabilidade assumido pela agência no momento da contratação.

Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça voltou a defender³⁹ a inclusão e responsabilidade da agência de turismo em decorrência de problemas na prestação dos serviços da transportadora aérea, uma vez que a agência optou por contratar um voo fretado que passou a fazer parte do pacote turístico. Na sua decisão, o Ministro Ari Pargendler chegou a ressaltar que a agência de viagem teria um compromisso maior com o adimplemento dos serviços ao optar por não contratar uma companhia aérea de linha.

O fundamento da responsabilização solidária das operadoras de turismo também variou, não necessariamente guardando uma relação direta com as obrigações assumidas contratualmente pela agência de viagem ou pelos terceiros prestadores de serviços. Nessa linha, uma primeira decisão relevante está relacionada com um naufrágio

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 797.836/MG. Quarta Turma. Relator: Min. Jorge Scartezini, Data de Julgamento: 2 mai. 2006.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 783.016/SC. Terceira Turma. Relator: Min. Ari Pargendler, Data de Julgamento: 16 mai. 2006.

na costa da Bahia. No meio do percurso e diante da ocorrência de um incêndio, os turistas que estavam na embarcação foram obrigados a lançar-se ao mar.

A agência de viagens, única ré na ação, foi condenada a indenizar os consumidores por danos materiais e morais. Dentre os fundamentos da indenização, destaca-se a existência de inadimplemento da agência de turismo, que “deixou de entregar o pacote de viagem contratado”, sendo a organizadora da viagem “garantidora do bom êxito da programação”.⁴⁰

Em sentido próximo, o Superior Tribunal de Justiça também manteve parcialmente⁴¹ a condenação da agência de viagens em acidente envolvendo um grupo de jovens na piscina de um hotel. A despeito de invadirem o espaço da piscina durante a noite, o julgado entendeu pela responsabilidade do hotel, que deixou de informar a profundidade da piscina e aumentou o risco de ocorrência do acidente. A agência de turismo foi responsabilizada solidariamente com o hotel (que estava incluído no pacote turístico) por falhas na prestação dos seus serviços, uma vez que ela deixou de observar as particularidades do grupo de consumidores (jovens) e seu objetivo, incorrendo em inadimplemento parcial de sua obrigação.

De forma complementar, também é possível observar que subsegmentos do mesmo mercado podem adotar racionalidades de funcionamento distintas, que afetam os critérios de resolução dos conflitos decorrentes de inadimplementos dos agentes econômicos. Nesse sentido, é possível observar uma tendência maior de inadmissão de responsabilidade ou da inclusão de terceiros em casos relacionados com turismo de aventura, em que o próprio risco é incorporado de forma mais evidente no negócio jurídico celebrado.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 291.384/RJ. Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data de Julgamento: 15 mai. 2001.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp – Recurso Especial nº 287.849/SP. Quarta Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data de Julgamento: 17 abr. 2001.

O que se percebe é que não existem critérios uniformes de decisão, com uma parcela dos julgados percebendo e admitindo a presença de um segmento de mercado com um funcionamento específico e relações intrincadas entre os agentes de turismos e seus diversos prestadores de serviços. Ao mesmo tempo, os diferentes tipos de inadimplementos e suas consequências demonstram a relevância e os impactos que as particularidades do segmento de mercado exercem sobre a organização das redes contratuais, reforçando a inaplicabilidade de medidas ou regulação que pretendem fornecer soluções gerais para redes.

7. Conclusão.

O fenômeno das redes empresariais, embora recente e crescente, se por um lado é criativamente utilizado pelos agentes econômicos em busca da redução de custos de transação, procurando formulações de governança mais adaptáveis a suas necessidades, por outro pode se tornar em um problema caso não seja corretamente lidado pelo direito comercial.

Por meio de seu sistema indutivo, o direito comercial deve refletir sobre as práticas sociais, se autoquestionando quanto à coerência e legitimidade de suas soluções para lidar com uma realidade crescentemente complexa. Ao que nos parece, uma eventual solução deve necessariamente passar por uma reestruturação do próprio sistema, que deve se deixar permear por noções externas e aumentar sua própria complexidade.

Por outro lado, o fenômeno da rede se revela também como parte de uma irritação muito mais ampla do sistema do direito privado, já existente há algumas décadas. De um lado, a divisão clássica entre direito dos contratos e direito societário não parece se prestar mais a solucionar os problemas existentes, em que certos dogmas já têm sido contestados, seja em exemplos de contratos típicos e tradicionais, seja no caso de estruturas empresariais. Comprovação disto

se dá pela inserção da boa-fé objetiva e função social do contrato, tentando imprimir aos contratos uma dimensão mais cooperativa, bem como pela previsão do conflito de interesses e a mitigação do *affectio societatis* no direito societário, além da regulação dos conceitos de poder de controle, deveres fiduciários, etc.

Dentro deste sistema de comunicação autorreferencial e fechado, três maneiras distintas parecem ser as opções para lidar com as “irritações” geradas pelo fenômeno social das redes:⁴²

- (i) a aceitação pura e simples do fenômeno pelo sistema, por meio de sua inclusão em alguma categoria pré-estabelecida (envolvendo em alguns casos uma aventura criativa pela interpretação inesperada e improvável dos fatos);
- (ii) a negação e proibição do fenômeno do mercado, pois antijurídico e contrário à integridade doutrinária; ou
- (iii) a autorreflexão do sistema, procurando se reestruturar para acomodar o fenômeno pela construção de novas categorias ou reformulação de categorias pré-existentes.

42 Segundo o autor: “a reconciliation will be especially troublesome when the political theory has received a refined and systematic articulation through legal doctrine [...] the only way to avoid the divergence of legal regulation from market convention in such instances is for the court to interpret the events in an improbable manner”. E prossegue, afirmando que: “legal doctrine may then be faced with the choice of either denying any legal force to the market convention on which the business expectation is grounded, or engaging in a process of reconstruction of doctrine. This reconstruction might take the form of the development of new categories for the ascription of legal responsibility [...] in another instance, however, doctrinal coherence may demand that the legal system should ignore an established market convention for the sake of its own integrity”. Como explica o autor, esta tarefa pode ser atingida seja pela reconfiguração da doutrina do direito privado ou pelo reprocessamento das informações sobre eventos de forma a gerar um resultado diferente sob as regras doutrinárias, indicando que “the two evolutionary mechanism of reconstructing private law doctrine and producing unexpected interpretations of events supply the legal system with its techniques for reconciling the demands of integrity based upon political principle with the need to respect the embeddedness of contractual relations in market conventions and business expectations” (COLLINS, Hugh. op. cit., p. 13-28).

Outro dos caminhos para esta reestruturação parece ser uma “unificação” do direito comercial, com a fusão dos subsistemas do direito contratual e do direito societário. Afinal, as redes contratuais híbridas constituem uma infinidade de pontos que se localizam entre as hierarquias e o mercado, sem, contudo, chegar a abandonar completamente as características de ambos. Embora, em maior ou menor nível, as contradições entre os contratos bilaterais e as organizações societárias estejam presentes em todas as configurações, as redes tampouco tocam os extremos.

Desta dialética entre o mercado (competição e afins) e a hierarquia (cooperação, interesse comum), parece nascer uma inexorável síntese do direito comercial, a ser engendrada em cada caso concreto, por meio de uma unificação dos sistemas. Somente com a ampliação da complexidade dos sistemas é que será possível tratar da realidade fática em processo de contínua modificação.

Atualmente, a ausência de uma regulação concreta das redes contratuais parece levar a um reforço do poder econômico. A subsunção destas estruturas contratuais ao direito contratual clássico parece, por uma perspectiva da economia de custos de transação, assegurar aos agentes econômicos uma certa “blindagem” à regulamentação societária, aproveitando da autonomia contratual e relatividade dos contratos, ao mesmo tempo em que restrições verticais são impostas e ocorre um reforço de poder de mercado.

Basta analisar as tentativas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) em definir um conceito de contratos associativos, evitando que estruturas de governança atípicas não passem alheias à regulação econômica, sem, contudo, conseguir efetivamente conter os abusos de poder econômico.⁴³

43 A Resolução nº 10 do CADE, de 29 de outubro de 2014, tentou disciplinar as hipóteses de notificação da celebração de 1 contrato associativo, por meio de uma caracterização ampla que, na prática, submete uma imensidão de contratos ao crivo da agência reguladora. No entanto, a própria agência parece desconhecer os reais efeitos de tais contratos, que normalmente são aprovados rapidamente sem restrições pela Superintendência-Geral.

Afinal, como ensina Calixto Salomão Filho, com relação ao poder econômico:

É preciso reconhecer as diferenças de informação e poder de atuar no mercado. É preciso intervir e não deixá-lo livremente se desenvolver. Essa atuação não deve ser passiva e nem sequer se limitar a reprimir comportamentos abusivos. É preciso intervir diretamente nas estruturas que concentram o poder, estrangulam os canais de comunicação e limitam as informações dos agentes. Função central do funcionamento do sistema econômico é, então, garantir a interação dos agentes no mercado em igualdade de condições, i.e., proteger algo que se poderia denominar de devido processo econômico. Exatamente por seu potencial de exclusão e de criação de desigualdade nas interações sociais é que um dos pontos essenciais para a criação de um devido processo econômico é o combate às estruturas de poder no mercado.⁴⁴

O direito parece ser um dos ramos do conhecimento que com mais intensidade sofre da aceitação do poder econômico. Nas palavras do autor, com relação à lógica positivista, “a tendência à concentração em torno de esquemas lógicos e à auto integração leva ao fechamento do sistema em torno de si mesmo. A consequência é uma proteção da doutrina e do direito contra demandas sociais e éticas”.

Mais além, no entanto, do cenário societário, é necessário avaliar as estruturas de governança presentes em cada mercado nos quais as redes se manifestam, já que dentro de arranjos contratuais diversos o fenômeno do poder também pode se verificar.

Urge uma disciplina clara das redes contratuais, tendo-se em mente o papel do direito comercial enquanto ferramenta de implementação de políticas públicas, já que somente modificações estrutu-

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 17.

rais constituem formas de limitação do poder econômico. Ao mesmo tempo, soluções binárias ou a simples introdução de um sistema rígido de regulação não devem atingir resultados bem-sucedidos, considerando a gama de problemas decorrentes da grande variabilidade das necessidades e formas de organização de cada um dos segmentos de mercado.

Como observado nos mercados analisados, a solução para as redes contratuais é costurada de maneira específica a depender do mercado em que as redes se inserem. Longe de constituir insegurança jurídica (já que cada mercado disporá de um arcabouço de regras específicas para lidar com as redes), esta solução parece se adaptar ao caráter multiforme e cambiante das redes contratuais. Ao que tudo indica, a subsunção das redes a um subsistema ou outro do direito acabariam por reduzir sobremaneira a sua complexidade inerente, bem como incorreria em soluções simplistas na tentativa de abarcar dentro de um conceito vago tipos contratuais extremamente diferentes.

Se de uma ponta a outra entre mercado e hierarquia localiza-se uma infinidade de tipos híbridos, não haverá subsistema capaz de abarcar tamanha diversidade. Como se viu nos exemplos trazidos, se a solução mais voltada ao direito regulatório parece adequada ao mercado de energia, no mercado de turismo o caminho parece ser a atribuição de responsabilidade a um nó.

