

ANTONIO PEDRO MARQUES GARCIA DE SOUZA

As redes empresariais de distribuição e o seu propósito comum

Dissertação de Mestrado

Orientador: PROF. DR. RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

ANTONIO PEDRO MARQUES GARCIA DE SOUZA

As redes empresariais de distribuição e o seu propósito comum

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Rodrigo Octávio Bróglia Mendes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

Catálogo na Publicação
Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Souza, Antonio Pedro Marques Garcia de

As redes empresariais de distribuição e o seu propósito comum /
Antonio Pedro Marques Garcia de Souza. -- São Paulo, 2019.
212 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
Orientador: Rodrigo Octávio Broglia Mendes.

1. Contratos empresariais. 2. Contratos de distribuição. 3. Redes
empresariais. 4. Redes de distribuição. 5. Contratos conexos. I.
Mendes, Rodrigo Octávio Broglia, orient. II. Título.

SOUZA, Antonio Pedro M. Garcia de.

As redes empresariais de distribuição e o seu propósito comum

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. Rodrigo Octávio Bróglia Mendes.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A motivação deste trabalho ganhou corpo nas aulas dos professores Rodrigo Mendes e Paula Forgioni. Juntos, comoveram uma grande classe de alunos sobre a profunda transformação pela qual passa o direito comercial, em especial os contratos empresariais. Com muita reflexão e cultura, desconstruíram dogmas fundamentais até então prevaletentes, tornando, para seus alunos, a disciplina contratual mais rica, inovadora e profunda. Sobretudo mais desafiadora.

O professor Rodrigo veio a ser meu orientador. Um grande mestre, na melhor acepção do termo. De forma compromissada e alegre, promove todos os meses encontros com seus orientandos, denominados *baustelle* (em português, “estaleiro”), com os quais divide, com estarrecedora simplicidade, sua vasta cultura e conhecimento jurídico. Aqueles encontros, para além de permitirem a troca de insubstituíveis reflexões jurídicas, trouxeram-me grandes amizades. Deixaram a experiência acadêmica completa. Vitor Butruce, Leonardo Furtado, Daniela Andrei, Rafael Bianchini, Raul Zocal e Lucas Trevisan: obrigado por terem contribuído, corrigido e apoiado todo o desenvolvimento desta dissertação.

À professora Paula Forgioni e ao professor Wanderlei Fernandes, que compuseram minha banca de qualificação, agradeço, para além das bem-vindas e importantes sugestões e críticas, o incentivo para que pesquisasse o desafiador tema das redes empresariais.

Registro também um agradecimento ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro, que gentilmente abre a sua casa para grupos de estudo com os alunos. Não faria justiça se dissesse que os temas se limitam à área jurídica, quando o professor ensina história, música, política, economia, dentre muitos outros. Isso sem mencionar as agradáveis experiências gastronômicas que organiza. O professor, por sua erudição e humildade, é um paradigma para seus alunos.

A paixão pela advocacia e o interesse acadêmico se devem aos meus colegas do escritório Ferro, Castro Neves, Daltro & Gomide Advogados. Eles transformam os desafios da nossa profissão em prazeroso e irreverente convívio familiar: íntimo, inspirador e educativo dos bons valores com as quais devemos cultivar e honrar a profissão. O apoio deles foi crucial em todo esse processo e na minha formação profissional.

Agradeço à Luna pelo incansável conforto, sacrifício e abdicação das horas vagas; por me conceder o prazer e a graça da sua companhia; e por dividir, de mãos dadas, os nossos muitos sonhos e projetos de vida.

Agradeço, por fim, aos meus pais, Tunico e Valéria, e irmãos, Maria e Carlos. Ensinaram-me tudo que sei, desde o valor dos laços afetivos à leveza com a qual devemos carregar e realizar nossos sonhos. Nada do que almejo ou realizo seria possível sem o apoio e carinho deles.

RESUMO

GARCIA DE SOUZA, Antonio Pedro. **As redes empresariais de distribuição e o seu propósito comum**. 2019. 212f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Neste trabalho, examina-se o surgimento das redes empresariais de distribuição e a existência de seu propósito comum. Iniciando-se pela análise das formas de organização empresarial, a partir do começo do século XX, passa-se às recentes alterações conjunturais, que redundaram na criação de estruturas híbridas de governança, nas quais se inserem as redes empresariais. Para contextualizar a sua formação, que se dá mediante a conjugação de contratos de distribuição (franquia, concessão comercial de veículo automotor e distribuição *stricto sensu*), buscou-se delinear as redes e seus vários modos de constituição, tendo em conta as técnicas distributivas de bens e serviços ao mercado consumidor. Defende-se, no trabalho, a existência de umnexo sistemático entre os contratos nas redes de distribuição, pautados pelo seu propósito comum, o qual cria para os participantes não apenas deveres relativos à sua relação contratual individual, mas também em relação à rede como um todo. Esta finalidade norteia a esfera contígua de interesses e conduta de cada um dos participantes, expressando um interesse da própria rede. A ampla pesquisa efetuada perante os tribunais nacionais revelou a aplicação, embora de modo incipiente e sem sistematização, do conceito de “interesse da rede” para dirimir disputas atinentes às redes de franquia. Neste trabalho, pretendeu-se sistematizar os contornos teóricos do interesse da rede e seu propósito comum, distinguindo-o do interesse social presente nas relações societárias, concluindo-se que o interesse da rede dissocia-se do interesse individual e coletivo de seus membros, orientando-se, em vez disso, por um objetivo próprio de aprimorar e conservar a eficiência jurídica do sistema de distribuição. Sustenta-se que as relações internas das redes de distribuição, por se formarem via contratos, em vez de participação societária, são precipuamente regidas por princípios do direito contratual e norteadas pelo propósito comum da rede, inclusive no que toca ao exercício de poder por parte do líder. Todas essas ponderações convidam à reflexão sobre o papel dos contratos comerciais diante da nova conjuntura econômica e forma de organização da atividade empresarial, da qual as redes empresariais são importante exemplo.

Palavras-chave: Contratos empresariais. Contratos de distribuição. Redes empresariais. Redes de distribuição. Contratos conexos.

ABSTRACT

GARCIA DE SOUZA, Antonio Pedro. **Business distribution networks and their common purpose**. 2019. 212f. Dissertation (Master) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

This paper examines the emergence of distribution networks and the existence of their common purpose to achieve distribution efficiency. To that end, the paper begins with the analysis of business organizations, through the beginning of the twentieth century to recent conjunctural changes that led to the formation of hybrid governance structures, of which business networks are a part of. To contextualize the development of distribution networks, by the combination of distribution agreements (franchise, commercial vehicle concession and *stricto sensu* distribution), this paper seeks to delineate the development of distribution techniques to consumers, which led to the formation of distribution networks and their various modes of organization. This paper sustains the existence of a systematic link between networked contracts, guided by a common purpose, which creates duties for its participants not only related to their individual contractual relationship, but also to the whole network. The network purpose orientates the contiguous spheres of interests and the conduct of each member, constituting an interest of the own network. An extensive research conducted before national courts revealed that the “network interest” concept has been used by national courts, although in an incipient and non-systematized way, to resolve franchise networks disputes. In order to systematize the theoretical outlines of the network interest and its purpose, this paper distinguishes it from the social interest existent in corporate relations, concluding that the network interest differs from the individual and collective interests of its members. Instead, its purpose seeks to improve and preserve the distribution system’s legal efficiency. Since networks’ relations are formed through contracts, rather than corporate links, this paper argues that they should be governed by general principles of contract law and by the network’s purpose, including the leader's exercise of power. All these considerations are important to rethink the role of commercial contracts considering the new business organization standards, of which the business distribution networks are an important example.

Keywords: Commercial contracts. Distribution agreements. Business networks. Distribution networks. Connected contracts.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO: NOVAS LENTES PARA O DIREITO COMERCIAL?	11
2	AS ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA E A ORGANIZAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA: HIERARQUIA, MERCADO E HÍBRIDOS	17
2.1	A concentração empresarial: o crescimento e a expansão das sociedades empresárias	20
2.2	O papel do direito societário na concentração empresarial	24
2.3	A alteração da conjuntura econômica: a ascensão das formas híbridas de organização da atividade empresária	29
3	AS REDES EMPRESARIAIS	32
3.1	O escopo do presente trabalho e os temas a serem perquiridos: as redes empresariais de distribuição integrada e o seu propósito comum	38
4	A FORMAÇÃO DAS REDES CONTRATUAIS DE DISTRIBUIÇÃO	43
4.1	Os sistemas de distribuição integrados e desintegrados	44
4.2	Exclusão dos contratos de agência, representação comercial e comissão do objeto deste estudo	45
5	A TIPOLOGIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: FRANQUIA, DISTRIBUIÇÃO <i>STRICTO SENSU</i> E CONCESSÃO COMERCIAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES	48
5.1	Contrato de franquia	49
5.2	O contrato de distribuição <i>stricto sensu</i>	52
5.3	Contrato de concessão de veículos automotores	58
6	A GOVERNANÇA DA REDE, A ESTRUTURA DE INTERESSES E AS IDIOSINCRASIAS DA SUA RELAÇÃO	64
6.1	A governança das redes empresariais de distribuição e o papel do líder	64
6.2	A estrutura de interesses das redes empresariais de distribuição no âmbito jurídico	68
6.3	Os problemas de agência	70
6.3.1	A marca comum: <i>moral hazard</i> e <i>double-sided moral hazard</i>	73
6.3.2	Especificidade dos investimentos <i>lock-in problem</i>	75
6.3.3	Competição intramarcas (<i>intrabrand competition</i>) e o <i>free rider</i>	78
6.3.4	A disputa quanto à fixação dos preços de revenda	80
6.3.5	Limitação territorial e exclusividade de atuação	81
6.3.6	Tratamento desigual entre os membros da rede	82
6.4	O controle exercido pelo líder, a subordinação dos distribuidores e o risco de oportunismo	84
7	OS DEVERES DE CONDUTA: A INSUFICIÊNCIA DA ANÁLISE INDIVIDUAL DO CONTRATO E A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DA INTERDEPENDÊNCIA DOS CONTRATOS EM REDE E SUA FINALIDADE GLOBAL	86

8	O PROPÓSITO COMUM E A CAUSA SISTEMÁTICA DOS CONTRATOS NO ÂMBITO DAS REDES DA DISTRIBUIÇÃO	93
8.1	O propósito comum e o interesse da rede: a tutela dos interesses coletivos e individuais no âmbito das redes	99
9	O DEVER DAS PARTES NO ÂMBITO DOS CONTRATOS NAS REDES DE DISTRIBUIÇÃO À LUZ DO PROPÓSITO COMUM	102
9.1	O posicionamento da doutrina quanto ao dever das partes nas relações em rede	104
9.2	O ainda incipiente posicionamento da jurisprudência no Brasil	112
9.2.1	Central Development Services Ltda. <i>versus</i> CPL Rapini Alimentos Ltda. Me	113
9.2.2	Dorival Zambon e Wakan Yata Participações Ltda. <i>versus</i> Débora Zambon (filha de Dorival), Wakan Yata Participações Ltda. <i>versus</i> Tatetob Licenciadora Ltda. (TJRS AI n. 70058550625)	114
9.2.3	Nelson Fernandes Filho <i>versus</i> M G Franchising S.A. (TJSP AI n. 2141507520178260000)	115
9.2.4	Mendes Fernandes & Coltri Comércio de perfumes e cosméticos Ltda. <i>versus</i> Contém 1G <i>franchising</i> Ltda. e Contém 1G S.A. (TJSP APL N. 10036058620178260568)	116
9.2.5	Alexsander Barbosa da Silva Porto e TD Comércio e Serviço de Informática Ltda. <i>versus</i> Escola de Profissões S/A. (TJSP APL n. 00563426920118260576)	118
9.2.6	Bragança Distribuidora de Alimentos Ltda. <i>versus</i> Miranda e Nóbrega Comércio Alimentos Ltda. (O <i>Sixt Case</i> Brasileiro) (TJ-RN, AC: 25886 RN 2008.002588-6)	119
10	PROPOSTA DE RACIONALIZAÇÃO DE APLICAÇÃO MAIS ESPECÍFICA DO PROPÓSITO COMUM DA REDE E SEU INTERESSE GERAL	121
10.1	A diferenciação entre as relações em rede e os contratos associativos/plurilaterais	121
10.2	O interesse da rede: conceito dual	129
10.3	Conceituação do interesse da rede de distribuição: eficiência do sistema de distribuição	130
10.4	A existência de deveres específicos relacionados à rede	135
10.4.1	Dever de lealdade à rede	136
10.4.2	Dever de informação	137
10.4.3	Dever de confidencialidade	137
10.4.4	Dever de tratamento igualitário entre os membros da rede	138
10.4.5	Dever de repartir benefícios com a rede	140
10.4.6	Denúncia restrita dos contratos em rede	141
10.5	Consequências do descumprimento dos deveres de conduta impostos aos participantes em decorrência do interesse da rede e seu propósito comum	142
10.6	As relações laterais entre os distribuidores no âmbito da rede	144
10.7	Breve parêntese sobre a cláusula geral de boa-fé e o padrão de conduta das partes	148
11	A RELAÇÃO ENTRE O LÍDER E OS DISTRIBUIDORES: QUALIFICAÇÃO, PRECEITOS APLICÁVEIS E A COIBIÇÃO DE ATOS ABUSIVOS	149
11.1	A existência de poder de controle do líder sobre os demais distribuidores	149
11.2	Poder de controle como elemento central da atividade empresária: há necessidade de regulação no âmbito das redes?	152
11.3	As redes empresariais: meras estruturas de poder?	161
11.4	Os paradoxos dogmáticos do direito societário para regular as redes empresariais de distribuição	163

11.5	Outra proposta e abordagem para mensurar os desvios e abusos cometidos pelo líder	167
11.6	O tratamento das cláusulas abusivas, do exercício abusivo de direito e da violação às regras de conduta	172
11.6.1	Vedação à estipulação de condições puramente potestativas	172
11.6.2	Vedação à fixação puramente potestativa de preços	174
11.6.3	Vedação à rescisão abusiva do contrato	175
11.6.4	Síntese da conclusão sobre o regramento das cláusulas abusivas	178
11.6.5	O controle do exercício abusivo de direito por parte do líder	179
11.7	As redes empresariais e a proteção aos interesses de terceiros indeterminados	181
12	CONCLUSÃO	186
	REFERÊNCIAS	189

1 INTRODUÇÃO: NOVAS LENTES PARA O DIREITO COMERCIAL?

No último quarto do século, a organização da atividade econômica experimentou imensas transformações estruturais, em grande parte por conta do desenvolvimento de seus recursos tecnológicos.¹ Os atos da vida em comum, mesmo os mais simples, passaram a transcender fronteiras físicas e virtuais, outrora insuperáveis, formando ambientes integrados. Vive-se a era das inter-relações. A globalização em si, um dos fenômenos mais marcantes do último século, é sob certa perspectiva um processo de conjunção das relações humanas.

O estudo das ciências, humanas ou exatas, também passou a refletir esse modo de pensar, grassando, nesse contexto, a percepção de que a sociedade e suas construções moldam-se em um ambiente interligado, por uma rede de relações, seja no plano físico ou virtual.

A conformação em rede estrutura os meios de comunicação, o funcionamento da internet, do telefone e da rádio televisão; os transportes ferroviários, aeroviários e rodoviários; o sistema elétrico, financeiro e de pagamentos. Em todos esses exemplos, os pontos nodais, os *hubs*, conectam e coordenam os demais elementos satélites.

¹ Como aponta Douglas North sobre a fundamental e crescente complexidade dos modos de contratação e cooperação para o desenvolvimento do intercâmbio econômico: “The institutions necessary to accomplish economic exchange vary in their complexity, from those that solve simple exchange problems to ones that extend across space and time and numerous individuals. The degree of complexity in economic exchange is a function of the level of contracts necessary to undertake exchange in economies of various degrees of specialization. Nonspecialization is a form of insurance when the costs and uncertainties of transacting are high. The greater the specialization and the number and variability of attributes, the more weight must be put on reliable institutions that allow individuals to engage in complex contracting with a minimum of uncertainty about whether the terms of the contract can be realized. Exchange in modern economies consisting of many variable attributes extending over long periods of time necessitates institutional reliability, which has only gradually emerged in western economies. There is nothing automatic about the evolution of cooperation from simple forms of contracting and exchange to the complex forms that have characterized the successful economies of modern times”). Tradução livre: “As instituições necessárias para se alcançar o intercâmbio econômico variam em sua complexidade, elas vão desde aquelas que resolvem simples problemas de troca até aquelas que se estendem pelo espaço e tempo e numerosos indivíduos. O grau de complexidade no intercâmbio econômico é uma função do nível de contratos necessários para promover a troca em economias de variados graus de especialização. A não especialização é uma forma de seguro quando os custos e as incertezas das transações são altos. Quanto maior for a especialização e o número e variabilidade de atributos, mais peso deve ser colocado em instituições confiáveis, que permitam aos indivíduos se engajar em contratações complexas com o mínimo de incertezas sobre se os termos do contrato podem ser postos em prática. A troca, nas economias modernas, consistindo em muitos atributos variáveis que se estendem durante longos períodos de tempo exige confiabilidade institucional, a qual só emergiu gradualmente nas economias ocidentais. Não há nada de automático na evolução da cooperação, desde simples formas de contratação e troca às formas complexas que caracterizaram o sucesso dos tempos modernos. (NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p.34).

Também a organização da atividade econômica repercutiu esse modo de funcionamento. Manuel Castells em seu seminal trabalho sobre a sociedade em rede, dedicou capítulo próprio à recorrente forma de organização de empresas, que descentralizaram sua estrutura societária e método de produção e distribuição, ligando-se a outras para tanto:

os componentes produzidos por diferentes empresas são montados para atingir finalidades e mercados específicos em uma nova forma de produção e comercialização: produção em grande volume, flexível e sob encomenda. Essa rede não corresponde à ideia simplista de uma empresa global com unidades fornecedoras diferentes em todo o mundo, mas pressupõe alianças estratégicas e projetos de cooperação para atenderem às novas demandas consumeristas.²

As grandes inovações econômicas das últimas décadas, que redundaram na criação de empresas como Amazon, Uber, Airbnb, XP, Rappi, Visa e Mastercard, acentuaram o papel das relações comerciais em rede. Todas elas operam sob um sistema de plataforma colaborativa, em rede, interligando consumidores, fabricantes e distribuidores, em uma estrutura semi-integrada.³

² “As multinacionais são, cada vez mais, redes internas descentralizadas, organizadas em unidades semiautônomas, segundo os países, os mercados, os métodos e os produtos. Cada uma dessas unidades se liga a outras unidades semiautônomas de outras multinacionais, na forma de alianças estratégicas *ad hoc*. E cada uma dessas alianças (na verdade, redes) é um nó de redes secundárias de pequenas e médias empresas. Essas redes de redes de produção tem uma geografia transnacional, que não é indiferenciada: cada função produtiva encontra local próprio em termos de recursos, custos, qualidade e acesso ao mercado) e/ou se liga a uma nova empresa da rede que esteja no local apropriado. Assim, os segmentos dominantes da maioria dos setores de produção (tanto bens, quanto serviços) estão organizados mundialmente em seus procedimentos operacionais reais, formando o que Robert Reich rotulou de “a rede global”. O processo produtivo incorpora componentes produzidos em vários locais diferentes, por diferentes empresas, e montados para atingir finalidades e mercados específicos em uma nova forma de produção e comercialização: produção em grande volume, flexível e sob encomenda. Essa rede não corresponde à ideia simplista de uma empresa global com unidades fornecedoras diferentes em todo o mundo. O novo sistema produtivo depende de uma combinação de alianças estratégicas e projetos de cooperação *ad hoc* entre empresas, unidades descentralizadas de cada empresa de grande porte e redes de pequenas e médias empresas que se conectam entre si e/ou com grandes empresas ou redes empresariais. Essas redes produtivas transacionais operam sob duas configurações principais: na terminologia de Gereffi, cadeias produtivas controladas pelos produtores (em setores como o de automóveis, computadores, aeronaves, máquinas e equipamentos elétricos) e cadeias produtivas controladas pelos compradores (em setores como o de vestuário, calçados, brinquedos e utilidades domésticas). O que é fundamental nessa estrutura industrial, bem ao estilo de uma teia, é que ela está disseminada pelos territórios em todo o globo e sua geometria muda constantemente no todo e em cada unidade individual.” (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.164-165).

³ As empresas citadas operam sob o que os economistas denominam *two-sided network markets*, formando rede dual, composta, de um lado, pelos distribuidores e, de outro lado, por consumidores, que se retroalimentam. Conforme aponta Klaus Schwab, as plataformas colaborativas, em rede, reduzem a tal ponto os custos de transação que dispensam a necessidade de os agentes econômicos dispenderem recursos com a propriedade de ativos, sobrelevando, nesse aspecto, a importância da conexão com a rede: “Digital platforms have dramatically reduced the transaction and friction costs incurred when individuals or organizations share the use of an asset or provide a service. Each transaction can now be divided into very fine increments, with economic gains for all parties involved. In addition, when using digital platforms, the marginal cost of producing each additional product, good or service tends toward zero. [...] The on-demand economy raises the fundamental question: What is worth owning—the platform or the underlying asset? As media strategist Tom Goodwin wrote in a TechCrunch article in March 2015: “Uber, the world’s largest taxi company, owns no vehicles. Facebook, the world’s most popular media owner, creates no content. Alibaba, the most valuable

Nesse cenário, a visão atomística das relações, tradicional em nosso direito, torna-se antiquada para compreender os atuais fenômenos econômicos e, por vezes, aplicar o direito à espécie. A complexidade dos novos tempos reclama estudos científicos multidimensionais. O direito não é uma ciência autocentrada, mas de sobreposição, devendo seus institutos interagir com a realidade exterior para cumprirem sua função regulatória e instrumental.

A noção jurídica individualizante, que consagrou os institutos da personalidade jurídica, da separação patrimonial e da relatividade dos efeitos do contrato, e impulsionou a atividade econômica a seu tempo, vive, agora, uma profunda crise existencial. O contrato e a empresa isolados, individualizados, são realidades condenadas na economia moderna.

Nem a ciência jurídica conseguirá escapar do que a ciência social denominou de *emergent phenomena*, conceito empregado para avaliar as diferenças das análises micro e macroscópicas, segundo o qual alguns comportamentos não podem ser apreciados por um único elemento, de forma independente, mas supõem todo seu sistema complexo.⁴

retailer, has no inventory. And Airbnb, the world's largest accommodation provider, owns no real estate.” (SCHWAB, Ing Klaus. **The fourth industrial revolution**. Geneva: World Economic Forum, 2016, p.20). Nesse sentido, conclui: “My sense is that successful organizations will increasingly shift from hierarchical structures to more networked and *collaborative models*.” (SCHWAB, Ing Klaus. **The fourth industrial revolution**. Geneva: World Economic Forum, 2016, p.60). Tradução livre: “As plataformas digitais reduziram drasticamente os custos de transação e fricção incorridos quando indivíduos ou organizações compartilham o uso de um ativo ou fornecem um serviço. Cada transação pode agora ser dividida em pequenos segmentos, com ganhos econômicos para todas as partes envolvidas. Além disso, ao usar plataformas digitais, o custo marginal de cada produto adicional, bem ou serviço, tende a zero. A economia sob demanda levanta uma questão fundamental: o que vale a pena possuir – a plataforma ou o ativo subjacente? Como bem colocou o estrategista de mídia Tom Goodwin, em artigo escrito à TechCrunch em março de 2015: “O Uber, maior companhia de táxi do mundo, não possui veículos. O Facebook, proprietário de mídias mais popular do mundo, não cria conteúdo. O Alibaba, varejista mais valioso, não tem estoque. E o Airbnb, maior provedor de acomodações do mundo, não possui qualquer imóvel. A minha impressão é a de que as organizações de sucesso vão cada vez mais migrar de estruturas hierárquicas para modelos mais conectados e colaborativos.”

⁴ Sobre o detalhamento desse conceito, confira-se a definição de Guido Caldarelli “All the examples above are instances of the so-called emergent phenomena. That is some collective behaviour that cannot be predicted by looking at the single elements forming the system. Usually systems that display these phenomena are dubbed complex systems. For example, a single ant is relatively awkward animal but many ants together are capable of activities as complex as building large anthills or storing large quantities of food. In human societies, social order arises from the combination of autonomous individuals, often conflicting interests, that still end up performing tasks that nobody could do on their own.” (CALDARELLI, Guido; CATANZARO, Michelle. **Networks: a very short introduction**. United Kingdom: Oxford University Press, 2012, p.4). Tradução livre: “Todos os exemplos acima são típicos dos chamados *fenômenos emergentes*. Isto é, alguns comportamentos coletivos que não podem ser previstos olhando-se tão somente para os elementos singulares que compõem um sistema. Normalmente, os sistemas que exibem esses fenômenos são chamados de sistemas complexos. Por exemplo, uma única formiga é um animal relativamente inábil, mas muitas formigas juntas são capazes de atividades tão complexas quanto construir grandes formigueiros ou armazenar grandes quantidades de comida. Nas sociedades humanas, a ordem social surge da combinação de indivíduos autônomos, que apesar de frequentemente possuírem interesses conflitantes, acabam realizando tarefas que ninguém poderia fazer por conta própria”.

A “empresa” e o “contrato”, embora conceitos jurídicos, jamais seriam compreendidos em sua inteireza se os estudiosos os confinassem a essa ciência.⁵ A realidade econômico-social subjacente ao tráfico econômico, inspirada pelas motivações e interesses dos empresários, afigura-se fundamental à formulação e delimitação das categoriais jurídicas do direito comercial.⁶

É exatamente em meio a essas transformações que se pretende introduzir este trabalho acerca das redes empresariais, questionando o individualismo jurídico e a tradicional e estanque divisão entre “contrato” e “sociedade” à luz da atual realidade econômica e seu modo de organização.

Para Stefan Grundman, um dos grandes expoentes da teoria contratual contemporânea, tanto os contratos, quanto as sociedades formam feixes de relações. A falta de uma visão conjunta do direito contratual e societário – compreendendo, ambos, as grandes categorias do direito privado – inibiu o adequado paralelo entre eles, em detrimento das duas disciplinas, mas em escala mais prejudicial ao direito contratual. Na disciplina societária clássica, a atividade de produção realizar-se-ia dentro da instituição hierarquicamente organizada; na contratual, essas operações ocorreriam em âmbito externo, no mercado, com parceiros selecionados pelas partes.⁷

As redes contratuais, contudo, formam-se por empresas autônomas, conectadas por vínculos contratuais, de modo agrupado, como meio de alcançar seus objetivos econômicos e organizar suas atividades.

⁵ Algumas considerações advindas das ciências econômicas, relativas aos processos sociais e mecanismos de coordenação e cooperação entre os agentes econômicos, auxiliaram a compreensão da governança dos contratos e das sociedades. No direito empresarial, por exemplo, a célebre obra *The Modern Corporation & Private Property*, na qual se identificou o divórcio entre propriedade e controle no âmbito das modernas corporações derivou da união de esforços entre o jurista Adolfe Berle e o economista Gardiner Means. Também eles contribuíram às análises críticas sobre a teoria da agência e seus problemas (*agency theory*), relacionados às divergências de interesses que permeiam a relação entre o agente e o principal, isto é, aquele que atua à conta e nos interesses deste, a qual pode ser empregada na relação entre sócios e administradores. Na seara contratual, esta aproximação afigura-se igualmente proveitosa, pois, em última análise, o contrato instrumentaliza a operação econômica, regulando o tráfico mercantil. Neste trabalho, faz-se considerações específicas sobre os problemas de agência atinentes aos contratos de distribuição no âmbito das redes empresariais.

⁶ Conforme observou Carvalho de Mendonça, “o direito comercial deve, portanto, harmonizar-se com as condições econômico-sociais. Basta considerar que êle é por excelência o direito dos contratos e estes são, por sua vez, o instrumento das trocas de serviços e em geral de valores. [...] O direito comercial tomou nova orientação com os elementos que lhe ministrou a ciência econômica. Sem a inspiração desta não pode ser suficientemente estudado. (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v.I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p.34). No mesmo sentido, Enzo Roppo adverte: “De fato, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente – para a ideia de operação econômica”. (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p.8).

⁷ GRUNDMANN, Stefan. Qual a unidade do direito privado? De uma concepção formal a uma concepção material do direito privado. **Revista da EMERJ**, v.14, n.53, Rio de Janeiro: EMERJ, 2011, p.318-344.

Por um lado, a organização dos contratos em rede assemelha-se a dos contratos de sociedades, pois, tal como naqueles, em maior ou menor escala, constata-se: (i) pluralidade de partes; (ii) necessidade de intensa cooperação entre os agentes; (iii) governança por parte do agente dotado de maior poder; (iv) interdependência econômica e troca de informações recíprocas entre os participantes; (v) relações estáveis; (vi) eficiência e produtividade econômica a partir de intensa cooperação; (vi) propósito comum dos participantes e interesse comum no sucesso global da operação.⁸

Por outro lado, deles se distinguem, assemelhando-se a meras contratações bilaterais, porque cada participante (i) preserva personalidade jurídica própria; (ii) patrimônio próprio; (iii) autonomia para gerir internamente seu negócio; (iv) percebe lucros individualizados; (v) arca com risco e âleas individuais; e (vi) mantém com os demais participantes relações interdependentes.

Em suma, as redes empresariais conciliam lógicas integrativas e de mercado, fazendo-nos questionar se o rigor dessas classificações é, ainda hoje, nuclear na formação do direito privado.⁹ Até o momento, no Brasil, são poucas as análises concretas do significado destas transformações para a teoria contratual. As formas de organização do mercado provenientes dessas mudanças, com o advento da produção em massa e das linhas de produção, montagem e distribuição especializadas e flexíveis, destoam dos princípios contratuais dominantes e da racionalidade jurídica neles pressuposta.¹⁰

Neste trabalho, propõe-se examinar as redes empresariais, de forma mais delimitada as redes de distribuição e a existência de seu propósito comum, perpassando os problemas jurídicos a eles atinentes. Para tanto, analisam-se os vetores de organização da atividade econômica e suas estruturas de governança (I); o fenômeno das redes empresariais e suas características de um modo geral (II); as redes de distribuição em específico (III); os contratos de distribuição em espécie: a franquia empresarial, o contrato de distribuição *stricto sensu* e de concessão comercial de veículos automotores (IV); a governança interna da rede, sua estrutura de interesses e as idiosincrasias presentes em sua relação (V); a

⁸ TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.11; ASCARELLI, Tulio. **Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.266.

⁹ COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990; BARNARD, Chester. **The functions of the executive**. Washington: Library of Congress, 1968. Atualmente: EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. **The economic structure of corporate law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998; HART, Oliver. **Firms, contracts and financial structure**. Oxford: Clarendon Press, 1995. (Kindle Edition).

¹⁰ KATAOKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.46; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.49-50.

insuficiência das regras tradicionais de condutas das partes contratantes para pautar as relações internas da rede (VI); a existência de um propósito comum e a função dos contratos no âmbito das redes de distribuição (VII); o dever das partes no âmbito dos contratos nas redes de distribuição à luz do seu propósito comum (VIII); o abuso de poder do líder, como hipótese de poder de controle não societário ou desvio de função contratual (IX); os princípios e regras de direito contratual e o papel do propósito comum para coibição de atos abusivos praticados pelos participantes da rede (X); e a relação desses contratos face a terceiros indeterminados (XI).

2 AS ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA E A ORGANIZAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA: HIERARQUIA, MERCADO E HÍBRIDOS

A escolha por uma determinada forma de organização da atividade econômica associa-se, em regra, à possibilidade de aproveitamento das vantagens estruturais que ela oferece, tendo em vista as características das transações em cada caso concreto.¹¹

Trabalhos perfilhados pela Nova Economia Institucional, na primeira metade do século passado, permitiram revisar a predominante visão dos economistas, desde Adam Smith¹², de que a organização da capacidade produtiva se determinaria pelo “mecanismo de preços” (*price mechanism*),¹³ incorporando à sua análise os relevantes custos de transação como critério de seleção de cada modelo (*transaction costs economics*).^{14 15}

¹¹ Confira-se, nesse sentido, a lição de Williamson: “A third lesson of organization theory is that alternative modes of governance (markets, hybrids, firms, bureaus) differ in discrete structural ways (Simon, 1978, p.6 – 7). Not only do alternative modes of governance differ in kind, but each generic mode of governance is denied by an internally consistent syndrome of attributes – which is to say that each mode of governance possesses distinctive strengths and weaknesses. As discussed below, the challenge is to enunciate the relevant attributes for describing governance structures and thereafter to align different kinds of transactions with discrete modes of governance in an economizing way. [...] Because a high-performance economic system will display adaptive properties of both kinds, the problem of economic organization is properly posed not as markets *or* hierarchies, but rather as markets *and* hierarchies. A predictive theory of economic organization will recognize how and why transactions differ in their adaptive needs, whence the use of the market to supply some transactions and recourse to hierarchy for others.” (WILLIAMSON, Oliver. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. **Journal of Economic Perspectives**, v.16, n.3, 2002, p.175-176). Tradução livre: “Uma terceira lição da teoria organizacional é a de que os modos alternativos de governança (mercados, híbridos, firmas, escritórios) se diferem sutilmente em suas formas estruturais (Simon, 1978, p.6-7). Não apenas modalidades alternativas de governança diferem em espécie, como também cada modelo genérico de governança é negado por uma síndrome de atributos internamente consistente – o que equivale a dizer que cada modalidade de governança possui vantagens e desvantagens características. Como discutido abaixo, o desafio é assinalar os atributos relevantes para descrever as estruturas de governança e, então, alinhar os diferentes tipos de transações com os distintos modelos de governança, de uma maneira economizadora [...] Como um sistema econômico de alto desempenho exibirá propriedades adaptáveis de ambos os tipos, a problemática da organização econômica é propriamente posta não como mercados *ou* hierarquias, mas sim como mercados *e* hierarquias. Uma teoria preditiva da organização econômica reconhecerá como e por quê as transações diferem em suas necessidades de adaptação, daí o uso do mercado para fornecer algumas transações e o recurso da hierarquia para outras.

¹² Em seu livro, a *Riqueza das Nações*, Adam Smith afirmou a desnecessidade de um planejamento central ou regulação por parte do Estado (entidade central coordenadora) acerca da organização da atividade produtiva. Para ele, os agentes econômicos autorregulavam-se, mediante eficiente sistema de preço (mão invisível), segundo o qual consumidores e indivíduos, que se guiavam por seus próprios interesses, governavam-se em suas escolhas por preços. Ronald Coase, entretanto, considerava a teoria incompleta, porque acreditava que as negociações entre as partes, a elaboração do contrato, a necessidade de inspeção acerca do conhecimento e capacidade técnica da parte contrária, a previsão de mecanismos de solução de disputas, entre outros termos, representava custos até então não contabilizados pelo “mecanismo de preços”. Até então, a ciência econômica acreditava que os agentes econômicos se autorregulavam, exclusiva ou preponderantemente, por um mecanismo de preços (mão invisível), conforme proposto por Adam Smith em seu pioneiro trabalho *The Wealth of Nations*, quase dois séculos antes.

¹³ Ronald Coase questiona o mecanismo de preços como fator de organização da economia, porque o conceito desconsidera o importante planejamento dos fatores de produção, que além do preço, contribuem

Constatou-se que a predileção por uma determinada estrutura de governança relaciona-se não só ao mecanismo de preços, mas aos custos a ela inerentes,¹⁶ os quais compreendem desde o capital, à negociação de contratos, sua fiscalização, coordenação de agentes, métodos de solução de disputas, dentre outros.¹⁷ A empresa, ao recorrer às relações de “mercado” (*spot*), dispõe de ampla liberdade para contratar com fornecedor de sua preferência, podendo substituí-lo por outro, se assim entender, com relativa rapidez. Já as formas de governança hierárquicas, conquanto limitem a liberdade de atuação da empresa, impondo maiores percalços na modificação de sua estrutura interna, oferecem maior possibilidade de controle e organização da atividade, por vezes traduzindo-se em ganhos de escala.¹⁸

A dicotomia na organização da atividade econômica entre “hierarquia” e “mercado”, por parte dos economistas da Nova Economia Institucional, irradiou-se para o campo jurídico, contribuindo, em certa medida, para sedimentar a divisão entre o “direito contratual” e o “direito societário”. Os dois ramos jurídicos acabaram por se desenvolver de maneira relativamente independente: o direito societário, em essência, orientado por princípios organizativos e formativos; o direito contratual voltado à ampla liberdade e à

para a organização da atividade econômica. (COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p.34).

¹⁴ Conforme destacou Ronald Coase na academia de ciências da Suécia, a existência de custos de transação pressupõe que métodos de organização, alternativos ao mercado, mesmo mais custosos, podem, não obstante, mostrar-se preferíveis ao mecanismo de preço. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html>. Acesso em: 15 dez. 2018.

¹⁵ A academia de ciências econômicas em memória a Alfred Nobel assim descreveu a contribuição de Oliver Williamson ao estudo da economia: “provided a theory of why some economic transactions take place within firms and other similar transactions take place between firms, that is, in the marketplace. The theory informs us about how to handle one of the most basic choices in human organization. When should decision power be controlled inside an organization, and when should decisions be left to the market.” Tradução livre: “forneceu uma teoria que busca explicar o porquê de algumas transações econômicas ocorrerem dentro das empresas e outras transações similares ocorrerem entre as empresas, isto é, no mercado. A teoria nos informa sobre como lidar com uma das escolhas mais básicas na organização humana. Quando o poder da decisão deve ser detido pela organização, e quando as decisões devem ser deixadas para o mercado.”

¹⁶ Naquele trabalho, Ronald Coase apresentara alguns importantes questionamentos: se os movimentos de preço direcionavam a produção, por que os agentes econômicos envidavam esforços para organizar os meios de produção? Por que haveria organização dos agentes econômicos em firmas, isto é, estruturas hierárquicas, em nosso sistema produtivo? Por que firmas emergem em um ambiente econômico especializado em trocas? Do ponto de vista do mercado, se é verdade que firmas eliminam custos de produção, por que, então, há operações de mercado? Por que não se concentra toda a produção em uma única grande empresa?

¹⁷ Conforme destacou Ronald Coase na academia de ciências da Suécia, a existência de custos de transação pressupõe que métodos de organização, alternativos ao mercado, mesmo mais custosos, podem, não obstante, mostrar-se preferíveis ao mecanismo de preço. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html>. Acesso em: 15 dez. 2018.

¹⁸ GRASSI, Robson Antonio. Williamson e “formas híbridas”: uma proposta de redefinição do debate. *Revista Economia e Sociedade*, [S.l.], v.12, n.1, p.43-64, jan.2016, p.47. Ver também: GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy* n.94, 1986, p.691-719.

criação de regras e deveres destinados à mediação social, isto é, a prevenir e resolver conflitos entre as partes contratantes.¹⁹

As condições econômicas e mercadológicas no decorrer do último século hipertrofiaram o papel da grande empresa, em detrimento dos mecanismos de mercado, na coordenação dos processos produtivos e distributivos de bens e serviços.²⁰ Com isso, o desenvolvimento do direito societário e contratual ocorreram em ritmos dissonantes.²¹

¹⁹ Oliver Williamson utiliza prosaico exemplo para ilustrar os contornos do direito contratual em cotejo com o societário: “With reference to contract law, the argument is that each generic mode of governance is supported by a different contract law regime. In particular, the implicit law of internal organization is that of forbearance. Thus whereas courts routinely grant standing to interfirm disputes over prices, the damages to be ascribed to delays, failures of quality, and the like, courts will refuse to hear disputes between one internal division and another over identical technical issues. Access to the courts being denied, hierarchy is *its own* court of ultimate appeal, whereupon firms have access to fiat that interfirm contracting does not.” (WILLIAMSON, Oliver. **Why law, economics and organization?** p.377. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.lawsocsci.1.031805.111122>>. Acesso em: 15 dez. 2018. Tradução livre: “No que diz respeito ao direito contratual, o ponto é que cada modelo genérico de governança encontra amparo em um regime diferente. Em particular, a lei implícita da organização interna é a da tolerância. Assim, enquanto os tribunais rotineiramente concedem legitimidade a disputas empresariais relativas a preços, danos por atrasos, quedas de qualidade, e semelhantes, eles ao mesmo tempo se recusam a dar atenção a disputas envolvendo uma divisão interna e outra, relativas a discussões idênticas. Uma vez negado o acesso aos tribunais, a hierarquia se torna o próprio tribunal de última instância, diante do qual as empresas podem sofrer sanções desconhecidas da contratação entre empresas.

²⁰ Alfred D. V. Chandler Jr., em sua premiada obra *The visible hand: the managerial revolution in American business*, destacou a substituição do mercado pela grande empresa: “The theme propounded here is that modern business enterprise took the place of market mechanisms in coordinating the activities of the economy and allocating its resources. In many sectors of the economy the visible hand of management replaced what Adam Smith referred to as the invisible hand of market forces. The market remained the generator of demand for goods and services, but modern business enterprise took over the functions of coordinating flows of goods through existing processes of production and distribution, and of allocating funds and personnel for future production and distribution. As modern business enterprise acquired functions hitherto carried out by the market, it became the most powerful institution in the American economy and its managers the most influential group of economic decision makers. The rise of modern business enterprise in the United States, therefore, brought with it managerial capitalism.” (CHANDLER JUNIOR, Alfred D. **The visible hand**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, Edição do Kindle, p.1). Tradução livre: “O tema proposto aqui é o seguinte: a empresa moderna tomou o lugar dos mecanismos de mercado ao coordenar as atividades da economia e alocar seus recursos. Em muitos setores da economia a mão visível da administração substituiu o que Adam Smith chamava de mão invisível das forças do mercado. O mercado continuou a ser o gerador de demanda por bens e serviços, mas as empresas modernas assumiram as funções de coordenar os fluxos de mercadorias por meio dos processos de produção e distribuição existentes, e de alocar recursos e pessoal para futura produção e distribuição. Como a empresa moderna adquiriu funções desempenhadas até então pelo mercado, ela se tornou a instituição mais poderosa na economia americana e seus gerentes o grupo mais influente de tomadores de decisões econômicas. A ascensão da empresa moderna nos Estados Unidos, assim, trouxe consigo o capitalismo gerencial.”

²¹ Enzo Roppo, nesse sentido, recapitula a crise existencial experimentada pelo direito contratual, em detrimento ao societário, à época: “é no mesmo período – o período em que amadurece a transição do capitalismo de concorrência para o capitalismo monopolista – que surgem na cena econômica as ‘gigantes’ sociedades por ações, dotadas de enormes capitais, muitas vezes fracionado entre um número elevadíssimo de sócios, e as outras organizações destinadas ao controle de mercados (*trusts*, cartéis, *konzerne*, etc). Não foi, certamente, por acaso que apareceu, exatamente nos primeiros anos do nosso século, uma corrente de pensamento – desenvolvida sobretudo na França sob o nome de ‘teoria da instituição’ – cuja ideia central é justamente esta: o declínio progressivo e fatal do contrato a favor da instituição; com que se relacionava o progressivo e fatal declínio da autonomia da vontade, da personalidade, da própria liberdade do indivíduo, fatalmente coarctada pela prevalência das grandes organizações de massa e pelas exigências da colectividade. Outros, na tentativa de fornecer uma chave de interpretação deste tipo de fenômeno, falaram de um ‘regresso

2.1 A concentração empresarial: o crescimento e a expansão das sociedades empresárias

O século XX, em sua maior parte, caracterizou-se pelo que o economista Alfred Chandler cunhou de capitalismo gerencial, o qual por suas estruturas organizacionais também ficou conhecido como capitalismo hierárquico (ou industrial).²² Nele, predominou a “competição tradicional”, em que a larga distância entre os saltos tecnológicos e a baixa velocidade das transformações dos mercados causavam pouco impacto nas organizações. A conjuntura econômica permanecia relativamente estável, criando condições propícias para a formação da grande empresa e de grupos societários.

Naquelas condições, as vantagens derivadas das grandes estruturas hierarquizadas eram expressivas. Contemplavam ganhos com economia de escala, consolidação no mercado, maior acesso aos recursos financeiros e maior capacidade de investimento em pesquisa e inovação. A produção em massa assegurava-se pela crescente demanda dos mercados consumidores. O advento da forma multidivisional da grande empresa habilitava sua expansão, desprovida dos problemas oriundos da administração centralizada.

As vantagens advindas da concentração empresarial repercutiram na estrutura do direito societário ao longo do último século, contribuindo para formação de grupos econômicos. No desempenho dessa função, como já apontara René Rodière, o direito societário escalou da perspectiva *atomística* à *molecular*.²³

Embora há pouco mais de 100 anos a participação de uma sociedade no capital da outra gerasse perplexidade – e fosse até mesmo proibida, por exemplo, pela legislação norte-americana²⁴ –, hoje representa modelo bastante usual.

do contrato ao status” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009).

²² CHANDLER JUNIOR, Alfred D. **The visible hand**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, Edição do Kindle.

²³ BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1996, p.23. Claude Champaud, ao examinar o fenômeno da concentração empresarial no direito francês faz uma constatação extensível aos demais sistemas jurídicos de direito comercial, como o brasileiro: “Le droit du Code de commerce est essentiellement individualiste, liberal et égalitaire. Il est conçu pour un coprs économique composé de cellules nombreuses, petites, autonomes, dispersées isolées et de taille comparable”. (CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Librairie Sirey, 1962, p.6). Tradução livre: “O direito do Código Comercial é essencialmente individualista, liberal e igualitário. Ele é conhecido por um corpo econômico composto de células numerosas, pequenas, autônomas, dispersadas isoladas e de dimensão comparável.”

²⁴ Somente no final do século XIX, quando o Estado de Nova Jersey concedeu autorização legal para que as sociedades participassem do capital de outras, essa técnica de conglomeração empresarial expandiu-se para outros estados americanos e para outras economias, inclusive dos países do *civil law*. A participação acionária de uma companhia em outra passou a ser admitida nos Estados Unidos pelo *Act* de 04 de abril de 1888, do Estado de Nova Jersey. Nele, previu-se a chamada *holding company clause*, da companhia que autorizava a participação em outras sociedades. Nesse sentido, o *Act of 14-3-1893* dispôs: “Any corporation

Exponentes do direito comercial nacional idealizavam a grande empresa e grupos societários como instrumentos capazes de atender às demandas impostas pela, então, economia moderna. Oscar Barreto Filho, em 1956, ilustrara essa corrente de pensamento:

o emprego cada vez maior do maquinismo, a fabricação em série, a utilização de processos técnicos mais aperfeiçoados, a necessidade de capitais vultosos para os grandes empreendimentos, a ampliação dos mercados consumidores são outros tantos fatores que conduzem à concentração das empresas para melhor realização de seus fins.²⁵

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato, em 1970:

Desde a primeira revolução industrial, as vantagens da constituição dessas ‘economias internas de escala’, segundo a expressão consagrada de Alfred Marhsall, eram de todos conhecidas: baixa do custo unitário de produção com o aumento do volume de unidades produzidas; possibilidade de autofinanciamento, libertando a empresa das injunções do mercado financeiro; multiplicação de estabelecimentos, permitindo-se atingir diretamente os diferentes centros de consumo; estocagem da matéria prima, atenuando os efeitos das variações de preço; estudos de mercado e publicidade em larga escala.²⁶

Só a macroempresa seria

capaz de acompanhar a revolução tecnológica contemporânea, que exige investimentos maciços em pesquisa científica, não necessariamente rendosos, e que alargou o mercado às dimensões do planeta, impondo gastos consideráveis de transporte, distribuição e publicidade.²⁷

Esse ideal, traçado pelo capitalismo industrial, que encontra o economista Alfred Marshall entre seus grandes expoentes,²⁸ tendia à concentração empresarial, num primeiro

may purchase, hold, sell, assign, transfer, mortgage, pledge, or otherwise dispose of the shares of the stock capital of, or any bonds, securities, or evidence of indebtedness created by any other corporation or corporations of this or any other state, and while owner of such stock may exercise all the rights, powers and privileges of ownership, including the right of vote thereon.” Tradução livre: “Qualquer corporação pode comprar, manter, vender, ceder, transferir, hipotecar, penhorar ou, de outro modo, dispor das ações do capital social, ou de quaisquer títulos, valores mobiliários, ou confissões de dívida emitidos por qualquer outra corporação ou corporações, deste ou de qualquer outro estado, e enquanto proprietária do título, poderá exercer todos os direitos, poderes e privilégios oriundos de sua propriedade, incluindo o direito de voto. Sobre esse tema, confira-se: STEFFENS, Lincoln. New Jersey: a traitor state, part II – how she sold out the United States. In: **McClure’s Magazine**. Disponível no Archive of American Journalism, May 1905. Nesse artigo, o jornalista critica duramente o movimento legislativo levado adiante pelo Estado de Nova Jersey.

²⁵ BARRETO FILHO, Oscar. **O regime jurídico das sociedades de investimento**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p.20-21.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: RT, 1970, p.4. No mesmo sentido: BULGARELLI, Waldírio. **O direito dos grupos e a concentração de empresas**. São Paulo: Universitária de Direito, 1975, p.8.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Consórcios de empresas. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.221.

²⁸ A necessidade da expansão dos negócios empresariais, mediante a preservação de técnicas eficientes de gestão ajudou a impulsionar a formação dos grupos societários. A esse respeito, a visão do economista Alfred Chandler, em sua famosa monografia sobre “Scale and scope: the dynamics of industrial capitalism”, bem

momento pela formação da grande empresa; e num segundo momento, pelos grupos societários (a empresa plurisocietária). Esses processos iniciais de concentração desdobraram-se em duas bem delimitadas fases, as quais Claude Champaud denominou de (i) primária e (ii) secundária.²⁹ Elas não são excludentes, porém complementares.

ilustra o pensamento predominante na era do capitalismo industrial: “Whatever the initial motivation for its investment in new operating units, the modern industrial enterprise has rarely continued to grow or maintain its competitive position over an extended period of time unless the addition of new units (and to a lesser extent the elimination of older ones) has actually permitted its managerial hierarchy to reduce costs, to improve functional efficiency in marketing and purchasing as well as production, to improve existing products and processes and to develop new ones, and to allocate resources to meet the challenges and opportunities of ever changing technologies and markets. Such a process of growth has provided this bureaucratic institution with the internal dynamic that has made it powerful and enabled it to maintain its position of dominance as markets and technologies have changed ... Reductions in costs and efficient resource utilization have resulted ... from the exploitation of economies of scale in production and distribution, from exploiting economies of joint production or joint distribution, or from reduction in the cost of transactions involved.” (WITTING, Christian A. **Liability of corporate groups and networks**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p.24). Tradução livre: “Seja qual tenha sido a motivação inicial para seus investimentos em novas unidades operacionais, fato é que a empresa industrial moderna raramente continuou a crescer ou manteve a sua competitividade por um longo período de tempo sem que esse acréscimo de novas unidades (e, em menor escala, a eliminação das antigas) tenha efetivamente permitido que sua hierarquia gerencial reduzisse custos, melhorasse sua eficiência funcional em marketing, compras e produção, aperfeiçoasse produtos e processos já existentes, desenvolvesse novos e alocasse recursos para enfrentar os desafios e oportunidades das tecnologias em constante mudança e do mercado. Tal processo de crescimento forneceu a esta instituição burocrática a dinâmica interna que a tornou poderosa e permitiu que ela mantivesse sua posição de dominância enquanto os mercados e as tecnologias mudavam [...] Reduções de custos e utilização eficiente de recursos resultaram [...] desde a exploração de economias de escala na produção e na distribuição, a economias exploradoras de produção conjunta ou distribuição conjunta, ou a redução do custo das transações envolvidas. Fábio Konder Comparato, a seu turno: “Não há negar, entretanto, que os grupos econômicos foram criados, exatamente, para racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades das várias empresas que os compõem. É graças a essa racionalização administrativa que o lucro marginal é elevado, com a baixa do custo unitário de produção. Eles propiciam a criação de ‘economias internas de escala’, já assinaladas pelos economistas desde fins do século XIX. Todos os sistemas econômicos, qualquer que seja o regime político que os compunha, tendem a esse mesmo objetivo de agrupamento e coordenação empresarial”. (COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.355-356).

²⁹ “De ce point de vue, que nous partageons, deux types de concentrations d’entreprises peuvent être distingués. Le premier rassemble les opérations qui ont pour but d’accroître sensiblement la taille et la puissance économique des entreprises individuelles ou sociales. Il conduit à un accroissement des dimensions de cellules économiques fondamentales et à la diminution de leur nombre. Le nom de concentration de type primaire sera réservé à ce phénomène. Cette première forme de concentration ne peut cependant servir indéfiniment de cadre à la croissance des entreprises. À partir d’un certain moment les méfaits du gigantisme risquent de stériliser les bienfaits de la puissance. Une seconde phase concentrationniste s’ouvre alors pour la grande entreprise. Elle croît en essaimant, Elle fonde des filiales, s’empare du contrôle de sociétés tierces, à moins qu’elle ne cherche à stabiliser ou à développer sa puissance en passant des conventions d’entreprise avec ses concurrentes. Ce phénomène qui présente les deux aspects de l’intégration peut être considéré comme une concentration de type secondaire. Elle se caractérise par la persistance des cellules économiques de base, les entreprises, et par leur intégration à des unités plus vastes, dont les organes imposent à l’ensemble une direction économique unitaire”. (CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Librairie Sirey, 1962, p.3-4). Tradução livre: “Desse ponto de vista, compartilhamos dois tipos de concentração de empresas que podem ser distinguidos. O primeiro reúne operações que visam aumentar significativamente o tamanho e o poder econômico de empresas individuais ou corporativas. Isso leva a um aumento da dimensão das células econômicas básicas e à diminuição de seu número. O nome da concentração do tipo primário será reservado a este fenômeno. Essa primeira forma de concentração, no entanto, não pode ser usada indefinidamente como uma estrutura para o crescimento dos negócios. A partir de determinado ponto, os malefícios do gigantismo podem neutralizar os benefícios do poder. Uma segunda fase concentrationista se abre, então, para a grande empresa. Cresce pela enxameação,

A primeira derivou, precipuamente, das vantagens associadas às economias de escala (redução do custo unitário de produção proporcional ao aumento da quantidade produzida) e ao fortalecimento da capacidade competitiva das empresas, por meio da consolidação do mercado e de eventual assunção de posições jurídicas de monopólio. A concentração primária traduziu-se na absorção de unidades empresariais para a formação de grandes empresas. Os métodos típicos de concentração desse modelo afiguraram-se a fusão, incorporação e aquisição de sociedades. As empresas absorvidas perderam sua unidade econômica e jurídica, integrando divisões internas da grande empresa. Buscava-se aumentar a produção em escala, conquistando novos mercados e eliminando concorrentes.³⁰

A fase primária, no entanto, encontrou limites financeiros, gerenciais e regulatórios. O crescimento desenfreado de uma única unidade exigia engenharias financeiras e administrativas mais e mais complexas, que a tal ponto deixavam de proporcionar os benefícios de escala e de garantir a manutenção do processo expansionista, tornando-o ineficiente. Além disso, na primeira metade do século XX, as grandes organizações esbarraram nas autoridades e políticas antitruste, que as desmembraram em unidades menores ou impediram seu crescimento.³¹

A segunda fase de concentração empresarial nasceu em reação a essas limitações. Ela formou-se pela integração das empresas em multiunidades capilarizadas, sujeitas a uma direção unitária, mas preservando-se a independência jurídica e patrimonial de cada uma delas. O instrumento típico desta modalidade de concentração consistiu no grupo de sociedades (*corporate group*). Conforme delimita José Engrácia Antunes, o movimento da

estabelece subsidiárias, se separa do controle de empresas terceirizadas, a menos para buscar estabilizar ou desenvolver seu poder, celebrando acordos com seus concorrentes. Esse fenômeno, que introduz ambos os aspectos da integração, pode ser considerado como uma concentração de tipo secundário. É vítima da persistência das células econômicas básicas, dos empreendimentos e de sua integração em unidades mais investidas, cujos órgãos impõem ao conjunto uma direção econômica unitária.”

³⁰ Jorge Verschoore e Alsones Balestrin resumem o pensamento prevalecente dessa fase na paradigmática economia norte-americana: “Uma vez percebidas as diversas vantagens de internalizar as atividades produtivas em uma única estrutura empresarial, desenvolveu-se na economia norte-americana um intenso processo de integração de empresas mediante fusões e aquisições. Essa contínua integração dos negócios exigiu também a criação de instrumentos gerenciais capazes de planejar, coordenar e monitorar as atividades ao longo do processo produtivo. As principais características desse processo eram a centralização do controle decisório, resultante da necessidade de coordenar as múltiplas atividades, a especialização das principais funções e a divisão da estrutura em departamentos. Os organismos que nasciam e cresciam pela junção de empresas sob o controle acionário de uma só companhia em pouco tempo se transformaram em gigantescas organizações centralizadas (CHANDLER, 1998a).” (VERSCHOORE, Jorge; BALESTRIN, Alsones. **Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na nova economia** (Portuguese Edition). 2.ed. posição 305 (Kindle Edition), 2016).

³¹ O contexto em que editados o *Sherman Antitrust Act*, em 1890, e o *Clayton Act*, em 1914, revela como funcionavam aquelas empresas.

concentração secundária constituiu-se de ação econômico-empresarial, no qual se instituíram uma série de sociedades dotadas de personalidade jurídica própria, patrimônio próprio, mas sujeitas a uma autoridade central e ao interesse econômico do grupo. Em emblemática e metafórica passagem para descrever esse fenômeno, Fábio Konder Comparato pontuara: “doravante, a macrocompanhia passava a ser substituída pelo grupo de empresas, assegurando, como no mistério da Santíssima Trindade, a unidade na diversidade.”³²

2.2 O papel do direito societário na concentração empresarial

As técnicas jurídico-societárias desempenharam papel crucial na expansão dos grupos societários.³³ A sedimentação teórica da personalidade jurídica, que dotou as sociedades com a capacidade para deter direitos e assumir obrigações, além de patrimônio jurídico próprio e separado, dividido em ações, limitando a responsabilidade dos sócios, contribuiu para a multiplicação de sociedades personificadas.³⁴

³² COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.194-195.

³³ George Ripert destaca a utilidade da sociedade anônima como “merveilleux instrument juridique du capitalisme moderne”. (RIPERT, George. **Les aspects juridiques du capitalisme moderne**. 2.ed. Paris: LGDJ, 1951). Tradução livre: Instrumento jurídico maravilhoso do capitalismo moderno”. Tulio Ascarelli, no mesmo sentido, enalteceu o papel das sociedades por ações no desenvolvimento do capitalismo: “A sociedade anônima apresentou-se como o instrumento típico da grande empresa capitalística e, com efeito, surgiu e se desenvolveu com este sistema econômico e em relação às suas exigências; meio para mobilização das economias de vastas camadas da população e para a conseguinte difusão da inversão, instrumento jurídico para a realização dos projetos de uma economia que ia se renovando de maneira radical”. (ASCARELLI, Tulio. Princípios e problemas das sociedades anônimas. In: ASCARELLI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, p.339).

³⁴ Essas características repercutiram favoravelmente ao seu modelo econômico-financeiro, conforme conta José Engrácia Antunes: “Through the corporate device, enterprises were able to reach the status of a legal person in the juridical arena, side-by-side with human persons, leading in turn to a clear-cut separation between the legal sphere of the enterprise owners or investors (shareholders) and the legal sphere of the incorporated enterprise itself. This entailed, among other effects, that only the latter would be made accountable for consequences stemming from enterprise activity (legal personality). On top of this, a revolutionary rule regarding the allocation of enterprise risks – that has since become a cornerstone of corporate law – has been consecrated in order to encourage the widespread investment and a capital accumulation required for growth of enterprises: The liability of corporate associates was limited to the amount of their capital investment, which strengthened even more the complete insulation of such individuals from the liabilities and debts of the corporation (limited liability). With the introduction of such a clear line of demarcation between the corporation, as a legal person, and its individual investors, as shareholders, enterprise liability had entered into a completely new era. From that moment on, the corporation – viewed as a separate legal entity with its own rights and duties, with its own assets and liabilities – has alone been held legally liable to meet all types of risks and costs generated by its business activity. This was and still is the general solution foreseen by the law of enterprise liability for the most relevant sector of modern business activity.” (ANTUNES, José Engrácia. Liability of corporate groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationship in US, German and EU Law, an international and comparative perspective. Boston, **Kluwer Law and Taxation publishers**, 1994, p.2). Tradução livre: “Por meio do artifício corporativo, as

Sob o aspecto econômico, essas características despertaram uma série de vantagens. Primeiro, a limitação da responsabilidade reduziu custos de administração e fiscalização da sociedade, na medida em que os sócios não respondem diretamente por atos das companhias e de seus administradores. Esse mesmo preceito aplica-se ao monitoramento recíproco dos sócios, uns para com os outros, e à suficiência patrimonial de cada um. Isso porque o tamanho do patrimônio pessoal de cada sócio passou a ser irrelevante para o cumprimento das obrigações sociais (estando o capital da sociedade integralizado), pois se eliminou a comunicação entre os bens pessoais dos sócios e as dívidas sociais, prescindindo-se da identidade de cada um deles.³⁵

A atribuição de patrimônio e personalidade jurídica própria às sociedades também permitiu que ela fosse valorada, de forma individualizada, sem a correlação com o patrimônio dos sócios, podendo inclusive ser livremente alienada a terceiros. A limitação de personalidade e constituição de patrimônio separado, dividido em ações, tornou as ações fungíveis, em *comodities* homogêneas, facilitando sua comercialização no mercado de bolsa e também o levantamento de recursos.³⁶ A possibilidade de circulação das ações e a sua vinculação ao direito de voto, por sua vez, reduziram problemas de agência para evitar que administradores agissem de modo imprudente, tornando-os destituíveis a qualquer tempo. Esses predicados permitiram ao sócio diversificar seu patrimônio entre diferentes investimentos e sociedades, mitigando riscos e reduzindo o custo de capital.³⁷

empresas adquiriram personalidade, lado a lado com as pessoas naturais, o que levou, por sua vez, a uma clara separação entre a esfera jurídica dos donos do negócio e investidores (acionistas) e a esfera jurídica da própria empresa incorporada. Isso implicou, dentre outros efeitos, em que apenas esta última seria a responsável pelas consequências decorrentes da atividade empresarial (personalidade jurídica). Além disso, uma regra revolucionária concernente à alocação dos riscos da atividade empresarial – que desde então se tornou a pedra angular do direito societário – foi consagrada para estimular o investimento e a acumulação de capital necessários ao crescimento das empresas: a responsabilidade dos sócios foi limitada ao montante do capital investido, o que fortaleceu ainda mais o isolamento completo de tais indivíduos dos passivos e das dívidas da corporação (responsabilidade limitada). Com a introdução de uma linha de demarcação tão clara entre a corporação, como pessoa jurídica, e seus investidores, como acionistas, a responsabilidade da empresa entrou em uma era completamente nova. A partir desse momento, a corporação – vista como uma entidade separada, com seus próprios direitos e deveres, ativos e responsabilidades – passou a ser a única legitimada a responder legalmente por todos os tipos de riscos e custos gerados pela sua atividade comercial. Esta foi e ainda é a solução geral prevista pela lei de responsabilidade empresarial para o setor mais relevante da atividade empresarial moderna.

³⁵ Num sistema de responsabilidade ilimitada das obrigações sociais, em que o patrimônio dos sócios responde pelas dívidas sociais, quanto maior o patrimônio pessoal de um sócio, menor a probabilidade do outro sócio arcar inteiramente com a dívida social. Essa circunstância geraria custos recíprocos de monitoramento patrimonial entre eles.

³⁶ No direito brasileiro, as ações podem ser de espécies ou classes distintas, conforme os artigos 15 e seguintes da Lei n. 6.404/1976.

³⁷ Fischel e Easterbrook fazem elucidativa análise econômica dos benefícios da sociedade corporativa, que tem como característica limitar a responsabilidade dos sócios, criar personalidade jurídica própria e patrimônio separado. Os autores ressaltam, no entanto: “Limited liability does not eliminate ruin, and someone must bear losses when firms fail. Limited liability is an arrangement under which the loss is

Isso tudo fez com que se multiplicasse a constituição de sociedades, isto é, os centros de imputação da relação jurídica, aliando-os à autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade. Viabilizou-se ao empresário a separação de investimentos e centros de custo, entre diversas sociedades, mantendo, no entanto, a direção unitária de cada uma delas. Assim, garantiu-se a unidade de comando sobre patrimônios distintos; o controle sem o ônus da propriedade.³⁸

Por sua vez, a admissão das *holdings* e a atuação do princípio majoritário também fomentaram a expansão do poder societário e a dominação econômica, pois viabilizou a participação societária em cascata, mediante investimentos reduzidos (*pyramid stock control*).³⁹ O divórcio entre a noção de propriedade e controle societário⁴⁰ tornou factível

swallowed rather than shifted. Each investor has a cap on the loss he will bear. In a firm with debt, that guarantee is wiped out first. To this extent risk is 'shifted' from debt investor to equity investor. In a regime of unlimited liability still more risk would be shifted. Because someone must bear the whole cost of business failure under any rule, some have argued that the importance of limited liability has been exaggerated." (EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. **The economic structure of corporate law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p.42-44). Tradução livre: "A responsabilidade limitada não elimina o fracasso, e alguém deverá arcar com os prejuízos quando a empresa é malsucedida. A responsabilidade limitada é um acordo sob o qual os prejuízos são incorporados em vez de transferidos. Cada investidor tem um limite na perda que ele irá suportar. Em uma empresa endividada, essa garantia é eliminada primeiro. Nesta medida, o risco é "deslocado" do credor para o empresário. Em um regime de responsabilidade ilimitada ainda mais risco seria deslocado. Como em qualquer caso alguém deverá suportar o custo do fracasso, alguns argumentam que a importância da responsabilidade limitada foi exagerada."

³⁸ Conforme a justificativa contida no anteprojeto da Lei n. 6.404/1976: "É bem conhecido o cenário com que nos deparamos ao contemplar o mundo de hoje, obrigado a responder a desafios que de muito superam a capacidade isolada de cada ser humano. A revolução tecnológica que modificou fundamentalmente a vida do homem, levando-o à criação de hábitos de consumo que só a empresa, ou melhor, a grande empresa, pode satisfazer; a explosão demográfica que obriga a uma economia de produção de massa para atender ao consumo de massa; o fenômeno incoercível da urbanização, com todo o seu corolário de reclamos e exigências das grandes aglomerações humanas; os avanços das refinadas técnicas de planejamento, de organização e de pesquisa, que exigem a mobilização de grandes capitais e maior número de especialistas para terem eficiência e economicidade; as conquistas em todos os campos de atividade e do saber humanos, que impedem ao indivíduo o domínio de todos os conhecimentos necessários à sua sobrevivência num mundo cada vez mais complexo – tudo induziu à formação do grupo empresarial, que teve que buscar uma escala cada vez maior para satisfazer às dimensões dos empreendimentos impostos pelas novas condições de vida e às legítimas aspirações do desenvolvimento dos povos".

³⁹ James Bonbright e Gardiner Means dão conta do papel determinante das *holdings* na divisão entre controle e propriedade, permitindo, pelo emprego da técnica *pyramid stock control*, que acionistas minoritários detenham o controle ramificado do grupo societário a baixíssimo custo: "The fourth purpose of the holding company, the main-tenance of stock control with a limited investment, is like the third in that it does not necessarily involve a combination of two or more subsidiaries. Here the desire of the controlling interests is to maintain their control with a minimum amount of capital investment." (BONBRIGHT, James; MEANS, Gardiner. **The holding company: its public significance and its regulation**. New York: McGRA W-Hill Book Company, 1932, p.18). Tradução livre: "o quarto objetivo da sociedade *holding*, a manutenção do controle acionário com um investimento limitado, é como o terceiro, na medida em que não envolve necessariamente uma combinação de duas ou mais subsidiárias. Aqui, o interesse controlador é manter o controle com uma quantidade mínima de capital investido."

⁴⁰ A célebre obra do jurista Adolfe Berle e do economista Gardiner Means, *The Modern Corporation & Private Property* identificou um importante divórcio entre a propriedade e o controle nas modernas corporações.

ao ente controlador determinar o nível ótimo de sua participação societária em cada uma das sociedades controladas, ajustando o correspondente investimento de capital.

O Brasil, por meio da promulgação da Lei n. 6.404/1976, tornou-se, àquela época, o segundo país no mundo, ao lado da Alemanha, a estabelecer previsão legal sobre grupos societários (artigo 265).⁴¹ A realidade pela qual atravessava a economia brasileira já evidenciava que a atividade econômica raramente se constituía por uma única sociedade. Formava-se por coligação, associação, e outras formas de agrupamento societário, voltadas à concentração empresarial.⁴²

Também até o advento da Lei n. 6.404/1976, as *holdings* puras, cujo objeto consistisse na participação em outras sociedades, não encontravam guarida legal. A Lei n. 6.404/1976, no entanto, legitimou, e até mesmo estimulou essa prática, ao prever que “a companhia pode ter por objeto a participação em outras sociedades”, facultando-se, ademais, a participação societária “como meio de realizar o objeto social, ou para

⁴¹ Artigo 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. §1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas. §2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244. Segundo a Lei n. 6.404/1976, o conjunto formado por duas ou mais sociedades interligadas por relações de participação societária, hierarquizadas, quando as relações são de controle, é classificado como “grupo de sociedades”. Na sua forma mais singela, o grupo abrange uma controladora e uma controlada. O grupo de sociedades, embora compreenda companhias juridicamente distintas, constitui um único sistema societário, e o modelo de companhia, ao ser utilizado para sua organização desempenha função diferente da que lhe é própria, como forma jurídica de grupo empresário constituído de pessoas naturais. Na sistemática da Lei 6.404/1976 estão previstos dois regimes jurídicos para os grupos de sociedade: (i) grupos de fato; e (ii) grupos de direito. Nos grupos de fato, a sociedade controladora e os administradores de cada sociedade devem zelar para que uma não favoreça a outra com prejuízo próprio. Nesse tipo de grupo societário, visa-se ao funcionamento das sociedades sem subordinação de interesses de uma sociedade à outra, proibindo-se a sociedade controladora de imputar a uma sociedade prejuízos em benefício de outra pertencente ao grupo. O regramento legal quanto aos grupos de fato relaciona-se, em especial, ao dever de funcionamento independente das várias unidades, a fim de que uma sociedade não se sirva de outra, em prejuízo dos acionistas minoritários, credores e o fisco, punindo-se, pela legislação societária e fiscal, a confusão patrimonial e transferências indevidas de lucros. Já nos grupos de direito, a lei admite a cooperação mais intensa, inclusive por subordinação do interesse de uma sociedade à outra do grupo, assim como a repartição de custos, receitas e resultados das atividades, desde que convencionado por instrumento escrito. Se a sociedade controladora pretender maior grau de integração entre as sociedades, deve formar grupo de direito, estipulando convenção de grupo sobre as regras de cooperação das sociedades controladas. (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2009).

⁴² A esse respeito, o anteprojeto da Lei n.6.404/1976 aludiu: “Daí a existência de ‘grupos’ e ‘conglomerados’ inteiramente artificiais, verdadeiros castelos de cartas armados com sociedades de gaveta, cuja expressão financeira, construída por sucessivas imbricações de ações e financiamentos internos, induzem a penosos equívocos e maiores prejuízos do público desavisado. Mais grave se torna o problema, quando estas sociedades possuem minorias diferentes, pois o manuseio interno de vantagens e lucros resulta sempre em favorecimento do controlador e agravo aos acionistas. O Anteprojeto procurou dar disciplina estrita ao problema quanto às sociedades coligadas e controladas, em especial nas partes relativas a demonstrações financeiras consolidadas, aquisição recíproca de ações, e responsabilidade dos administradores, – atento sempre à defesa do crédito público e dos minoritários”.

beneficiar-se de incentivos fiscais.” (artigo 2º, §3º). Esse arcabouço legal transformou a sociedade anônima no veículo-chave para a formação dos grupos societários no Brasil.⁴³

Além dessas ferramentas jurídicas, a evolução das teorias de gestão caminhou para a divisão, por sociedades, de centro de custos e lucros, especializando cada uma das unidades de gestão.⁴⁴ Igualmente, a internacionalização dos negócios, mediante a exploração empresarial paralela em diferentes países, favoreceu a criação de unidades de gestão específicas.

Todos esses fatores empurraram o direito empresarial para a fase plurisocietária, no qual as *holdings*, *joint ventures* e consórcios⁴⁵ passaram a protagonizar a vida empresarial.

⁴³ Tradicionalmente, os grupos societários dividem-se em duas categorias: grupos de subordinação e de coordenação. Os primeiros são estruturas hierárquicas, no qual uma empresa exerce poder de dominação (poder de controle) sobre as demais. Já os grupos de coordenação são constituídos por empresas sob direção unitária, dos quais são exemplos os consórcios.

⁴⁴ WITTING, Christian A. **Liability of corporate groups and networks**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p.9; 47.

⁴⁵ As *joint ventures* e/ou os consórcios constituem forma de subunidade comum a duas ou mais organizações. Neles, forma-se juridicamente uma sociedade entre dois ou mais sócios pessoas jurídicas, de caráter personalíssimo e a coadministração que caracterizam o empreendimento comum e exigem a superposição ao modelo institucional de companhia de obrigações contratuais típicas de uma sociedade de pessoas. (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. v.I. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.78-79). Trata-se de outro grupo de direito, este de coordenação, regulado pela Lei n. 6.404/1976. O artigo 278º da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/1976) prevê: as “companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo”. Por sua vez, o §1º desse artigo 278.º, dispõe: o “consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”. O contrato de consórcio constitui instrumento de colaboração entre empresas, que busca conciliar a realização e a gestão conjunta de um determinado empreendimento, ao mesmo tempo em que preserva a plena independência patrimonial das empresas consorciadas. Como negócio jurídico, o contrato de consórcio define-se como o contrato pelo qual duas ou mais sociedades se obrigam, entre si, de forma coordenada, a executar determinado empreendimento, sem que desse contrato resulte a criação de um novo ente dotado de personalidade jurídica. Pelo contrato de consórcio, as partes buscam vincular-se, mutuamente, apenas para executar um determinado empreendimento mantendo a sua ampla liberdade e independência em relação às suas demais atividades. A vinculação entre as consorciadas desfaz-se logo após a execução do contrato de consórcio. No direito brasileiro, essa modalidade contratual afigura-se típica e nominada, voltada a instrumentalizar a cooperação, temporária e limitada, entre empresas, sem mitigar sua individualidade jurídica e independência econômica. O contrato de consórcio distingue-se da estrutura e regime do contrato de sociedade, por não ser vocacionado a formas mais duradouras e intensas de cooperação. A personalidade jurídica é, conforme sabido, a aptidão ou idoneidade para ser titular de relações jurídicas, isto é, de direitos e obrigações, mas, segundo a disposição legal, o consórcio não tem personalidade jurídica, pelo que as relações jurídicas resultantes dos contratos celebrados pelo consórcio são na realidade tituladas pelas suas integrantes. Também segundo a doutrina brasileira, o consórcio não tem personalidade jurídica, não podendo ser titular próprio de direitos e obrigações. (Para mais detalhes sobre o consórcio: XAVIER, Alberto. Consórcio: natureza jurídica, regime tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário** n.64, São Paulo, 2011, p.7 (cujas noções seguimos no texto); PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcios de empresas**. São Paulo: Pioneira, 1979, p.29; BULGARELLI, Waldírio. **Manual das sociedades anônimas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1984, p.266; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Regime jurídico do consórcio: o Código Civil e a Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil** n.138, São Paulo: Malheiros, 2003, p.202-206; LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das companhias**. v.II, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.2.075; EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. v.III – artigos 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.555-558.

2.3 A alteração da conjuntura econômica: a ascensão das formas híbridas de organização da atividade empresarial

A partir das duas últimas décadas do século passado, no entanto, o ambiente econômico experimentou grandes modificações. Até então, predominou a chamada “competição tradicional”, em que a larga distância entre os saltos tecnológicos e a baixa velocidade das transformações dos mercados causavam pouco impacto nas organizações, favorecendo a concentração empresarial pelos ganhos com a economia de escala e consolidação do mercado. Se, naquele ambiente econômico e mercadológico, a concentração empresarial, pela formação de grupos societários, constituiu técnica fundamental para a organização da empresa contemporânea;⁴⁶ sobreveio uma nova forma de capitalismo, fundado na extrema velocidade dos avanços tecnológicos e maior facilidade na troca de informações.

Nessa nova conjuntura, as vantagens organizacionais, antes perenes, tornaram-se meramente temporárias, diante das sucessivas mudanças da demanda consumidora e da evolução da concorrência pela parcela do mercado. Essas transformações geraram dificuldades para as empresas dotadas de grandes e rígidas estruturas hierárquicas. Emergiram novos desenhos institucionais, buscando-se dissolver as burocracias internas das grandes organizações, redimensionando-se suas unidades, número de empregados e escopo de atuação. Terceirizaram-se as atividades que compreendiam desde o fornecimento de insumos à distribuição, reduzindo-se, em invariáveis mercados, a atuação das organizações à sua especialidade (*core business*).⁴⁷

Esse novo padrão competitivo despontou no final do século passado, marcando novas concepções para a organização da atividade econômica, desta feita pautada pela

⁴⁶ O princípio da unidade de gestão sobre uma pluralidade de sociedades formalmente autônomas pode gerar, em regra, três sortes de riscos de dano: opressão dos acionistas não controladores; fraude contra credores (civis, comerciais, trabalhistas e fiscais) e abuso de poder de mercado. (COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.196).

⁴⁷ Coincidiu com esse período o que se denominou *deconglomeration* no direito americano. Muitas operações de M&A, nessa época, visavam reestruturar grandes companhias, mediante a venda de ativos que não se relacionassem à sua atividade central. Ver: BHAGAT, Sanjai; SCHLEIFER, Andrei; VICHNY, Robert. **Hostile takeovers in the 1980s: the return to corporate specialization**. Brooking Papers: Microeconomics, 1990, p.84; BLACK, Bernard S. The first international merger wave (and the fifth and last U.S. Wave) (May 2000). **University of Miami Law Review**, v.54, p.799-818, 2000; KLEIN, William A; COFFEE, John C.; PARTNOY JUNIOR, Frank. **Business organization and finance: legal and economic principles**. New York: The Foundation Press, 2010, p.118.

flexibilidade produtiva, adaptabilidade, capacidade de inovação, colaboração com clientes, fornecedores, distribuidores e até mesmo concorrentes.⁴⁸

Em meio às novas condições, dois fenômenos grassaram nas organizações empresárias: a formação do capitalismo de alianças, que disseminou a ideia de cooperação entre as empresas, estimulando arranjos colaborativos, e a formação de sistemas integrados e flexíveis de produção, distribuição e desenvolvimento tecnológico. Revitalizaram-se as pequenas e médias empresas, especializadas e flexíveis, que, atuando de modo integrado e colaborativo, superaram suas dificuldades estruturais no ambiente permeado pela “competição tradicional”.⁴⁹

Essas destacadas alterações mercadológicas e do cenário econômico foram logo assimiladas pela Nova Economia Institucional, que constatou o desenvolvimento de novas formas de organização da atividade empresarial, despregadas dos modelos tradicionais entre hierarquia e mercado. Elas marcavam-se por sua natureza híbrida, reunindo características de ambos os polos (hierarquia e mercado).⁵⁰

⁴⁸ FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991; JOHANSON, Jan; MATTSON, Lars-Gunnar. Interorganizational relations in industrial systems: a network approach compared with the transactions-cost approach. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991, p.256-264; POWELL, Walter. Neither market, nor hierarchy: network forms of organization. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991, p.265-276; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.126-130.

⁴⁹ José Eduardo Faria, em *O Direito na Economia Globalizada*, observa: “A partir daí, graças a um crescente *upgrading* dos fatores de produção, as empresas passam a adotar estruturas cada vez mais descentralizadas, nas quais predomina uma tríplice relação de parceria: (a) a do capital com o trabalho qualificado, sob a forma de ‘redes de locação, subempregada e contratação (mais conhecidas como “terceirização”); (b) a dos setores de “montagem” com cadeias fornecedores valendo-se dos contratos de pesquisa, de franquias, de licença de patentes e de licença de marcas como instrumento de apoio tecnológico às pequenas e médias empresas; (c) e a dos sistemas de cadeias integradas de competição (*network based competition*), formando esquemas competitivos em que as empresas dos países industrializados se integram nos grandes sistemas de produção e/ou distribuição dos países desenvolvidos. [...]. O sistema produtivo, nesse novo cenário, não chega a ser tão integrado como nas grandes empresas e corporações de natureza fordista. No entanto, a formação de “redes” em torno de seus “núcleos duros” torna as relações contratuais muito mais específicas e duradouras do que no caso de contratações tradicionais e casuais. [...] Como consequência dessa ampla e profunda revolução em todas as fases e tarefas do sistema produtivo, a versatilidade, a adaptabilidade, a compatibilidade e a capacidade de autofinanciamento dos diferentes equipamentos, conferindo ao sistema econômico uma estrutura cada vez mais autônoma com relação ao uso da força de trabalho convencional, abrem caminho para o advento da ‘especialização flexível de produção’”. (FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.79-80).

⁵⁰ Em seu discurso, Oliver Williamson afirmou: “We have in the process moved beyond the old ideological divide of markets or hierarchies to treat markets and hierarchies and other modes of governance in a unified way, with the result that we can now make more informed choices among them. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-facts.html>. Acesso em: 15 dez. 2018. Tradução livre: “No processo, ultrapassamos a antiga divisão ideológica de mercados ou hierarquias, para tratar de mercados e hierarquias e outros modos de governança de uma forma unificada, certos de que agora nós podemos fazer escolhas mais informadas entre eles.”

Essas estruturas de governança surgiram para atender aos novos imperativos de mercado, em reação aos modelos tradicionais, buscando-se a cooperação, desestimulada pelos convencionais contratos de intercâmbio,⁵¹ e a flexibilidade organizacional, diminuta perante a rigidez dos esquemas societários.

Os novos imperativos deveram-se à rápida alteração das condições mercadológicas, que compeliu os grandes produtores a recorrerem a sistemas de vendas indiretas, mediante a contratação de distribuidores especializados, sensíveis aos volumes de demanda e em especial às culturas locais de cada mercado consumidor. A crescente importância das áreas de Pesquisa e Desenvolvimento, em virtude da acentuada evolução tecnológica, exigiu vultosos investimentos de capital, por vezes proibitivo a um único agente. Para almejar ganhos de eficiência e resultado em pesquisa e inovação, empresas necessitaram empreender esforços com parceiros comerciais, fortalecendo suas alianças e descentralizando a coordenação e os custos dessas áreas (P&D).⁵²

A relação contratante-cliente, por sua vez, passou a reclamar estratégias comerciais flexíveis, adaptáveis aos variáveis métodos de produção, logística, fornecimento e até mesmo de pagamento. Tudo isso gerou um fértil ambiente para o desenvolvimento de relações empresariais customizadas, estáveis e maleáveis, visando a reduzir custos de transação, pelo compartilhamento de informações operacionais, logísticas e mercadológicas entre si.

A especificidade e o mutualismo desses esforços incentivaram os agentes econômicos a colaborar, criando elos de interdependência. O binômio “mutualismo” e “cooperação”, no arranjo híbrido, constituiu, assim, um importante fator estrutural, praticamente inédito. Trata-se de um regime de colaboração interempresarial.

Essas acentuadas modificações da atividade empresarial provocaram importantes reações no campo jurídico.

⁵¹ A denominação “contrato de intercâmbio” é utilizada por Paula Forgioni para classificar os contratos convencionais de troca, a exemplo da compra e venda, marcado pela contraposição de interesses entre as partes. (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: RT, 2015, p. 181).

⁵² JENNEJOHN, Matthew. The private order of innovation networks (October 27). **Stanford Law Review**, 2016, Forthcoming; BYU Law Research Paper n.15-23, 2015, p.40; JOHANSON, Jan; MATTSON, Lars-Gunnar. Interorganizational relations in industrial systems: a network approach compared with the transactions-cost approach. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991, p.256-264; JOHNSTON, Russel; LAWRENCE, Paul. The rise of the value-adding partnership. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991, p.193-202; POWELL, Walter. Neither market, nor hierarchy: network forms of organization. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991, p.265-276.

3 AS REDES EMPRESARIAIS

Por conta dessas transformações da atividade econômica, o direito comercial, gradualmente, vem superando a binária categorização das relações empresariais entre *contratos e sociedades*⁵³ ou, pelo ângulo da Nova Economia Institucional, *hierarquia e mercado*,⁵⁴ para acomodar as formas “híbridas”⁵⁵ de organização da atividade empresarial. Elas consubstanciam-se em contratos de *colaboração, estáveis* e de *longa duração*,⁵⁶ os quais disciplinam a organização da atividade econômica, compreendendo, por vezes,

⁵³ Veja-se a tradicional divisão de Rudolf Von Jhering entre os contratos de troca e os de associação: “na associação o egoísmo não desempenha o mesmo papel que nos contractos de troca. Aqui os dois contractantes tem interesses diametralmente opostos: se a venda é favorável para o comprador, é em detrimento do vendedor, e vice-versa. Seu damno, meu benefício, é a divisa de todos os contractos. Ninguém pode querer mal aos outros por zelarem somente os seus interesses (nota p.95). Já assim não acontece na associação: o interesse particular e o de outrem caminham a par; se um dos associados foi lesado, também o outro o foi por igual; do mesmo modo o lucro de um é o do outro. A ideia da solidariedade dos interesses deve guiar as duas partes na celebração do contracto de sociedade. Se uma d'ellas, em vez de trabalhar pelo lucro commum, só procura o seu interesse, destroe a própria essência da instituição — uma tal pratica, a generalisar-se, arruinal-a-ia para o commercio jurídico.” (JHERING, Rudolf Von. **A evolução do direito**. Lisboa: José Bastos & C.a.editores, 1963, p.153-154). Ascarelli, ao distinguir os contratos de sociedade dos contratos bilaterais, por seu turno, valia-se das expressões “contrato de organização” e “contratos de permuta”: “Com efeito, a função do contrato plurilateral não termina quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior, a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior [...] As características que vimos enumerando puseram implicitamente em evidência, constituir o contrato plurilateral, considerado em sua função econômica, um “contrato de organização”, podendo, desse ponto de vista, contrapor-se aos contratos de permuta”. (ASCARELLI, Tullio. Contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 291; 312). Sobre a concepção da sociedade como contrato de organização: SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁵⁴ Sob o plano da Nova Economia Institucional, as relações societárias são classificadas, em regra, como hierárquicas, ao passo que as contratuais, de trocas imediatas, são vistas como de mercado. (COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago, 1990; COASE, Ronald. the nature of the firm. In: WINTER, Sidney G; Oliver WILLIAMSON. **The nature of the firm: origins, evolution, and development**. Oxford: Oxford University Press, 1993; WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. New York: Free Press, 2012.

⁵⁵ Usualmente, as relações híbridas resultam da busca por reduzir custos de transação entre os agentes econômicos, em virtude da fuga da rigidez dos esquemas societários e da busca pela cooperação, cujos estímulos são menores nos contratos de *intercâmbio*. Entre os modelos híbridos, Paula Forgioni destaca os contratos de distribuição. Ver: FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.55-56; FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: RT, 2015, p.199-201; MÉNARD, Claude. The Economics of Hybrid Organizations. **Journal of Institutional and Theoretical Economics** (JITE)/Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft, v.160, n.3, 2004, p.345-376.

⁵⁶ Para referir-se a contratos com essa característica, muitos estudiosos os classificam como contratos “relacionais”, termo que remete ao conceito de “mais intenso” ou criador de uma verdadeira relação de longo prazo. Macaulay, um dos fundadores da teoria dos contratos relacionais, distingue dois tipos de contratos: os que criam relações (*relations*) e os que não criam relações, consistindo em meras trocas simples e rápidas. (MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v.28, n.1, 1963, p.55-67; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.130). Essas novas formas de contratação geraram, em especial na doutrina norte-americana, novas teorias sobre a relação contratual: GORDON, Robert W. The death of contract. Yale **Faculty Scholarship Series**. Paper 1376, New Haven, 1974; MACNEIL, Ian R. **The new social contract: an inquiry into modern contractual relations**. Yale University Press, 1980.

múltiplas partes. Nessa evolução, o direito societário cedeu parte de seu protagonismo à disciplina contratual, colaborativa e organizacional.⁵⁷

A esse respeito, Fábio Konder Comparato, em palestra proferida em meados dos anos 1990, observou:

Até bem pouco tempo, a estrutura organizacional das empresas multinacionais era de um grupo societário de subordinação, com uma sociedade controladora e várias controladas, hierarquizando-se sob a forma piramidal ou radial, ficando a empresa *holding* no topo da pirâmide ou no centro da circunferência. De uns anos para cá, no entanto, com o desenvolvimento do fenômeno dito da ‘terceirização’, tem-se manifestado uma preferência marcante pela adoção do esquema reticular, em que a vinculação entre as unidades empresariais já não se faz em termos de participação societária de capital, mas adotam antes a forma de uma rede de contratos estáveis. A grande novidade, sob o aspecto jurídico, é o fato de que esses grupos societários conservam, não obstante, o abandono da técnica de participação acionária, uma estrutura de controle societário externo, sob a forma contratual. Ou seja, não se trata de um grupo de coordenação, como ocorre nos consórcios de empresas. Na rede grupal, a sociedade controladora, denominada *broker*, assume exclusivamente as funções de governo de um conjunto de outras empresas fornecedoras de componentes ou matérias-primas, fabricantes dos produtos acabados, pesquisadoras de novos produtos e novos mercados, ou distribuidoras em diferentes mercados nacionais. É uma *holding* pura, sem participação no capital das controladas. É com base nesse novo panorama de organização estrutural das empresas que se deve reabrir a discussão sobre a sua função social no mundo contemporâneo.⁵⁸

A existência de uma “rede de contratos estáveis”, identificada por Fábio Konder Comparato, também chamou a atenção da doutrina anglo-saxã,⁵⁹ que cunhou a expressão *business networks*, no vernáculo “redes empresariais”, para qualificar esse modo relativamente recente de organização da atividade empresarial.⁶⁰ Ela consiste em

⁵⁷ “A grande novidade, sob o aspecto jurídico, é o fato de que esses grupos societários conservam, não obstante, o abandono da técnica de participação societária, uma estrutura de controle societário externo, sob a forma contratual. Ou seja, não se trata de um grupo de coordenação como ocorre nos consórcios de empresas. Na rede grupal, a sociedade controladora, denominada *broker*, assume exclusivamente as funções de governo de um conjunto de outras empresas fornecedoras de componentes ou matérias-primas, fabricantes dos produtos acabados, pesquisadoras de novos produtos e novos mercados, ou distribuidoras em diferentes mercados nacionais. É uma *holding* pura, sem participação no capital das controladas. É com base nesse novo panorama de organização estrutural das empresas que se deve reabrir a discussão sobre a sua função social no mundo contemporâneo.” (COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais** n.732, São Paulo: RT, out. 1996, p.40).

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais** n. 732, São Paulo: RT, out. 1996, p.38-46.

⁵⁹ Como se verá adiante, não é novo o fenômeno referente à interligação contratual e/ou à contratação grupal para realizar-se operação econômica unitária. A doutrina estrangeira cunhou diversas terminologias para denominar esse fenômeno: contratos conexos, contratos coligados, *groupes de contrats*, *ensemble de contrats*, união de contratos, dentre outros. Eles guardam importantes diferenças conceituais, mas possuem, em comum, nexos funcional e econômico entre contratos diferenciados.

⁶⁰ Importante ressaltar que o conceito de redes empresariais é substancialmente mais abrangente do que o das redes relacionadas aos contratos de distribuição *lato sensu*. As redes aparecem nos mais variados formatos, mais ou menos integrados, em estágio provisório ou duradouro, em escala vertical ou horizontal, dentre outros. (TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of**

verdadeiro “grupo econômico contratual”. É exatamente no âmbito desses modelos que se situa o tema objeto desta dissertação.⁶¹

Na essência, por meio desses arranjos em rede, empresas autônomas e independentes vinculam-se mediante contratos interdependentes, visando colher os proveitos da integração econômica, sem, entretanto, constituir vínculos societários entre si.⁶²

As redes podem edificar-se por variadas formas e participantes ao longo da cadeia produtiva e distributiva,⁶³ tanto de modo horizontal, como vertical, e a servir aos mais diversos propósitos, desde a interação entre os diversos agentes de um projeto de infraestrutura (fornecedores, projetistas, construtores e montadores), à distribuição de produtos e serviços ao mercado consumidor. Podem também representar-se pela cooperação entre empresas em determinado segmento, por exemplo, na aviação comercial. Mais recentemente, como se destacou na introdução deste trabalho, novas formas de rede foram criadas, interligando fabricantes e distribuidores a consumidores, em uma mesma plataforma digital (*two-sided networks*). Esses modelos são disruptivos.⁶⁴

Private Law. Hart Publishing, 2011; TEUBNER, Gunther; COLLINS, Hugh. *Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organisation.* In: (Orgs.) AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. **Networks: Legal Issues of Multilateral Co-operation.** Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009, p.3-30; GRUNDMANN, Stefan. *Contractual networks in German private law.* In: (Org.) CAFAGGI, Fabrizio. **Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth.** Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p.112-113; ADAMS, John N.; BROWNSWORD, Roger. *Privity and the concept of a network contract.* **Legal Studies**, 1990, p.12-37.

⁶¹ GRUNDMAN, Stefan; CAFAGGI, Fabrizio; VETTORI, Giuseppe. **The organizational contract, from exchange to long-term network cooperation in european contract law.** Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013.

⁶² TEUBNER, Gunther; *Network as connected contracts.* **International Studies in the Theory of Private Law.** Hart Publishing, 2011, p.1. Stefanie Jung, por seu turno, acentua o caráter internacional e empresarial das redes: “Businesses networks are an international phenomenon. Small and medium-sized companies and also mid-range enterprises use business networks to compensate for the advantages of economies of scale and scope, which large companies enjoy. (JUNG, Stephanie; KREBS, Peter; TEUBNER, Gunther. *Business networks reloaded.* **Nomos, Bade Baden.** Germany, Ashley Gate Publishing, 2015, p.5). Tradução livre: “Os negócios em rede são um fenômeno internacional. Pequenas e médias empresas e também empresas de médio alcance se valem dos negócios em rede para compensar as vantagens da economia de escala e escopo, das quais as grandes empresas desfrutam. Rodrigo Xavier Leonardo, por sua vez, define a rede como “sistema de contratos constituídos em razão de uma finalidade operacional comum entre os diversos agentes econômicos interessados em potencializar benefícios e minimizar riscos.” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional.** São Paulo: RT, 2003, p.145).

⁶³ Nos últimos 15 anos, por exemplo, o crescimento do setor de franquias no país foi, por todo o período, maior do que o crescimento do PIB, à razão de até 5 vezes mais. (Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/noticias/setor-de-franquias-cresceu-119-e-faturou-r-115-bilhoes-em-2013-segundo-abf>>. Acesso em: 16 dez. 2018). Stephan Grundmann, nesse sentido, afirma que as redes comerciais se afiguram, atualmente, o pressuposto da economia de mercado, consistindo na espinha dorsal da cadeia de valor agregado. (GRUNDMANN, Stefan. *Contractual networks in German private law.* In: (Org.) CAFAGGI, Fabrizio. **Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth.** Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p.112-113).

⁶⁴ Ver nota 68

Quando atuante na mesma fase, a rede consiste num arranjo horizontal; quando engloba múltiplas etapas, é considerada vertical. Podem, por vezes, englobar concomitantemente as etapas horizontal e vertical, a exemplo do que ocorre com as redes de franquia dual, em que o franqueador também distribui seus produtos e serviços diretamente ao mercado consumidor.

As redes horizontais tendem a ser compostas por concorrentes, enquanto as verticais por parceiros comerciais, combinando aspectos de cooperação e competição entre seus participantes.⁶⁵ Há redes provisórias, permanentes, de curto ou longo prazo, com propósitos amplos ou mais específicos.

Em termos ilustrativos, as redes podem assumir diversos formatos, sendo os mais comuns, em termos de organização empresarial:

(i) *Chain Contracts* (correntes de contratos), por exemplo, estabelecidos sequencialmente na cadeia produtiva desde os fornecedores de matérias-primas até os varejistas e consumidores; os geradores, distribuidores e transmissores de energia elétrica; a produtora, emissora e a retransmissora de programas televisivos, etc. Em regra, esses arranjos possuem governança mais descentralizada; e

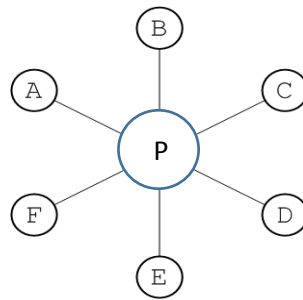


(ii) *Star-like contracts* (em forma de estrela), por exemplo, nos contratos de franquia, distribuição, concessão comercial, dentre outros, no qual diversos agentes trabalham em torno de um líder, mantendo com este vínculo direto. Há, em regra, ao centro e sob seu comando, o grande “produtor” do bem ou serviço a ser comercializado e em suas extremidades os distribuidores⁶⁶, responsáveis por escoar a produção⁶⁷:

⁶⁵ EUROPEAN contract law e B. nooteboom. Innovation and inter-firm linkages: new implications for policy. Disponível em: <<http://www.utc.fr>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

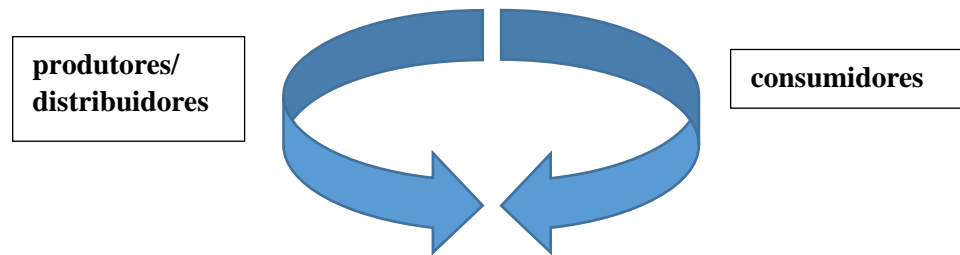
⁶⁶ Nesse primeiro momento, para unificar a nomenclatura, denomina-se distribuidor todo aquele responsável por escoar a produção da cadeia produtiva, independente da nomenclatura técnica (por exemplo, concessionário ou franqueado).

⁶⁷ WELLENHOFER, Marina. Third party effects of bilateral contracts within the network. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009, p.119-120; FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: RT, 2015.



(iii) *Double-sided networks* (produção e consumo): correntemente, economistas discutem a formação de redes mediante plataformas digitais, que integram, de um lado, produtores e distribuidores e, de outro, os consumidores. Estas redes assumem forma circular, operando sob plataformas digitais, ligando ofertantes e consumidores, que se substituem em suas posições e se retroalimentam. São exemplos a plataforma do Uber, Airbnb e as bolsas de títulos e valores mobiliários:⁶⁸

⁶⁸ Embora não seja o tema objeto deste trabalho, viu-se lançar na última década imponentes redes, operadas sob plataformas digitais. É o exemplo do Uber, Airbnb, Rappi, Apple Store, entre outros. Tais formas de organização distinguem-se dos tradicionais *supply chains*, pois, em vez de produtores gerarem valor *upstream* para consumo *downstream*, mediante um canal de distribuição linear, elas criam multiplicidade de ligações diretas, *spots*, entre consumidores e participantes, que se revezam em suas funções. Formam *double-sided markets* (fornecedores e consumidores), cuja remissão clássica é a das bolsas de valores e títulos mobiliários. Na visão tradicional do mercado, o consumidor situa-se ao final da cadeia de fornecimento. Nas plataformas em rede, as partes assumem tanto o papel de produtor/distribuidor, quanto de consumidor, responsabilizando-se o operador da plataforma por coordenar essa interação. A criação de valor desloca-se da produção para a rede de conexões propiciada pela plataforma. Os ganhos de escala são experimentados não apenas pelo crescimento físico, mas, sobretudo, pelo crescimento da rede de relações na plataforma. Uber e Airbnb possuem avaliações multibilionárias, não por conta do número de empregados e recursos que controlam e são proprietários, mas por conta do ecossistema que coordenam, ligando cada vez mais produtores a consumidores e vice-versa. No Airbnb, os recursos são detidos pelos locadores; no Uber, pelos motoristas. As plataformas permitem criar valor pela troca e *matching* entre o mercado de distribuição/fornecimento e o de consumo (CHOUDARY, Sangeet Paul. Platform scale: how an emerging business model helps startups build large empires with minimum investment. **Platform thinking labs**, 2015, p.58-59. (Locais do Kindle 340-343). Ver também: ADAMODARAM, Aswath. Avaliação realizada pelo professor de finanças da NYU. Disponível em: <<http://aswathdamodaran.blogspot.com/2017/06/usersubscriber-economics-alternative.html>>. Acesso em: 16 dez. 2018. Se bem coordenadas, essas redes proporcionam enorme valor agregado, que é escalável pelo efeito da rede (*networking effects*). Nesse ponto, o trabalho de Geoffrey Parker resume a potencial externalidade das *double-sided networks*: “Scaling a network requires that both sides of the market grow proportionally. For example, one Uber driver can serve an average of about three Uber riders an hour. It would make no sense for Uber to have one rider and 1,000 drivers-nor 1,000 riders and one driver. Airbnb faces a parallel issue in scaling both hosts and guests. If one side becomes disproportionately large, coupons or discounting to attract more participants to the other side becomes good business”. (PARKER, Geoffrey. **Platform revolution**: how networked markets are transforming the economy and how to make them work for you. W.W.Norton & Company. (Edição do Kindle), p.25). Há crescente interesse por estudos acerca das externalidades das redes. O economista Jean Tirole foi laureado com o Prêmio Nobel de economia em 2014, entre outros fundamentos, por sua contribuição aos estudos das externalidades das redes. (ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition. In: Two-sided markets. **IDEI Working Papers 152**, Institut d’Économie Industrielle, Toulouse, 2003). Tradução livre: “Escalar uma rede exige que ambos os lados do mercado cresçam proporcionalmente. Por exemplo, um motorista do Uber pode atender uma média de três



As redes empresariais podem derivar da intermediação ou distribuição de bens e serviços para atender, formar, ampliar o mercado consumidor ou projetos empresariais.⁶⁹ Caracterizam-se por relações interdependentes, estáveis, envolvendo múltiplas partes. A interdependência implica na existência de um objetivo econômico a ser concretizado pelos participantes. A estabilidade refere-se ao funcionamento da rede como um todo, independente da sua duração e mesmo que, sob a perspectiva individual, haja alta rotatividade (entrada e saída) de participantes. A multiplicidade de partes, por sua vez, decorre da conjunção de esforços e interação entre seus participantes, que se unem para realizar objetivos econômicos.

Embora elas possam constituir-se mediante a celebração de instrumentos de cunho associativo, tais quais os contratos de consórcio, *joint ventures* e cooperativas, elas se formam, precipuamente, por elos contratuais, como a franquia empresarial, distribuição, concessão comercial, agência, comissão, intermediação, aliança e outros tipos de acordo de cooperação.

Sua governança pode ser mais ou menos centralizada. Sua estrutura mais ou menos integrada.⁷⁰ Há redes que se assemelham a grupos societários, tamanha a unidade de sua governança e integração; há outras que, na prática, representam alianças pontuais.

passageiros do Uber por hora. Não faria sentido que o Uber tivesse um passageiro e 1.000 motoristas – nem 1.000 passageiros e um motorista. O Airbnb enfrenta um problema semelhante na escalação de anfitriões e hóspedes. Se um lado se tornar desproporcionalmente maior, cupons ou descontos para atrair mais participantes para o outro lado se tornam um bom negócio.”

⁶⁹ TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.1. Calixto Salomão Filho, valendo-se das lições de Oliver Williamson, esclarece: “A opção por uma determinada forma de organização da atividade econômica, em regra, está ligada à possibilidade de aproveitamento das vantagens que ela oferece, tendo em vista as características das transações em cada caso concreto”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência** – estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002, p.107). De um modo geral, as formas de organização distinguem-se pelos mecanismos de coordenação, controle e notadamente capacidade de adaptação às mudanças. (WILLIAMSON, Oliver. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, v.36, n.2, jun. 1991, p.269-296).

⁷⁰ CAFAGGI, Fabrizio. Contractual networks and the small business act: towards european principles. **European Working Papers**, Department of Law n.2008, Fiesole: European University Institute, 2008.

As redes empresariais não se confundem com a coligação contratual, embora ambos se formem por uma pluralidade de contratos não necessariamente celebrados entre as mesmas partes. Os contratos coligados “por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), estão em relação de dependência unilateral ou recíproca.”⁷¹ Por conta da natureza desse vínculo, os contratos na coligação são indivisíveis, de modo que a invalidade ou ineficácia de um deles repercute sobre os demais. Conforme distinção feita por Francisco Marino,⁷² os contratos coligados não se relacionam à organização empresarial. Em virtude da dependência unilateral ou genética estabelecida, constituem um fenômeno fechado, com limitação estrutural quanto ao número de partes e contratos objeto da coligação.

As redes empresariais, por sua vez, são organizações abertas, comportando multiplicidade, praticamente ilimitada, de contratos e partes, divisíveis, os quais se ligam por uma causa sistemática e relação de interdependência. A abertura e a divisibilidade das suas relações fazem com que a invalidade ou a ineficácia de um dos contratos da rede não afete a validade ou a eficácia dos demais.⁷³ Elas consistem em amplo fenômeno de organização empresarial, essencialmente voltado para atender, expandir ou formar o mercado consumidor.

3.1 O escopo do presente trabalho e os temas a serem perquiridos: as redes empresariais de distribuição integrada e o seu propósito comum

Por sua maleabilidade, as redes empresariais consistem em abrangente fenômeno econômico e social.

⁷¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.99.

⁷² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.93-104.

⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor** v.28, São Paulo: RT, out.-dez. 1998; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003; KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.126-147. Bernard Teyssie, por seu turno, diferenciando os *ensembles contractuels divisibles* (que mais se assemelhariam à coligação nos moldes tratados no Brasil) dos *ensembles contractuels indivisibles*, cita o exemplo das redes de concessionários para tratar da invisibilidade das relações entre os concessionários e o concedente, apesar da relação de interdependência entre os contratos. (TEYSSIE, Bernard. **Les groupes de contrats**. Paris: LBGD, 1975, p.112-114). Já a doutrina francesa mais moderna denomina as redes de distribuição como *réseaux de distribution*, desenvolvendo interessantes estudos sobre o tema. Ver também: AMIEL-COSME, Laurence. La theorie institutionelle du reseau. In: GUYON, Yves. **Aspects actuels du droit des affaires**, Paris: Dalloz, 2013; LECOURT, Arnaud; BONDIL, Frédéric. **Les réseaux distribution: concurrence, contrats, contetieux**. France: Wolter Kluwer, 2013; BUY, Frédéric; LAMOUREUX, Marie; RODA, Jean-Christophe. **Droit de la distribution**. Paris: LGDJ, 2017, p.127-145.

O amplo alcance de seu significado representa um enorme desafio à literatura jurídica, impedindo-se uma conceituação precisa, que alcance suas variadas formas. Nesse contexto, tampouco é possível afirmar que toda e qualquer formatação em rede possui relevância jurídica. Daí o importante corte teórico proposto neste trabalho: não se pretende defender a relevância jurídica de toda e qualquer rede empresarial, seja perante terceiros ou apenas em seu âmbito interno. Também não se pretende sustentar a necessidade de qualificá-la como categoria autônoma de direito privado. Essas discussões extrapolariam o objetivo do presente trabalho.⁷⁴

Busca-se, aqui, apontar a relevância jurídica da configuração dos contratos em rede voltados à distribuição de produtos e serviços para o mercado consumidor. Acredita-se que essa circunstância representa um importante fator para o regramento de condutas das partes quando se valem dessa estrutura organizativa.

Tal como hoje o concebemos, o termo ‘distribuição’ designa o complexo de operações destinadas a fornecer produtos e serviços ao mercado de consumo. O termo capta, portanto, o segmento da cadeia de valor ou de fornecimento (*supply chain*) que se encontra à jusante da atividade produtiva e à montante do consumo, constituindo o terceiro pilar do tráfego econômico moderno.⁷⁵

Conforme pontua Amiel-Cosme, a rede de distribuição pode ser definida como

le réseau de distribution est celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l’intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs integres, donnant naissance à des accords-cadres principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l’intérêt commun de ses membres, en vue d’organiser la revente de produits et/ou la fourniture de services, sur un marché déterminé, à un consommateur final.⁷⁶

⁷⁴ Para mais discussões sobre o conceito, formas e alcance das redes empresariais, ver: JUNG, Stephanie; KREBS, Peter; TEUBNER, Gunther. *Business networks reloaded. Nomos, Bade Baden*. Germany, Ashley Gate Publishing, 2015; CAFAGGI, Fabrizio (Org.). **Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011; TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts. International Studies in the Theory of Private Law*. Hart Publishing, 2011; TEUBNER; Gunther; AMSTUTZ, Marc. **Networks: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009; GRUNDMAN, Stefan; CAFAGGI, Fabrizio; VETTORI, Giuseppe. **The organizational contract, from exchange to long-term network cooperation in european contract law**. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013.

⁷⁵ PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.20.

⁷⁶ (AMIEL-COSME, Laurence. *La theorie institutionelle du reseau*. In: GUYON, Yves. **Aspects actuels du droit des affaires**, Paris: Dalloz, 2013, p.8). Tradução livre: “a rede de distribuição é aquela que resulta da soma de vontades individuais, unindo um fornecedor, o integrador, a uma pluralidade de revendedores, distribuidores integrados, dando origem a acordos-quadro principais, ligados a contratos acessórios, constituindo um grupo de contratos sinalagmáticos, celebrados a título oneroso e no interesse comum dos seus membros, a fim de organizar a revenda de produtos e/ou o serviço de um determinado mercado a um consumidor final”. Paula Forgioni compartilha definição semelhante acerca das redes de distribuição, nos

Paula Forgioni e Hugh Collins classificam-na como uma união de contratos “ou, no máximo, um ‘grupo econômico contratual’”.⁷⁷ Segundo eles, mesmo tratando-se de vários contratos autônomos e individuais, os participantes devem atuar coordenadamente, pois há um ponto comum que os une e que requer funcionamento conjunto.⁷⁸

Embora com algumas variações, as redes de distribuição assinalam-se pela intensa coordenação de seus participantes, sob o comando de um líder, em geral o fabricante/produtor ou mesmo um grande distribuidor, em uma estrutura econômica integrada, formada por contratos interdependentes. Elas organizam-se na forma de estrela e possuem, em regra, ambivalente natureza vertical e horizontal, em virtude do duplo grau de relações que se estabelece (a) entre o líder e o distribuidor e (b) entre os distribuidores.

Seu amplo propósito, voltado à interpenetração de produtos e marcas nos diferentes mercados consumidores, confere-lhe um status de permanência, em oposição às redes de caráter provisório e específico. Em termos estruturais, elas (i) constituem-se por um conjunto de contratos de longo prazo, formalmente estabelecidos entre o líder e cada um dos participantes; (ii) interdependência econômica entre os seus participantes; (iii) personalidade jurídica própria mantida por cada um dos entes participantes da rede; e (iv) individualização de lucros por cada um de seus membros.

seguintes termos: “a rede de distribuição é aquela que une um fornecedor (integrador) a uma pluralidade de distribuidores (distribuidores integrados), composta de vários contratos-quadro principais, ligados a acordos de aplicação, todos onerosos e celebrados para organizarem a revenda dos produtos e/ou o fornecimento de serviços, normalmente a um consumidor final.” (FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.93); Para Claudineu de Melo, o próprio conceito do contrato de distribuição se mesclaria com o da rede de distribuição: “o contrato de distribuição, na realidade, é o conjunto de condições impostas pelo fabricante e aceitas pelo distribuidores, a reger a distribuição nos locais em que esta se realizar. Constituem elas um sistema, ou seja, um todo harmônico coordenado de modo a obter o resultado desejado de todo. Não são condições mutáveis ao sabor e conveniência do fabricante, por ocasião do ingresso de cada um dos membros da rede de distribuição. Uma vez posta, a elas se submetem os novos distribuidores, que passam a integrar o contrato único”. (MELO, Claudineu de. **Contratos de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.76). Concordamos em parte com o autor. Embora os contratos de distribuição tendam a formar uma rede de distribuidores, há uma importante separação entre os contratos individuais e a sua noção coletiva, no âmbito global da rede, formando um duplo nível de relações. As relações que afetem apenas o distribuidor e o fabricante são precipuamente regidas pelo contrato individual, ao passo que as outras questões que possam repercutir no âmbito da rede devem considerar o seu fim comum.

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.80; TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.1.

⁷⁸ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.81; LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor** v.28, São Paulo: RT, out.-dez. 1998, p.28.

Sob o aspecto jurídico, especialmente no Brasil, as redes de distribuição edificam-se, em regra, mediante contratos de: (i) agência, intermediação ou distribuição; (ii) franquia empresarial; e (iii) concessão comercial de veículos automotores.⁷⁹⁻⁸⁰

Todos eles possuem seus contornos bem delineados pela doutrina e jurisprudência, assumindo a maioria deles, por previsão legal, forma típica no direito brasileiro. Todavia, a importância do seu funcionamento *sistêmico*, no contexto *global* da rede, é ainda pouco discutida, encontrando-se em estágio incipiente na teoria jurídica.⁸¹

Seus reflexos, não obstante, trazem implicações de grande envergadura para o direito comercial, tanto do ponto de vista prático, como teórico e mesmo dogmático. Afinal, de uma maneira geral, essas redes reúnem elementos das relações plurilaterais/associativas⁸², sob uma paradoxal estrutura de interesses. As relações entre os agentes da rede são, a um só tempo, bilaterais e multilaterais, de concorrência e cooperação. Seus interesses são comuns diante do objetivo da rede e antagônicos em

⁷⁹ Paula Forgioni, conquanto diferencie os contratos de distribuição dos contratos de franquia, afirma que sua “função econômica é bastante semelhante”, “mais do que em qualquer outro país se confundem entre nós as fronteiras entre franquia e distribuição”. (FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.73-74).

⁸⁰ Conforme a autora, “é preciso não confundir a expressão contratos *da* distribuição com contrato de distribuição. A primeira identifica determinada categoria de contratos cuja função econômica é aquela de ‘organizzare e curare lo smercio dei prodotti di um fabricante in um dato territorio’(Fabio Bortolotti, Concessione di vendita (contrato di), *Appendice al Novissimo Digesto Italiano*, p.222). Assim, os contrato *da* distribuição (categoria econômica e não jurídica, segundo o autor) abrangem não apenas os contratos de concessão comercial, como também os de representação e a comissão mercantil. Roberto Baldi, por sua vez, define os contratos da distribuição como aquele ‘insieme di quei rapporti com i quali intermediari professionisti collaborano in forma stabile e continuativa com l’industriale per la distribuzione dei suoi prodotti, constituendo l’anello di congiunzione tra il produtorre ed il consumatore’ (il contrato di agência, p.1). Tradução livre: “uma combinação das relações com as quais os intermediários profissionais colaboram de maneira estável e contínua com a empresa industrial para a distribuição de seus produtos, estabelecendo a ligação entre o produto e o consumidor.” Já o contrato *de* distribuição coincide com a concessão comercial, sendo, portanto, um dos contratos *da* distribuição. Desta forma, o contrato *de* distribuição (=concessão mercantil) é um dos tipos dos contratos *da* distribuição, ou seja, que viabilizam o escoamento da produção dos agentes econômicos baseada em vendas indiretas.” (FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014, p.358-359).

⁸¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.95.

⁸² Sobre plurilateral e associativo: ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p.372-502; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.45; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013, p.115. Esses tipos de contratos reúnem uma série de características que os assemelham aos contratos plurilaterais/associativos, pois tal como naqueles, há: (i) Pluralidade de partes; (ii) Necessidade de intensa cooperação entre os agentes; (iii) Governança por parte de agente dotado de maior poder; (iv) Interdependência econômica e troca de informações recíprocas entre os agentes; (v) Relações estáveis e duradouras; (vi) eficiência e produtividade econômica a partir de intensa cooperação; (vi) Interesse comum no sucesso global da operação: e (vii) propósito comum dos participantes. (TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts*. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.11; ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p.266).

virtude da relação contratual contraposta entre eles.⁸³ Cada avença possui uma prestação satisfativa, sob o aspecto individual, e também outra, instrumental, se examinada no contexto da rede.

Acredita-se que a adequada compreensão dos contratos de distribuição (*lato sensu*) – aí incluídos os contratos de distribuição propriamente ditos, franquia e concessão comercial de veículos automotor – quando inseridos no âmbito das redes empresariais, não pode prescindir do seu exame global para cuja finalidade foram concebidos.

Em todos esses contratos constata-se semelhante problemática quando organizados na forma de redes empresariais, o que nos leva às seguintes indagações: (i) existe um *propósito comum* nesses contratos? (ii) O *propósito comum*, que une as partes nessa rede de contratos, deve ser tutelado? (iii) O *propósito comum* cria deveres de condutas específicos para as partes, visando ao aumento global dos ganhos da rede? (iv) Quais deveres seriam esses? (v) As condutas em prejuízo da rede, por parte de um de seus membros, podem caracterizar ato abusivo e, portanto, ilícito? (vi) O líder da rede desempenha um poder de controle sobre os distribuidores? e (vii) Quais os remédios para se coibir eventuais abusos?

É notadamente a partir desses pontos que se busca compreender a função econômica desses contratos e os deveres impostos às partes contratantes no âmbito das redes empresariais. Em linhas gerais, o presente trabalho restringe-se a identificar a existência do *propósito comum* dos contratos em rede, nas redes empresariais de distribuição⁸⁴, e os reflexos dessa união de escopo no dever das partes, sob perspectiva individual e em prol do *funcionamento sistêmico* da rede.

Conquanto o tema possa contornar outras disciplinas jurídicas – tal como o direito concorrencial, trabalhista⁸⁵ e fiscal – além-se, precipuamente, ao direito contratual, isto é, à relação interna da rede.

⁸³ Gunther Teubner, ao examinar a dinâmica das redes empresariais, identifica, nelas, um modo de funcionamento paradoxal, diante (i) da existência de relações bilaterais em contraposição a associações multilaterais entre os seus agentes; (ii) da natural concorrência entre os agentes, fruto da relação de mercado, e necessária cooperação entre eles para o funcionamento da rede; (iii) dos benefícios, das perdas e das responsabilidades aos quais estão sujeitos os participantes do ponto de vista individual *versus* a responsabilidade “coletiva” por eventos afetos à rede em geral. (TEUBNER, Gunther. *Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organisation. Network: Legal Issues of Multilateral Cooperation*. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009).

⁸⁴ O presente trabalho restringe-se ao contrato de distribuição (*stricto sensu*), concessão comercial de veículo automotor e franquia, embora a terminologia ‘redes de distribuição’ pudesse abarcar agência ou comissão, dentre outros.

⁸⁵ A recente reforma trabalhista, consubstanciada pela Lei n. 13.467/2017, traz interessante dispositivo sobre o conceito de grupo econômico, que pode compreender a rede de distribuição. Essa modificação está fora do objeto do trabalho, mas ilustra a contemporaneidade da discussão. Confira-se: “[...] §2º Sempre que uma ou

4 A FORMAÇÃO DAS REDES CONTRATUAIS DE DISTRIBUIÇÃO

São vários os meios pelos quais um grupo empresarial pode estruturar a comercialização de seus produtos ao mercado consumidor. O grande fabricante pode diretamente realizar essa função, valer-se de representantes para auxiliá-lo, promovendo negócios à sua conta e ordem ou admitir que terceiros revendam seus produtos em nome próprio. Trata-se de uma opção comercial do produtor, tomada consoante o capital disponível de sua empresa e ainda sua estratégia empresarial. Denomina-se *venda direta* aquela em que o produtor comercializa seu produto junto ao mercado consumidor e *venda indireta* aquela na qual distribui por intermédio de terceiro, dos quais são exemplos os varejistas e atacadistas e, mais correntemente, as plataformas digitais de vendas.

Desde meados do século passado, acentuou-se a importância do sistema de *vendas indiretas*, isto é, de integração de terceiros – com maior especialização e acesso ao mercado consumidor – à atividade de distribuição.⁸⁶ A massificação das relações comerciais, aliada à comercialização de produtos em plano inter-regional e internacional, exigiu que os sistemas de distribuição expandissem seu alcance, adequando-se às especificidades dos diferentes mercados consumidores em que atuam.⁸⁷

A distribuição deixou de ser vista como mero custo que se agrega ao produto final e passou a ser compreendida como um método de adequação entre a oferta e a demanda, obedecendo a sofisticadas políticas estratégicas das empresas.⁸⁸ O sistema de *vendas indiretas* aproveita-se das vantagens de divisão do trabalho e da especialização: o produtor concentra-se no aparelho produtivo, encarregando empresas especializadas da comercialização de seus produtos e serviços.

mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. §3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.”

⁸⁶ Em oposição ao que se denomina sistema de vendas diretas, oportunidade em que o próprio fabricante comercializa seu produto junto ao mercado consumidor, no sistema de vendas indiretas o agente econômico busca “a colaboração de outros empresários para a venda [de seus produtos], aproveitando eventuais sinergias (vendas indiretas)”, conforme pontua Paula Forgioni. (FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.32).

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquias e concessão comercial. **Revista de Direito Mercantil – industrial, econômico e financeiro**, v.122, São Paulo: Malheiros, 2001, p.7-10.

⁸⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.32

Ao lado da distribuição por atacadistas (grossistas) e varejistas (retalhistas), popularizou-se alternativa intermediária, a “integração vertical convencional” da etapa distributiva, como apontam Roberto Padolesi e Antonio Pinto Monteiro. Por meio dela, coordena-se produção e distribuição, admitindo-se ao produtor intervir nessa última etapa, sem, contudo, eliminar, a autonomia dos distribuidores. Essa relação instrumentaliza-se, mediante a celebração de contratos de colaboração voltados à distribuição.

4.1 Os sistemas de distribuição integrados e desintegrados

Os sistemas de *venda indireta* dividem-se em integrados ou desintegrados, conforme haja ou não coordenação entre a produção e a distribuição.⁸⁹ Na distribuição desintegrada, como ocorre com os atacadistas e varejistas, realiza-se a distribuição independente de qualquer integração ou coordenação com o fabricante. Já nos sistemas de distribuição integrados, os quais interessam a este trabalho, o distribuidor preserva a sua independência e autonomia jurídica, suportando os custos de organização e, a rigor, tal qual qualquer comerciante, também os riscos da comercialização. Contudo, o distribuidor coordena e articula sua atividade com o produtor, sujeitando-se, em regra, às suas diretrizes, instruções, fiscalização e controle, aceitando, ademais, promover os bens e serviços que distribui. Nessa relação, o distribuidor, em contrapartida, usufrui dos benefícios provenientes da “posição de privilégio”, que lhe advém da rede de distribuição a qual passa a integrar, como: marca, imagem, política de marketing, estrutura organizada e coordenada, dentre outros benefícios.

Conforme especifica Antonio Pinto Monteiro, o produtor intervém e controla

a fase de distribuição, com *custos e riscos* reduzidos ou de todo afastados, graças a colaboradores *independentes*, mas que aceitam a *orientação e diretrizes* do primeiro, em contrapartida das condições de comercialização *privilegiada* de que beneficiam, seja em função da *marca* dos bens, seja pela integração numa rede de distribuição.⁹⁰

⁸⁹ A integração e a desintegração não formam categorias binárias. Relativamente comum em Portugal é a ordenação dos contratos de distribuição por seu grau de integração: contratos de distribuição autorizada, de distribuição seletiva, de concessão e de franquia. Ver: MONTEIRO, Antonio Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p.112; PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.44.

⁹⁰ MONTEIRO, Antonio Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p.64.

Na medida em que esses sistemas se desenvolveram, aumentando sua capilaridade e interpenetração no mercado, integrando-se novos agentes às cadeias produtivas, formaram-se extensas teias contratuais. Na prática, os distribuidores atuam como extensão da própria organização produtora, mas mantêm com esta um vínculo contratual colaborativo, não societário.⁹¹

Em todas essas hipóteses estar-se-á diante de formas de colaboração empresarial consubstanciadas em contratos voltados à intermediação, distribuição ou fornecimento de serviços, dos quais são exemplos os contratos de comissão, de representação comercial, de concessão mercantil, de franquia e de distribuição, de fornecimento para suprir o mercado de varejo.⁹²

No âmbito legal, esses contratos surgem da *praxe* mercantil como fuga das tradicionais formas jurídicas: a rigidez dos esquemas societários e os inconvenientes advindos da celebração de diversos contratos de intercâmbio (custos de transação).⁹³ A estrutura de todos eles, em menor ou maior escala, admite a constituição de redes empresariais integradas, colaborativas, duradouras, mediante a coordenação por parte do produtor e obrigação por parte dos distribuidores de promover a marca e os produtos e serviços que lhe são confiados.

4.2 Exclusão dos contratos de agência, representação comercial e comissão do objeto deste estudo

Nem todas as técnicas distributivas mencionadas estruturam-se e orientam-se pela mesma função em termos jurídicos. Algumas técnicas conferem mais autonomia aos

⁹¹ O Superior Tribunal de Justiça reconhece nos contratos relacionais e de colaboração, entre os quais o de distribuição, a existência de deveres mais intensos de lealdade e cooperação, diante do maior alinhamento de interesse entre as partes. Ver: “Na verdade, em contratos de colaboração, como os da espécie, o que há é uma parceria comercial, mediante a qual “os empresários articulam suas iniciativas e esforços com vistas à criação ou consolidação de mercados consumidores para certos produtos” (Op. cit. p. 94).” (REsp 1187195/TO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j.08-05-2012, DJe 19-06-2012). Ver também: “No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes.” (REsp 1124506/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma, j.19-06-2012, DJe 14-11-2012).

⁹² Sobre as formas de colaboração empresarial, Judith Martins-Costa leciona: “a colaboração interempresarial pode decorrer de intermediação, ou de distribuição, ou fornecimento de obras e serviços em vista de suprir, ampliar, atender ou formar o mercado consumidor ou de oferecer bens ligados a utilidades de infraestrutura. São assim considerados, exemplificativamente, os contratos de comissão, de representação comercial, de concessão mercantil, de franquia e de distribuição, de fornecimento para suprir o mercado de varejo e mesmo, por vezes, o de empreitada”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.366).

⁹³ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.53.

distribuidores; outras menos. Algumas consistem, na essência, em representação do produtor/fabricante; outras permitem que os distribuidores atuem em nome próprio, embora sob a marca do fabricante. No primeiro grupo, o “distribuidor” apenas promove a comercialização de produtos e serviços da contraparte; no segundo, goza de maior autonomia, sujeitando-se a riscos próprios e individuais da atividade empresarial.

Nesse sentido, apenas nos contratos de franquia, concessão comercial de veículo automotor e distribuição os membros da rede adquirem os bens e serviços distribuídos para posterior comercialização em nome próprio, diferenciando-os dos agentes, representantes comerciais e comissários, que vendem produtos e serviços à conta e no interesse do fabricante. Especificamente no caso do comissário, embora comercialize bens em seu próprio nome, o faz à conta e ordem do comitente, assumindo este os riscos da mercadoria.

Assim, enquanto na distribuição, franquia e concessão comercial o “distribuidor” vende as mercadorias e fornece serviços em nome próprio, agindo, portanto, à sua conta e interesse, ainda que sob marca comum; nas outras espécies contratuais, o agente, o representante e o comitente agem orientados, predominantemente, para satisfazer os interesses do principal.⁹⁴

No primeiro grupo de contratos há verdadeira distribuição de bens ou serviços, ao passo que no segundo entabula-se uma espécie de representação ou mandato. Fernando Ferreira Pinto suscita, ainda, outra relevante distinção:

inteiramente diversa é também a forma a como as diferentes categorias de distribuidores se relacionam com a clientela: num caso – o do agente – tais relações estabelecem-se diretamente entre o principal e os clientes; nas outras duas modalidades contratuais são, ao invés, os distribuidores que entabulam negociais com os clientes. Trata-se aqui de uma mera consequência das distintas atribuições que lhes são cometidas, sendo os concessionários e os franqueados autênticos intermediários nas trocas, que, no plano jurídico, agem por sua conta e risco (ao contrário dos agentes que agem por conta do principal).⁹⁵

Essas diferenças repercutem também no que diz respeito à correspectividade de prestações, isto é a dimensão da sua bilateralidade e onerosidade, maior nos contratos de distribuição (franquia, distribuição e concessão comercial de veículos automotor) e menor naqueles que mais se assemelham à mera representação (agência e representação

⁹⁴ PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.726-727.

⁹⁵ PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.728.

comercial).⁹⁶ De igual modo, essas circunstâncias diferenciam a assunção de riscos e procedimentos atinentes à resolução e extinção.⁹⁷

Por conta dessas importantes distinções, o presente estudo se restringirá às redes constituídas por contratos de franquia, concessão comercial de veículo automotor e distribuição, em que o distribuidor atue sob a mesma marca do líder, de forma integrada.

Ao longo deste trabalho será feita referência indistinta a essas três espécies contratuais como “contratos de distribuição”. Exclui-se desta análise os contratos de agência⁹⁸, de representação comercial⁹⁹ e de comissão,¹⁰⁰ apesar de todos se inserirem na etapa final da cadeia produtiva. É possível, e até mesmo provável, todavia, que as conclusões e constatações deste trabalho possam se estender aos demais instrumentos de distribuição na sua configuração em rede.

⁹⁶ PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.97-98.

⁹⁷ MONTEIRO, Antonio Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p.69.

⁹⁸ Conforme estabelece o artigo 710 do Código Civil, “pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada [...]”

⁹⁹ Consoante o artigo 1º da Lei n. 4.886/1965, “exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.”

¹⁰⁰ Consoante o artigo 693: “O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.”

5 A TIPOLOGIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: FRANQUIA, DISTRIBUIÇÃO *STRICTO SENSU* E CONCESSÃO COMERCIAL DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

Os contratos de franquia, concessão comercial de veículo automotor e distribuição *stricto sensu*, conforme explica Paula Forgioni, possuem a mesma função. A similaridade da operação, relacionada a contratos que atendam ao mesmo fim e com funções bastante semelhantes, torna mais preciso o complexo estudo das redes contratuais, mesmo que esta delimitação não escape de juízo arbitrário (num campo, contudo, por demais movediço).

De um modo geral, as três espécies de contratos são qualificadas como *contratos relacionais*¹⁰¹, dos quais avultam importantes características¹⁰², notadamente a sua longa duração¹⁰³, relação de interdependência entre as partes, e a importância da colaboração para o seu adequado cumprimento.¹⁰⁴ Os termos do contrato podem ser melhor delineados

¹⁰¹ A teoria dos contratos relacionais teve como principal formulador o estudioso Ian Macneil. Em texto de 1985, o autor sugeriu o enfoque dos contratos na relação das partes ao longo do tempo e não apenas numa determinada transação descontinuada. Assim, eles seriam contratos que regem relações de longa duração e de confiança entre as partes. Para Ian Macneil, contratos relacionais normalmente são atrelados aos conceitos de *unconscionability, duress, good-faith and best efforts*. (MACNEIL, Ian. **Relational contract: what we do and what we do not know**. *Wisconsin Law Review* n.4, p.483-526).

¹⁰² FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.79.

¹⁰³ Os contratos relacionais se distinguem dos contratos descontínuos porque não possuem todos os seus termos definidos, são muito mais abertos, flexíveis e dependentes de contingências futuras. (MACNEIL, Ian. **O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas**. Tradução de Alvamar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, XXXIII; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor** v.4, abr.2011, p.1071-1086; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2007, p. 285-286).

¹⁰⁴ Para Antônio Junqueira de Azevedo, por sua vez, “o que se percebe é que há, no contrato relacional, um contrato de duração e que exige fortemente colaboração. São relacionais todos os contratos que, sendo de duração, têm por objeto colaboração (sociedade, parcerias etc.) e, ainda, os que mesmo não tendo por objeto a colaboração, exigem-na intensa para poder atingir os seus fins, como os de distribuição e da franquia, já referidos.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio: classificação de atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos; os contratos relacionais; a boa-fé nos contratos relacionais; contratos de duração; alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva; sinalagma e resolução contratual; resolução parcial do contrato; função social do contrato. (parecer). **Revista dos Tribunais** n.832, São Paulo, fev.2005, p.123). O Superior Tribunal de Justiça reconhece nos contratos relacionais e de colaboração, entre os quais o de distribuição, a existência de deveres mais intensos de lealdade e cooperação, diante do maior alinhamento de interesse entre as partes. “Na verdade, em contratos de colaboração, como os da espécie, o que há é uma parceria comercial, mediante a qual os empresários articulam suas iniciativas e esforços com vistas à criação ou consolidação de mercados consumidores para certos produtos”. (REsp 1187195/TO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j.08-05-2012, DJe 19-06-2012). “No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não *esgotam a gama de direitos e deveres das partes*.” (REsp 1124506/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19-06-2012, DJe 14-11-2012).

no curso da relação desenvolvida entre as partes, exigindo-se, para tanto, a atenção aos princípios da boa-fé objetiva, equidade e fim social do contrato¹⁰⁵.

A doutrina também os reputa como *contratos-quadro*¹⁰⁶, conceito consagrado pela doutrina francesa. Semelhante ao contrato relacional, nessa modalidade cria-se uma “moldura” (ou parâmetros) para que as partes possam administrar, de antemão, os riscos futuros do negócio, reduzindo a insegurança de suas relações.¹⁰⁷ Como as partes estabelecem apenas um panorama geral, o contrato torna-se mais flexível a acontecimentos futuros, complementando-se por novos acordos específicos pelas partes.¹⁰⁸

Em monografia sobre o tema, Jean Gatsi explica:

o contrato-quadro (*contrat-cadre*) é assim um contrato flexível, respondendo a situações contratuais complexas. Sua originalidade vem do fato de deixar a outros contratos a preocupação de realizar finalmente o objetivo dos contratantes. Esses contratos futuros são chamados contratos de aplicação na medida em que confirmam a tendência dos negócios estabelecida pelo acordo de vontades inicial¹⁰⁹.

Feitas essas breves ponderações, e ainda antes de se examinar o funcionamento das redes contratuais, tece-se algumas considerações sobre cada um dos contratos: (i) franquia; (ii) distribuição (*stricto sensu*); e (iii) concessão comercial de veículo automotor.

5.1 Contrato de franquia

No direito brasileiro, o contrato de franquia empresarial é disciplinado pela Lei n. 8.955/1994 (“Lei de Franquia”). O artigo 2º da Lei de Franquia assim o conceitua:

Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva

¹⁰⁵ CALIXTO, Vinicius Machado. A teoria do contrato relacional de Ian MacNeil e a necessidade de se rediscutir a sua compreensão e aplicação no contexto jurídico brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v.9, 2016, p.105-123.

¹⁰⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.70-82.

¹⁰⁷ No Brasil, Arnaldo Wald identificou duas características principais desses contratos: a necessidade de um duplo consenso, que se exige na celebração do contrato-quadro e na celebração dos contratos dele decorrentes, bem como uma *affectio modulos* (vontade de padronizar contratos futuros) e uma *affectio cooperandi*, isto é, intenção de cooperação em vários negócios futuros dentro das condições previamente estabelecidas no contrato-quadro. (WALD, Arnaldo. Do regime legal do contrato de parceria entre a “X” petroquímica e a Petrobras. **Revista dos Tribunais** v.24, São Paulo: RT, 1998, p.145-178).

¹⁰⁸ Os contratos-quadros são percebidos como contratos maleáveis, que garantem certa flexibilidade a uma relação duradoura entre as partes. Logo, a compreensão do contrato de distribuição *stricto sensu* à luz do conceito de contrato-quadro pode facilitar a conciliação de dois objetivos aparentemente antagônicos: flexibilidade, para adaptar-se a circunstâncias futuras, e estabilidade da relação. (FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.79).

¹⁰⁹ GATSI, Jean. **Le contrat-cadre**. Paris: LGDJ, 1996, p.3.

ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Em suma, por meio desse tipo de contrato, o franqueador – formatador de determinado bem ou serviço e detentor de marca reconhecida junto ao público consumidor, a qual o bem/serviço se vincula – concede o direito de distribuição de seus bens/serviços ao franqueado, licenciando a ele o uso da marca, a fim de que os comercialize junto ao mercado, seguindo as ordens e padrões técnicos estipulados pelo franqueador.¹¹⁰

Do ponto de vista funcional, o “contrato de franquia organiza uma relação vertical entre o fornecedor de insumos (em sentido amplo, incluindo *know-how*) e uma empresa à jusante, a qual utiliza esses insumos para oferecer bens e serviços” ao consumidor final, como destaca Calixto Salomão Filho.¹¹¹ Encerra-se uma relação intermediária entre a concentração vertical total e a realização de meros contratos de distribuição.¹¹²

A doutrina aponta que o sistema de franquias visa a pulverizar o acesso à tecnologia e ao capital por meio de intercâmbio entre franqueadores e franqueados, possibilitando a

¹¹⁰ Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, define o contrato de franquia empresarial como “a relação jurídica contratual que, tal como a concessão mercantil, estabelece a obrigação do franqueado de promover, de forma autônoma, por sua própria conta e risco, e de forma exclusiva, a venda dos produtos fornecidos pelo franqueador, ou formatados por este, seguindo, na execução do contrato, as ordens e os padrões técnicos estipulados previamente.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista de Direito Mercantil – industrial, econômico e financeiro**, v.122, São Paulo: Malheiros, 2001, p.11). Já Fábio Konder Comparato observa: “a franquia não é centrada em torno da venda de bens, mas da licença do uso do sinal distintivo”, não se confundindo com a mera licença de uso desses sinais. [...] “a franquia vai mais longe, pois acresce a essa licença de exploração de marca um conjunto de serviços, que se destinam a permitir ao franqueado – ainda que de pequena ou média empresa – enfrentar a concorrência com os recursos tecnológicos da grande empresa.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978).

¹¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência** – estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002, p.106.

¹¹² Segundo Calixto Salomão Filho, a despeito da existência de pessoas distintas, do ponto de vista jurídico, a franquia costuma ser tratada como uma estrutura única, verticalmente integrada, afirmando, ademais, que, ainda que não haja uma concentração e o franqueado mantenha controle sobre as mais diversas decisões empresariais, o conjunto de contratos tende a criar uma coordenação entre o franqueador e a rede de franqueados. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência** – estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002, p.106). Rubens Requião, de outra ponta, sustenta inexistir concentração vertical nos contratos de franquia: “Não tem razão os economistas ou juristas que pretendem vislumbrar na franquia comercial um sistema de integração econômica vertical. Esta forma pressupõe a sujeição de uma empresa a outra mais poderosa, para o domínio do mercado, visando precipuamente à destruição da competição livre, com o alijamento dos competidores. No caso da formação de cadeia de concessionários ou franqueados, conforme observa Champaud, é preservada a autonomia patrimonial e jurídica de cada empresa componente da rede, embora os *economistas falem em quase integração*.” (REQUIÃO, Rubens. *Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* 4. São Paulo: RT, dez. 2010, p.657-658).

concorrência com grupos concentrados verticalmente, que detêm amplo acesso a capital e tecnologia.¹¹³

Essa forma de organização mostra-se vantajosa ao franqueador, na medida em que (i) não precisará despende capital próprio para expandir seus negócios; e (ii) delegará a atividade de distribuição à pessoa mais próxima do respectivo mercado consumidor, conhecedora de suas peculiaridades, facilitando a penetração da marca.

Ao franqueado, por seu turno, o modelo lhe permite iniciar suas atividades, valendo-se de marca renomada e método de comercialização de bens/serviços já consagrados (a não ser nos estágios iniciais de implementação da rede). O franqueador cede ao franqueado um modelo de negócio, uma “receita de sucesso”, cabendo a este último geri-la de maneira eficiente para aumentar seus ganhos.

A remuneração do franqueador, em regra, corresponde a uma parcela fixa cobrada do franqueado pelo licenciamento da marca ou do *know-how* e outra variável, atrelada aos resultados do franqueado. A remuneração do franqueado, por sua vez, depende das suas vendas ao consumidor e da gestão eficiente de suas atividades.¹¹⁴

Ao franqueador incumbe, além disso, organizar a concorrência entre os franqueados, zelar pela integridade da marca, pelos interesses coletivos da rede e adotar medidas voltadas à sua valorização como um todo, estimulando a cooperação, a troca de informações e as experiências entre os franqueados. Por conta dessa finalidade, alguns doutrinadores inclusive justificam o poder e a dominação econômica exercida pelo franqueador, para indicar, por exemplo, os fornecedores pré-aprovados, a disposição das unidades de venda, a área de atuação, dentre outras questões afetas à atividade dos franqueados.¹¹⁵

¹¹³ Paula Forgioni, ao comentar a ascensão dos contratos de colaboração e de distribuição, destaca serem desconhecidas as suas causas. Acredita-se que esse modelo organizacional tenha sido motivado pelo acentuado desenvolvimento tecnológico e pela globalização, que acabaram por acirrar a concorrência e elevar a necessidade de investimentos em tecnologia. Face a esse cenário, notadamente diante do receio de que as novas invenções rapidamente se tornassem obsoletas, as empresas buscaram se associar aos “*produtores de conhecimento*”, aderindo a uma opção economicamente mais conveniente. (FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: RT, 2009, p.163; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência** – estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002, p.100; COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.56.

¹¹⁴ A Lei de Franquia não prescreve forma fixa de remuneração do franqueador.

¹¹⁵ Humberto Theodoro Júnior acrescenta que nesses tipos de contrato “o poder de controle justifica-se em face da constatação de que a atividade desenvolvida pelos distribuidores [franqueados], diretamente vinculada ao nome ou marca do fabricante [franqueador] e de seus produtos, segundo seja bem ou mal conduzida, pode afetar diretamente a imagem deste, a sua clientela e a rentabilidade do negócio. Daí porque o direito considera legítimo, em princípio, o controle ou a dominação econômica que o fornecedor exerce sobre o distribuidor, já que destinados a uma finalidade econômica útil e socialmente desejada.”

A valorização geral da rede, mediante a sintonizada coordenação de seus agentes econômicos, beneficia a todos os seus participantes. Trata-se – pode-se dizer – do fundamento que os levou a optar por esse modelo, em relação a outros mais ou menos integrados e colaborativos. Em exemplo prosaico, o franqueador serve à rede, como um maestro à orquestra.

Daí porque, se na prática a atividade econômica da rede centra-se no franqueado¹¹⁶, que lidará diretamente com o mercado consumidor, a regência da rede, pelo franqueador, mostra-se igualmente fundamental para que ela logre êxito.

5.2 O contrato de distribuição *stricto sensu*

O contrato de distribuição *stricto sensu*, também conhecido como contrato de concessão comercial, constitui avença celebrada entre o produtor, fabricante de determinado bem, e um terceiro, denominado distribuidor, no qual se promove a entrega de certa mercadoria ao distribuidor, para que ele, então, proceda à sua revenda a terceiro. O contrato de distribuição distingue-se do de franquia, porquanto, nele, geralmente não se efetua a transferência de tecnologia ou *know-how*. Trata-se de avença menos abrangente. Enquanto no contrato de distribuição o distribuidor seria mero intermediário entre o fabricante e o consumidor, na franquia o franqueado pode ser ele próprio o produtor do bem ou serviço. A concessão do uso da marca é um elemento intrínseco do contrato de franquia. Em regra, entretanto, ambos possuem a mesma função, especialmente na distribuição integrada, objeto deste estudo.

Especificamente, o contrato de distribuição abrange diversas operações de compra e venda mercantil, de caráter habitual, estáveis e duradouras, fundamentais à colocação do bem produzido no mercado. Por meio dela, o distribuidor realiza operações continuadas de compra e venda de produtos do fabricante para revendê-los a um terceiro.

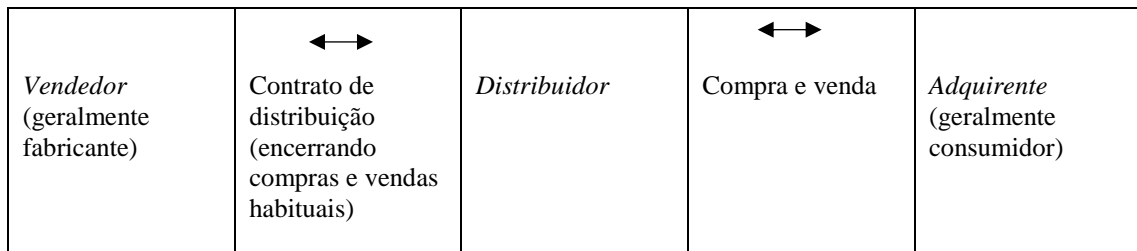
A propriedade do bem transfere-se do patrimônio do fornecedor para o do distribuidor e, posteriormente, deste a um terceiro, em regra o consumidor final¹¹⁷. A

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista de Direito Mercantil** – industrial, econômico e financeiro, v.122, São Paulo: Malheiros, 2001, p.13-14).

¹¹⁶A atividade do franqueado, portanto, distingue-se da do mero distribuidor de bens ou serviços. De igual modo, o papel do franqueador não se limita a de simples fornecedor de bens ou serviços. (COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.374; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência** – estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002, p.100).

primeira operação é regida pelo contrato de distribuição, ao passo que a segunda é geralmente uma operação típica de compra e venda, no mais das vezes de consumo. A remuneração do distribuidor consiste, grosso modo, no saldo remanescente entre o custo de aquisição do bem do fabricante e seu preço de revenda ao consumidor.

O contrato, entretanto, constitui-se independentemente da operação subsequente, isto é, da venda da mercadoria para o adquirente final¹¹⁸. O diagrama abaixo ilustra essa relação bifásica¹¹⁹:



A utilidade do contrato de distribuição *stricto sensu* advém da necessidade de se garantir e facilitar a circulação dos produtos para chegada aos consumidores¹²⁰⁻¹²¹. Isto porque essa modalidade contratual permite o escoamento da produção sob o controle do fabricante, conservando, assim, a qualidade dos produtos, ao mesmo tempo em que possibilita uma comercialização mais eficiente¹²².

¹¹⁷ Nas palavras de Paula Forgioni: “O adquirente *compra para revenda*: a propriedade transfere-se, inicialmente, do patrimônio do fornecedor para aquele do distribuidor e, posteriormente, para um terceiro, estranho a essa primeira relação”. (FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.63).

¹¹⁸ Para Rubens Requião, “o contrato de distribuição existe e subsiste independentemente da efetivação ou não das compras e vendas”. (REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial** (estudos e pareceres). 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.127-128). Waldírio Bulgarelli, por sua vez, adota posição diferente: “em verdade, apesar das várias interpretações, o contrato de concessão é no fundo um contrato de compra e venda, com um caráter de estabilidade, não se esgotando instantaneamente, como na compra e venda simples; portanto, uma compra e venda com encargos, principalmente exclusividade, não obstante a posição adversa de Franceschelli, que a entende perfeita, mesmo sem a compra e venda”. (BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1993, p.419).

¹¹⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.64.

¹²⁰ “Il ne suffit pas de produire, il faut encore vendre”. (VIRASSAMY, Georges J. **Les contrats de dépendence**: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique. Paris: LGDJ, 1986, p.45). Tradução livre: “Não é suficiente produzir, tem-se ainda que vender”.

¹²¹ “A concessão comercial é uma modalidade negocial forjada ante a necessidade do desenvolvimento de uma rede capilarizada de escoamento de produtos e serviços no mercado através de agentes especializados, substituindo-se a relação de bipolaridade própria do sistema de venda direta (produtores/adquirentes) pela multiangularidade inerente ao sistema de venda indireta (produtores/intermediários/adquirentes)”. (BORGES, Ronaldo Souza. Da aplicabilidade da indenização de clientela no contrato de concessão comercial: a compensação do concessionário pela angariação de clientela. **Revista dos Tribunais**, v.975, São Paulo: RT, 2017, p.212-213).

¹²² Segundo François Collart e Philippe Dele-Becque, o contrato de concessão comercial “permite aos fabricantes escoar sua produção em boas condições e sob controle dentro de uma rede de distribuição

Uma das mais frequentemente definições aplicadas a estes contratos advém de Claude Champaud, que os conceituou

como uma convenção pela qual um comerciante, chamado concessionário, coloca sua empresa de distribuição ao serviço de um comerciante ou industrial chamado concedente, para assegurar, exclusivamente, sobre um território determinado, durante um período limitado e sob a fiscalização do concedente, a distribuição de produtos cujo monopólio de revenda lhe é concedido¹²³.

No Brasil, Humberto Theodoro Júnior definiu-os como

um contrato novo que se aperfeiçoa quando um fabricante obriga-se a vender, continuamente, a um distribuidor, que, por sua vez, se obriga a comprar, com vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda, em zona determinada¹²⁴⁻¹²⁵.

Paula Forgioni¹²⁶, propondo uma definição mais atual, classifica o contrato de distribuição como

bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração e de caráter estável, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.¹²⁷

A partir dessas definições, é possível identificar os seguintes traços característicos dos contratos de concessão comercial: (i) estabilidade do vínculo entre as partes; (ii) a obrigação de venda das mercadorias do concedente ao concessionário; (iii) a obrigação de aquisição das mercadorias do concedente pelo concessionário; (iv) a obrigação de revenda deste; (v) a atuação do concessionário em nome próprio e em conta própria; (vi) autonomia

organizada. Garante o desenvolvimento das vendas, preserva a qualidade dos produtos e racionaliza a comercialização. Os fabricantes auferem grandes proveitos porque a concessão comercial lhes cria a possibilidade de supervisionar seus pontos de venda, sem suportar o respectivo encargo econômico". (DUTILLEUL, François Collart; DELE-BECQUE, Philippe. **Contrats civils et commerciaux**. 2.ed. Paris: Dalloz, 1993, p.765).

¹²³ CHAMPAUD, Claude. La concession commerciale. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial**, n.24, 1963, p.471.

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Theodor. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista dos Tribunais** v.790, São Paulo: RT, 2001, p.4.

¹²⁵ Para Jean Guyénot, o contrato de concessão comercial "implica a atribuição de um monopólio e exclusividade de venda a comerciantes escolhidos pelo produtor para fazê-los participar de um sistema de comercialização de seus produtos". (GUYÉNOT, Jean. **Les contrats de concession commerciale**. n.15. Paris: Librairie Sirey, 1968, p.25; FOURGOUX, Jean-Claude. **Droit du marketing**. Paris: Dalloz, 1974, p.61).

¹²⁶ Segundo a autora, o entendimento dos tribunais brasileiros estaria bastante condizente com o posicionamento doutrinário estrangeiro.

¹²⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.82.

das partes; e, na distribuição integrada, (vii) exclusividade (em regra na zona de atuação), (viii) uma zona de atuação e (viii) licença de uso da marca.¹²⁸⁻¹²⁹

A jurisprudência brasileira, por sua vez¹³⁰, normalmente identifica as seguintes características no contrato de distribuição: (a) compreende várias operações de compra e venda de bens, destinadas à revenda pelo distribuidor; (b) a vantagem econômica do distribuidor corresponde à diferença positiva entre o preço de aquisição da mercadoria e seu preço de revenda; (c) a propriedade do bem transfere-se do fabricante para o distribuidor e, posteriormente, ao terceiro adquirente; (d) o distribuidor comercializa os bens adquiridos do fabricante em uma determinada zona; e (e) há vinculação econômica entre o fabricante e o distribuidor. De acordo com análise de Paula Forgioni, os itens “a” a “c” seriam considerados pelos tribunais condições *sine qua non* para caracterizar o contrato de distribuição¹³¹.

Em relação à classificação dos contratos de distribuição *stricto sensu*, a doutrina majoritária brasileira adota o conceito de *contrato atípico misto*. Os contratos atípicos, conforme ensina Orlando Gomes, possuem duas subespécies: o contrato atípico propriamente dito, o qual se estrutura sem incorporar partes pertencentes a outros tipos contratuais; e o contrato misto, formado mediante a reunião de elementos típicos de outros

¹²⁸ BORGES, Ronaldo Souza. Da aplicabilidade da indenização de clientela no contrato de concessão comercial: a compensação do concessionário pela angariação de clientela. **Revista dos Tribunais**, v.975, São Paulo: RT, 2017, p.215.

¹²⁹ Para Humberto Theodoro Júnior, seriam características dessa modalidade contratual: (i) um dos contratantes é o fabricante e o outro é o comerciante que se encarregará da revenda; (ii) a relação de compra e venda que se estabelece entre as partes é contínuo, não eventual nem periódica; (iii) importa em “vantagens especiais ao distribuidor”, pois se isto não existir, a relação será de compra e venda simplesmente; (iv) o produto comercializado deve ser efetivamente fabricado pelo concedente, pois, do contrário, haverá apenas a revenda; (v) produto vendido ao concedente tem de ser destinado à revenda; (vi) o distribuidor deve ter uma área geográfica delimitada para atuação, exclusiva ou não. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. **Revista dos Tribunais**, v.825, São Paulo: RT, 2004, p.8-9).

¹³⁰ Recurso de AP 79.863, j. 10-10-1972, relatado pelo Des. Antonio Pereira Pinto, do Tribunal de Justiça da Guanabara, publicado na Revista Forense v.154 e v.157; Embargos de Declaração s/n, j.16-02-1981, relatado pelo Des. Francis Davis, do TJSP, publicado na Lex 161/27; RE 78.051, j.27-08-1974, relatado pelo Min. Thompson Flores, do STF, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 72/881; EI no Recurso de AP 7.166, j.21-11-1976, relatado pelo Des. Dourado de Gusmão, do TJRJ; Recurso de Ap 80.320-2, j.24-10-1984, relatado pelo Des. Bueno Magano, do TJSP, Lex 92/232; Recurso de Ap 116.091, j. 07-10-1991, relatado pelo Des. Tibagy Salles, do TJMG; Recurso de Ap 590.017.778-RS, j.12-06-1990, relatado pelo Des. Ruy Rosado Aguiar, do TJRS; Recurso de Ap. 593.136.930-RS, j.21-12-1993, relatado pelo Des. Adroaldo Furtado Fabrício, do TJRS; Recurso de Ap 144.293-1-SP, j.19-06-1991, relatado pelo Des. Carlos Mello, do TJSP; EI na Ap 14.412-1, j.22-06-1982, relatado pelo Des. Evaristo dos Santos, publicado na Lex 79/250; RE 80.336-RJ, j.12-05-1981, relatado pelo Min. Cunha Peixoto, do STF; e Recurso de Ap 57-552-1, j.30.04.1985, relatado pelo Des. Rangel Dinamarco, do TJSP, publicado na Lex 96/144. (FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.88).

¹³¹ FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005, p.88.

contratos ou de elementos mais simples desses¹³². Os contratos de distribuição seriam, portanto, pertencentes a essa segunda espécie.

O contrato é considerado “atípico”, por conta da inexistência, no ordenamento jurídico nacional, de disciplina legal geral (há a Lei Ferrari, cuja incidência se limita à concessão comercial de veículos automotores de via terrestre).¹³³ Para alguns doutrinadores, entretanto, o Código Civil de 2002 teria regido o contrato de distribuição, em seus artigos 710 a 721, ao dispor sobre o “contrato de agência e distribuição”. Mas essa última corrente não angariou eco majoritário¹³⁴.

Para Humberto Theodoro Júnior,

essa assimilação, todavia, não aconteceu, nem poderia ter acontecido, dada a completa diversidade de conteúdo e natureza que se registra entre as duas modalidades negociais: enquanto um se desenvolve a partir da idéia da prestação de serviço (aproximando-se do mandato), o outro tem como peça fundamental a compra e venda em série (aproximando-se, portanto, do fornecimento)¹³⁵.

Paula Forgioni perfilha o mesmo entendimento e ressalta que os artigos 710 a 720 do Código Civil disciplinam apenas o “contrato de agência-distribuição”. Esse tipo, não obstante, distingue-se do contrato de distribuição ora retratado, pois o agente não adquire o bem do produtor, realizando as negociações em nome e por conta do comitente.¹³⁶

O contrato de distribuição pertence ao subgrupo dos contratos “mistos”, porque reúne características de diversos contratos legalmente disciplinados, num único contrato,

¹³² GOMES, Orlando. **Contratos**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.102.

¹³³ Constitui entendimento jurisprudencial majoritário a inaplicabilidade da Lei n. 6.729/1979 aos contratos de distribuição em geral. (STJ. “RECURSOS ESPECIAIS. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA LEI 6.729/79. PRAZO INDETERMINADO. RESCISÃO. AVISO PRÉVIO. NECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSENSO ENTRE AS PARTES. ARBÍTRIO JUDICIAL. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1. Não é possível a aplicação analógica das disposições contidas na Lei 6.729/79 à hipótese de contrato de distribuição de bebidas, dado o grau de particularidade de referida norma, que desce a minúcias na estipulação das obrigações do concedente e das concessionárias de veículos, além de restringir de forma bastante grave a liberdade das partes. Precedentes. 2. É da natureza dos contratos por prazo indeterminado seja notificada a parte acerca da vontade externada pela outra de romper o ajuste, sob pena de responder pelos prejuízos. [...]. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 654408 RJ 2004/0047977-6, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j.09-02-2010, Quarta Turma, Public DJe 14-09-2010). No mesmo sentido, REsp789.708, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j.25-09-2006.

¹³⁴ A esse respeito, vale mencionar o Enunciado 31 da 1ª Jornada de Direito Comercial, cujo texto aprovado, com o qual concordamos, dispõe: “31. O contrato de distribuição previsto no artigo 710 do Código Civil é uma modalidade de agência em que o agente atua como mediador ou mandatário do proponente e faz jus à remuneração devida por este, correspondente aos negócios concluídos em sua zona. No contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor, e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco.”

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. **Revista dos Tribunais**, v.825, São Paulo: RT, 2004, p.1.

¹³⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.115.

desprovidos de elementos novos. Conforme leciona Honório Monteiro, contratos de distribuição são

contratos que não coincidem exatamente com nenhum dos tipos contratuais disciplinados pela lei, mas cujo conteúdo, em rigor, perante a lei, não se poderia dizer novo. Não são contratos inominados, porque os seus elementos componentes não são estranhos à lei.¹³⁷

No mesmo sentido, Rubens Requião consigna:

é fácil, portanto, desvendar que o contrato de concessão de venda com exclusividade pertence ao grupo de contratos atípicos mistos, pois, como veremos, ele não se comporta e não se contém dentro da tipicidade clássica do simples contrato de compra e venda, embora reconheçamos que este possa ser considerado como um suporte inicial de sua construção prática e científica¹³⁸.

A compreensão dos contratos de concessão comercial (distribuição) como contratos mistos revolve à análise do acórdão do RE 78.051, proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 27.08.1974, de relatoria do Ministro Thompson Flores, importante balizador da interpretação dessa espécie contratual. Nele, reconhece-se a necessidade de se interpretar as diversas prestações autônomas dos contratos mistos, no caso o de distribuição, à luz da unicidade da função econômica do contrato como um todo:

Todavia, serão tais contratos [...] independentes e autônomos ou constituem o que, na doutrina, se qualifica de contrato misto? Não há dúvida de que esses contratos são distintos e autônomos, se considerados em tese e abstratamente, cada um de *per si*. Mas, não resta dúvida, no comércio jurídico também ocorre frequentemente que duas ou mais formas contratuais de possível coexistência separada podem vir a ter, sob pressão de necessidades ou de conveniências práticas, as suas prestações autônomas, cada uma em sua função típica, reunidas e coordenadas, pela vontade das partes, em um único contrato para realizarem uma só função econômica, que é a sua causa ou o seu fim objetivo. Com efeito: dita pluralidade de prestações, sendo cada uma típica de um contrato nominado, pode ser fundida em um só contrato, sob o influxo de uma só causa, de uma única função econômica. É preciso assim que todas elas tendam à mesma finalidade econômica. A unidade de causa, atestada pela unidade econômica das várias prestações, corresponde à unidade do contrato.

O acórdão serviu de importante paradigma para o desenvolvimento da jurisprudência nacional sobre o tema.

Os contratos de distribuição, por consistirem em modalidade de venda indireta de mercadorias, também são considerados “acordos verticais”, visto que “celebrados entre

¹³⁷ MONTEIRO, Honório. Contrato misto. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, n.33, 1937, p.532-542, p.535.

¹³⁸ REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). **Revista de Direito Mercantil** n.7. São Paulo: RT, p.17-45.

agentes econômicos situados em diferentes estágios da cadeia produtiva”¹³⁹, isto é, entre empresas que não concorrem entre si.

Nesse acordo vertical, tal qual no contrato de franquia, as partes reúnem interesses comuns e conflitantes. Comuns porque, tanto o produtor quanto o distribuidor buscam a inserção exitosa do produto no mercado, incrementando suas vendas e, por consequência, suas receitas. Daí porque se exige colaboração intensa entre as partes. Conflitantes (e individuais)¹⁴⁰, pois, em última análise, o preço final pago pelo consumidor, em troca do bem comercializado, é em certa escala repartido entre produtor e distribuidor, cada qual disputando maior margem de lucro para si¹⁴¹⁻¹⁴².

Essa a tensão tênue e imanente nos contratos de distribuição (*stricto sensu*).

5.3 Contrato de concessão de veículos automotores

Os contratos de concessão comercial de veículo automotor assemelham-se estruturalmente ao de distribuição, diferenciando-se, na essência, apenas porque se restringem exclusivamente aos veículos automotores de via terrestre.

A distinção no tratamento das duas modalidades contratuais deriva da Lei n. 6.729/1979 (Lei Ferrari), editada com o intuito de harmonizar a relação entre montadoras e

¹³⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.52.

¹⁴⁰ BORGES, Ronaldo Souza. Da aplicabilidade da indenização de clientela no contrato de concessão comercial: a compensação do concessionário pela angariação de clientela. **Revista dos Tribunais**, v.975, São Paulo: RT, 2017, p.215.

¹⁴¹ “If consumers are more disposed to switch brands within store than stores within brand, retailers dominate manufacturers. Retail margins will be relatively high and those of manufacturers relatively low. When consumers are more disposed to switch stores within brand than brands within stores, the above market power and margin relationships are reversed”. (STEINER, Robert. The nature of vertical restraints. In: **The antitrust bulletin**, v.30, 1985, p.157). Tradução livre: “Se os consumidores estão mais dispostos a mudar de marcas dentro da loja do que de lojas dentro da marca, os varejistas dominam os produtores. As margens de venda do varejista serão relativamente altas e aquelas do produtor relativamente baixas. Quando os consumidores estão mais dispostos a mudar de lojas dentro da marca do que de marcas dentro das lojas, o poder de mercado mencionado e as relações de margem de venda são invertidas.”

¹⁴² “A potentially anticompetitive conflict of interest inheres in all franchising relationships. A franchisor that does not own a franchised outlet may nonetheless have control over the critical commercial decisions of that outlet. The franchisor may use this power to protect the good will of the franchise system. But powerful financial incentives may also push the franchisor to use this control for self-gain in a manner that distorts competition and injures the franchisee, efficient suppliers of the franchisee, and consumers”. (GRIMES, Warren S. Market definition in franchise antitrust claims: relational market power and the franchisor's conflict of interest. **Antitrust Law Journal**, v.67, n.2, 1999, p.243). Tradução livre: “Um conflito de interesse potencialmente anticoncorrencial é inerente a todas as relações de franquia. Um franqueador que não possui um estabelecimento franqueado pode, não obstante, ter o controle sobre as decisões comerciais críticas dele. O franqueador pode usar esse poder para proteger o valor do sistema de franquia. Mas incentivos financeiros poderosos também podem forçar o franqueador a usar esse controle para obter ganhos próprios de uma maneira que distorce a concorrência e prejudica o franqueado, os fornecedores eficientes do franqueado e os consumidores”.

concessionárias de automóveis¹⁴³. Segundo Humberto Theodoro Júnior,¹⁴⁴ a disciplina da Lei Ferrari não deve se estender por analogia aos contratos de distribuição em geral¹⁴⁵, pois muitas das suas disposições referem-se àquele nicho específico que a lei buscou regulamentar.

Assim como no contrato de distribuição, permite-se à empresa fabricante de automóveis alocar seus produtos no mercado consumidor, sem a necessidade de constituir filiais ou agências próprias. A distribuição resta a cargo das concessionárias, que o farão por conta e em nome próprio, mas seguindo as orientações da concedente¹⁴⁶.

Esse arranjo, além de mitigar riscos de responsabilização trabalhista, permite ao concessionário beneficiar-se do renome da marca da fabricante de automóveis e ao mesmo tempo fortalecê-la perante os consumidores¹⁴⁷. O interesse das partes, tal qual nos contratos de distribuição e franquia, converge e se polariza. Se, por um lado, as

¹⁴³ A exposição de motivos da Lei n. 6.729/1979 se refere à problemática que busca solucionar: “a própria circunstância de uma grande empresa necessitar de uma rede para a comercialização e assistência técnica de seus produtos, ao mesmo tempo em que evidencia o seu extraordinário porte econômico e tecnológico, suscita a desigualdade decorrente do estilhaçamento da relação, na medida em que confronte a grande unidade da empresa concedente com os concessionários, limitados na sua capacidade negocial em razão de seu porte e da sua multiplicidade. O concedente, como grande empresa, tende a tornar-se o senhor da relação contratual e fazer prevalecer sobre cada concessionário isolado a sua vontade, pois detém, graças a sua cadeia de monopólios justapostos, um terrível poder de domínio.”

¹⁴⁴ “Tampouco pode pretender-se submeter o universo das concessões comerciais e demais contratos de distribuição ao regime estrito da Lei n. 6.729/1979, concebido que foi como lei excepcional para disciplinar apenas um segmento da economia – a produção e revenda de veículos automotores – onde situações especialíssimas exigiram disciplina também especialíssima e muito peculiar ao volume de recursos e tipo de investimentos que se exigem do revendedor de automóveis.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. In: (Coords.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v.2. São Paulo: RT, 2010, p.820.

¹⁴⁵ Gustavo Tepedino defende, ainda, a aplicação supletiva, à concessão comercial, da disciplina dos contratos de distribuição presente no Código Civil: “Tem-se, portanto, que o contrato de concessão de veículos automotores, regulado pela Lei 6.729/1979, consiste em autêntico contrato de distribuição, razão pela qual as bases para sua qualificação e sua disciplina jurídica devem ser extraídas do Código Civil. Deve-se, em outras palavras, proceder à aplicação harmoniosa e integrada do Código Civil e da Lei n. 6.729/1979, anterior à codificação, de modo a assegurar a unidade do ordenamento jurídico”. (TEPEDINO, Gustavo. Distribuição de veículos automotores: natureza jurídica e efeitos tributários. **Soluções práticas de direito**, v.1, São Paulo: RT, 2011, p.190).

¹⁴⁶ “O concedente, para fazer chegar até o público os seus produtos, ao invés de constituir ele mesmo uma série de sucursais, agências ou filiais, contrata a concessão com o monopólio de revenda, ou estabelece uma rede de concessionários, submetendo as empresas revendedoras ou distribuidoras ao seu controle, com o escopo de constituir um aparelho comercial integrado aos seus interesses”. (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.755).

¹⁴⁷ “O distribuidor ajuda a construir a força da marca, e ao mesmo tempo, dela se beneficiam já que a ela se prende clientela estável. Ao mesmo tempo, o distribuidor funciona como elo de comunicação entre o fabricante e as demais etapas do circuito comercial.” (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Contrato de distribuição ou concessão mercantil. In: (Coords.) JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.452).

concessionárias vendem os produtos produzidos pelos fabricantes; por outro lado, poderá haver conflito nas regras impostas pelos concedentes aos concessionários.¹⁴⁸

A concessão comercial não se confunde com a comissão, com o mandato e nem com a representação comercial, uma vez que o concessionário atua em nome e por conta própria¹⁴⁹.

Do contrato participam o concedente e o concessionário. Orlando Gomes¹⁵⁰ pontua que a principal obrigação do primeiro é “possibilitar a realização do serviço transferido ao concessionário, ou seja, a venda ao consumidor dos bens compreendidos na concessão, na forma, no tempo e na quantidade previstas”. Nesse sentido, o concedente responsabiliza-se por fabricar e montar o bem (automóvel)¹⁵¹, por vender diretamente ao concessionário e fixar parâmetros gerais que orientarão as revendas.

Já a concessionária obriga-se, a rigor por contrato de adesão¹⁵², a revender os automóveis, conforme as diretrizes fixadas pela concedente, ao consumidor em geral, ao qual deverá prestar serviços de assistência técnica e fornecer peças de reposição, tudo com o emprego da marca da concedente¹⁵³. Ressalte-se que as obrigações da concessionária são

¹⁴⁸ Ruy Pereira Camilo Junior traz dois exemplos ilustrativos: “O fornecedor poderá tentar se apropriar, a custo zero, dos investimentos feitos pelo distribuidor no mercado, rescindindo seu contrato e passando a vender direto à cliente amealhada ao longo da vigência contratual. Já o distribuidor poderá adotar o comportamento definido pela Análise Econômica do Direito como próprio do *free rider* (passageiro clandestino): não cumprirá com suas obrigações voltadas ao desenvolvimento de uma clientela para o produto, e se aproveitará dos esforços nesse sentido empreendidos pelo próprio fornecedor e pelos demais integrantes da rede de distribuição.” (CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Contrato de distribuição ou concessão mercantil. In: (Coords.) JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.452).

¹⁴⁹ “Desde logo, afasta-se o contrato de concessão dos contratos de comissão mercantil, pois o contratado não age por conta do contratante, mas por sua própria conta; do mandato mercantil, já que o contratado não atua em nome e por conta do contratante; também afasta-se da locação de serviços, pois, atuando autonomamente, compra o contratado os produtos do contratante, para revendê-los, podendo ou não ficar obrigado à assistência pós-venda.” (BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1993, p.447-448).

¹⁵⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.376.

¹⁵¹ “Por meio do referido contrato, o fabricante se obriga a produzir, continuamente, os produtos que serão disponibilizados em sua unidade fabril para venda às concessionárias integrantes da rede de distribuição.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contrato de concessão comercial de bebidas. Responsabilidade civil do fabricante por ato ilícito praticado por preposto da concessionária. Acidente de trânsito. In: (Coords.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v.2, São Paulo: RT, 2010, p.763).

¹⁵² “A concessão de venda formaliza-se mediante contrato de adesão. Para todos os distribuidores da rede, o fabricante estabelece condições gerais, isto é, cláusulas uniformes, aceitas sem discussão. (GOMES, Orlando. **Contratos**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.374).

¹⁵³ É o que dispõe o artigo 3º da Lei Ferrari: Constitui objeto de concessão: I – a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor; II – a prestação de assistência técnica a esses produtos, inclusive quanto ao seu atendimento ou revisão; III – o uso gratuito de marca do concedente, como identificação.

estabelecidas visando possibilitar a adequada revenda dos automóveis e valorização da marca. Por isso, são uniformizadas no âmbito da rede de concessionárias¹⁵⁴.

Assim, é relevante apontar, em relação à natureza jurídica da concessão comercial, que se trata de contrato de adesão, consensual, formal, comutativo¹⁵⁵ e típico, originado da combinação de outros contratos. Isto porque, embora se estruture essencialmente em torno da compra e venda¹⁵⁶, é possível nele identificar elementos da cessão do uso de marca, da prestação de serviços de assistência técnica, e também do fornecimento de estoques de mercadorias específicas, em muito semelhante ao contrato de franquia.

Na mesma linha, Waldírio Bulgarelli¹⁵⁷ expõe:

sem dúvida que a compra e venda decorrente do contrato de concessão não é única, mas, continuada, e com certas obrigações complementares e suplementares, de ambas as partes. Entre elas, por exemplo, na concessão automobilística, está a assistência pós-venda e mesmo a manutenção de estoques de peças de reposição.

Traçados seus contornos gerais, destacam-se algumas disposições trazidas pela legislação específica, responsáveis por distinguir a concessão comercial de automóveis do contrato de distribuição *stricto sensu*.

A atribuição de fixar os preços das vendas e revendas que compõem a concessão, por exemplo, é objeto do artigo 13 da Lei Ferrari. Segundo a divisão legal, à concedente compete fixar, uniformemente, o preço da venda dos automóveis à sua rede de concessionárias, as quais poderão estabelecer livremente o preço que praticarão em face do consumidor ordinário.

¹⁵⁴ Ao comentar as obrigações do concedente, Arnaldo Rizzardo destaca: “há toda uma regulamentação contratual uniforme destinada à generalidade dos distribuidores, isto é, impõe-se uma sistematização de regras e comportamentos, o que implica certa subordinação do concessionário ao concedente.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.767).

¹⁵⁵ Orlando Gomes justifica a classificação, também aplicável ao contrato de distribuição, no seguinte trecho: “Com efeito, os direitos e as obrigações das partes são recíprocos e interdependentes geneticamente; há entre as prestações uma troca de valores equivalente das coisas vendidas pelo fabricante e seu preço, que produz efeitos desde o momento em que o fabricante e o distribuidor firmam-no, conclui-se por escrito e suas cláusulas padronizadas costumam ser predeterminadas pelo industrial e aceitas, sem alternativa, pelo comerciante.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.375).

¹⁵⁶ Rubens Requião chamou a atenção para esse aspecto do contrato de concessão de veículo automotor: “É, pois, a concessão comercial que impulsiona a distribuição de veículos, através de vendas no mercado entre produtores e distribuidores. Nessa distribuição para o mercado consumidor, na sua essência, vamos encontrar, com efeito, centrada a compra e venda, embora ataviada de inúmeras outras imbricações, para atender às necessidades a que sua técnica visa.” (REQUIÃO, Rubens. *Concessão comercial. Manutenção do contrato de concessão em face da Lei 6.729/1979. Alteração do nome da concedente. Favorecimento de sociedade coligada. A insolvência como justa causa da rescisão do contrato. A aceitação da proposta*. In: WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, v.3, São Paulo: RT, 2010, p.130).

¹⁵⁷ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1993, p.449.

A lei dispõe igualmente sobre a cláusula de exclusividade, que integra o contrato de concessão comercial e impõe obrigações a ambas as partes – razão pela qual a doutrina chama a atenção para sua natureza *dúplice*¹⁵⁸. Por ela, a concessionária fica impedida de comercializar automóveis distintos daqueles da marca da concedente. Em contrapartida, é designada a ela uma área, fixada segundo o potencial do mercado, em que poderá exercer, em caráter exclusivo, a comercialização dos automóveis objeto da concessão, respeitados os espaços concedidos às demais concessionárias (artigo 5º, I e II)¹⁵⁹.

A concedente, por sua vez, deverá respeitar essa área reservada, abstendo-se de estabelecer concessão com outra pessoa, no mesmo local, de forma a prejudicar o concessionário (artigo 6º, §2º). Por isso, a Lei Ferrari apenas permite nova concessão em área já concedida, caso o mercado o justifique ou caso seja necessário substituir concessão extinta (artigo 6º, I e II). Do contrário, poderá ser pleiteada até mesmo a cessação das atividades do novo concessionário¹⁶⁰.

Outra disposição própria do contrato de concessão é a cláusula de quota, por meio da qual o concessionário se obriga a comprar – e o concedente a vender – em períodos sucessivos, determinada quantidade de veículos¹⁶¹. A Lei Ferrari, em seu artigo 7º, determina que a quota deverá ser fixada conforme a capacidade empresarial de cada concessionário e obtida a partir de uma fração da produção de veículos estimada para o ano subsequente, segundo a expectativa de mercado da marca.

O contrato de concessão vigorará, em regra, por prazo indeterminado, mas pode ajustar-se também por prazo determinado. Nessa hipótese, o prazo mínimo é de 5 anos, após os quais, ausente manifestação em sentido contrário pelas partes, passará a vigorar por prazo indeterminado (artigo 21, parágrafo único, da Lei Ferrari).

Caso a concedente opte por não renovar o contrato inicialmente fixado por prazo determinado, o artigo 23 da lei traz disposições voltadas a resguardar a concessionária. Por

¹⁵⁸ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1993, p.450.

¹⁵⁹ “O sentido da cláusula de exclusividade envolve, outrossim, o compromisso do concessionário de comprar unicamente do concedente os produtos que ele revende à clientela, e a obrigação deste último de vender somente àqueles o produtos que fabrica.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.764.)

¹⁶⁰ “Se viola o dever de não fazê-lo, o segundo concessionário deve ser compelido a fechar as portas, sem prejuízo do seu direito de pleitear do concedente a competente indenização”. (GOMES, Orlando. **Contratos**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.377).

¹⁶¹ “É comum, no contrato de distribuição, inserir-se a *cláusula de quota* para compelir o concessionário a comprar certa quantidade de unidades em períodos determinados e sucessivos na vigência do contrato. Esta medida de segurança é, do mesmo passo, uma obrigação a ser cumprida também no interesse do concessionário e que poderá exigir a entrega da *quota*, isto é, do número mínimo de unidades, no período determinado.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.376 – grifos no original).

elas, a produtora ficará obrigada a readquirir, pelo preço de venda à rede, os automóveis mantidos em estoque pela distribuidora. Além disso, deverá comprar da concessionária os equipamentos voltados à performance das obrigações complementares de assistência técnica, sendo possível, no entanto, convencionar o afastamento dessas disposições.

O artigo 22 da Lei Ferrari estabelece as situações passíveis de rescisão, assim sintetizadas: (i) acordo entre as partes ou motivo de força maior; (ii) transcurso do prazo, se fixado por prazo determinado; (iii) em caso de infração das disposições legais ou contratuais, por iniciativa da parte inocente – a penalização do infrator deve ser gradual até se recorrer à rescisão¹⁶². Em qualquer caso, a lei garante a desmobilização da operação em prazo razoável, nunca inferior a 120 dias.

Se a causa da rescisão for imputável à concedente, o artigo 24 da Lei Ferrari atribui-lhe uma série de obrigações, a título de reparação da concessionária. A produtora deverá pagar indenização vinculada ao faturamento projetado e ao tempo de duração da concessão, além da obrigação de readquirir os automóveis mantidos em seu estoque, pelo preço de venda ao consumidor.

A Lei Ferrari preocupa-se não só com o resguardo da concessionária, mas busca também tutelar os interesses coletivos da rede de concessão. Com esse intuito, o artigo 16 veda:

I – prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios; II – exigência entre concedente e concessionário de obrigação que não tenha sido constituída por escrito ou de garantias acima do valor e duração das obrigações contraídas; III – diferenciação de tratamento entre concedente e concessionário quanto a encargos financeiros e quanto a prazo de obrigações que se possam equiparar.

A Lei Ferrari, conquanto se limite à regulação de concessão de veículos automotores, por preocupar-se com o resguardo dos interesses da rede de concessão, serve como importante pilar e balizador das regras de conduta das partes, para o presente estudo, nas demais modalidades de distribuição, naquilo que for pertinente, como se demonstrará mais adiante.

¹⁶² O Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendimento nesse sentido: “DIREITO CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE REVENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES, PEÇAS E ACESSÓRIOS E REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS. 1. Na constância do contrato de concessão de revenda e serviços de veículos automotores, inadmissível a ruptura unilateral do contrato, sem perpassar pelo regime das penalidades gradativas previstas no artigo 22, §1º da Lei n. 6.729/1979 (Lei Ferrari), norma cogente e autoaplicável. [...] (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL 00442212620048260100, Rel. Vanderci Álvares, D.J., 08/10/2015, 25ª Câmara de Direito Privado – negritou-se)”.

6 A GOVERNANÇA DA REDE, A ESTRUTURA DE INTERESSES E AS IDIOSINCRASIAS DA SUA RELAÇÃO

Explicitadas algumas particularidades dos contratos de distribuição, passa-se ao exame das particularidades das redes empresariais.

6.1 A governança das redes empresariais de distribuição e o papel do líder

Diante de seu particular modo de operação e multiplicidade de participantes, os contratos em rede, celebrados entre o líder e os demais participantes, embora tutelem as prestações das partes (tais quais os contratos bilaterais), possuem um cunho organizacional, semelhante ao contrato de sociedade, especificando a organização e a cooperação dos participantes da rede.

Em regra, os contratos são de adesão, formulados pelo líder, aos quais aderem os distribuidores.¹⁶³ Contém cláusulas gerais de restrição vertical, limitando a autonomia de gestão dos distribuidores, impondo-lhes, entre outras, regras de exclusividade, observância aos padrões de qualidade,¹⁶⁴ restrições à liberdade de fixação do preço de comercialização dos produtos e serviços e limitações de atuação geográfica.

As limitações representam o equivalente ou o substituto contratual da integração vertical, permitindo, por um lado, que os líderes da rede, em geral empresas formatadoras ou produtoras de bens e serviços, possam beneficiar-se das vantagens de coordenação oferecidas pela organização contratual. Por outro lado, elas incentivam os distribuidores a prestarem serviços em condições mais favoráveis.

Além disso, os contratos em rede, como regra de governança interna, preveem de maneira geral cláusulas contratuais autoexecutáveis (*self-enforcing*), que concedem vantagens às partes se cumprirem seus termos, inibindo-se o inadimplemento ou rompimento do contrato. Entre estas medidas, há os denominados direitos de entrada não

¹⁶³ Se, por um lado, a estandardização contratual impõe limites à manifestação de vontade da parte aderente, passível de abuso pela parte proponente, passíveis de invalidação ou indenização, de um modo geral, essa técnica de contratação oferece economias de gestão à atividade econômica. Ela acelera de modo significativo o processo de conclusão dos negócios jurídicos, reduzindo custos e assegurando homogeneidade e coordenação na centralização dessas relações, funcionando, como salienta Enzo Roppo, como “fator de racionalização e economicidade da atuação empresarial.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p.316).

¹⁶⁴ Nesse sentido, o artigo 139 da Lei n. 9.279/1996 prevê: “O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços.”

reembolsáveis;¹⁶⁵ realização de investimentos específicos do distribuidor; ou a utilização de estabelecimento pertencente ao fornecedor (*lease control*). Todos esses expedientes reforçam o controle sobre a atuação dos distribuidores, colocando-os na posição de reféns (*hostages*) dessas circunstâncias, pois poderão ter seus contratos rescindidos se não atenderem aos padrões estabelecidos pela rede.

Tudo isso ocorre de maneira concomitante à atribuição de poderes de monitoramento e controle ao líder, restringindo a autonomia empresarial dos distribuidores. Até mesmo porque foi quem redigiu o contrato, ao qual aderiram os demais participantes, o líder confere a si amplos poderes empresariais, de cunho decisório, a serem estabelecidos de modo unilateral no curso da operação da rede, assemelhando-se a um órgão adjudicante.

Apesar do risco de abuso, há uma justificativa legítima para conferir-se poder ao líder, funcionalizando-o pela proteção ao fim comum: o organizador da rede tem não só o direito, mas o dever de fiscalizar a atuação dos membros da rede.¹⁶⁶ O líder pode definir, em bases anuais, quotas de vendas e estoques, despesas com publicidade e escopo de serviços pós-venda.

Essas atribuições unilaterais do organizador da rede o capacitam a especificar e adaptar as obrigações das partes, em meio às alterações econômicas conjunturais, subordinando os poderes empresariais dos distribuidores. Ou seja, para aprimorar a coordenação dos participantes da rede, o líder confere a si poderes unilaterais de integração ou de preenchimento do clausulado negocial (*completion rights*), com o qual concordam (ou ao menos aderem) os membros da rede.

¹⁶⁵ A taxa de franquia (*franchise fee*) é relativamente comum.

¹⁶⁶ Nesse sentido, Jean Guyenot: “La finalidad de la institucion implica el leadership del concedente, si bien, el derecho de las sociedades y los G.I.E se revela poco compatible con las estructuras y el espíritu de un sistyema cuyo centro de decision proviene de la empresa concedente. Sin duda como em los grupos de interes economico cada empresa conserva su autonomia. Pero a diferencia de los miembros de um grupo de interes econômico, los concessionários subordinan su actividad comercial a las directivas del concedente, lo que no le permite em principio tomar colectivamente, salvo concertacion previa de acuerdo con el concedente, decisiones propias a la vida de la red o a su política comercial. La empresa concedente es el solo centro de las decisiones. La concentracion de poderes en una sola mano no excluye sin embargo ni la concertacion ni la deliberacion. El interes comum lo exige como la confianza que se deben mutuamente sus miembros.” (GUYENOT, Jean. **Qué es el franchising**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977, p.46). Tradução livre: “A finalidade da instituição implica na liderança da concedente, embora a lei das sociedades e a G.I.E não sejam muito compatíveis com as estruturas e o espírito de um sistema cujo centro de decisão provém da empresa concedente. Sem dúvida, como nos grandes grupos de interesses econômicos, cada empresa mantém sua autonomia. Mas diversamente dos membros de um grupo de interesses econômicos, as concessionárias subordinam sua atividade comercial às diretrizes da concedente, que em princípio não lhes permite tomar coletivamente, salvo acordo prévio com o concedente, decisões que dizem respeito à vida da rede e sua política comercial. A empresa concedente é o único centro de decisões. No entanto, a concentração de poderes em uma mão não exclui a consulta ou a deliberação. O interesse comum o exige como a confiança que mutuamente se devem seus membros.”

A distribuição assimétrica de direitos entre as partes justifica-se por razões de eficiência, na medida em que reduz custos de transação e incentiva a cooperação entre os participantes da rede, facilitando o aproveitamento dos ganhos agregados. Ela consiste num *trade-off* entre o risco de oportunismo, atribuindo-se poderes decisórios à parte que dispõe de menos incentivos para se comportar de forma oportunista, estando mais propensa a maximizar os ganhos globais.

Embora as partes possuam interesses egoísticos, os contratos de distribuição, de uma maneira geral, constituem contratos de partilhas de resultado (*share contracts*), nos quais se conferem às partes direitos residuais ao lucro (*residual claimancy rights*). Essa condição estimula os agentes a agirem no seu interesse de longo prazo. Afinal, apenas perceberão a maior parte de suas rendas se a atividade empresarial lograr êxito.¹⁶⁷

Por isso, de modo usual, atribui-se ao distribuidor os lucros de sua atividade, deduzindo-se os *royalties* e outras contribuições periódicas para o fundo comum, por exemplo, destinadas ao marketing e à propaganda. O líder, em regra, possui apenas uma parcela pequena nos resultados da empresa distribuidora, o que contribui para alinhar os interesses econômicos das partes. Essa situação afigura-se vantajosa ao participante da rede, na medida em que retém a maior parte de sua receita adicional, ao mesmo tempo em que colhe o benefício oriundo da redução dos custos operacionais por integrar a rede de distribuição.

O estímulo ideal para que as partes cumpram espontaneamente suas obrigações e deveres contratuais, evitando-se que qualquer delas desvie-se do padrão pretendido, será o de estabelecer mecanismos contratuais para que as partes colham, dessa relação, benefícios superiores às vantagens que obteriam, no curto prazo, inadimplindo seus deveres. Trata-se de manter o “fluxo contínuo de rendas econômicas” aos participantes. O conceito de “rendas econômicas”, no caso das redes empresariais, corresponde à diferença entre o valor líquido atual dos rendimentos percebidos pelo distribuidor, em consequência à sua integração à rede, e os rendimentos que perceberia na melhor alternativa seguinte. Se a participação na rede empresarial se mostrar mais proveitosa do que a melhor alternativa seguinte, os participantes tenderão a colaborar para que essas condições persistam.

¹⁶⁷ MATHEWSON, Frank; WINTER, Ralph A. The economics of franchise contracts. **The Journal of Law and Economics** 28, n.3, oct.1985, p.503-526; KLEIN, Benjamin. The economics of franchise contracts. **Journal of Corporate Finance**, v.2, n.1, oct.1995; LAFONTAINE, Francine; RAYNAUD, Emmanuel. The role of residual claims and self-enforcement in franchise contracting. **NBER Working Papers 8868**, National Bureau of Economic Research Inc, 2002.

A solução, portanto, perpassa a confecção de benefícios atinentes à permanência na rede, a fim de compensar o comportamento oportunista e as restrições verticais impostas aos participantes.¹⁶⁸

Há diferentes mecanismos e incentivos, monetários e não monetários, para estabelecer o nível ótimo de cooperação entre os participantes, aproveitando a todos os integrantes. Protegem-se os interesses daqueles que efetivamente investirem na promoção e no desenvolvimento do fundo de comércio associado à marca e à qualidade dos produtos e serviços distribuídos, mediante fiscalização e controle da atividade dos distribuidores pelo líder, combinando-os com sanções e prêmios. Aliando-se o poder de fiscalização conferido ao organizador da rede, a ameaça de encerramento do contrato e o fluxo de rendas econômicas geram-se os estímulos adequados ao cumprimento espontâneo do contrato.

Os contratos devem contemplar medidas (i) para incentivar o líder a zelar e investir na marca, mediante sua promoção global, e monitorar as atividades dos distribuidores; e (ii) ao mesmo tempo, incentivar os distribuidores a atuarem na promoção dos bens e serviços comercializados, evitando comportamentos prejudiciais à rede.¹⁶⁹

Enquanto a solução contratual para neutralizar a incompatibilidade de incentivos nas redes empresariais não se revelar demasiadamente onerosa, elas constituem opção empresarial preferível à integração vertical.¹⁷⁰ A recíproca é também verdadeira, na

¹⁶⁸ LAFONTAINE, Francine; KAUFMANN, Patrick J. The evolution of ownership patterns in franchise systems. **Journal of Retailing**, 1994, p.97-113.

¹⁶⁹ LAFONTAINE, Francine; RAYNAUD, Emmanuel. The role of residual claims and self-enforcement in franchise contracting. **NBER Working Papers 8868**, National Bureau of Economic Research Inc, 2002.

¹⁷⁰ Consante explicam Fernando Araújo (ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1000-1002) e Fernando Ferreira Pinto (PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.187-191), economistas divergem sobre os motivos preponderantes que justificam a constituição das redes empresariais de distribuição. Alguns fatores macroeconômicos e estruturais, conforme já foi tratado no capítulo 1 *supra*, contribuíram para esse modelo negocial: o crescimento territorial dos mercados consumidores, o aumento do poder aquisitivo do mercado consumidor, a importância do *branding* e seu alcance geográfico, aliados à melhoria dos sistemas de transporte e comunicação e os constrangimentos de tempo a que, cada vez mais, os consumidores estão submetidos. Já se aludiu também à escassez de capital e à necessidade de especialização da etapa distributiva da cadeia econômica (ver capítulo 1 *supra*). Alguns economistas, no entanto, contestariam a prevalência desses fatores porque a depender do segmento, da região, do regime político e da conjuntura econômica, há, muitas vezes, atraentes alternativas para captar recursos financeiros, dos quais inclusive se valem muitas empresas. Por exemplo, a captação de recursos no mercado de capitais, a subscrição de participações pelos próprios distribuidores, ou, em especial, as alternativas de crédito, nas suas mais variadas formas. Essa ideia também pressuporia que a integração vertical seria a alternativa preferida dos produtores e empresários, os quais só recorreriam à desintegração, em situações de limitação ao capital. Segundo essa linha de pensamento, se assim fosse, as redes empresariais de distribuição consistiriam em estruturas transitórias, as quais migrariam para a integração vertical à medida que fossem logrando seus objetivos econômicos (Ver ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1000-1002; PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade

medida em que os custos de monitoramento, controle e cumprimento das obrigações e deveres das partes não se mostrarem demasiadamente onerosos. Nesse sentido, muitos fabricantes optam por constituir canais mistos de distribuição, participando diretamente da distribuição ao lado dos distribuidores. Fazem-no não apenas para sinalizar qualidade e demonstrar empenho na manutenção da marca, mas para controlar o oportunismo de seus distribuidores e gerir o risco de desagregação do conjunto.¹⁷¹

6.2 A estrutura de interesses das redes empresariais de distribuição no âmbito jurídico

Os contratos integrantes das redes de distribuição são comumente tratados como acordos de cooperação vertical, pelos quais seus membros partilham recursos e conjugam

Católica, 2013, p.187-191; THIERRY, Pénard; EMMANUEL, Raynaud; STÉPHANE, Saussier. Théories des contrats et réseaux de franchise. In: **Revue française d'économie**, v.18, n.4, 2004. p.151-191). Para outros estudiosos, os agentes econômicos tenderiam a privilegiar a organização em rede à clássica distribuição desintegrada, por varejistas e atacadistas, ou pela plena integração vertical, porque elas atenuariam os custos de transação, presentes na negociação e na celebração de contratos duradouros. Elas permitiriam, ademais, ao líder da rede obter a totalidade dos benefícios derivados das atividades que integram a produção e distribuição. Alguns economistas enfatizam, ainda, a externalização de risco, considerando a aversão ao risco do produtor à etapa de distribuição e a do distribuidor à etapa de produção/fabricação de produtos e serviços, como fator de estímulo à integração entre as partes. Para estes, reduzir o custo de capital e compartilhar os riscos da atividade atrairiam os empresários mais avessos a riscos empresariais. Essa teoria é questionada por outra corrente que reconhece, nessa estrutura, a assunção de riscos próprios entre as partes, mas confere ganhos de monitoramento e controle das atividades contratadas (Ver. D. BLAIR, Roger; LAFONTAINE, Francine. **The economics of franchising**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005 e BHATTACHARYYA, Sugato; LAFONTAINE, Francine. Double-sided moral hazard and the nature of share contracts. **RAND Journal of Economics**, v.26, n.4, 1995). Para esses, a formatação semi-integrada, embora ocasionasse problemas de carona (*free riding*), especialmente pela dispersão geográfica dos agentes, reduziria custos de agência outrora identificados nos grandes conglomerados verticalizados. Já para uma teoria mais recente, os ganhos informativos advindos ao líder da rede, em termos de conhecimento local, valendo-se de distribuidores na fronteira exploratória fundamentaria essa escolha. Há, ainda, alguns estudiosos que fundamentam essa estrutura nas restrições verticais proporcionadas, permitindo a exploração integrada das rendas monopolísticas, por controle vertical, mas mediante solução contratual (*tie-ins*), sem a exposição da participação acionária.

Em nosso entendimento, é difícil apontar um único fator determinante que justifique essa forma de organização da atividade econômica. A nosso ver, com razão Ferreira Pinto ao argumentar que o fundamento para tanto parece calcar-se na combinação desses fatores, micro e macroeconômicos, endógenos e exógenos, que tornam essa estrutura mais atraente que outras alternativas, quando considerados seus custos e benefícios em termos de monitoramento e controle, partilha de risco e assimetria de informação (PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.191). Em nossa opinião, o contrato e os princípios gerais dessa relação devem voltar-se à coordenação de todos os interesses presentes, no sentido de maximizar os proveitos conjuntos, contendo, ademais, salvaguardas para coibir condutas oportunistas, que se desviarem desse propósito. Para que as redes empresariais logrem cumprir seus objetivos e proporcionem as vantagens de sua adoção, deve-se estabelecer, muito claramente, mecanismos de incentivo e sancionatórios que estimulem os participantes a cooperar, contribuindo para o êxito coletivo desse projeto comum. Daí a importância de se elaborar eficientes regras internas de governança e do papel do líder na organização e fiscalização dos participantes da rede.

¹⁷¹ PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.204.

suas prestações em vista do fim comum. Essa noção ocasiona visões solidaristas a seu respeito, nas quais se enaltecem o comportamento cooperativo e harmônico de seus participantes. Contudo, embora os contratos de distribuição constituam modelos associativos finalísticos – colaborando as partes à consecução de certos fins comuns – eles operam sob formatação sinalagmática. Sobre essa particularidade dos contratos de colaboração empresária, Judith Martins-Costa assevera a concomitância de convergência e disjunção entre os interesses das partes:

Há, amalgamados, elementos dos contratos de comunhão e escopo (“ou aliança”) que se incrustam, todavia, em uma estrutura sinalagmática, seja ela relacional ou não. Daí a forte presença de uma tensão imanente a esses arranjos jurídico-econômicos: há um objetivo comum a unir os vários agentes, seus interesses são convergentes, idealmente, mas pode haver situações de disjunção entre esses mesmos interesses. *Ao nostra agitur imiscui-se o mea res agitur.*¹⁷²

No âmbito das redes, todavia, a disjunção de interesses dos participantes torna-se mais complexa. Gunther Teubner identifica nelas um modo de funcionamento paradoxal, diante (i) da existência de relações bilaterais em contraposição a associações multilaterais entre os seus agentes; (ii) da natural concorrência entre os agentes, fruto da relação de mercado, e necessária cooperação entre eles para o funcionamento da rede; e (iii) dos benefícios, das perdas e das responsabilidades aos quais estão sujeitos os participantes do ponto de vista individual *versus* a responsabilidade “coletiva” por eventos afetos a rede em geral.¹⁷³

Com efeito, se, por um lado, há entre o produtor e os distribuidores, um *propósito comum global* que os une nessa estrutura em rede; por outro lado, convivem também múltiplos interesses antagônicos, individuais, que ao cabo podem comprometer o funcionamento da rede como um todo, ruindo os próprios fundamentos que os acoplam nessa estrutura.

A conciliação e harmonia de objetivos dos participantes é constantemente alvo de ameaças. A estrutura de interesses internos da rede de distribuição afigura-se multifacetada e paradoxal, inexistindo, por vezes, incentivo para que os integrantes cooperem, abdicando de seus interesses individuais, não raro danosos ao sistema global da rede.¹⁷⁴ Esse sistema

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.366-367.

¹⁷³ TEUBNER, Gunther. *Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organisation. Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation*. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

¹⁷⁴ “The fly in the ointment is that this structure is fundamentally unsuited to efficient governance, precisely because the virtual organization is a system of supply contracts that bind the providers. In the purest form of the virtual organization, the hub’s function may be limited to supervision of the suppliers, as is largely the case for VW, and is the case to a more limited degree for Olin’s legal department. Indeed, the hub is able to

de organização confronta os interesses individual e coletivo, conforme apontara Kenneth Arrow em sua conhecida publicação sobre os limites da organização.¹⁷⁵

6.3 Os problemas de agência

Por conta da sua estrutura de interesses e formação híbrida, a literatura econômica identificou delicados problemas de agência (*agency costs*)¹⁷⁶ nas redes empresariais.

benefit from transferring its costs to providers precisely because it limits its core function and then contracts out the other functions to a third-party “other”. As I argue in this article, however, the structure that makes possible this reallocation of costs simultaneously makes the virtual organization difficult and cumbersome to govern. The virtual organization converts an activity that would be within a traditional vertical structure’s cooperative unit, into an activity performed under contract. Based on a contract form, the virtual organization is inherently more adversarial, more noncooperative, than is the traditional vertical structure. As we will see, this entire structure is unstable because the hub seeks to keep the providers at a distance in order to shift costs to them. Only the hub’s dominance holds the organization together; market power is the governance tool. It is because of its market power that the hub can extract the initial benefits from its third-party providers. Once the hub loses its dominance over the providers, the virtual organization flues apart because of the inconsistent profit-incentives, the short-term nature of the contract relation, the structure’s incompatibility with the exercise of social influence and the overwhelming transaction costs”. (DICKERSON, Claire M. *Spinning out of control: the virtual organization and conflicting governance vectors*. Pittsburgh **University of Pittsburgh Law Review**, n.759, 1997-1998, p.762). Tradução livre: “O que incomoda é que essa estrutura é fundamentalmente inadequada para uma governança eficiente, precisamente porque a organização virtual é um sistema de contratos de fornecimento que vincula os fornecedores. Na forma mais pura da organização virtual, a função do *hub* pode ser limitada à supervisão dos fornecedores, como é em grande parte o caso da VW, e é o caso, até certo ponto, do departamento jurídico da Olin. Na verdade, o *hub* é capaz de se beneficiar da transferência de seus custos para fornecedores, precisamente porque limita sua função principal e, então, terceiriza suas outras funções. Como argumento nesse artigo, no entanto, a estrutura que possibilita essa realocação de custos simultaneamente torna a organização virtual difícil e complicada. A organização virtual converte uma atividade que estaria dentro de uma unidade cooperativa de estrutura vertical tradicional, em uma atividade executada contratualmente. Com base em um formulário contratual, a organização virtual é inerentemente mais adversária, não mais competitiva, que estruturas verticais semelhantes. Como veremos, essa estrutura é insustentável porque o *hub* procura manter os fornecedores distantes, a fim de transferir os custos para eles. Apenas o domínio do *hub* mantém a organização unida; poder de mercado é a ferramenta da governança. É por causa de seu poder de mercado que o *hub* pode extrair benefícios iniciais de seus fornecedores terceirizados. Uma vez que o hub perde domínio sobre os fornecedores, a organização virtual se desfaz devido aos inconsistentes incentivos de lucro, natureza de curta duração da relação contratual, à incompatibilidade da estrutura com o exercício da influência social e aos custos de transação excessivos.”

¹⁷⁵ The intricacies and paradoxes in relations between the individual and his actions in the social context have been put very well by the great sage, Rabbi Hillel: “If I am not for myself, then who is for me? And if I am not for others, then who am I? And if not now, when? Here we have, in three successive sentences, the existence of a tension that we all feel between the claims of individual self-fulfillment and those of social conscience and action. [...] But the demands of society and the needs of the individual, expressed indeed only within that society, require that he be for other as well as for himself, that the others appear as ends to him as well as means.” (ARROW, Kenneth J. **The limits of organization**. New York: Norton & Company, 1974, p.15). Tradução livre: “As complexidades e paradoxos nas relações entre o indivíduo e suas ações no contexto social foram muito bem colocados pelo grande sábio, o rabino Hillel: ‘Se eu não sou para mim mesmo, então quem é para mim? E se eu não sou para os outros, então quem sou eu? E se não agora, quando? Aqui temos, em três frases sucessivas, a existência de uma tensão que todos sentimos entre as reivindicações da autorrealização individual e as da consciência e da ação social. [...] Mas as demandas da sociedade e as necessidades do indivíduo, expressas apenas dentro dessa sociedade, exigem que ele seja tanto para o outro quanto para ele mesmo, de modo que os outros pareçam fins para ele, assim como meios.’”

¹⁷⁶ A teoria da agência é definida por Michale Jensen e William Meckling como: “a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agente) to perform some services on their behalf which involves delegating some decision-making authority to the agent.” (JENSEN, Michael C.;

Se, em primeiro plano, as partes parecem envidar esforços em prol do interesse comum, na geração e partilha desses benefícios; em segundo plano, nota-se a presença determinante de interesses contrapostos, de incentivos assimétricos e desalinhados.¹⁷⁷

Embora as partes usufruam de uma série de benefícios econômicos e empresariais se adotarem postura leal e colaborativa, há, contudo, diversos fatores, à primeira vista, que obstam esse desiderato. O líder e os distribuidores afiguram-se agentes econômicos independentes, com objetivos imediatos divergentes, interessados em maximizar seus

MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of financial economics** 3.4, 1976, p.308). Tradução livre: “um contrato mediante o qual uma ou mais pessoas (o (s) agenciado (s)) elegem outra pessoa (o agente) para executar alguns serviços em seu nome, o que envolve delegar alguma autoridade de tomada de decisão ao agente.” Os custos de agência, por sua vez, relacionam-se aos seguintes problemas: “As a term of art, ‘agency costs’ describe the inevitable risks that agents will act for themselves rather than their principals. In other words, theories of agency costs start from the assumption that people will act in their own self-interests. From this premise, these theories must then explain two facts about the world: (1) agency relationships exist in great numbers despite their costs, and (2) agents often act on behalf of their principals. Agency costs theory explains this empirical reality in terms of two measures by which a principal can reduce agency costs. First, the principal may devise mechanisms of monitoring the agent. [...] second, the principal and agent may agree that the agent will share in the principal's risk and reward to encourage the agent to act in the principal's best interest. This is called bonding”. (ORTS, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm. **Yale Law & Policy Review**. v.16, Article 2, 1997, p.275-276). Tradução livre: “Como uma expressão técnica, os ‘custos de agência’ denotam o risco inevitável de que o agente agirá por si mesmo em vez de pelos agenciados. Em outras palavras, as teorias de custos de agência partem do pressuposto de que as pessoas agirão de acordo com seus próprios interesses. A partir dessa premissa, essas teorias devem explicar dois fatos sobre o mundo: (1) as relações de agência existem em grande número, apesar dos seus custos, e (2) os agentes geralmente agem em nome dos agenciados. A teoria do custo de agência explica essa realidade empírica através de duas medidas pelas quais o agenciado pode reduzir os custos de agência. Primeiro, o agenciado deve criar mecanismos de monitoramento do agente. [...] Em segundo lugar, as partes podem concordar que o agente irá compartilhar os riscos e ganhos do agenciado, a fim de incentivar o agente a agir nos melhores interesses do agenciado. É o chamado “bonding””. A teoria da agência consiste numa ferramenta de análise de que se valem os economistas para estudar as estruturas de incentivo das empresas, do mercado e políticas públicas de um modo geral, revelando-se complementar à teoria dos custos de transação de que se tratou acima. “Agency law enables individuals to create relationships of authority and power among themselves [...] Legal agency is ubiquitous, and businesses of all sorts ‘depend for their existence on agency principles.’ No wonder Oliver Wendell Holmes calls agency one of the ‘great departments of the law.’ Agency principles expressed in law are needed to account for firms because the essential feature of the firm is not the agreement of individuals through contracts-which also characterize transactions in markets but the creation of legal authority and power, often in a hierarchical form. ‘Hierarchy is not always necessary.” (ORTS, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm. **Yale Law & Policy Review**. v.16, Article 2, 1997, p.271-272). Tradução livre: “A lei de agências permite que os indivíduos criem relações de autoridade e poder entre si. [...] O instituto da agência é onipresente, e todos os tipos de negócios dependem, para sua existência, dos princípios da agência. Não à toa Oliver Wendell Holmes denomina a agência como um dos “grandes departamentos do direito”. Os princípios da agência expressos na lei são necessários para as empresas porque a característica essencial das empresas não é o acordo de vontades por meio de contratos – que também serve para caracterizar transações em mercados –, mas a criação de autoridade legal e poder, frequentemente de forma hierárquica. A hierarquia nem sempre é necessária.”

¹⁷⁷ A convivência de elementos de cooperação e competição não é uma exclusividade das redes empresariais, porém predicado marcante, e geralmente presente, nas formas híbridas de governança. (MÉNARD, Claude. The Economics of Hybrid Organizations. **Journal of Institutional and Theoretical Economics** (JITE)/Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft, v.160, n.3, 2004, p.345-376).

lucros individuais, buscando, portanto, controlar ou reduzir seus custos e majorar suas receitas. Essa ambivalência estimula uma colaboração subótima entre seus participantes.¹⁷⁸

Para além dessas questões, no curso de seu funcionamento, as redes abrigam conflitos entre o líder e o distribuidor na repartição dos preços de revenda, nas regras de imposição de estoques mínimos, na margem de comercialização dos produtos ao consumidor, na proibição de fornecimento paralelo, ainda que mais econômico, dentre outros.

Também, muitas vezes, os distribuidores concorrem entre si, pelo mesmo mercado na comercialização dos produtos e serviços, como pelos serviços pós-venda. Em razão dessa concorrência, a concessão de melhores condições de preço a um dos distribuidores, por parte do líder, pode prejudicar a atuação dos demais. De igual modo, se o próprio líder atuar por conta própria na etapa de distribuição, e o fizer em condições de preços distintas daquelas praticadas pelos demais distribuidores, poderá retirar-lhes parcela do mercado.

Some-se a isso o aspecto individual de cada um dos participantes, em contraposição aos interesses coletivos em prol da rede. O reiterado comportamento oportunista¹⁷⁹ gera danos ao sistema.¹⁸⁰ Numa escala exacerbada, a tutela desenfreada de interesses puramente individuais pode prejudicar o funcionamento da rede como um todo, fulminando sua própria razão de ser.¹⁸¹ Detalham-se, a seguir, algumas dessas tensões estruturais e funcionais das redes empresariais de distribuição.

¹⁷⁸ MATHEWSON, Frank; WINTER, Ralph A. The economics of franchise contracts. **The Journal of Law and Economics** 28, n.3, oct.1985, p.503-526; LAFONTAINE, Francine; RAYNAUD, Emmanuel. The role of residual claims and self-enforcement in franchise contracting. **NBER Working Papers 8868**, National Bureau of Economic Research Inc, 2002; KLICK, Jonathan; KOBAYASHI, Bruce H.; RIBSTEIN, Larry Edward. The effect of contract regulation: the case of franchising (December 13, 2006). George Mason Law & Economics Research Paper n.07-03; **2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper**; FSU College of Law, Law and Economics Paper n.7/001, 2006; ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p.998-1022.

¹⁷⁹ Conforme Calixto Salomão Filho, “Caso algum destes [franqueados] optasse por adquirir insumos mais baratos, mas que poderia implicar a perda de reputação da franquia, os custos desta serão dispersados por toda a rede e não integralmente assumidos pelo seu causador. Trata-se de mais uma hipótese na qual se identifica a existência de externalidades que podem fazer com que o franqueado aja em detrimento do sistema de franquia como um todo”. (SALOMÃO FILHO. **Regulação e concorrência** (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002, p.110-111).

¹⁸⁰ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.304.

¹⁸¹ Trata-se aqui da discussão acerca do individualismo *versus* cooperativismo, bem examinada pela moderna teoria dos jogos. Sobre o tema, Calixto Salomão Filho: “A mais interessante e mais simples expressão do dilema do individualismo vs. cooperativismo está no famoso dilema dos prisioneiros. Nele o que basicamente se contrapõe é a decisão individual e a decisão no interesse coletivo. A perplexidade que dele resulta refere-se exatamente à incapacidade das partes de cooperarem para obter a solução para o conjunto de jogos considerados.” Ancorando-se no estudo de Doulgas North, o professor acentua: “o estudo cuidadoso do dilema dos prisioneiros e os modernos estudos sobre a cooperação já permite chegar a algumas conclusões básicas. Três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada

6.3.1 A marca comum: *moral hazard* e *double-sided moral hazard*

A marca comum, constituída pelo produtor, e mais importante elemento da distribuição integrada, transforma-se em bem comum dos participantes da rede. Essa condição gera distorções e desalinhamentos comportamentais entre as partes, pois elas podem migrar de sua estratégia coletiva para individual, relembrando a parábola sobre a “tragédia dos bens comuns”.¹⁸²

entre os agentes”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. **Revista de Direito Mercantil** n.141. São Paulo: Malheiros, jan.-mar., 2006, p.7-30). Se se busca preservar o interesse geral da rede no âmbito de interesses individuais e coletivos de seus participantes, o estudo da teoria dos jogos e do dilema dos prisioneiros pode sugerir um caminho para estimular a cooperação entre os participantes. (SCOTT, Robert E. Conflict and cooperation in long-term contracts. **California Law Review**, v.75, 1987).

¹⁸² A “tragédia dos comuns” consiste numa expressão originalmente utilizada por Garret Hardin em seu ensaio, publicado em 1968 pela revista *Science*, sobre o consumo de bens comuns. Aqui, traz-se o ilustrativo exemplo utilizado pelo autor, sobre o consumo de pastos comuns, cuja analogia, de modo oblíquo, pode servir à marca comum utilizada pela rede empresarial, se feita de forma egoística: “The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy. As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, “What is the utility *to me* of adding one more animal to my herd?” This utility has one negative and one positive component. 1) The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly +1. 2) The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decision-making herdsman is only a fraction of -1. Adding together the component partial utilities, the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another [...] But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.” (Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>>. Acesso em: 16 dez. 2018). Mais tarde, em 1990, a economista Elinor Ostrom, ganhadora do prêmio Nobel de Economia em 1999, identificou formas de coordenação dos agentes que utilizam recursos/bens comuns de modo a preservar o seu uso futuro em *Governing the commons*. Tradução livre: “A tragédia dos comuns se desenvolve dessa maneira. Imagine um pasto aberto para todos. É de se esperar que cada pastor tente manter o máximo de gado possível dentre os bens comuns. Tal arranjo pode funcionar de forma razoavelmente satisfatória durante séculos porque as guerras tribais, a caça furtiva e as doenças mantêm o número de homens e animais bem abaixo da capacidade de suporte da terra. Finalmente, entretanto, chega o dia do juízo final, isto é, o dia em que o objetivo há muito desejado de estabilidade social se torna realidade. Nesse ponto, a lógica inerente aos bens comuns gera impiedosa tragédia. Como um ser racional, cada pastor procura maximizar seu ganho. Explícita ou implicitamente, mais ou menos conscientemente, ele pergunta: “qual é a utilidade para mim de adicionar mais um animal ao meu rebanho?”. Essa utilidade tem um componente positivo e um negativo. 1) O componente positivo é uma função do incremento de um animal. Uma vez que o pastor recebe todas as receitas de venda oriundas do animal adicional, a utilidade positiva é quase +1. 2) O componente negativo é uma função do sobrepasto adicional criado pelo acréscimo de mais um animal. Como, no entanto, os efeitos do sobrepasto são compartilhados por todos os pastores, a utilidade negativa para qualquer pastor é apenas uma fração de -1. Somando os utilitários parciais dos componentes, o pastor racional conclui que o único caminho sensato a ser seguido é adicionar outro animal ao seu rebanho. E outro; e outro... Mas esta é a conclusão a que chega todo pastor racional compartilhando os bens comuns. Aí está a tragédia. Cada homem

Por um lado, não se disputa que os distribuidores utilizam a reputação da marca e da qualidade dos produtos e serviços distribuídos para realizarem suas vendas. Contudo, a correlação entre as rendas do distribuidor, de um lado, e o investimento na qualidade dos produtos e reputação da marca, do outro, não é absoluta. Os distribuidores não experimentam a totalidade dos benefícios ou prejuízos resultantes de investimento na qualidade dos produtos e na marca comum, pois estes são compartilhados entre todos os participantes da rede que, igualmente, atuam na etapa distributiva. Em relação à qualidade dos produtos, especificamente, a maior ou menor correlação dela com as vendas do distribuidor também é influenciada pela existência ou não de consumidores recorrentes.

Por outro lado, os distribuidores experimentam diretamente os ganhos derivados da poupança de recursos individuais, ainda que destinados à qualidade ou marca dos produtos e serviços distribuídos. Afinal, a poupança de recursos possui efeito líquido imediato para ele. Noutras palavras, enquanto os dispêndios de recursos na qualidade dos produtos distribuídos e no renome da marca são socializados em maior ou menor medida entre os demais participantes da rede, a poupança de recursos gera um benefício individual imediato.

Com isso, o distribuidor possui forte incentivo a investir menos do que o necessário na qualidade dos bens e serviços oferecidos. Em termos econômicos, ele possui estímulo para utilizar a marca e investir na qualidade dos produtos e serviços apenas na medida suficiente para maximizar seus ganhos.¹⁸³

Cria-se, nessas condições, um risco moral (*moral hazard*), que pode induzir as partes a adotar estratégias egoísticas de maximização de seus proveitos, tal como o carona (*free riding*) na reputação da marca comum e qualidade dos produtos e serviços distribuídos. A marca e a qualidade dos produtos continuarão a atrair a clientela, ao menos durante algum tempo, e o distribuidor faltoso se beneficiará da redução de suas despesas, à custa do fornecedor e dos demais distribuidores. O mesmo problema – derivado do objetivo de maximização do lucro – pode se suceder em relação aos preços praticados

está preso a um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites – em um mundo que é limitado. Em uma sociedade que acredita na liberdade dos bens comuns, a ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um perseguindo seu próprio interesse. A liberdade dos bens comuns leva todos eles à ruína.”

¹⁸³ Segundo Benjamin Klein, “the fundamental economic forces that underlie franchising relationships, such as the incompatible incentives between the franchisor and franchisee with regard to promotion or marketing effort, are present in all distribution arrangements.” (KLEIN, Benjamin. The economics of franchise contracts. **Journal of Corporate Finance**, v.2, n.1, oct.1995, p.11.) Tradução livre: “as forças econômicas fundamentais que estão na base das relações de franquia, como os incentivos incompatíveis entre o franqueador e o franqueado com relação à promoção ou esforço de marketing, estão presentes em todos os arranjos de distribuição.”

junto ao mercado consumidor e às despesas com serviços acessórios, promocionais e de pré e pós-venda. A prevalência do comportamento egoístico poderá depauperar o bem comum dos participantes. O líder da rede, por seu turno, igualmente confronta-se com estímulos contraditórios, mas não com a mesma intensidade. De um lado, ele se verá tentado a subinvestir no prestígio da marca de seus produtos, já que também não capta a totalidade dos benefícios desses investimentos, partilhados com a rede. Contudo, de outro lado, sofrerá em maior intensidade os prejuízos ocasionados à reputação da rede, porquanto parcela considerável de seus ganhos advém da boa reputação da rede como um todo (marca e qualidade) – e não mais individualmente como é o caso dos distribuidores. O líder, em regra, remunera-se por *royalties* a título do uso da marca pelos membros da rede, complementado por uma pequena parcela dos ganhos dos distribuidores. Se esses ganhos se reduzirem, ele experimentará os resultados negativos.

As redes de distribuição devem, portanto, lidar com essa incompatibilidade de estímulos entre os seus participantes, classificada pelos economistas como *two-sided moral hazard*.¹⁸⁴ O principal desafio consiste em neutralizar esses incentivos contraditórios.

6.3.2 Especificidade dos investimentos *lock-in problem*

A revenda dos produtos pela rede exige, não raro, investimentos específicos por parte dos distribuidores, e que, a rigor, não são reaproveitáveis em nenhuma outra atividade diversa daquela desempenhada pela rede. São, por assim dizer, “investimentos irrecuperáveis” (*sunk costs*).

Essa situação coloca o distribuidor em desvantagem em relação ao líder, pois, se optar por retirar-se da rede, não conseguirá recuperar seus investimentos (*sunk costs*). Ele possui, assim, menos poder de barganha do que o produtor nas negociações e tratativas que se sucedem ao longo da relação contratual. Essa circunstância poderá incentivar o líder a comportar-se de maneira oportunista, apropriando-se dos investimentos irrecuperáveis do distribuidor. Em regra, cláusulas contratuais, por serem geralmente elaboradas pelo líder da rede, não contêm previsões específicas a respeito da mitigação dos investimentos irrecuperáveis. Naturalmente, a própria reputação do líder junto aos participantes e

¹⁸⁴ BHATTACHARYYA, Sugato; LAFONTAINE, Francine. Double-sided moral hazard and the nature of share contracts. **RAND Journal of Economics**, v. 26, n.4, 1995; D. BLAIR, Roger; L. KASERMAN, David. A note on incentive incompatibility under franchising. **Review of Industrial Organization** 9, 1994, p.323-330; ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p.340; PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.195.

potenciais ingressantes tenderia a inibir conduta oportunista. Todavia, essa circunstância não se aplicaria aos casos em que a rede não mais se expandisse ou quando o líder optasse por conduzir, no lugar do distribuidor, a distribuição do produto e serviço. Esse último caso afigura-se mais sensível porque o sucesso da interpenetração da marca e produto no mercado consumidor, que é o objetivo da rede, pode conduzir a essa situação. Ou seja, a operação bem-sucedida da rede poderá estimular o líder a apropriar-se dos ganhos em prejuízo de um ou determinados distribuidores.¹⁸⁵

A doutrina norte-americana atribuiu o nome de *lock-in problem* a essa condição:

Franchisees commonly face a serious lock-in problem. If a franchisee leaves the franchise, it risks losing both its investment in franchise-specific buildings and equipment and the value of local goodwill it has built up under the franchisor's brand name. Thus, franchisors are often in a position to behave opportunistically toward their franchisees, expropriating some or all of the value of the franchisees' sunk costs. Neither contracting nor regulation has been highly successful in mitigating the treat of this kind of opportunism. (Although a franchisor's concern for its reputation may restrain it from acting opportunistically while it is still seeking new franchisees, the same may not be true when the system is no longer expanding or when the franchisor decides it would prefer to own its new outlets directly rather than run them as franchises.) The great advantage of collective ownership of the franchisor by the retailers is its virtual elimination of this difficult problem.¹⁸⁶

Veja-se o exemplo de Valentine Korah e Denis O'Sullivan para ilustrar os investimentos irrecuperáveis e a posição de vulnerabilidade do participante da rede¹⁸⁷: suponha-se que determinado distribuidor decida construir um duto que ligue a fábrica do produtor até o seu território de revenda. Essa medida facilitará e barateará o custo do transporte do produto até o local de revenda. Todavia, o duto não servirá para qualquer outra atividade que não essa de revender produtos desse fabricante, naquele determinado

¹⁸⁵ Essa situação ocorre, em especial, nos contratos de distribuição internacional, nos quais o distribuidor desenvolve o mercado local; mas, na sequência, o fornecedor decide, ele próprio, ingressar no mercado, apropriando-se do trabalho do distribuidor, sem a necessidade de incorrer nos custos de desbravamento daquele comérico.

¹⁸⁶ HANSMANN, Henry. **The ownership of enterprise**. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p.159. Tradução livre: "Os franqueados geralmente enfrentam um sério problema de trava. Se o franqueado deixar a franquia, ele correrá o risco de perder tanto o investimento realizado em instalações específicas da franquia e equipamentos, quanto o valor da empresa que construiu sob a marca do franqueador. Assim, os franqueadores costumam se comportar de maneira oportunista em relação aos seus franqueados, expropriando-os de parte ou de todo o valor dos custos irrecuperáveis. Nem a contratação nem a regulação foram muito bem-sucedidas em mitigar a ameaça desse tipo de oportunismo. (Embora a preocupação de um franqueador com sua reputação possa impedi-lo de atuar oportunisticamente enquanto ainda busca novos franqueados, o mesmo pode não ser verdade quando o sistema não está mais em expansão ou quando o franqueador decide que seria preferível se apropriar dos seus novos pontos de venda diretamente em vez de tocá-los como franquia.) A grande vantagem de se deixar a propriedade coletiva do franqueador nas mãos dos varejistas reside na virtual eliminação desse difícil problema."

¹⁸⁷ KORAH, Valentine; O'SULLIVAN, Denis. **Distribution agreements under the EC competition rules**. Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, p.30.

local. Desse modo, para que o distribuidor tenha interesse em investir, o fornecedor precisa garantir-lhe a manutenção da venda do respectivo produto e, ademais, que o fará a preço que lhe permita cobrir o custo de instalação, operação e compensação pelos riscos incorridos para construir o duto. Ou seja, para se preservar o interesse do distribuidor em realizar o investimento, deve ele possuir a expectativa de que experimentará benefícios maiores do que aplicações alternativas de seu capital.

Esse problema seria mitigado em investimentos que permitam utilização alternativa. Por exemplo, a aquisição de um veículo automotor por um distribuidor para realizar sua atividade, a rigor não representaria um *sunk cost*, pois, caso o líder encerrasse a relação com o distribuidor, ainda assim ele poderia alocar o veículo em outra atividade ou revendê-lo, recuperando o investimento nele efetuado.

No Brasil, há, no Código Civil uma regra atenuante, prevista em seu artigo 473, parágrafo único, segundo a qual a denúncia do contrato não opera efeitos se não houver transcorrido período compatível com o investimento efetuado pelas partes.¹⁸⁸ Preceito semelhante é também previsto nos artigos 24 a 27 da Lei Ferrari, os quais obrigam o concedente a readquirir o estoque, se houver dado causa à rescisão do contrato e pagar perdas e danos com base no faturamento projetado (entre outras variáveis). A Lei de Franquia, por seu turno, não contém regra específica a respeito, mas os parâmetros previstos no artigo 473 do Código Civil são-lhes aplicáveis de modo supletivo.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Artigo 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

¹⁸⁹ Artigo 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário: I – readquirindo-lhe o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual; II – efetuando-lhe a compra prevista no artigo 23, inciso II; III – pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão; IV – satisfazendo-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição. Artigo 25. Se a infração do concedente motivar a rescisão do contrato de prazo determinado, previsto no artigo 21, parágrafo único, o concessionário fará jus às mesmas reparações estabelecidas no artigo anterior, sendo que: I – quanto ao inciso III, será a indenização calculada sobre o faturamento projetado até o término do contrato e, se a concessão não tiver alcançado dois anos de vigência, a projeção tomará por base o faturamento até então realizado; II – quanto ao inciso IV, serão satisfeitas as obrigações vincendas até o termo final do contrato rescindido. Artigo 26. Se o concessionário der causa à rescisão do contrato, pagará ao concedente a indenização correspondente a cinco por cento do valor total das mercadorias que dele tiver adquirido nos últimos quatro meses de contrato. Artigo 27. Os valores devidos nas hipóteses dos artigos 23, 24, 25 e 26 deverão ser pagos dentro de sessenta dias da data da extinção da concessão e, no caso de mora, ficarão sujeitos à correção monetária e juros legais, a partir do vencimento do débito.

6.3.3 Competição intramarcas (*intradbrand competition*) e o *free rider*

Como se adiantou, a competição intramarcas entre os distribuidores, que utilizam a marca comum, pode incentivar alguns a se tornarem *free riders* da marca com o objetivo de maximizar seus ganhos. Ou seja, determinados distribuidores podem aproveitar-se de investimentos realizados por outros distribuidores, sem, entretanto, incorrer no respectivo custo (*free rider*).¹⁹⁰ Isso porque a marca continuará a atrair os consumidores, mesmo que o respectivo distribuidor deste mercado invista menos do que o necessário na qualidade de seus produtos, serviços, estrutura de vendas e naqueles acessórios, de pré-venda.¹⁹¹ Não obstante, essa situação até mesmo intuitiva gera um desequilíbrio na rede.

¹⁹⁰ “[...] a free rider, in economics, refers to someone who benefits from resources, goods, or services without paying for the cost of the benefit. The term ‘free rider’ was first used in economic theory of public goods, but similar concepts have been applied in to other contexts, including collective bargaining, antitrust law, psychology and political science. Free riding may be considered as a free rider problem when it leads to understand provision of goods or services, or when it leads to overuse or degradation of a common property resource.” (BAUMOL, William. **Welfare economics and the theory of the state**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1952; BHATTACHARYYA, Sugato; LAFONTAINE, Francine. Double-sided moral hazard and the nature of share contracts. **RAND Journal of Economics**, v. 26, n.4, 1995; D. BLAIR, Roger; L. KASERMAN, David. A note on incentive incompatibility under franchising. **Review of Industrial Organization** 9, 1994, p.323-330; ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p.340; PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo**. Lisboa: Universidade Católica, 2013, p.195). Tradução livre: “um *free-rider*, em economia, diz respeito a alguém que se beneficia de recursos, bens ou serviços, sem pagar pelo custo desse benefício. O termo *free-rider* foi usado pela primeira vez na teoria econômica de bens públicos, mas conceitos semelhantes foram aplicados em outros contextos, incluindo negociação coletiva, lei antitruste, psicologia e ciência política. O *free riding* pode ser considerado como um problema de *free rider* quando ele deduz o fornecimento de bens ou serviços, ou quando leva ao uso excessivo ou degradação de um recurso de propriedade comum.”

¹⁹¹ No *Livro Verde Europeu sobre restrições verticais*, a Comissão pontua que os distribuidores tenderiam a subinvestir em serviços de pré-venda: “The distribution of goods and services usually requires the provision of additional services by distributors. These may take the form of after-sales services such as guarantees or maintenance or pre sales services such as information or technical assistance to potential buyers. This raises two different types of problems for economic efficiency: (ii) Free-rider problems. When several retailers sell the same brand of a given product in a given area, all retailers will benefit from the sales efforts of one of them. For example, if one retailer invests in information to customers in that area, or advertises that brand, all other retailers can save in advertising and “free ride” on the services provided by the first one. In such a situation, all retailers will tend to under-invest in those activities. Free-riding can be solved by the imposition of exclusive territories by the producer. If the distributor is allocated an exclusive territory where he will be the only supplier of a given brand, transportation and transaction costs will minimise the effects of “free-riding”. (COM(96) 721 final, [1997] 4 CMLR 519, para. 59 and Guideline 116). Tradução livre: “A distribuição de bens e serviços geralmente requer a prestação de serviços adicionais pelos distribuidores. Estes podem assumir a forma de serviços pós-venda, como garantias ou serviços de manutenção, ou pré-venda, como informações ou assistência técnica a potenciais compradores. Isso levanta dois tipos diferentes de problemas para a eficiência econômica: (ii) problemas de *free rider*. Quando vários varejistas vendem a mesma marca de um determinado produto em uma determinada área, todos os varejistas se beneficiarão dos esforços de vendas de um deles. Por exemplo, se um varejista investe em informações para clientes nessa área, ou anuncia essa marca, todos os outros varejistas podem economizar em publicidade e “pegar carona” nos serviços fornecidos pelo primeiro. Nesse cenário, todos os varejistas tenderão a subinvestir nessas atividades. O *free riding* pode ser solucionado pela imposição de territórios de exclusividade pelo produtor. Se o distribuidor é alocado em um território exclusivo, onde ele é o único fornecedor de uma determinada marca, os custos de transporte e transação minimizarão os efeitos do *free riding*”.

Por exemplo, imagine-se que determinado consumidor, interessado em adquirir uma geladeira, opte por ir à loja de eletrodomésticos situada em luxuoso shopping, justamente pela qualidade do atendimento que lhe será prestado. Essa loja dispõe de número suficiente de vendedores para atender o consumidor, funcionários para servirem-lhe água e café e tudo o mais para garantir-lhe conforto. O consumidor, ainda incerto sobre qual geladeira comprar, opta por ir a essa loja, onde não pagará por esse serviço e, ainda, conhecerá todas as opções de geladeira, identificando a que melhor atende às suas necessidades. No entanto, em vez de comprar o produto na luxuosa loja, que cobra possivelmente preço mais elevado, porque presta serviços de pré-venda, ele se dirige a uma loja com estrutura mais singela, que, por não possuir serviços de pré-venda, cobra preço inferior. Essa mesma hipótese se verifica, cada vez mais, no comércio eletrônico. Consumidores, depois de pesquisarem no mercado os produtos de seu interesse, confrontam seus preços com aqueles disponíveis na internet e selecionam, a rigor, por esta via por geralmente oferecer as melhores condições de preço.

O revendedor, físico ou virtual, que comercializar o produto ao menor custo provavelmente colherá “carona” nos gastos incorridos pelos distribuidores que dispõem mais recursos no serviço pré-venda. Daí porque se as lojas se situarem próximas o suficiente e/ou a venda puder ser realizada pela internet, os distribuidores que investem em serviços de pré-venda, e atraem os consumidores, serão prejudicados. Incorrerão em maiores custos, atrairão consumidores, mas não aproveitarão o lucro da venda, que se aloca àquele que detém o melhor preço, especificamente por poupar o custo com o serviço de pré-venda. Esse problema acarreta um desequilíbrio na competição intramarcas dos membros da rede. A problemática dos *free riders*, em última análise, compromete, em regra, a sadia e desejável competição entre os distribuidores.¹⁹²

¹⁹² No *Livro Verde Europeu sobre restrições verticais*, a Comissão pontua: “Free-riding between retailers can only occur on pre-sales services and not on after-sales services. The good needs to be relatively new or technically complex as the customer otherwise may very well know what he wants from past purchases. And the good must be of a reasonably high value as it is otherwise not attractive for a customer to go to one shop for information and to another to buy. On top of this, when all these conditions are fulfilled it must not be practical for the manufacturer to agree with the retailers effective service requirements concerning the pre-sales services”. (*Follow Up to the Green Paper*. OJ 1998, C365/3, section III, 3.) Tradução livre: “O *free-riding* entre varejistas só pode ocorrer em serviços de pré-vendas e não em serviços de pós-venda. O bem precisa ser relativamente novo ou tecnicamente complexo, pois, do contrário, o cliente pode muito bem saber o que ele quer de compras anteriores. E o bem deve ser de um valor razoavelmente alto, pois de outra forma não seria atraente para um cliente ir à loja para obter informações e outro para comprar. Além disso, quando todas essas condições forem preenchidas, não deve ser prático para o fabricante concordar com os requisitos de serviço efetivos dos varejistas referentes aos serviços de pré-vendas.”

A falta de segurança e estabilidade nos investimentos específicos, portanto, gera problemas no contexto de introdução de determinado produto no território do distribuidor, seja porque poderá, em última análise, beneficiar os *free riders*, seja porque o término antecipado do contrato por parte do produtor ou mesmo o inadimplemento deste poderá impedi-lo de recuperar os investimentos efetuados.

Também a possibilidade de *free-riding* tende a se verificar, com maior probabilidade, nos casos em que o consumidor não é recorrente.

6.3.4 A disputa quanto à fixação dos preços de revenda

Uma das formas de neutralizar os caronas na competição intramarcas é fixar os preços de revenda, o que impediria *dumping* por parte de alguns distribuidores. Em síntese, ela traduz-se numa convenção voltada a controlar o preço pelo qual o distribuidor pode revender seus bens ou serviços.¹⁹³

Por um lado, a fixação de preços pode evitar a queda desmedida dos preços dos produtos, protegendo o prestígio da marca ou inibindo sua vulgarização nos casos de produto de luxo, e, assim, a redução exagerada das margens de lucros. Em mercados muito competitivos, pode proteger a demanda pelo produto/serviço, a margem de lucro do setor distributivo e, em última análise, a qualidade mínima de sua estrutura de vendas. Afinal, margens de lucro muito baixas desincentivam os distribuidores a financiarem estoques, promover produtos, prestar serviços de assistência-técnica, entre outros fatores adicionais.

A falta de controle dos preços poderia ocasionar *dumping* entre os distribuidores, afetando o próprio equilíbrio da rede e favorecendo aqueles com mais disponibilidade de capital que podem sobreviver por mais tempo num cenário de preços baixos ou deficitários. A ausência de controle de preços, como se viu, também pode favorecer o comércio eletrônico dos produtos ou o *free rider*, às custas daqueles que investem em estrutura de revenda. Ela também evita a perda de credibilidade e prestígio do produto, por constante oscilação de preço, ou prática desigual entre os distribuidores.

¹⁹³ Esse tipo de previsão afigura-se bastante comum nos contratos de distribuição, o que levou inclusive autores a considerarem tais ajustes elementos essenciais desses contratos. (MELO, Claudineu de. **Contratos de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987). Geralmente se pactua a recusa de se negociar com aqueles distribuidores que não aceitem o preço fixado. Ver: GONÇALVES, Priscila Brólio. **Fixação dos preços de revenda em contratos de distribuição**: análise dos aspectos concorrenciais. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016, p.173-275; FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.88; 115-134.

Contudo, ela gera outras delicadas tensões entre o fabricante, o distribuidor e entre estes de modo geral.¹⁹⁴ Essas regras eliminam ou reduzem a competitividade dos distribuidores via mecanismo de preços, o que limita a liberdade gerencial usualmente associada a esses modelos organizacionais. Ela também pode coibir a eficiência administrativa dos distribuidores, já que dificilmente podem conquistar a parcela de mercado via desconto ou preços mais competitivos. Além disso, a depender do mecanismo de repartição de preços entre o fabricante e os distribuidores, os primeiros podem visar reduzir preços – e conseqüentemente a margem dos distribuidores – para maximizar as vendas da rede como um todo, ao passo que os segundos podem ter interesse em estipular preços mais altos, a fim de preservarem sua margem de lucro.

A fixação uniforme do preço de revenda entre os distribuidores pode não considerar características particulares dos distribuidores, seja em relação à região geográfica em que atuam, poder aquisitivo de seu mercado consumidor, preço de fornecedores e insumos, entre outros, criando, transversalmente, uma situação de desigualdade entre os participantes da rede.

6.3.5 Limitação territorial e exclusividade de atuação

Na medida em que o líder tende a pautar sua estratégia tomando por base a operação global da rede, já que participa dos ganhos de cada distribuidor e da expansão da marca, possui, a rigor, incentivo para introduzir um maior número de distribuidores, acirrando a competição. Essa circunstância teoricamente: (i) reduziria o preço dos produtos praticado pelos distribuidores, elevando-se suas vendas globais e as receitas do líder; e (ii) incentivaria o investimento na qualidade dos produtos e serviços ofertados pelos distribuidores, na medida em que perderiam o benefício atinente à reserva de mercado.

Contudo, o estímulo a essa concorrência intramarcas pode representar redução das vendas e das margens de lucro dos distribuidores prejudicando sua atividade e representando abuso de poder por parte do líder. Há nesse tema permanente tensão entre as partes, a qual é, em regra, remediada por limitações geográficas de atuação, aliadas a cláusulas de exclusividade na respectiva região.

¹⁹⁴ Trata-se de uma modalidade de restrição vertical estabelecida entre os participantes, integrantes da mesma cadeia produtiva, mas situados em etapas, distintas exatamente como ocorre nas redes de distribuição (v.g. fornecedor e distribuidor).

6.3.6 Tratamento desigual entre os membros da rede

Outro problema acerca da operação das redes empresariais relaciona-se à necessidade de tratamento igualitário entre seus integrantes. A problemática verifica-se, sobretudo, nas redes empresariais em que o líder também atua, junto aos demais participantes, na etapa de distribuição. A competição entre líder e distribuidores pode ensejar situações anti-isonômicas. O líder, em virtude da posição ocupada, pode negociar abatimentos de preços junto a fornecedores ou comercialização de produtos a preços menores. O mesmo ocorre se o líder, mesmo não concorrendo com os demais participantes, beneficiar apenas um dos distribuidores. Se não estender o benefício aos demais membros da rede irá ocasionar-lhes desvantagem comercial. O tratamento desigual entre os membros da rede pode comprometer sua coordenada operação, beneficiando um em prejuízo dos demais.

No artigo *Asset-sharing in Franchise Networks*¹⁹⁵, Reinhard Böhner relata casos submetidos à jurisdição alemã em que se discutiu esse tema. O primeiro deles referia-se à Sixt, empresa de aluguel de veículos, que, inicialmente, operava a etapa de distribuição por meio de filiais e depois adotou, de forma paralela, um sistema de franquias. Dada a grandeza de seu parque de automóveis, a Sixt possuía considerável poder de barganha junto aos vendedores de carros (*car dealers*) e à indústria de carros (*car industry*), obtendo preços e condições diferenciadas para contratação. A contratação de franqueados acompanhou-se da promessa de que esses preços ser-lhes-iam extensíveis.

Ao integrarem-se à rede, os franqueados obtiveram os descontos para aquisição de veículos junto às concessionárias. Todavia, não obtiveram o mesmo abatimento perante a indústria de montadoras. De forma sigilosa, a Sixt obtinha abatimentos para suas filiais, a título de contribuição de publicidade junto às montadoras (*advertising contributions*¹⁹⁶), os quais não repassava à rede e demais membros.

Os franqueados, ao tomarem conhecimento dessa distinção, ajuizaram demanda, sob o fundamento de tratamento discriminatório. Em segunda instância, decidiu-se que a

¹⁹⁵ BÖHNER, Reinhard. *Asset-sharing in franchise networks: the obligation to pass on network benefits. Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation*. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

¹⁹⁶ Reinhard Böhner afirma que a nomenclatura foi pensada no intuito justamente de se evitarem demandas por discriminação: “In order to exclude possible claims for equal treatment such specific conditions are given fanciful names such as ‘advertising contributions’.” (BÖHNER, Reinhard. *Asset-sharing in franchise networks: the obligation to pass on network benefits. Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation*. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009, p.154). Tradução livre: “a fim de excluir possíveis pedidos de igualdade de tratamento, tais condições específicas recebem nomes fantasioso, como ‘contribuições de publicidade’”.

Sixt estava obrigada a repassar os benefícios aos demais participantes, considerando que eles eram gerados pelo próprio poder de barganha da rede. A Corte Federal de Justiça da Alemanha entendeu da mesma forma, afirmando que as *advertising contributions* configuravam vantagens que deveriam ser repassadas aos franqueados.

Observou-se, no entanto, que, se o franqueador não recebesse vantagens pela venda de veículos aos franqueados, inexistiria a obrigação de repassar-lhes os benefícios. De qualquer forma, Böhner ressalva que não se chegaria à mesma conclusão se estivesse diante de uma rede em que a liberdade de contratar dos franqueados fosse cerceada, por prévia determinação dos fornecedores autorizados da rede.

É exatamente esta a hipótese do outro caso narrado no artigo, motivado pelo caso da Sixt, envolvendo a rede de franquias Apollo Optik. Nela, os franqueados obrigavam-se a adquirir bens dos fornecedores listados pela franqueadora. A controvérsia surgiu quando se descobriu que os fornecedores realizavam abatimentos em favor da Apollo Optik, baseados nas vendas de seus franqueados, mas, entretanto, não lhes repassavam esse desconto.

Após profusão de demandas em diferentes partes do território alemão, que obtiveram resultados distintos, a Corte Federal de Justiça da Alemanha decidiu que as vantagens da rede obtidas pela Apollo Optik deveriam ser repassadas aos franqueados. A decisão não se pautou exclusivamente na relação bilateral com o franqueador, abordando também o interesse do franqueado de obter vantagens de compra concedidas à rede de franquias da Apollo Optik.

Segundo Böhner, o julgado consignou que as obrigações estabelecidas nesta relação multilateral não podem ser limitadas àquelas dispostas no contrato de franquias. Ao revés, devem considerar a coletividade dos demais franqueados, sujeitos às mesmas restrições e relações com os fornecedores, já que suas esferas jurídicas estão sujeitas aos efeitos dos demais contratos de franquias¹⁹⁷.

¹⁹⁷ “With regard to the structure of the franchise system of Apollo Optik, it is not just the bilateral contract between franchisor and franchisee which has to be looked at. The relations between the franchisor and the single franchisee are determined by the network: *i.e.* the whole collectivity of the other franchisees who have to respect the same restrictions and their relations to the suppliers. The existence and the effects of their network cannot be neglected as facts for the legal evaluation.” (BÖHNER, Reinhard. *Asset-sharing in franchise networks: the obligation to pass on network benefits. Network: Legal Issues of Multilateral Cooperation*. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009, p.163). Tradução livre: “No que diz respeito à estrutura do sistema de franquias da Apollo Optik, não é apenas o contrato bilateral entre o franqueador e o franqueado que deve ser analisado. As relações entre o franqueador e cada franqueado são determinadas pela rede: ou seja, toda a coletividade dos outros franqueados deve respeitar as mesmas restrições e relações com os fornecedores. A existência e os efeitos da sua rede não podem ser negligenciados como fatos para os nomes legais de avaliação, tais como “contribuições publicitárias.”

Embora a decisão tenha se fundamentado essencialmente na interpretação de cláusulas contratuais, o autor sustenta que se deveria chegar à mesma conclusão, independentemente delas¹⁹⁸.

No Brasil, conquanto a Lei de Franquia seja silente a esse respeito,¹⁹⁹ a Lei Ferrari não admite que a concedente subsidie uma concessionária, em detrimento das demais. Nessa situação, não ocorreria apenas um dano ao patrimônio das demais concessionárias, que veriam uma parcela de sua clientela subtraída, por conta da indevida vantagem concedida pela concedente. Em verdade, os efeitos desse ato igualmente se fariam sentir sobre a rede como um todo, que preza, para seu adequado funcionamento, pela igualdade de condições de concorrência entre as concessionárias²⁰⁰, como também pela uniformidade do tratamento a elas dispensado²⁰¹.

6.4 O controle exercido pelo líder, a subordinação dos distribuidores e o risco de oportunismo

Em termos estruturais, na medida em que o *output* produzido pelos membros da rede configuraria mero reflexo do *input* do líder, alguns doutrinadores vislumbram nessa relação uma dependência econômica dos participantes²⁰², face ao líder, e poder de controle desse face aos membros da rede.

Essas circunstâncias ocorreriam, sobretudo, quando o “fator precípua de viabilidade de uma empresa” dependesse do *input* de outra, o que segundo a doutrina sucederia nas

¹⁹⁸ “To the extent that a franchisor employs the collective bargaining power of the dual distribution network in his negotiations with suppliers, and receives ‘advantages’ which are also granted on the purchases of the franchisees from them, not only does he look after his own interests, but also those of third parties. His dealings are part of the package of all the franchisor obligations for which he is paid by the franchise fees. As a result, the obligation to pass on purchase advantages by analogy to Sections 675 and 667 BGB, and Article 384(2) of the Commercial Code arises.” (BÖHNER, Reinhard. *Asset-sharing in franchise networks: the obligation to pass on network benefits. Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation*. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009, p.174). Tradução livre: “Na medida em que um franqueador emprega o poder de negociação coletiva da rede de distribuição dupla em suas negociações com os fornecedores, e recebe “vantagens” também concedidas sobre as compras dos franqueados, ele não apenas cuida de seus próprios interesses, mas também dos interesses de terceiros. Suas transações fazem parte do pacote de todas as obrigações do franqueador pelas quais ele paga pelas taxas de franquia. Como resultado, surge a obrigação de transferir vantagens de compra, por analogia às Seções 675 e 667 do BGB, e Artigo 384 (2) do Código Comercial.

¹⁹⁹ Como se verá no item 10.4 *infra*, também em relação às redes de franquia, por sua estrutura e propósito, exige-se tratamento igualitário entre os franqueados.

²⁰⁰ Nesse sentido, é ilustrativo o exemplo do §1º do artigo 6º da Lei Ferrari, ao assegurar que, em caso de coexistência de concessões em determinada área, será garantida a igualdade de condições de concorrência entre as concessionárias.

²⁰¹ Por essa razão, o §2º do artigo 13 da Lei Ferrari impõe à concedente uniformizar preços e condições de pagamento dos automóveis praticados frente às concessionárias.

²⁰² VIRASSAMY, Georges J. **Les contrats de dépendence**: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique. Paris: LGDJ, 1986.

relações de franquia, distribuição e concessão comercial exclusivas. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato assevera que a supremacia ou o monopólio técnico do concedente, aliado à sua capacidade de resolver, sem maiores dificuldades o vínculo contratual, expõe o distribuidor a uma situação de fragilidade. Leva-o a aceitar “facilmente, cláusulas contatuais pelas quais o concedente exerce permanente fiscalização sobre as instalações materiais daqueles e a qualificação profissional de seus empregados.”²⁰³₂₀₄

Ricardo Ferreira de Macedo, a esse respeito, leciona que se cessadas ou alteradas as relações comerciais que levaram os distribuidores a participar da rede – tecnologia, *know-how* ou marca – a atividade empresária do distribuidor torna-se “potencialmente inviável, quer pela infungibilidade de seu fator precípua de viabilidade (*i.e.*, do *input* fornecido pelo franqueador, pelo detentor da tecnologia ou da marca), quer pelo excessivo custo de sua substituição.”²⁰⁵

Os membros da rede ficam, portanto, vulneráveis ao oportunismo do líder, que, num ato abusivo, poderia levá-los à degradação econômica e ao encerramento das suas atividades.²⁰⁶

²⁰³ “O Concessionário se obriga a utilizar os métodos de venda e publicidade ditados pelo concedente, e a assegurar um serviço de reparação ou manutenção pós-venda. São, igualmente, frequentes os empréstimos feitos pelo concedente ao concessionário, para reformar suas instalações, bem como a exigência de um capital mínimo e de organização jurídica da exploração empresarial sob determinada forma societária. Tudo isso, coberto pela sanção temível da retirada da concessão, costuma deixar os concessionários à inteira mercê dos concedentes [...] “Não é surpreendente, em tais condições, que se tenham assimilado as relações econômico-jurídicas entre concedente e concessionário as do grupo econômico, e que a jurisprudência francesa tenha imposto ao concedente a responsabilidade civil de proponente ou de comitente, diante de atos fraudulentos, praticados pelo concessionário em detrimento de terceiros.” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.82).

²⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.82-83.

²⁰⁵ “Note-se, aliás, que o franqueado ou cessionário de tecnologia, *know-how* ou marca, não raramente, ver-se-á atraído a engajar-se na atividade empresarial e disposto a inverter ou a captar recursos financeiros a ela necessários apenas porque lhe foi assegurada a celebração, a manutenção e a estabilidade de alguma das acima aludidas relações. Cessadas, contudo, semelhantes relações ou supervenientemente oneradas as mesmas, a empresa tornar-se-á potencialmente inviável, quer pela infungibilidade de seu fator precípua de viabilidade (*i.e.*, do *input* fornecido pelo franqueador, pelo detentor da tecnologia ou da marca), quer pelo excessivo custo de sua substituição.” (MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.147).

²⁰⁶ Segundo pesquisa referenciada por Roger Blair e Francine Lafontaine, franqueados, historicamente, expressaram preocupações de que franqueadores pudessem rescindir ou não renovar o contrato, para apropriarem-se das unidades e pontos mais lucrativos dentro da cadeia. Em outras palavras, os franqueados reclamaram que não colheriam o benefício de seu trabalho, porque, quando tornassem o mercado rentável, o franqueador se comportava de forma oportunista, encerrando ou deixando de renovar seu contrato. O franqueador, então presumivelmente apropriava-se dos lucros da tomada, quer através da exploração direta ou vendendo-a a um novo franqueado a taxas maiores. (D. BLAIR, Roger; LAFONTAINE, Francine. **The economics of franchising**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p.275). Sobre o inadimplemento útil e comportamento oportunista na relação contratual, ver: SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.296-355.

7 OS DEVERES DE CONDUTA: A INSUFICIÊNCIA DA ANÁLISE INDIVIDUAL DO CONTRATO E A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DA INTERDEPENDÊNCIA DOS CONTRATOS EM REDE E SUA FINALIDADE GLOBAL

A distinção entre o *contrato*, considerado como negócio jurídico, e a *relação contratual*, regulação posta pelo contrato, é hoje amplamente aceita.²⁰⁷ Ela permite a integração contratual, impondo-se às partes deveres anexos e de proteção com base nos preceitos da boa-fé objetiva.²⁰⁸ Afinal, mesmo o exercício interpretativo das declarações contratuais das partes não soluciona muitas das situações surgidas durante a execução e conclusão do contrato, muitas vezes não previstas por elas.²⁰⁹

Quando isso ocorre, opera-se a função integrativa do princípio da boa-fé objetiva, que completa o conteúdo contratual prescrevendo deveres advindos do fim contratual. Impõe-se à parte

cooperar com a contraparte, em vista de alcançar o adimplemento, fim justificador do contrato; atuar com a lealdade exigível a uma pessoa proba; informar com a completude necessária para viabilizar um consentimento informado [...]; proteger os legítimos interesses da contraparte.

²⁰⁷ Essa diferenciação se deve em parte a Karl Larenz. Ver: LARENZ, Karl. **Derecho civil** – parte general. Tradução espanhola de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978, p.744.

²⁰⁸ A boa-fé, quando funciona como fonte de deveres gera deveres anexos aos deveres de prestação e deveres de proteção. Conforme leciona Jorge Cesar Ferreira da Silva, “a obrigação não é simplesmente o dever de alguém frente a outro, mas, muito mais do que isso, é relação, e relação pautada por critérios de cooperação”. (SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. In: (Coords.) REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. **Biblioteca Estudos de Direito Civil** – estudos em homenagem a Miguel Reale, v.VII. São Paulo: RT, 2006, p.31). Consoante pontua o autor, o contrato é formado pela existência de um complexo de deveres e interesses: (i) deveres de prestação, principais e acessórios; (ii) deveres anexos ou instrumentais aos deveres de prestação; e (iii) deveres de proteção contra danos advindos do negócio jurídico. Conforme complementa Judith Martins-Costa, essas três esferas de deveres corresponde a dois tipos de interesses: à prestação e proteção. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.230).

²⁰⁹ A imprevisão das partes pode ser intencional, como meio de reduzir custos de transação. Afinal, a regulamentação detalhada de situações futuras onera os custos de negociação, preferindo as partes negociarem o tema no futuro, se necessário, ou deixarem ao arbítrio de uma autoridade judicante, quando há poder jurisdicional para tanto. (Para estudo mais detalhado sobre contratos incompletos, ver: SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.299-300; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998; HART, Oliver. Incomplete contract. In: (Orgs.) EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter. **The new palgrave**: a dictionary of economics. v.2. London: The Macmillan Press Limited, 1987; BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto**. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. Mas a imprevisão, muitas vezes, pode derivar da incapacidade das partes de antever todos os eventos futuros. No Brasil, as funções interpretativas e integrativas da boa-fé, como se sabe, encontram previsão nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil.

Busca-se evitar que o contrato ocasione danos injustos aos contratantes e seu patrimônio.²¹⁰ Esses deveres integram a relação contratual, ainda que não expressamente previstos no instrumento, complementando seu conteúdo e pautando o comportamento das partes.

Os deveres de conduta, oriundos da cláusula geral de boa-fé objetiva,²¹¹ ordenam-se em graus de intensidade, consoante a categoria e finalidade dos negócios jurídicos²¹²⁻²¹³. Contratos voltados a uma finalidade comum pressupõem colaboração intensa das partes, ensejando, por isso, maior rigor nos deveres colaborativos. Esses deveres orientaram a conduta das partes para “tratá-los não como contrapartes, num contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais, mas como colaboradores na realização de um interesse comum”.²¹⁴

O exemplo mais representativo desse grupo é o contrato de sociedade, em que o fim comum se integra à sua gênese. Exige-se, nele, colaboração intensa entre os agentes para que a avença logre seu objetivo.²¹⁵ O caráter associativo do contrato de sociedade revela-se

²¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.521-522.

²¹¹ A respeito, vale-se da resumida explicação de Antunes Varella, que, conquanto trata-se, nesta passagem, do direito português, confere noção inteiramente aplicável ao sistema brasileiro: “Mas os deveres acessórios de conduta estão hoje genericamente consagrados na vastíssima área das obrigações, através do princípio geral proclamado no artigo 762º, segundo o qual “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé” e nas diversas disposições legais que completam o mesmo pensamento. São deveres mais frequentes no caso das relações obrigacionais *duradouras* (como o mandato, o depósito, a locação, o fornecimento continuado de coisas ou de serviços) do que nas obrigações de prestação instantânea. E avultam sobretudo nas relações obrigacionais que, como as provenientes do contrato de trabalho ou de sociedade por exemplo, comprometem especialmente a *personalidade* dos contratantes no correcto cumprimento dos deveres contratuais. A distinção entre os deveres (primários ou secundários) de prestação e os deveres acessórios de conduta reflecte-se desde logo em dois aspectos: primeiro, na possibilidade de os deveres acessórios de conduta (que variam consoante as circunstâncias concretas de cada situação) surgirem antes (ou independentemente) de se ter constituído a relação obrigacional de onde decorre (ou viria a decorrer) o dever de prestação; depois, na possibilidade de os deveres acessórios de conduta terem como titular activo pessoas estranhas à relação donde nasce o dever de prestação, como sucede no arrendamento para habitação. Quanto à sua disciplina jurídica, como vimos, a generalidade dos deveres acessórios de conduta não dá lugar, à acção judicial de cumprimento, própria dos deveres de prestação. Mas a sua violação pode obrigar à indenização dos danos causados à outra parte ou dar mesmo origem à resolução do contrato ou à sanção análoga.” (VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2000, p.127).

²¹² “Os deveres de boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam. Podem até constituir o próprio conteúdo dos deveres principais [...]” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.34).

²¹³ Em relação à finalidade, Clóvis do Couto e Silva ressalta que se cuida de “um plus que integra o fim da atribuição e que com ele está intimamente relacionado.” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.41).

²¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.40.

²¹⁵ Trata-se o fim comum do cerne do contrato de sociedade. Veja-se, a esse respeito, a constatação da doutrina: Diz Pontes de Miranda: “Contrato de sociedade é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas se vinculam, reciprocamente, a colimar fim comum, mediante a co-atividade patrimonial.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** – parte especial. t.XLIX. Rio de Janeiro:

pela comunhão de interesses entre os sócios. É essa a finalidade comum que promove a cooperação.²¹⁶

Do outro lado do espectro situam-se os contratos bilaterais, em que o interesse das partes é justamente na prestação contraposta, revelando-se antagônico.²¹⁷

Nos contratos bilaterais, o dever de colaboração encontra seu limite no interesse antagônico da contraparte digno de proteção.²¹⁸ Exige-se correção e probidade, mas não sacrifício em proveito alheio.²¹⁹ Em comparação com os contratos associativos, o dever de cooperação nos contratos bilaterais é reduzido, porque inexistente a finalidade comum a ser perseguida.

No entremeio dos dois polos, encontram-se os contratos colaborativos, categoria na qual se classificam os contratos de distribuição.²²⁰ Neles, embora presente o fim comum, o dever de colaboração afigura-se menos intenso, pois também conserva caráter bilateral e sinalagmático.²²¹ A intensidade dos deveres de cooperação, nesses contratos, dependerá

Borsoi, 1965, p.11); Segundo J.M. Carvalho Santos²¹⁵, “Sociedade é o contrato pelo qual duas ou mais pessoas, mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns.” (SANTOS, J.M. Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. v.XIX. 12.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1988, p.05); Caio Mário da Silva Pereira²¹⁵ ensina: “contrato por via do qual duas ou mais pessoas se obrigavam a combinar seus esforços ou recursos e conjugar suas aptidões, com a finalidade de lograr fins comuns”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil – contratos**. v.III. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.401); O artigo 981 do Código Civil dispõe: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Nessa linha, ainda prossegue Pontes de Miranda: “deve haver o fim comum, fim que pode não ser patrimonial, posto que tenham os figurantes do contrato de prestar o que seja necessário à consecução da finalidade.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil – contratos**. v.III. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.11).

²¹⁶ Conforme explica Calixto Salomão Filho, “o caráter associativo de todo contrato de sociedade, tão bem destacado pela doutrina, revela-se exatamente através da comunhão de interesses entre os sócios. É esse objetivo comum que os leva e deve levar à cooperação.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Parecer exarado em 04-05-2015, no procedimento arbitral n. 31/2014/SEC3, perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de comércio Brasil-Canadá, p.20).

²¹⁷ Ilustrativo é o brocardo de Rudolf Von Jhering, lembrado por Eros Roberto Grau: “meu lucro será tua desvantagem, minha desvantagem será teu lucro”. (GRAU, Eros Roberto. **La doble desestructuración y la interpretación del derecho**. Barcelona: Bosch, 1998, p.39).

²¹⁸ Clóvis do Couto e Silva comenta sobre o fluxo de interesses presente nessa espécie contratual, introduzindo o grau de incidência da boa-fé sobre os contratantes na relação: “Nos negócios bilaterais, o interesse, conferido à cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*), encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração.” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p.34).

²¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.325.

²²⁰ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. Coimbra: Almedina, 2017.

²²¹ À divisão entre contratos de intercâmbio e associativos, Judith Martins-Costa afirma que se “deve acrescentar a variada gama dos contratos de colaboração empresária. Estes, de um lado, atendem, estrategicamente, ao interesse comum, justificador da “rede”, “operação concertada” ou “operação integrada” e, de outro, ao interesse singular de cada um dos contraentes em buscar maior vantagem para si.”

dos predicados identificados. A predominância da bilateralidade sujeitará as partes às regras prescritas a esse tipo de contrato; se prevalecente a característica associativa, exigir-se-á maior colaboração dos contratantes para o contrato atingir seu fim.

Judith Martins-Costa pontua que a estrutura sinalagmática dos contratos de colaboração empresária,

não afastará, funcionalmente, a forte dose de mútua colaboração exigida, em vista do adimplemento que expressará a consecução satisfatória dos interesses a que está predisposto o contrato. A presença de elementos de comunhão de escopo (*nostra res agitur*) não afasta o interesse próprio (*mea res agitur*), desde que licitamente exercido.

Em sentido semelhante, ressalta Paula Forgioni²²²:

quanto mais próximo o contrato híbrido estiver daquele de intercâmbio, maior o grau de interdependência das partes e menor a colaboração entre elas. Ao nos deslocarmos paulatinamente na direção das sociedades, maior será o grau de estabilidade do vínculo e da colaboração²²³.

Além disso, a professora sublinha, quanto aos contratos de distribuição, que o corolário da boa-fé objetiva impõe às partes a substituição “da lógica oportunista, *advantage-taking*, por outra colaborativa, que impele os agentes econômicos à atuação em prol do fim comum²²⁴. Isso porque, “[o] dever de colaboração impõe-se para a consecução desse fim comum e, portanto, é a partir dele que borbotarão condutas para as partes.”²²⁵

A intensificação dos deveres laterais de conduta das partes contratantes, consoante o espectro associativo do contrato, já se encontra relativamente assentada na doutrina. O

(MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.366).

²²² “A estrutura sinalagmática dos contratos de colaboração empresarial não afasta, funcionalmente, a forte dose de mútua colaboração exigida, em vista do adimplemento que expressará a consecução satisfatória dos interesses a que está disposto o contrato.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.367). Mais adiante, explica: “O que caracteriza as relações marcadas pelo dever de *nostra res agitur* é a existência de um *fim comum* a ligar os contratantes. Há, para os figurantes, o dever de agir no sentido de proteger os interesses comuns. Porém, o critério não é um bloco monolítico: cabe discernir entre graus e espécies de comunhão de escopo. Esta pode ser *estrutural*, como nas relações associativas em geral (associações e sociedades); *conjuntural*, como nos contratos alianças, nos consórcios e nas *joint ventures* na área da construção civil e nos acordos parassociais; e pontual ou estratégica, como os contratos de colaboração empresária. É dizer: aqueles negócios estabelecidos em vista da interligação entre as fases de comercialização de um produto ou um serviço, inserindo-se (e encontrando sua *ratio*) na cadeia de circulação de mercadorias no mercado, por isso sendo estrategicamente dispostos para atender ao dinamismo de tal cadeia. Assim, paradigmaticamente, os contratos de comissão mercantil, de agência, representação comercial, concessão mercantil, franquia e de distribuição, todos eles admitindo subtópicos. O fim comum, seja estrutural, seja conjuntural ou episódico (estratégico) impõe deveres de mútua cooperação articulados em vista daquele mesmo fim.”

²²³ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: RT, 2010, p.175.

²²⁴ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: RT, 2010, p.211.

²²⁵ FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: RT, 2010, 211-213.

desafio acerca dos deveres gerais de conduta das partes nos contratos em rede não se esgota, entretanto, nessa gradação; exige, outrossim, o exame do propósito da rede, resultante das multilaterais relações que se formam e funcionalizam os contratos nela inseridos.²²⁶ É essa a sensível novidade trazida ao universo jurídico pelas organizações em rede.²²⁷ A compreensão desses contratos supõe ter presente a união de esforços dos vários participantes voltados ao escoamento de produtos e serviços ao mercado consumidor.²²⁸ A fronteira demarcatória desses interesses, no caso das redes de distribuição, se limita aos distribuidores e ao líder. Todos eles encontram-se unidos num plano maior para realizar o objetivo em rede.²²⁹ Assim, para conferir pleno alcance ao fim dos contratos, quando estruturados em rede, exige-se a compreensão de sua finalidade e função a partir da

²²⁶ Importantes são as considerações de Marina Wellenhofner para quem os contratos em rede devem ser examinados a partir do seu propósito global, porquanto os contratos em rede possuem esse objetivo econômico unitário: “the mere examination of the individual contract is not sufficient. In fact, it should be indisputable that the integration of the contract into the whole system has to be considered too. Though many economical contracts are interlinked, the relationship in the networks is different.” (WELLENHOFER, Marina. Third party effects of bilateral contracts within the network. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009, p.122). Tradução livre: “a mera análise do contrato individual não é suficiente. Na verdade, deveria ser indiscutível que a integração do contrato no sistema como um todo deve igualmente ser considerada. Embora muitos contratos econômicos estejam interligados, o relacionamento nas redes é diferente”.

²²⁷ Para Judith Martins-Costa, “a gama de relações contratuais abrangidas por essa classificação escapa, a rigor do critério do interesse comum suprapessoal (*nostra res agitur*) mas também não se encerra no interesse pessoal (*mea res agitur*). Fica, em verdade, a meio caminho entre um e outro interesse prevalente. Isso porque, sendo a realidade econômica bem metaforizada na ideia de rede já tantas vezes utilizadas por economistas, sociólogos e politicólogos, à distinção binária fundamental entre contratos de intercâmbio e contratos de comunhão de escopo (que funciona, a rigor, como divisor de tipos ideais, sofrendo modulações e variações), deve-se acrescentar a variada gama dos contratos de colaboração empresária. Estes, de um lado, atendem, estrategicamente, ao interesse comum, justificador da rede, operação concertada ou operação integrada e, de outro, ao interesse singular de cada um dos contraentes em buscar maior vantagem para si.” E conclui: “A compreensão desses contratos supõe ter presente a cadeia de circulação de mercadorias e os mecanismos voltados ao escoamento da produtos e distribuição de serviços, fundados, em regra, na combinação de especializações profissionais e de cooperação contratual em vista de interesses comuns, pelos quais se unem esforços e estratégias para atingir este objetivo.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.365-366).

²²⁸ Especificamente sobre esse ponto, Judith Martins-Costa pontua: “a compreensão desses contratos supõe ter presente a cadeia de circulação de mercadorias e os mecanismos voltados ao escoamento de produtos e distribuição de serviços, fundados, via de regra, na combinação de especializações profissionais e de cooperação contratual em vista de interesses comuns, pelos quais se unem esforços e estratégias para atingir este objetivo.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.365-366).

²²⁹ Marina Wellenhofer pondera: “It seems to be characteristic for networks that their boundaries are definite or can, at least, be defined by all the network participants. For instance, the number and the headquarters of the companies of a franchise system or a just-in-time delivery system can easily be determined. Furthermore, all participants are – on a higher level – united by the pursued network purpose, the so called ‘*Netzweck*’.” (WELLENHOFER, Marina. Third party effects of bilateral contracts within the network. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009, p.122). Tradução livre: “Parece ser característico das redes que seus limites sejam definidos ou, ao menos, possam ser definidos por todos os seus participantes. Por exemplo, o número e a sede das empresas de uma franquia ou de um sistema de entrega *just-in-time* podem ser facilmente determinados. Além disso, todos os participantes estão – em um nível mais alto – unidos pelo objetivo perseguido pela rede, o chamado “*Netzweck*”.”

perspectiva global da rede; não sob a perspectiva individual, alheia ao sistema no qual está inserido.²³⁰

A metodologia centrada no eixo de interesse das partes e no contrato isoladamente não nos parece suficiente para compreender a função das redes de distribuição e estabelecer a medida dos deveres de seus participantes. Contratos²³¹ e empresas²³² agrupam-se com o objetivo de coordenar o processo empresarial. Deve-se considerar esse objetivo para delinear a função dos instrumentos jurídicos e o dever das partes.²³³ Não se trata aqui de expandir o alcance da eficácia contratual com base nos preceitos da eticidade e solidariedade, derivados da cláusula de boa-fé. Sugere-se a funcionalização dos contratos em rede, não pelo fim comum compartilhado entre o líder e o distribuidor nas suas relações

²³⁰ Ricardo Luis Lorenzetti constata que o exame deve ocorrer de modo global – não individual. Os contratos, nessa organização, são instrumento para a realização do objetivo sistêmico: “La teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que presentan las redes no puede dejar de considerar la novedad que ellas presentan. El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacción de un grupo de ellos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios. Este enfoque permite establecer que hay una finalidad negocial supracontractual que justifica el nacimiento y funcionamiento de una red. El grupo que surge de esa manera no es sólo una unión convencional de contratos, que puede ser analizada mediante el examen de los vínculos individuales. Se requiere una comprensión del sistema y por ello de una teoría sistémica.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. t.II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p.54). Tradução livre: “A teoria jurídica que permite explicar e estabelecer regras para resolver conflitos apresentados por redes não pode deixar de considerar a novidade apresentada por elas. A abordagem não pode ser baseada no contrato, mas na interação de um grupo deles que atuam de forma relacionada, de modo que o contrato é um instrumento para a condução dos negócios. Essa abordagem nos permite estabelecer que existe um propósito negociador supracontratual que justifica o nascimento e o funcionamento de uma rede. O grupo surgido dessa maneira não é apenas uma reunião convencional de contratos, que pode ser analisada examinando-se os elos individuais. Uma compreensão do sistema e, portanto, de uma teoria sistêmica é necessária.”

²³¹ Sob viés mais contratual, Enzo Roppo já alertara: “todas as hipóteses em que um contrato estipulado entre vários sujeitos, e muitas vezes, entre um grande número de sujeitos, não esgota a sua função no constituir e regular relações jurídicas patrimoniais entre os sujeitos, mas realiza uma função mais ampla, relevante, também, em relação ao mundo exterior: ou seja, a função de dar vida diretamente a uma completa organização de homens e meios, que adquire uma objectividade autónoma em relação ao contrato e às relações contratuais de que emerge e que, por assim dizer, transcende.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p.305).

²³² Na seara societária, Fábio Konder Comparato há muito alertara: “todos os sistemas econômicos, qualquer que seja o regime político que os acompanha, tendem a esse mesmo objetivo de agrupamento e coordenação empresarial. A empresa isolada é, atualmente, uma realidade condenada em todos os setores, máxime naqueles em que o progresso está intimamente ligado à pesquisa tecnológica. [...] O direito não pode, portanto, ignorar essa realidade insuprimível e irreversível, mas deve discipliná-la em função dos múltiplos interesses em jogo, procurando aquela harmonia e proporção, ínsitas na própria ideia de justiça.” (COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.355-356).

²³³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p.305. Mais adiante o autor pondera a necessidade dessa moderna concepção do contrato em virtude das modificações econômicas ao longo do século XX: “o modelo ‘subjetivo’ de contrato era instrumento funcional a um sistema econômico individualista, relativamente fechado e pouco dinâmico, em larga medida dominado pelo sector primário, como era o sistema econômico capitalista do início do século dezanove, ainda não chegado ao auge do seu desenvolvimento. O modelo ‘objetivo’ do contrato é, ao invés, instrumento funcional a uma economia capitalista altamente desenvolvida, caracterizada por produções e consumo de massa e, portanto, por um elevado volume das trocas: a economia industrial do século vinte.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p.310).

individuais, porém, levando-se em conta o propósito global da rede, resultante dos múltiplos interesses de seus participantes, que não se confunde com o propósito comum individual entre o líder e o distribuidor.²³⁴ Essa noção repercute também no dever de conduta dos participantes, oriundos da boa-fé objetiva, como adiante se tratará.

²³⁴ Nessa toada, Lorenzetti propõe o exame dos contratos em rede a partir do exame sistêmico. (LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor** v.28, São Paulo: RT, out.-dez. 1998, p.22).

8 O PROPÓSITO COMUM E A CAUSA SISTEMÁTICA DOS CONTRATOS NO ÂMBITO DAS REDES DA DISTRIBUIÇÃO

Nos contratos empresariais, a causa do negócio em seu sentido objetivo, isto é, em sua função econômico-social, cumpre desiderato indispensável à compreensão, sistematização e interpretação do negócio, desprendendo-se dos motivos subjetivos que motivaram os contratantes.²³⁵ Ela dimensiona os contratos comerciais, traduzindo o resultado jurídico objetivo pretendido pelas partes e sua razão determinante.²³⁶

Como função econômico-social concreta do negócio, a causa constitui ferramenta útil para discernir entre a razão justificadora do ato e o desígnio prático das partes, à luz da liberdade contratual, consagrada no artigo 421 do Código Civil.²³⁷ A jurisprudência nacional fiou-se, precisamente, na noção de causa como função econômico-social e elemento necessário para conceituar o contrato de distribuição e sua correta interpretação.²³⁸

²³⁵ Conforme Paula Forgioni, com amparo em Emílio Betti, “a causa do negócio é indispensável à sua correta compreensão, sistematização e interpretação e não tem ligação com os motivos subjetivos ou egoísticos que levaram o agente à sua prática. Ao contrário, a causa coliga o negócio ao mercado, à praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte.” (FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.247).

²³⁶ Waldírio Bulgarelli, em acréscimo, pontua que a causa dimensiona os contratos comerciais (e em especial os contratos de distribuição), como: “1. Função econômico social do contrato; 2. Resultado jurídico objetivo que os contratantes pretendem ao concluir o contrato; 3. Razão determinante que impulsiona as partes à celebração do contrato”. (BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1984, p.71).

²³⁷ Isso porque, o princípio da liberdade contratual repercute não apenas nos limites ao conteúdo contratual, mas, também, na definição do tipo contratual (liberdade de escolha do tipo). Por isso, o artigo 421 projeta-se, de igual, “no campo da atipicidade, em especial nos grupos de contratos e nos ‘contratos em rede’, servindo para auxiliar a qualificação desses negócios complexos pelo relevo que dá à sua funcionalidade econômico-social, ajudando, assim, a perceber a sua unidade finalista. A noção de ‘função econômica’ tem, assim, privilegiada atuação nos contratos atípicos (atipicidade de causa-função) e nos reunidos por conexão finalista, como os ‘grupos de contratos’ e os ‘contratos combinados’ e as ‘redes contratuais’.” (MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v.1, n.1, maio 2005).

²³⁸ O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar disputa atinente ao contrato de distribuição, valeu-se do seu conceito de causa, entendida como função econômica, para delinear-lo e interpretá-lo: “Todavia, serão tais contratos [...] independentes e autônomos ou constituem o que, na doutrina, se qualifica de contrato misto? Não há dúvida de que esses contratos são distintos e autônomos, se considerados em tese e abstratamente, cada um de *per se*. Mas, não resta dúvida, no comércio jurídico também ocorre frequentemente que duas ou mais formas contratuais de possível coexistência separada podem vir a ter, sob pressão de necessidades ou de conveniências práticas, as suas prestações autônomas, cada uma em sua função típica, reunidas e coordenadas, pela vontade das partes, em um único contrato para realizarem uma só função econômica, que é a sua causa ou o seu fim objetivo. Com efeito: dita pluralidade de prestações, sendo cada uma típica de um contrato nominado, pode ser fundida em um só contrato, sob o influxo de uma só causa, de uma única função econômica. É preciso assim que todas elas tendam à mesma finalidade econômica. A unidade de causa, atestada pela unidade econômica das várias prestações, corresponde à unidade do contrato. Não tem importância, no entanto, para a elucidação da unidade ou pluralidade do contrato, como dizem os doutros, a unidade ou pluralidade do documento em que foi firmado, pois um só documento pode conter vários contratos, como um só contrato pode ter como fonte, no sentido formal, diversos documentos”. (RE 78.051, j.27-08-1974, Rel. Min. Thompson Flores).

Importando esses fundamentos aos contratos em rede, acredita-se que sua causa, entendida como sua função²³⁹ econômico-social,²⁴⁰ no âmbito da liberdade de contratar, permeia-se pelo objetivo grupal da rede, isto é, seu propósito comum. Com isso, desloca-se o eixo de análise, assim como da função e do dever das partes, do plano individual ao objetivo da rede.

Embora as redes sejam formadas por contratos individuais, identifica-se nelas uma finalidade “supracontratual”, que se constrói mediante a atuação coordenada de seus membros em vista do seu propósito comum global.²⁴¹ Este objetivo grupal funcionaliza os contratos, estabelecendo parâmetro interpretativo e fonte de dever dos participantes.²⁴² Forma-se uma dúplici relação entre os participantes: a primeira no plano individual, composta por interesses particulares e comuns, inerente aos contratos de colaboração empresária; e a segunda no plano coletivo, compreendendo o interesse da rede.

²³⁹ A par das controvérsias relativas à causa do negócio, que supera o objeto deste trabalho, procuramos, não obstante, fixar alguns pontos em que há mínimo consenso para o ponto de partida a seu respeito. Conquanto leitura literal do artigo 104 do Código Civil Brasileiro aponte não ter a causa sido incorporada como de validade do negócio jurídico, isto não quer, contudo, que o nosso sistema recuse a noção acerca da funcionalização da autonomia privada e dos negócios jurídicos. Por todos, a lição de Guido Alpa afigura-se elucidativa: “negli ordinamenti in cui il codice ignora la causa, essa, come la fenice che risorge dalle sue cenerie, viene creata dalla dottrina e dalla giurisprudenza; la dottrina ne parla apertamente, la giurisprudenza la usa occultamente”. (ALPA, Guido. **Lineamenti di diritto contrattuale**. Diritto privato comparato: istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001, p.197). Tradução livre: “nos sistemas em que o código ignora a causa, ela, como a fênix que se ergue de suas cinzas, é criada por doutrina e jurisprudência; a doutrina fala abertamente, a jurisprudência usa occultamente.” Como os contratos de distribuição possuem cunho bilateral associativo, e, portanto, “causa-final”, tomamos a liberdade de tomar por base sua função. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.154). O autor enumera alguns dos contratos com causa-final: “São exemplos de negócios com causa final: a troca, que se destina a dar fundamento para que duas coisas mudem juridicamente de mão; o mandato, que se destina a dar poderes de representação de uma pessoa a outra; a compra e venda, a sociedade e uma boa parte dos contratos.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.148).

²⁴⁰ Emprega-se, aqui, a noção de causa construída por Emilio Betti (“a causa ou razão do negócio se identifica com a função econômico-social de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada”), acolhida por Paula Forgioni e Antônio Junqueira de Azevedo, em relação aos negócios patrimoniais (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.53). Conforme destaca o autor, a importância da causa no negócio, especialmente para o propósito deste trabalho, é a de função corretora de efeitos não queridos pelas partes: “Vontade e causa não fazem parte do negócio jurídico, isto é, o negócio existe independentemente delas (plano da existência); uma e outra são somente meios de correção do negócio, no sentido de que elas, agindo de fora do negócio, seja no plano da validade, seja no da eficácia, evitam, ora mais, ora menos, efeitos não queridos (isto é, ou não queridos subjetivamente, pelo agente – vontade, ou não queridos objetivamente, pela ordem jurídica – causa).”(AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.22).

²⁴¹ KREBS, Peter; AEDTNER, Katja; SCHULTES, Marion. Company networks reloaded – putting a general functional approach to defining complex problems to the test. In: JUNG, Stephanie; KREBS, Peter; TEUBNER, Gunther. Business networks reloaded. **Nomos, Bade Baden**. Germany, Ashley Gate Publishing, 2015, p.41.

²⁴² Parte-se aqui da noção de causa como função econômico-social do negócio.

Todos os seus membros, líder e distribuidores compartilham o interesse comum de promover a venda de bens ou serviços, de forma exitosa, desfrutando em diferentes medidas, mas com significativo grau de correlação, a vantagem econômica propiciada por esse modelo. A estrutura massificada possibilita reduzir o custo unitário de produção e distribuição, proporcionando ganhos internos de escala e elevação do lucro marginal dos participantes.²⁴³ Este benefício concretiza-se pela gestão empresarial e harmonização das atividades das várias empresas integrantes da rede.

Os participantes abrem mão de parcela de sua autonomia para sujeitar-se às orientações e diretrizes do líder. O líder integra, por sua vez, terceiros à sua atividade de distribuição, buscando todos prosperar com as vantagens oferecidas por essa organização.

Os ganhos com economia de escala, interpenetração e valorização da marca, além da colocação exitosa do produto/serviço no mercado consumidor, traduzem-se no propósito comum e no interesse da rede. Eles representam a eficiência desse sistema de distribuição.

Estudiosos têm reconhecido a existência dessa finalidade global nas redes de distribuição, ligada ao objetivo de todos os seus participantes.

Claudineu de Melo, em profícuo estudo acerca dos contratos de distribuição, destaca entre o produtor e os distribuidores

o escopo comum de colocar o produto no mercado consumidor para daí obterem vantagens econômicas, sem ser ele, no entanto, um contrato de conotações societárias. Não há, com efeito, sociedade entre fabricante e distribuidores, mas mero interesse comum no empreendimento.²⁴⁴

Iso Chaitz Scherkerkewitz, igualmente, enaltece o propósito comum e o compartilhamento de interesses entre produtor e distribuidores, nas redes de distribuição, mediante ação coordenada de seus membros, apesar de seus interesses individuais:

A necessidade de integração a uma rede de distribuição faz com que haja uma ação coordenada entre o produtor e os seus distribuidores e que todos possuam

²⁴³ Ana Carolina Zanetti define a colocação dos produtos do mercado como a função econômica do contrato de distribuição. Segundo a autora: “o sucesso do negócio ora objeto de estudo depende, em última análise, da colocação dos produtos no mercado. Essa tarefa dirige tanto as obrigações do fornecedor quanto do distribuidor. Trata-se, em suma, da função econômica do contrato de distribuição.” (ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição**: o inadimplemento recíproco. São Paulo: Atlas, 2015, p.96). A ideia de função econômica remete à obra de Cesare Vivante: “non si avventurino mai in alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura técnica e la funzione econômica dell’instituto che è lo’oggeto dei loro studi” (VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 5.ed. 4.v. Milano: Vallardi, 1922-1926). Tradução livre: “nunca se aventure em nenhum tratamento jurídico se não compreender completamente a estrutura técnica e a função econômica do instituto que é objeto de seus estudos.”

²⁴⁴ MELO, Claudineu de. **Contratos de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.79.

objetivos comuns e interesses compartilhados (apesar de cada um não perder os seus interesses particulares).

John Adams e Roger Brownsword identificam nas redes um grupo de contratos que tem, em seu objeto, a construção de propósitos comuns, em que cada contrato no grupo contribui, de alguma forma, para realizar esse objetivo.²⁴⁵

Rodrigo Xavier Leonardo, em denso trabalho sobre as redes, define a rede de contratos, de maneira geral, “como um sistema de contratos constituído em razão de uma finalidade operacional comum entre os diversos agentes econômicos interessados em potencializar benefícios e minimizar riscos”.²⁴⁶

Paula Forgioni, ao examinar os contratos de distribuição no âmbito das redes empresariais, pontua, nesse sentido, a necessidade de se reconhecer um interesse maior ligado à função econômica da própria rede:

O importante é reconhecer que, nas redes estabelecidas pelos contratos de distribuição, existe um *interesse maior, ligado à função econômica da própria rede* e o dever, de cada membro – especialmente o líder – de contribuir para a sustentação do grupo e assegurar o êxito do empreendimento comum. Coíbem-se os abusos do líder, ao mesmo tempo em que se descartam comportamentos dos integrantes da rede danosos ao sistema de distribuição como um todo.²⁴⁷

Na mesma linha, Ricardo Lorenzetti aponta o interesse associativo e a causa sistemática nos contratos constitutivos das redes empresariais, justificando sejam eles considerados de maneira grupal e finalística, não individual:

En la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de um negocio que requiere vários contratos unidos em sistema; la causa em estos supuestos vincula sujetos que son partes de distintos contratos situándose fuera del vínculo bilateral pero dentro del sistema o red contratual. Ello significa que hay una finalidade económico-social que transcende la individualidade de cada contrato y que constituye al razón de ser de su union; si se desequilibra la misma se afecta todo el sistema y no um solo contrato.²⁴⁸

²⁴⁵ Os autores destacam os seguintes elementos das redes contratuais: 1. A rede de contratos ocorre pela constituição de um conjunto de contratos. 2. O conjunto de contratos possui as seguintes características: (i) existência de contrato principal (ou determinado número de contratos principais) no qual o conjunto traça a globalidade do objetivo; (ii) contratos secundários ou terciários (e assim por diante) juntam-se, e o objetivo de cada qual – direta ou indiretamente – visa a alcançar o objetivo global; (iii) a rede de contratantes expande-se até que um número suficiente de contratantes esteja vinculado, pelas partes, para o principal contratante para que seja alcançado o objetivo global. (ADAMS, John N.; BROWNSWORD, Roger. *Privity and the concept of a network contract*. **Legal studies**, v.10, Bristol: Society of Legal Scholars 1990, p.12-37).

²⁴⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003, p.145.

²⁴⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.94.

²⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. t.II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p.60. Tradução livre: “Na conexão há um interesse associativo que é satisfeito através de um negócio que requer vários contratos unidos no sistema; a causa nesses casos liga sujeitos que são partes em contratos

A constatação desse propósito global da rede gera conexidade e interdependência entre os contratos,²⁴⁹ dotando-os de uma causa sistemática²⁵⁰, cuja finalidade transcende o plano individual, alcançando o coletivo. Seus contratos incorporam uma finalidade supracontratual que, reunida ao interesse compartilhado nesses contratos, ainda que aparentemente autônomos, representam a vantagem almejada pelos participantes.²⁵¹⁻²⁵²

diferentes, estando fora do vínculo bilateral, mas dentro do sistema contratado ou da rede. Isso significa que há uma finalidade econômico-social que transcende a individualidade de cada contrato e que constitui a razão de ser de sua união; se ela se desequilibra, afeta todo o sistema e não apenas um contrato”.

²⁴⁹ Rogério Zuel, aproveitando-se das fundamentais digressões de Ricardo Lorenzetti, bem explica a necessidade da visão sistemática, ora proposta, em relação à conexidade existente entre os contratos em rede: “A visão sistêmica desta relação contratual permite, segundo Ricardo Lorenzetti, identificar uma finalidade negocial supracontratual a justificar o nascimento e o funcionamento de uma rede, em função do surgimento de um grupo e não de uma união convencional de contratos a serem analisados a partir dos vínculos individuais. Daí se falar em deveres sistemáticos independentes de uma causa jurídica que integre diretamente os componentes da rede. O que não se pode desprezar é a existência de uma causa econômica impondo aos vínculos individuais um funcionamento como sistema. Trata-se, desta forma, de reconhecer a conexidade como pressuposto do funcionamento da rede contratual, diferentemente da integração, que resulta em vínculo estreito e asfixiante entre as partes que formalmente compõem o contrato.” (GOMES, Rogério Zuel. *A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais da contratação, contratos relacionados e redes contratuais*. **Revista de Direito do Consumidor** n.58, São Paulo: RT, 2006, p.26).

²⁵⁰ Sobre a noção de função econômica do contrato e causa-função, traz-se a elucidativa avaliação de Judith Martins-Costa: “Distingo a idéia de ‘função social’ da idéia de ‘função econômica’ ou ‘causa-função’ (Betti), não desmerecendo, contudo, a importância dessa última na Teoria dos Contratos, em que atua como critério auxiliar na definição do tipo e do regime jurídico, em especial nos contratos ‘em grupo’ ou ‘em rede’. Como se sabe, a idéia de função econômico-social do contrato, na acepção que começou com a doutrina de Emilio Betti (divulgada entre nós por Orlando Gomes), considera a causa econômico-social de um modo abstrato (isto é, a causa é sempre igual em todos os contratos do mesmo “tipo”). Posteriormente, essa doutrina evoluiu para se alcançar a idéia de ‘causa concreta’. Como afirma Guido Alpa, considera-se causa “in quanto ragione giustificativa dell’operazione economica, è un elemento logico-strutturale della veste giuridica in cui l’operazione è calata. Essa serve a spiegare le ragioni del vincolo e tante altre cose come i contratti atipici, i contratti misti e complessi, ecc”. (ALPA, Guido. *La causa e il tipo*. In: GABRIELLI, Enrico (Org.). **I contratti in generale**. Turim: UTET, 1999, p.513). Nesse sentido, a causa (como função econômico-social concreta, do particular negócio examinado) é útil instrumento para discernir entre a razão justificativa do ato, a função econômica do negócio e o intento prático das partes que muitas vezes não deve ser buscada no contrato, mas tem natureza sistêmica, supracontratual.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Notas sobre o princípio da função social dos contratos*. **Revista Direito GV**, v.1, n.1, maio 2005). Lorenzetti sobre a causa sistemática nas redes empresariais complementa: “El elemento que une al sistema es el interés, que, en cada contrato individual se revela jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio. La doctrina ha realizado el camino inverso, partiendo de cada contrato a fin de encontrar el elemento que lo une con los demás, señalando fundamentalmente, la causa. Nosotros partimos de la estrategia general del negocio, que da origen al sistema y que se traslada al contrato individual, en diversos elementos: la causa fin, la causa objetiva, las circunstancias, el objeto o el consentimiento. Es diferente el sistema de los contratos que lo integran, la causa del contrato de la del *sistema*, y *sin embargo*, hay nexos entre unos y otros.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. t.II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p.56). Tradução livre: “O elemento que une o sistema é o interesse, que é juridicamente revelado em cada contrato individual, na causa objetiva ou subjetiva, no consentimento, no objeto, ou nas bases do negócio. A doutrina fez o caminho oposto, começando com cada contrato, a fim de encontrar o elemento que o une aos demais, basicamente apontando a causa. Partimos da estratégia geral do negócio, que dá origem ao sistema e que é transferido para o contrato individual em vários elementos: a causa final, a causa objetiva, as circunstâncias, o objeto ou o consentimento. É diferente o sistema dos contratos que o integram, a causa do contrato do sistema e, no entanto, existem ligações entre eles.”

²⁵¹ Embora não se referindo especificamente às redes de distribuição, Antunes Varella ao analisar as relações contratuais, no âmbito dos *shopping centers*, entre o operador do centro comercial e os vários lojistas, identifica uma causa típica global nessa relação, como se vê, num raciocínio aplicável às redes de

A rede, conquanto possa ganhar as vestes de uma cadeia produtiva, possui estrutura e função diferente desta. Enquanto a cadeia opera de formula regular e vertical, organizando-se de modo sucessivo entre o membro inicial, o intermediário e o destinatário; na rede, o objetivo passa a ser a atuação coordenada e sistemática de seus membros. Não se trata de um objetivo concreto, pretendido pela celebração de diversos negócios, “mas a geração e o compartilhamento equânime de benefícios, custos e riscos que só é viável mediante a permanência de certo equilíbrio econômico na rede.”²⁵³

O exemplo utilizado por Ricardo Lorenzetti para se constatar essa diferença é ilustrativo:

se uma empresa vende a um distribuidor, estamos diante de uma relação de troca. Mas se constrói uma rede de distribuidores, todos devem atuar coordenadamente e, embora sejam contratos individuais, autônomos, existe algo que os une e que requer que funcionem conjuntamente.²⁵⁴

A interdependência entre os contratos, voltados ao propósito comum cria a causa sistemática, de caráter finalístico, consistente na promoção de bens e serviços ao mercado consumidor, de maneira coordenada entre os distribuidores, atuando sob a orientação do líder. Assim, diferentemente da mera pluralidade de contratos, os contratos integrantes das redes de distribuição marcam-se por (a) elos de interdependência; (b) causa sistemática e (c) existência de propósito comum.²⁵⁵

distribuição: “Uma das relações contratuais que, nos últimos tempos, maior polêmica tem suscitado na doutrina e na jurisprudência, quer no Brasil, quer em Portugal, acerca da sua qualificação como contrato *típico*, como contrato *misto* ou como contrato *atípico* ou *inominado*, é a nascida do contrato realizado entre o fundador do centro comercial (que na sua matriz de origem dá pelo nome *shopping center*) ou o *comerciante* ou *empresa organizadora* ou *exploradora do centro* e cada um dos lojistas que nele vai explorar determinado estabelecimento comercial.” (VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2000, p.297). “Segundo, porque o conjunto das prestações efectuadas ou prometidas pelo promotor do centro introduz no contrato uma *causa típica, global*, que não encontra tradução adequada em nenhum dos contratos típicos previstos na Lei, nem na junção de quaisquer deles. A única conclusão que pode assim extrair-se da análise do conteúdo do contrato para instalação do lojista no centro e do seu confronto com os contratos típicos regulados na lei civil é o de que se trata de um contrato *atípico* ou *inominado*.” (VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. v.I. Coimbra: Almedina, 2000, p.298).

²⁵² Rodrigo Xavier em seu trabalho seminal sobre as redes empresariais também identifica na unicidade da operação econômica que marca as redes contratuais, a causa sistemática, como objetivo concreto da rede, independente das causas individuais dos contratos que a formam: “A unicidade da operação econômica, que marca na realidade dos fatos o fenômeno aqui chamado de rede contratual, corresponde em termos técnico-jurídicos à noção de causa sistemática, em sentido objetivo e concreto, pertinente à rede. Deste modo, para além da causa de cada um dos contratos-elementos da rede, seria perceptível uma causa sistemática correspondente a uma função prático-social para o conjunto (sistema) de contratos diversa da função prático-social de cada um dos contratos individualizados (elementos do sistema). (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003, p.3).

²⁵³ KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.129.

²⁵⁴ KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.120.

²⁵⁵ “Esquemáticamente, a doutrina apresenta alguns fortes indícios para a diferenciação entre uma simples pluralidade de contratos e uma rede de contratos, mediante indicação pormenorizada de alguns fenômenos

Esses elementos²⁵⁶ trazem consequências internas e externas para a rede, em que – além das obrigações principais, acessórias e os deveres laterais e de proteção, referentes ao contrato individual – nascem deveres relacionados ao *interesse* e ao *propósito* da rede, que repercutem sobre o seu modelo organizacional e a tutela dessa coletividade.

8.1 O propósito comum e o interesse da rede: a tutela dos interesses coletivos e individuais no âmbito das redes

Verificar o interesse coletivo permite analisar os contratos de distribuição, sem que a noção de interesse comum/contraposto se limite à relação individual estabelecida entre o líder e o distribuidor, porém, alcance a esfera global. Trata-se de tríplice esfera de interesses: (i) o interesse individual de cada agente, (ii) o interesse comum que os une naquela estrutura, o qual, como resultado, dota a rede de um (iii) interesse próprio, coletivo, independente dos interesses individuais de seus participantes.

Não há dúvidas de que o interesse das partes é digno de tutela jurídica, mas o interesse da rede é também digno de tutela?^{257- 258}

Entendemos que sim. Ele consiste na força que estimula os membros a atuarem na persecução do propósito comum, cada um contribuindo para uma parcela do seu sucesso global, isto é, para fortalecer a rede, a despeito de seus interesses individuais.

pertinentes à unidade e ordem dos contratos-elementos em rede. A unidade dos elementos pertencentes ao sistema criado por uma rede contratual se dá mediante a averiguação objetiva dos seguintes requisitos: a) a conexão entre contratos; b) o surgimento de uma causa sistemática; e c) a verificação de um propósito comum.” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003, p.3).

²⁵⁶ A função econômica desses contratos (causa), no sentido Bettiano, embasa-se, em alguma medida, no *interesse geral* da rede. (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.I. Coimbra: Coimbra, 1969, p.329).

²⁵⁷ A noção de interesse da rede remete à discussão, da qual se tratará adiante, referente ao interesse da sociedade, personalizada ou não. Isso porque esse interesse coletivo, de certa maneira, além de possuir caráter descritivo, reveste-se de uma abstração jurídica, ao se atribuir interesse próprio a uma coletividade, quando, na verdade e em última análise, se está a discutir efeitos de atos humanos – não de entidades jurídicas. Ascarelli, Comparato e Calixto Salomão Filho pontuam: “nas relações em que é parte uma pessoa jurídica são sempre, em última análise, relações entre homens e dizem respeito, unicamente a interesses humanos.” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.304).

²⁵⁸ Antonio Pinto Monteiro, na mesma toada, em relação às redes de destruição, revela a necessidade de se proteger não apenas os interesses individuais, mas também os da rede: “os distribuidores são juridicamente independentes da outra parte – mas todos eles recebem instruções desta, aceitam suas orientações de política comercial, sujeitam-se ao seu controle e fiscalização, em ordem à sua (maior ou menor) integração em determinada rede comercial. Há assim uma relação de colaboração (mais ou menos) intensa e duradoura, através da qual se distribuem bens de marca, se promovem os negócios da outra parte e se defendem os seus interesses e os da rede em que o distribuidor se integra.” (MONTEIRO, Antonio Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p.74).

O emprego de recursos humanos e materiais, em escala, alocados à sua finalidade comum, permite à rede realizar seu propósito e desenvolver-se em ritmo distinto de seus participantes. Cada distribuidor responde à satisfação de seus interesses pessoais, mas também a outro, de ordem coletiva ligada à rede, contribuindo para o fundo de comércio global, que se consubstancia na valoração da marca e na interpenetração de produtos e serviços no mercado consumidor. Esse fundo de comércio liga-se aos participantes da rede, ao produtor, e à coletividade de seus membros, de forma independente, mas concatenada. A reputação da marca e a qualidade dos serviços e produtos oferecidas pela rede, fruto da especialização e do desenvolvimento empresarial de seus agentes, beneficia a todos, mais ou menos competentes. A recíproca é igualmente verdadeira: a conspurcação da marca e dos produtos e serviços oferecidos prejudica a todos os seus membros. Do mesmo modo, a qualificação e a especialização isolada de um distribuidor pode alavancar suas atividades independente do desenvolvimento da rede.²⁵⁹

Segundo Paula Forgioni, o interesse geral da rede sobrepõe-se aqueles individuais de seus integrantes e se presta a impor limites ao exercício dos direitos assegurados às partes.²⁶⁰ Nessas circunstâncias, se a finalidade econômico-social dos contratos em rede, que constitui a razão de ser de sua união, se desequilibra, todo o sistema é afetado e não apenas um contrato.²⁶¹ Ricardo Lorenzetti, em idêntica toada, reflete:

por exemplo: o que acontece se um contratante exige algo justo para ele mas excessivamente custoso para o conjunto? Estes custos serão suportados pelo sistema e por cada um dos contratantes. A causa contratual permanece indene, mas a causa sistemática se desequilibra.

²⁵⁹ AMIEL-COSME, Laurence. La theorie institutionelle du reseau. In: GUYON, Yves. **Aspects actuels du droit des affaires**, Paris: Dalloz, 2013, p.19.

²⁶⁰ Amiel-Cosme, em sua extensa pesquisa sobre as redes de distribuição também é categórica a respeito do interesse coletivo da rede: “ninguém pode negar a existência de interesses coletivos, partilhados entre todos os membros da rede.” (AMIEL-COSME, Laurence. La theorie institutionelle du reseau. In: GUYON, Yves. **Aspects actuels du droit des affaires**, Paris: Dalloz, 2013, p.18).

²⁶¹ “Atualmente, propõe-se a existência de um *interesse geral da rede*, que se sobrepõe àqueles egoísticos de seus integrantes e se presta a impor limites ao exercício dos direitos assegurados às partes. Uma espécie de “interesse associativo que se satisfaz por meio de um negócio que requer vários contratos unidos no sistema”, reconhecendo a existência de uma “finalidade negocial supracontratual que justifica o nascimento e o funcionamento de uma rede”. “As redes apresentam um nexu vinculado à colaboração entre as partes que a integram. O elemento unificador é a conexidade, que devemos diferenciar claramente da integração total ou parcial, de natureza societária. A referida conexidade é um componente que fundamenta a existência de elementos próprios da rede como causa sistemática, a finalidade supracontratual e a reciprocidade sistemática das obrigações [...], de modo que as partes têm entre si obrigações principais, acessórias e deveres secundários de conduta”, relacionados ao sistema que integram. Existe uma “finalidade econômico-social que transcende a individualidade de cada contrato e que constitui a razão de ser de sua união; se a mesma se desequilibra, todo o sistema é afetado e não apenas um contrato”. Alguns autores chegam a mencionar a existência de uma *affectio cooperandi*, a serviço de um interesse comum dos integrantes da rede.” (FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.94).

A Lei Ferrari, embora restrita aos contratos de concessão comercial de veículos automotores de via terrestre, prevê de modo pioneiro, a necessidade de se resguardar os interesses da rede de distribuição, conforme se extrai do seu artigo 16:

Artigo 16. A concessão compreende ainda o resguardo de integridade da marca e dos interesses coletivos do concedente e da rede de distribuição, ficando vedadas:

I – prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios;

II – exigência entre concedente e concessionário de obrigação que não tenha sido constituída por escrito ou de garantias acima do valor e duração das obrigações contraídas; e

III – diferenciação de tratamento entre concedente e concessionário quanto a encargos financeiros e quanto a prazo de obrigações que se possam equiparar.

A Lei de Franquia não possui previsão expressa semelhante. No entanto, a combinação de seus artigos 2º e 3º, XII, ‘a’ confere a noção da atuação sistemática da rede e poderes de supervisão do franqueador. Os contratos de distribuição empresarial, por seu turno, não possuem nos moldes aqui tratados tipificação legal. Não menos por isso negar-se-ia a tutela do interesse da rede. A nosso ver, o interesse da rede e a necessidade de sua tutela surgem, independentemente de previsão legal, porém em virtude da identificação da interdependência, causa sistemática e propósito comum que permeiam os contratos em rede.

A presença desses elementos, a configurar as redes de distribuição, importa em deveres adicionais aos participantes da rede, nas suas relações contratuais, ligados não à relação individual, mas ao sistema ao qual integram.

9 O DEVER DAS PARTES NO ÂMBITO DOS CONTRATOS NAS REDES DE DISTRIBUIÇÃO À LUZ DO PROPÓSITO COMUM

A problemática atinente aos deveres das partes nas redes empresárias ainda se encontra em estágio embrionário, caminhando a doutrina para delinear seus contornos.²⁶² Em seu mais recente livro sobre a teoria geral dos contratos empresariais, Paula Forgioni apresenta a seguinte reflexão:

O fenômeno das redes contratuais gera várias preocupações nas esferas do direito comercial e concorrencial. Até que ponto é lícita a discriminação entre os membros da rede pelo líder? O dever de boa-fé impõe o tratamento equânime entre todos os participantes? Quais as obrigações do líder e de cada um dos participantes perante a rede? Com a difusão das redes esse tipo de questionamento apresenta-se cada vez mais aos operadores do Direito.²⁶³

Gunther Teubner, por seu turno, propõe indagação sobre o alcance e a intensidade dos deveres de cooperação e de lealdade das partes nas redes empresariais, questionando quais deveres de conduta surgem no âmbito da rede, no qual as esferas coletivas se sobrepõem às individuais:

Network purpose then becomes the yardstick, according to which the intensified duties of loyalty that arise out of multilateral networking of bilateral contracts can be identified and constituted.

The doctrine of long-term contracts has already identified its own intensified duties of loyalty, which apply in contexts in which bilateral co-operation overlays antagonistic exchange relations. Largely uncontroversial, this doctrine need not to be examined in detail here. Instead, the more controversial notion of multilateral networking grabs our attention. Which intensified duties of loyalty arise out of network process whereby individual spheres are overlain by collective spheres? This is the exact point at which the legal category of network propose comes into play.²⁶⁴

²⁶² Como aponta Paula Forgioni, “A preocupação dogmática com os contratos em rede é relativamente recente a doutrina caminha para delinear seus contornos”. (FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.80).

²⁶³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: RT, 2015, p.74.

²⁶⁴ TEUBNER, Gunther. **Network as connected contracts. International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.186-190. Nesse sentido, o autor lista os seguintes deveres de modo não exaustivo: (i) Duties of the network centre to disclose information; (ii) Confidentiality duties; (iii) non-discrimination; e (iv) loyalty duties to all the network; e (v) termination rights. Tradução livre: “A finalidade da rede torna-se, então, o critério segundo o qual os deveres intensificados de lealdade, que surgem da rede multilateral de contratos bilaterais, podem ser identificados e constituídos. A doutrina dos contratos de longa duração já identificou seus próprios deveres intensificados de lealdade, que se aplicam em contextos nos quais a cooperação bilateral se sobrepõe a relações de troca antagônicas. Em grande parte incontroversa, essa doutrina não precisa ser examinada em detalhes aqui. No entanto, a noção mais controvertida de rede multilateral chama a nossa atenção. Que deveres intensificados de lealdade surgem do processo de rede, em que as esferas coletivas prevalecem sobre as esferas individuais? Este é o ponto exato em que a categoria jurídica de proposta de rede entra em jogo.”

Já Ricardo Lorenzetti, cotejando as redes empresariais com os contratos de sociedade, explica que a finalidade contratual existente nas redes empresariais de distribuição dá origem a obrigações principais, acessórias e a deveres laterais de conduta, por força dos contratos celebrados, mas também a um plexo de deveres em relação ao sistema ao qual pertencem:

En las relaciones internas, las redes presentan un nexo que está vinculado a la colaboración entre las partes que la integran. El elemento unificador es la conexidad, que debemos diferenciar claramente de la integración total o parcial, de naturaleza societaria. La referida conexidad es un componente que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistemática, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistemática de las obligaciones. Asimismo, da origen a obligaciones sistemáticas, de modo que las partes tienen entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta, y además, deberes referidos al sistema que integran.²⁶⁵

De modo geral, relevantes estudos publicados até o momento tendem a reconhecer um *interesse geral* da rede nos contratos que a constituem, como fenômeno concatenado à presença do propósito comum global e causa sistemática dos contratos em rede. Suas implicações, no entanto, notadamente os deveres das partes, são ainda pouco discutidas. Alguns autores reconhecem o dever genérico dos participantes atuarem em prol do interesse comum da rede. Outros, em complemento, sustentam a necessidade de se coibir comportamentos egoísticos, danosos ao sistema como um todo, seja por parte do líder ou dos demais participantes, ainda que geradores de ganhos sob a perspectiva individual. De outra ponta, há estudos ressaltando que o dever de cooperação não pode importar em sacrifícios individuais, devendo-se limitar aos casos em que há ganhos para ambas as partes – *win win situations* – pois, nas redes, não se constitui relações fiduciárias entre os agentes.

Examina-se, primeiramente, a opinião de alguns autores a respeito do dever de conduta geral das partes nas redes empresariais, no confronto entre seus interesses individuais e o coletivo da rede, antes de se passar à nossa proposição.

²⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor** v.28, São Paulo: RT, out.-dez. 1998, p.89-90. Tradução livre: “Nas relações internas, as redes apresentam um nexo que está ligado à colaboração entre as partes que o compõem. O elemento unificador é a conexão, que devemos claramente diferenciar da integração total ou parcial, de natureza societária. Essa conexão é um componente que fundamenta a existência de elementos próprios da rede como a causa sistemática, o propósito supracontractual e a reciprocidade sistemática das obrigações. Da mesma forma, dá origem a obrigações sistemáticas, de modo que as partes têm, entre si, obrigações principais, deveres acessórios e secundários de conduta e, também, deveres relacionados ao sistema que compõem”.

9.1 O posicionamento da doutrina quanto ao dever das partes nas relações em rede

Principia-se por Hugh Collins em sua famosa monografia sobre a regulação dos contratos. O autor, ao examinar os contratos híbridos em rede, aponta que o líder, como corolário do dever de agir em boa-fé, deve tomar decisões visando maximizar os ganhos globais da organização, beneficiando a todos os membros:

In the example of Hybrids, the duty [*to perform contracts in good faith*] would require the dominant member of the organization to make decisions based upon rational business considerations aimed at maximizing the joint profits of all members of the organization.²⁶⁶

Rodrigo Xavier Leonardo sustenta que as redes contratuais impõem efeitos jurídicos próprios aos contratos voltados à manutenção da rede, coibindo-se às partes integrantes desse sistema, no afã de satisfazer seus interesses egoísticos, praticar condutas contrárias aos objetivos mínimos de estabilidade, persistência temporal e equilíbrio do sistema, que poderiam causar prejuízos aos demais integrantes:

A teoria das redes contratuais não passaria de uma mera especulação cerebrina caso não propiciasse o surgimento de efeitos jurídicos próprios. Na medida em que a relação jurídica é vislumbrada como processo, reconhece-se nessa relação mais do que um plexo de direitos e de deveres voltados ao simples adimplemento das prestações irradiadas de cada um dos contratos. Verifica-se, deste modo, um conjunto de direitos e deveres próprios à manutenção da rede constituída, conforme os princípios de honestidade e probidade que iluminam todo o direito das obrigações (artigos 113, 187 e 422 do CC brasileiro). Uma vez que esse plexo de direitos e deveres é voltado para o regramento da conduta devida pelas partes (não sendo destinado propriamente, portanto, ao adimplemento da prestação principal), convencionou-se utilizar a expressão “dever lateral” para indicar que se trata de deveres que surgem lateralmente, ou seja, ao lado do plexo de direitos e deveres principais e acessórios imantados pela fase do adimplemento. Seria um contra-senso aceitar que uma parte contratante que integra um sistema de contratos no qual se processualiza uma relação em sentido amplo – no afã da satisfação de seus interesses egoísticos – venha a praticar condutas contrárias aos objetivos mínimos de estabilidade, persistência temporal e equilíbrio próprios a todo e qualquer sistema, causando prejuízos aos demais integrantes do conjunto relacional.²⁶⁷

²⁶⁶ COLLINS, Hugh. **Regulating contracts**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p.253. Tradução livre: “No exemplo de Híbridos, o dever [de celebrar contratos com boa-fé] tornaria necessário que o membro dominante da organização tomasse decisões fundadas na lógica econômica visando maximizar os lucros de todos os membros da organização.”

²⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**, v.832, São Paulo: RT, 2005, p.104.

Já Clayton Gillete avalia que as redes contratuais permitem aos seus integrantes criar relações de cooperação, aumentando seus ganhos globais. Por esse motivo, o desenho dos contratos nas redes deve incentivar a cooperação e reprimir comportamentos egoísticos, por parte de seus membros. Segundo o autor, no exame do dever de conduta das partes, deve-se considerar o propósito da rede e exigir a cooperação mútua entre os participantes, ainda que não prevista explicitamente nos contratos celebrados:

Contractual networks allow participants to create relationships within which parties can commit to cooperate when doing so maximizes their joint value. As a matter of contract design, therefore, one would expect to see clauses that mandate cooperation to effect joint maximization either by reducing parties' incentives to act in a self-interested manner that diminishes the value of the network or by solving a coordination problem. An examination of bilateral contracts within credit card network bears out that prediction. But transaction costs complicate the ability to include all participants within a single contract. That transactional difficulty, however, should not be allowed to defeat the ultimate, value-enhancing function of the network. Instead, those charged with interpretation of contracts should take the presence and purpose of the network into account in determining the reach of explicit obligations and should vindicate the intent of all participants by imposing cooperative obligations under the same circumstances in which parties would have required them if explicit contract had been available.²⁶⁸

Roger Brownsword sugere a construção de princípios cooperativos para os contratos em rede – especificamente o de franquia empresarial – e uma interpretação da intenção das partes, considerando a função global do agrupamento dos contratos em rede:

What would we say about heightened obligations in commercial networks such as franchise schemes? For example, what would we say about a case such as Apollo (Optik) where a number of German courts were faced with fixing the extent of the franchisor's responsibility to pass on to franchisees the benefit of discounts negotiated by the former with suppliers to the network. The Federal High Court eventually ruled in favour of the claimant franchisees, holding that multilateral connectivity within the franchise may create an obligation to pass on

²⁶⁸ GILLETE, Clayton P. Contractual networks, contract design and contract interpretations: the case of credit cards. In: GRUNDMAN, Stefan; CAFAGGI, Fabrizio; VETTOI, Giuseppe. **The organizational contract, from exchange to long-term network cooperation in european contract law**. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, p.119-120. Tradução livre: “As redes contratuais permitem que os participantes criem relações nas quais cada um pode se comprometer a cooperar somente quando isso for capaz de maximizar seu valor conjunto. Desse modo, no que diz respeito à estrutura do contrato, seria de se esperar cláusulas que determinassem a cooperação entre seus integrantes, a fim de efetivar essa maximização conjunta, seja reduzindo os incentivos das partes para agir de uma maneira autointeressada que diminua o valor da rede, seja resolvendo um problema de coordenação. Um exame dos contratos bilaterais na rede de cartões de crédito confirma essa previsão. Contudo, fato é que os custos de transação dificultam a capacidade de se incluir todos os participantes em um único contrato. Essa dificuldade transacional, no entanto, não deve prevalecer sobre a função primordial de aprimoramento do valor final da rede. Em vez disso, os responsáveis pela interpretação dos contratos devem considerar a presença e o propósito da rede ao determinar o alcance de obrigações explícitas, e ainda buscar saber quais são as intenções de todos os participantes, impondo-se, assim, obrigações de cooperação nas mesmas circunstâncias nas quais as partes teriam exigido caso o contrato explícito estivesse disponível.”

advantages to members of the network. Given the current state of English law, this might be a case in which there is an argument for building such cooperative principles into the default rules for this class of contracts (a development that might be assisted by a less hostile view of good faith and fair dealing). But, irrespective of this, if the express intention of the parties or if the implicit practice of franchising discloses a contextually supported reasonable expectation of cooperative benefit-sharing, this kind of network effect should be applied (possibly by way of interpretation or through an implied term).²⁶⁹

Já a compilação dos princípios do direito europeu (*principles of european law*) relacionados aos contratos de agência comercial, distribuição e franquia prevê algumas regras sobre a necessidade de cooperação entre as partes. A primeira, prevista no artigo 1:202²⁷⁰, estabelece:

²⁶⁹ BROWNSWORD, Roger. Contracts with network effects: is the time now right? In: GRUNDMAN, Stefan; CAFAGGI, Fabrizio; VETTOI, Giuseppe. **The organizational contract, from exchange to long-term network cooperation in european contract law**. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013, p.170. Tradução livre: “O que diríamos sobre obrigações aumentadas em redes comerciais como as de franquia? Por exemplo, o que diríamos sobre um caso como o Apollo (Optik), em que vários tribunais alemães se depararam com a necessidade de fixar a extensão da responsabilidade do franqueador ao repassar ao franqueado os benefícios dos descontos negociados com os fornecedores da rede. A Suprema Corte acabou decidindo em favor dos franqueados demandantes, sustentando que a conectividade multilateral dentro da franquia pode criar uma obrigação de repassar vantagens aos membros da rede. Dado o estado atual da lei inglesa, este poderia ser um caso em que há fundamento para se construir tais princípios cooperativos nas normas gerais desse instituto contratual (um desenvolvimento que poderia ser auxiliado por uma visão menos hostil da boa-fé e justa negociação). Mas, independentemente disso, se a intenção expressa das partes ou se a prática implícita da franquia demonstrar uma expectativa razoável, contextualmente apoiada, de compartilhamento de benefícios cooperativos, esse tipo de efeito da rede deve ser aplicado (possivelmente por meio de interpretação ou através de um termo implícito).”

²⁷⁰ Os comentaristas do dispositivo argumentam: “Co-operation is essential to commercial agency, franchise and distribution contracts and indeed to most other long-term commercial contracts. Each party heavily depends on the other party's co-operation for attaining its objectives. The obligation spelled out here explicitly recognises that the parties to such contracts are under an intense obligation to co-operate actively and loyally in order to achieve the objectives for which the contract was concluded. Indeed, many (if not most) of the specific obligations spelled out in these Principles (both in this Chapter 1 (General Provisions) and in Chapter 2 (Commercial Agency), Chapter 3 (Franchise) and Chapter 4 (Distribution)), may be regarded as special instances of this general intense obligation to co-operate actively and loyally (e. g. specific obligations relating to information, assistance, instructions, supervision, confidentiality et cetera). In addition to these specific rules, this Article makes sure that both parties are, more generally, under this intense duty to co-operate which may be the source of other specific duties to be established and further elaborated by the courts and arbitrators. Although the intensity of the required co-operation may vary among them (it is usually strongest in franchise contracts), the obligation to co-operate in commercial agency, franchise and distribution contracts is distinctly more intense than in most other contracts. The general duty to co-operate in order to give full effect to the contract, which each party to any contract owes to the other according to Article 1:202 PECL, is mainly limited in some contracts (e. g. most sales contracts) to 'a duty to allow the other to perform its obligations and thereby earn the fruits of performance stipulated in the contract' (see Article 1:202 PECL, Comment A (p. 119)), which is similar to the doctrine of *mora creditoris* in many civil law countries.”(HESELNICK, Martijn; RUTGERS, Jacobien; DIAZ, Odavia; SCOTTON, Manola; VELDMAN, Muriel. **Principles of european law: commercial agency, franchise and distribution agreements**. Oxford: Oxford Press, 2006, p.107). Tradução livre: “A cooperação é indispensável aos contratos de agência comercial, de franquia e de distribuição, além de outros contratos comerciais de longo prazo. Cada parte depende inteiramente da cooperação da outra para atingir seu objetivo. Esse dever pressupõe que as partes dos referidos contratos estão sujeitas a uma obrigação para cooperarem ativamente e lealmente sempre visando alcançar os objetivos do contrato”. O artigo certifica que ambas as partes estão, genericamente, incumbidas do dever de

Artigo 1:202: Cooperação

(1) Nos contratos de agência comercial, franquia e distribuição e em outros contratos comerciais de longa duração, a obrigação de cooperar (artigo 1:202 PECL) é fundamental e particularmente intensa. Ela requer que a partes, em particular, colaborem leal e ativamente e que coordenem seus respectivos esforços no intuito de alcançar os objetivos do contrato.

(2) As partes não podem liberar-se dessa disposição.

No caso das redes de franquia, a regra, em seu artigo 3:207²⁷¹ *Reputation of Network and Advertising*, estabelece:

cooperação, que pode ser considerado a fonte de deveres mais específicos que serão estabelecidos e elaborados em momento futuro pelos tribunais arbitrais. Muito embora a intensidade da cooperação possa variar entre as espécies de contratos, a obrigação de cooperação concernente aos contratos de agência comercial, de franquia e de distribuição é mais intenso do que se comparado às outras espécies de contratos. Para que se possa concretizar os efeitos do contrato, o dever geral de cooperação é limitado em alguns contratos (como, por exemplo, os de compra e venda) à obrigação de permitir à outra parte o desempenho de suas obrigações e, conseqüentemente, a colheita dos frutos dessa performance, o que se assemelha à doutrina de *mora creditors* presente em muitos dos países que adotam o sistema jurídico romano-germânico.”

²⁷¹ Os comentaristas afirmam a respeito desses preceitos: “Under this provision the franchisor must make reasonable efforts to promote and maintain the network. These efforts include maintaining the good reputation of the intellectual property rights related to the franchise business. In the same manner it requires the observation of due diligence in assuring that the know-how is up-dated and is in conformity with the relevant circumstances. The maintenance of such a common reputation also depends on the extent to which uniformity is preserved. Such uniformity is achieved when all the members within the network follow the common guidelines for conducting the business. All these aspects, pursuant to this provision, fall under the franchisor's control. In addition, the franchisor must actively promote the business. Paragraph 2 stresses the importance of advertising as a crucial activity in maintaining the good reputation of the network. Since the success of a franchise business largely depends on the appeal of the formula and the trademark, the franchisor must make reasonable efforts to promote the franchise chain through advertising campaigns. The advertising efforts, the costs of which are to be borne by the franchisor, point to the activities of design and coordination of the campaigns followed by the members of the network (Paragraph 3). This Article does not include advertising campaigns where the initiative is taken by the franchisee as an independent entrepreneur and which are intended to promote the franchisee outlet on a local level. **Interests at Stake and Policy Considerations.** The reputation and image of the franchisor's method of business with respect to consumers attract businesses which are interested in adopting the same formula in order to have a high possibility of making a profit. The economic profitability of the franchise business for both franchisor and franchisee depends on the maintenance of the good reputation and image of the network towards consumers. Therefore, both parties' activities will be aimed at maintaining the good reputation of the network. Since the franchisor is in the position to exercise control over the intellectual property rights and know-how related to the business concept and especially over the activities of the members of the network, it is for the franchisor to devote reasonable efforts to promote and maintain the good reputation of the network, especially by guaranteeing a uniform operation of the business formula by the franchisees in the network. The maintenance of the good reputation of the network necessarily requires an adequate promotional activity to be carried out by the franchisor in co-ordination with all franchisees to guarantee a common image in the eyes of the public.” (HESSELNICK, Martijn; RUTGERS, Jacobien; DIAZ, Odavia; SCOTTON, Manola; VELDMAN, Muriel. **Principles of european law: commercial agency, franchise and distribution agreements.** Oxford: Oxford Press, 2006, p.243). Tradução livre: “Nesta previsão, o franqueador deve se comprometer a desenvolver todos os esforços possíveis para promover e manter a rede. Esses esforços incluem a manutenção da boa reputação da propriedade intelectual relativa ao *business*. Da mesma forma, requer a observância de *due diligence* para assegurar que o *know-how* está atualizado e em conformidade com as circunstâncias relevantes. A manutenção da boa reputação também depende da preservação da padronização, que é alcançada quando todos os membros da rede seguem as mesmas diretrizes para a condução do negócio. Todos esses aspectos derivam do controle exercido pelo franqueador. O segundo parágrafo ressalta a importância do marketing como sendo uma atividade crucial na preservação da boa reputação da rede. Já que o sucesso da franquia depende, em grande escala, da marca, o franqueador precisa promover a cadeia de franquias por meio de campanhas publicitárias. Os esforços de publicidade, cujos custos devem ser

Artigo 3:207: Reputação da Rede e Publicidade

- (1) O franqueador deve realizar esforços razoáveis para promover e manter a reputação da rede de franquias.
- (2) Em particular, o franqueador deve conceber e coordenar as campanhas publicitárias adequadas à promoção da rede de franquias.
- (3) As atividades de promoção e manutenção da reputação da rede de franquias devem ser desenvolvidas sem cobrança adicional ao franqueado.

Claudineu de Melo, por seu turno, seguindo sua concepção de que os contratos de distribuição se afiguram plurilaterais, registra a importância dos comportamentos das partes em prol do escopo comum, a despeito dos seus interesses individuais:

Pois sendo a distribuição um sistema de colocação de produtos, no mercado consumidor, mediante a utilização de vários canais regionalizados, há que se ter em conta uma certa uniformização da conduta dos participantes, sob pena de se esfalçar o objetivo colimado. O comportamento regular e homogêneo da rede de distribuição, em conformidade com as linhas mestras traçadas pelo fabricante, é pressuposto ao sucesso do empreendimento conjunto. Ao contrário, a completa liberdade no proceder poderia gerar ou facilitar a geração de objetivos conflitantes entre os distribuidores, que, em dado momento, alhear-se-iam, dos objetivos traçados pelo fabricante, fazendo prevalecer o seu próprio, até mesmo contra os interesses da distribuição como um todo.²⁷²

Especificamente em relação às redes de distribuição, Iso Chaitz Scherkerkewitz explica que o distribuidor ao se integrar à rede não pode agir de forma isolada e autônoma, devendo sacrificar parte de sua liberdade individual, para ganhar em conjunto com os demais membros. Ressalta, ainda, que uma conduta inadequada por parte de um distribuidor poderá impor perdas a toda a rede de distribuição:

Deve interagir com os outros distribuidores obedecendo às diretrizes comuns e consequentemente políticas comerciais comuns, mesmo porque, caso um dos distribuidores não mantenha uma conduta adequada e uniforme, haverá uma perda para toda a rede de distribuição, cujos produtos distribuídos poderão ficar com a marca arranhada, acarretando prejuízos financeiros diretos e indiretos.

[...]

A incorporação à rede de distribuição transferirá para outra empresa a autoridade para decisões, porém essa transferência acarretará, pelo menos em tese, um

suportados pelo franqueador, apontam para as atividades de design e coordenação das campanhas seguidas pelos membros da rede (Parágrafo 3). Este artigo não inclui campanhas publicitárias onde a iniciativa é tomada pelo franqueado como um empresário independente e que se destinam a promover a saída do franqueado em nível local. **Interesses em jogo e considerações gerais de política.** A reputação e a imagem do modelo de negócios do franqueador atraem outros negócios que estão interessados em adotar a mesma fórmula, para que tenham a possibilidade de lucrar. A probabilidade de lucro do negócio de franquias para ambos o franqueador e o franqueado depende na manutenção da boa reputação e imagem da rede em relação aos consumidores. Portanto, as atividades de ambas as partes devem visar a manutenção da boa reputação da rede. Uma vez que o franqueador se encontra na posição de exercer controle sobre a propriedade intelectual e *know-how* referente ao conceito de negócio e especialmente sobre as atividades dos membros da rede, o franqueador deve fazer os esforços necessários para promover e manter a boa reputação da rede, especialmente através da garantia de uma operação padronizada do modelo de negócio dos franqueados. A manutenção da boa reputação do *network* requer, necessariamente, a cooperação entre o franqueador e o franqueado, para que ambos possam garantir a imagem do *business* perante o público consumidor.”

²⁷² MELO, Claudineu de. **Contratos de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 89-90.

aumento na eficiência e nos ganhos, sendo que cada membro da rede está disposto a sacrificar parte de sua liberdade individual para ganhar em conjunto.²⁷³

[...]

Havendo a necessidade da coordenação de ações e de os distribuidores acolherem e seguirem a política de comercialização e valorização da marca imposta pelo produtor, existe a obrigação do produtor de fiscalizar adequadamente cada um de seus distribuidores, sob pena de, não o fazendo, eventualmente vir a causar com a sua omissão um dano à sua própria marca e a toda a rede de distribuição, fato que não é querido e aceitável pelos outros distribuidores²⁷⁴.

Calixto Salomão Filho, em parecer específico sobre o contrato de franquia, argumentou que os contratos de franquia empresarial, no âmbito das redes, são orientados a uma finalidade econômica comum e que a desvinculação de qualquer dos participantes desse propósito comum pode caracterizar ato abusivo (desvio de função):

Sendo todos os vários contratos orientados a um fim econômico comum (o que, como se verá, os qualifica como contratos conexos; v. *infra* 114 e ss.), a desvinculação de qualquer um deles desse objetivo econômico comum caracterizará o abuso.

Dessa forma, a exigência de valores individuais excessivos nos vários contratos celebrados dentro da relação de franquia caracteriza também o abuso de preços.²⁷⁵

Para Paula Forgioni, comportamentos dos membros que afetem à rede como um todo devem ser rechaçados:

Coíbem-se os abusos do líder, ao mesmo tempo em que se descartam comportamentos dos integrantes da rede danosos ao sistema de distribuição como um todo.²⁷⁶

Como se vê, a doutrina, nacional e estrangeira, em geral, defende a necessidade de os participantes agirem em prol do objetivo global da rede, muitas vezes alçando-o acima de seus interesses individuais. Isso porque, o adimplemento de cada membro beneficia não apenas a contraparte singular, mas indiretamente todos os integrantes da rede, realizando a finalidade supracontratual. Do mesmo modo, o inadimplemento poderá prejudicar a todos, especialmente se gerar um desequilíbrio econômico a esse delicado sistema.

Em termos de proposta legislativa, o *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*²⁷⁷ – resultante de amplo estudo e pesquisa nos países integrantes da União Europeia – ao

²⁷³ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição**. São Paulo: RT, 2011, p.79-80.

²⁷⁴ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição**. São Paulo: RT, 2011, p.80.

²⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência** – estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002, p.120.

²⁷⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.94.

estabelecer os princípios gerais aplicáveis aos contratos de distribuição (*lato sensu*) e de franquia, prescreveu o intenso dever de cooperação e lealdade entre as partes contratantes como cláusula inderrogável desse tipo de contrato. O estudo ressaltou, todavia, que o dever de cooperação não obriga a parte a agir contrariamente aos seus interesses individuais, aplicando-se apenas aos casos em que houver ganhos concomitantes aos envolvidos (*win win situations*):

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

C. Relation to general obligation to co-operate For contracts within the scope of this Part the duty to co-operate which is contained in III.– 1:104 (Co-operation) is particularly intense. It is not sufficient for a party to a commercial agency, franchise or distribution contract to passively allow the other party to perform its obligations and thereby earn the fruits of performance stipulated in the contract (see III.– 1:104 Comment A). Rather, the parties should collaborate actively and loyally in order to achieve the objectives for which the contract was concluded. In order to avoid any doubt, this Article says so explicitly.

D. Co-operate actively and loyally In a commercial agency, franchise and distribution contracts, and similar marketing relationship contracts, a party must do more than merely refrain from obstructing the other party's performance. In such contracts each party must collaborate actively and make a serious effort to achieve the objectives for which the contract was concluded. These objectives include, first of all, those that are common but may also include individual objectives. **However, a party is not under an obligation to act contrary to its own interests. In other words, the obligation to co-operate actively and loyally is meant to achieve win-win situations. Moreover, the obligation to co-operate loyally does not turn the contractual relationship into a fiduciary relationship in the sense of the law of trusts.** The obligation to co-operate implies an obligation for principals, franchisors and suppliers to treat their commercial agents, franchisees and distributors equally. Thus, the principal, the franchisor and the supplier must not discriminate against – i.e. make any unjustified distinction between – their commercial agents, franchisees and distributors, neither during the pre-contractual stage nor during the performance of the contract. Similarly, a commercial agent, a franchisee (e.g. in shop corner franchising) or a distributor, who has contracts with more than one principal, franchisor or supplier, must not make any unjustified distinction between them.²⁷⁸

²⁷⁷ O Draft Common Frame of Reference consistiu no trabalho carreado pelo Study Group e Acquis Group, com o objetivo de harmonizar o direito privado na Europa, a fim de servir de diretriz para legislações domésticas, com foco específico no direito contratual.

²⁷⁸ Notes obligation to co-operate 1. According to the case law, legal doctrine, standard contracts and codes of conduct in the Member States, the obligation to co-operate is the main obligation of both parties. 2. Under German, Greek, Italian, Dutch and Spanish law there are no specific rules for marketing relationship contracts in this respect. However, an obligation to co-operate follows from the general principle of good faith under these legal systems. In most legal systems the obligation to co-operate has not been defined clearly. However, it has been accepted that in the case of long-term commercial contracts, such an obligation is more intense than in other contractual relationships. 2307 (Germany: Handkommentar-BGB, §242 BGB no. 14; Greece: artigo 288 AK; Italy: CC artigos 1175, 1375, Cass. civ., sez. lav., 8-2-1999, n. 1078, Contratti, 1999, 1019; Cass. civ., sez. I, 20-4-1994, n. 3775, Gius., civ., 1994, I, 2159; Netherlands: Asser-Hartkamp 4-II, no. 307 ff; Poland: CC artigo 760 in the case of commercial agency; Spain: artigo 57, Móxica Román, La Ley del Contrato de Agencia (2000), p. 23, in particular concerning commercial agency: artigo 9, para 1 (agent) and artigo 10, para 1 (principal) LCA, for franchise contracts. However, although the LCA imposes on the agent the obligation of following the instructions of the principal, the limit of that obligation is the independence of the agent (artigo 9.2.c LCA). 3. Under Finnish law the obligation to co-operate was

introduced to contract law by legal scholars who were experienced in commercial arbitration. The obligation to cooperate is connected with the general discussion concerning the doctrine of loyalty (Muukkonen (1975), Taxell (1972) 1977, Ämmälä (1994), Häyhä (1991); Mähönen (2000)). The FINNISH doctrine of loyalty corresponds with the principle of good faith and fair dealing. Both district and appellate courts refer to the loyalty principle in their case reports. However, there is only one case in which the Supreme Court has accepted the principle of loyalty according to scholarly opinions (KKO 1993:130). 4. In Swedish law there is no general statutory obligation to co-operate with respect to agency, distribution and franchising contracts. However, according to §§5(1) and 7(1) Hal both the commercial agent and the principal must act dutifully and in good faith. This probably includes an obligation to co-operate. 5. In English general law an obligation to co-operate is imposed where this is necessary in order to give business efficacy to the agreement (The Moorcock (1889) 14 PD 64, Court of Appeal). Beyond this, it is difficult to identify the precise extent of the obligation. However, it has been strongly recognised in employment contracts (Secretary of State for Employment v. Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (No. 2) [1972] 2 QB 455) which bear some analogy with long-term marketing relationship contracts. Various commentators have argued that co-operative behaviour in long-term contracts maximises returns and should be underpinned by default law, see e.g. Baird (1990) 583. However, as to franchising contracts, express terms providing for ongoing co-operation would appear to be common, see e.g. Adams/Prichard Jones Precedent I, which includes obligations on the part of the franchisor to offer to the franchisee both consulting services (Clause 6.12) and general support (Clause 6.19), and on the part of the franchisee, “to work diligently to protect and promote the interests of the Franchisor”, (Clause 7.12), and, “in all matters to act loyally and faithfully toward the Franchisor”, (Clause 7.20). Scottish law and practice is similar. Tradução livre: “**Draft Common Frame of Reference (DCFR) C.** No que diz respeito à obrigação geral de cooperar, nos contratos inerentes ao escopo dessa Parte, o dever está contido na III – 1:104 (Cooperação) é particularmente intenso. Não é suficiente que uma parte integrante de uma agência comercial, franquia, ou contrato de distribuição permita passivamente à outra parte cumprir suas obrigações e, conseqüentemente, colher frutos dessa performance estipulada contratualmente (veja III – 1:104 Comentário A). Ao contrário, as partes deveriam colaborar de forma ativa e leal, a fim de se alcançar os objetivos pelo quais o contrato foi celebrado. Para que não haja espaço para dúvidas, o artigo o diz explicitamente. D. Cooperar leal e ativamente em agências comerciais, franquias, contratos de distribuição, e contratos de marketing semelhantes a esses. O participante deve fazer mais do que simplesmente se abster de obstruir a performance da outra parte. Nesses contratos, cada parte deve colaborar ativamente e fazer sérios esforços para alcançar os objetivos que levaram à celebração do contrato. Esses objetivos incluem, em primeiro lugar, aqueles que são comuns, mas também podem incluir objetivos individuais. No entanto, uma parte não está obrigada a agir contrariamente aos seus próprios interesses. Em outras palavras, a obrigação de cooperar de forma ativa e leal é destinada a alcançar situações vantajosas para todos. Além disso, a obrigação de cooperar não torna a relação contratual uma relação fiduciária – aqui naquele sentido dado pela lei dos trustes. A obrigação de cooperar implica na obrigação dos franqueadores e fornecedores em tratar seus parceiros comerciais, franqueados e distribuidores de maneira isonômica. Assim, o franqueador, franqueados e distribuidores não devem discriminar – isto é, fazer qualquer distinção injustificada entre – os seus agentes comerciais, franqueados e distribuidores, nem durante a fase pré-contratual nem durante a execução do contrato. Do mesmo modo, um agente comercial, um franqueado (por exemplo, em franquia de loja) ou um distribuidor, que tenha contratos com mais de um franqueador ou fornecedor, não devem fazer qualquer distinção injustificada entre eles.” “Obrigação de cooperar. 1. De acordo com o *common law*, a doutrina, e os contratos e códigos de conduta padrão nos estados-membros, o dever de cooperar é a obrigação principal entre as duas partes. 2. Sob a ótica do ordenamento jurídico alemão, grego, italiano, holandês, e espanhol, não há lei específica que verse sobre contratos de relações de marketing nesse sentido. A obrigação de cooperar, no entanto, é oriunda do princípio geral da boa-fé presente em todos estes ordenamentos jurídicos. Na maioria dos ordenamentos, o dever de cooperar ainda não foi claramente definido, no entanto, é de aceitação geral que em relações de longa duração, essa obrigação se acentua. 2307 (GERMANY: Handkommentar-BGB, §242 BGB n.14; GREECE: art. 288 AK; ITALY: CC arts. 1175, 1375, Cass. civ., sez. lav., 8-2- 1999, n. 1078, Contratti, 1999, 1019; Cass. civ., sez. I, 20-4-1994, n. 3775, Gius., civ., 1994, I, 2159; NETHERLANDS: Asser-Hartkamp 4-II, no. 307 ff; POLAND: CC art. 760 no caso de agência comercial; Espanha: Com art. 57, Móxica Román, La Ley del Contrato de Agencia (2000), p.23, particularmente acerca de agências comerciais: ar t. 9, para 1 (agent) and art. 10, para 1 (principal) LCA, para contratos de franquia. No entanto, apesar da LCA impor ao agente a obrigação de seguir as instruções inerentes ao princípio, o limite da obrigação é a independência do agente. (art. 9.2.c LCA). Pela lei finlandesa, a obrigação de cooperar foi introduzida ao direito contratual por doutrinadores com experiência arbitral comercial. O dever de cooperar está ligado à discussão geral da lealdade. (Muukkonen (1975), Taxell (1972) 1977, Ämmälä (1994), Häyhä (1991); Mähönen (2000)). A doutrina finlandesa acerca da lealdade corresponde com o princípio da boa-fé e da justa negociação. Tanto a primeira

9.2 O ainda incipiente posicionamento da jurisprudência no Brasil

No Brasil, alguns julgados nacionais²⁷⁹, embora de modo ainda incipiente e por vezes de forma velada, reconhecem em alguma medida o *interesse da rede* nos contratos de franquia²⁸⁰, como fundamento para resolver alguns casos que possam afetar o interesse da rede de franqueados. Em dois dos casos, os respectivos Tribunais, embora não tenham tratado do interesse da rede, consideraram a estrutura global da rede e sua função como pilar para resolver a controvérsia.

Eis, abaixo, sete ilustrativos precedentes que, de algum modo, sopesaram o interesse da rede como critério de resolução da disputa no caso concreto. Os julgados abaixo resultam de pesquisa nos Tribunais estaduais de todo o país.²⁸¹

quanto a segunda instância fazem referência ao princípio da lealdade nas suas decisões. A Suprema Corte, no entanto, só acolheu esse princípio de acordo com a opinião doutrinária uma vez. (KKO 1993:130). 4. No ordenamento jurídico sueco, não há nenhuma obrigação estatutária de cooperar nos contratos de agência, distribuição e franquia. De acordo com os §; 5(1) e 7(1) HaL, no entanto, tanto o agente comercial quanto o principal devem agir diligentemente e de boa-fé. Isso provavelmente inclui o dever de cooperar. 5. Na lei geral inglesa, a obrigação de cooperar é imposta quando ela é necessária para o cumprimento e a eficácia do objeto contratado. (The Moorcock (1889) 14 PD 64, Court of Appeal). Além disso, é difícil de se identificar a extensão precisa da obrigação, apesar dela ter sido fortemente reconhecida em contratos empregatícios. (Secretary of State for Employment v. Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (No. 2) [1972] 2 QB 455), contratos estes que têm semelhança aos de relações de marketing de longo prazo. Muitos doutrinadores argumentam que os comportamentos cooperativos em contratos de longo prazo maximizam os retornos e, por isso, deveriam ser delineados na lei. Veja e.g. Baird (1990) 583. Em contratos de franquia, por outro lado, os termos prevendo a cooperação contínua são comuns, veja e.g. Adams/Prichard Jones Precedent I, que inclui obrigações do franqueador de oferecer ao franqueado, tanto serviços de consultoria (Clause 6.12), quanto suporte geral (Clause 6.19), e por parte do franqueado, trabalhar diligentemente de maneira a proteger e promover os interesses do franqueador (Clause 7.12), e, em todos os casos, agir de forma leal e fiel perante o franqueador (Clause 7.20). A lei escocesa é semelhante.”

²⁷⁹ No mesmo sentido: “Cumpra à franqueada respeitar as condições contratuais e agir sempre como responsável pela integridade da rede.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 00399924320128190001 RJ 0039992-43.2012.8.19.0001, Rel. Des. Lucio Durante, j.30-09-2014, 19ª Câmara Cível, Public.02/10/2014 – negritou-se).

²⁸⁰ Outros julgados, embora não tratassem precisamente dos contratos de franquia empresarial, ao examinar o conceito de redes contratuais, registram: “Empresas que atuam como titulares da mesma cadeia produtiva, lúdicas parceiras de negócios coligados por certo vínculo de reciprocidade econômica, numa autêntica rede contratual unitária e monolítica – Hipótese em que elas agem como se fossem uma só, por isso respondem solidariamente” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00257930520128260071 SP 0025793-05.2012.8.26.0071, Rel. Ferreira da Cruz, j.12-08-2015, 8ª Câmara de Direito Privado, Public: 27-08-2015). “O liame entre contratos que interessa ao fenômeno denominado de ‘redes contratuais’ independe da manifestação expressa dos contratantes em interligar contratos estruturalmente diferenciados (chamado, por alguns autores, de coligamento subjetivo)”. (Apelação Cível n.70052487618, 13ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Angela Terezinha de Oliveira Brito, j.13-06-2013).

²⁸¹ Realizou-se pesquisa jurisprudencial no âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais de todo país, entre os anos de 1995 e 2018. Utilizou-se as seguintes palavras-chaves para a pesquisa dos julgados: “interesse da rede”; “rede”; “contrato de distribuição”; “franquia empresarial”; “franquia”; “concessão comercial”; “interesse coletivo”; “propósito comum”; “interesse comum”; “franqueados”; “distribuidores”; “boa-fé”; “lealdade”; “concorrência desleal”; “cooperação”; “função social”. Os seguintes julgados foram desconsiderados, por não guardarem pertinência direta com o objeto deste estudo: TJPE, Apelação 219627-4, Des. Adalberto de Oliveira, 2ª Câmara Cível, j. 05-02-13; TJSE, Apelação 200800214122, Rel. Cláudio Dinart, 1ª Câmara Cível, j. 07-12-10; TJRJ, Apelação 0218936-62.2015.8.19.0001, Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, 16ª CC, j. 14-03-17; TJRJ, Apelação n. 0405449-75.2014.8.19.0001, Des. Wagner Cinelli

9.2.1 Central Development Services Ltda. *versus* CPL Rapini Alimentos Ltda. Me

Este primeiro caso versa sobre a concessão de tutela liminar cominatória para que o franqueado se abstinhasse imediatamente de comercializar os produtos objeto da franquia, pois descumpriu o disposto no contrato, no que tange aos padrões de atendimento, qualidade e higiene exigidos pela franqueadora e deixou de pagar *royalties* à franqueadora pelo uso da marca.

Os fundamentos para a antecipação da tutela são especialmente interessantes para o presente trabalho. Considerou-se o interesse da “rede” de franqueados, o desprestígio que aquela conduta do franqueado gerava aos produtos, afetando a credibilidade no mercado, tendo em vista que é a bandeira da marca que se torna aparente, perante o consumidor. Por parte deste, não seria possível diferenciar as lojas.

A antecipação de tutela foi deferida em primeira instância e confirmada em segundo grau, sob o fundamento de que os padrões de atendimento, qualidade e higiene exigidos pela franqueadora não eram atendidos pelo franqueado inadimplente.

Transcreve-se, abaixo, a ementa do julgado abordando esses pontos:

FRANQUIA EMPRESARIAL. Ação de obrigação de não fazer. Pedido de antecipação de tutela para determinar a cessação das atividades da franqueada ante o descumprimento de obrigações. Existência de verossimilhança das alegações da franqueadora e bem assim de riscos de prejuízos relevantes. Presença dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil. Tutela antecipada parcialmente concedida para que a ré se abstenha de utilizar a marca da franqueadora, pena de multa cominatória. Recurso parcialmente provido para esse fim.

Havendo verossimilhança quanto às alegações de descumprimento de graves obrigações por parte da franqueada, é possível a antecipação de tutela para a imediata cessação das atividades relativas à franquia, pois no caso a demora tem grande relevância visto ser evidente que a indisciplina da franqueada gera desprestígio aos produtos da marca, afetando a credibilidade do franqueador e de toda uma rede de franqueados, uma vez que perante o mercado apenas a bandeira é que aparece.²⁸²

Também neste caso, conquanto o tribunal paulista tenha feito uma tímida menção aos interesses da rede de franqueados – transcendentais ao interesse individual de cada participante – nota-se, pelo *obiter dictum* do julgado, ter sido esse o ponto sensível e

de Paula Freitas, 17ª CC, j. 30-08-17; e TJDF, Apelação 0015093-43.2014.8.07.0001, Des. Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível, j. 05-10-16; TJMT, Apelação 00216931420108110000, Des. Giomar Teodoro Borges, 7ª Câmara Cível, j. 18-8-10; TJRJ, Apelação n. 0103552-03-2005.8.19.0001, Des. Marco Antonio Ibrahim, 4ª CC, j. 23-05-18; TJDF, Apelação 495424720028070001, Rel. Haydevalda Sampaio, 5ª Turma Cível, j. 24-10-05; TJRJ, Apelação n. 0069708-04.2001.8.19.0001, Des. Odete Knaack de Souza, 8ª CC, j. 22-06-04.

²⁸² Rel. Gilberto dos Santos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado, j.28-10-2010; Data de registro: 12-11-2010; Outros números: 990.10.426316-6.

determinante para justificar a concessão de tutela antecipada para imediatamente suspender os efeitos do contrato de franquia.²⁸³

9.2.2 Dorival Zambon e Wakan Yata Participações Ltda. versus Débora Zambon (filha de Dorival), Wakan Yata Participações Ltda. versus Tatetob Licenciadora Ltda. (TJRS AI n. 70058550625)

Este segundo caso versa sobre a dissolução parcial da franqueadora Wakan Yata Participações Ltda, detentora da marca “cachorro de bigode”, explorada através de uma rede de franquia. O autor, sócio-fundador da franqueadora, requereu a exclusão da ré da sociedade franqueadora e seu imediato afastamento da administração da empresa (função que lhe competia com exclusividade).

Concedida a liminar para substituir a ré pelo autor na administração da controladora, a ré interpôs agravo de instrumento, requerendo, a seu turno, a retirada do autor da administração, porquanto, em razão do conflito existente, seria mais adequado que a sociedade fosse administrada por administrador judicial.

Diante do recurso, o juízo de primeiro grau reconsiderou em parte a sua decisão para acolher o pedido formulado pela ré, impedindo que o autor assumisse o seu lugar na administração da sociedade, nomeando, para tanto, administrador judicial. O autor, em razão disso, interpôs agravo de instrumento, requerendo a destituição do administrador judicial e a sua renomeação ao cargo.

A apreciação do caso pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afigurou-se interessante. Ao julgar os recursos, o Tribunal reconheceu os riscos advindos da gestão da franqueadora por um administrador judicial, relevando, nesse contexto, os potenciais prejuízos a serem ocasionados à rede de franqueados e seus credores. Ou seja, fundamentando-se na necessidade de proteger os interesses dos franqueados, o Tribunal

²⁸³ Eis a passagem relevante das razões de decidir: “Por outro lado, a demora tem grande relevância no caso, pois é evidente que a indisciplina da franqueada gera desprestígio aos produtos e marca, afetando a credibilidade do franqueador, pois perante o mercado apenas a bandeira deste é que aparece. Nessa situação, era de rigor conceder à autora da demanda a antecipação de tutela estabelecida no artigo 273 do Código de Processo Civil, seja pela verossimilhança das alegações, seja pelo risco de dano de difícil reparação, inclusive a terceiros, pois o desprestígio da marca pode atingir toda uma rede de franqueados. [...] Por tais razões é que a antecipação de tutela deve ser parcialmente concedida para que seja determinada a descaracterização da fachada; a apreensão dos manuais de franquia; a apreensão de todo o material publicitário de divulgação e dos demais itens em que conste a marca “Lig Lig”; a apreensão dos talões de notas a fim de que sejam apurados eventuais *royalties* devidos e a desinstalação de *software*, sob pena de multa cominatória de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia no caso de descumprimento.” (Rel. Gilberto dos Santos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; j.28-10-2010; Data de registro: 12-11-2010; Outros números: 990.10.426316-6).

reformou a decisão agravada para determinar que o autor, fundador da franquia, assumisse a administração da empresa controladora, inobstante a relação conflituosa com seu sócio. A propósito, confira-se a ementa do julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE. ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE. SÓCIO MAJORITÁRIO. MANTIDA A SITUAÇÃO DE CONFLITO EXTREMO, A PONTO DE ABALAR A RELAÇÃO COM OS FRANQUEADOS E TAMBÉM A CONFIANÇA DOS CREDORES E QUE INEVITAVELMENTE REFLETE SOBRE A MARCA REGISTRADA DOS PRODUTOS, A COLOCAÇÃO DE UM TERCEIRO NO COMANDO, ASSUMINDO OBRIGAÇÕES, CUMPRINDO OUTRAS, ATENDER A REDE DE FRANQUIA, FAZER A PARTILHA DOS HAVERES DE CADA SÓCIO, SENDO AMBOS CAPAZES, PODE SIGNIFICAR A RUÍNA DAS EMPRESAS. A DISSOLUÇÃO PEDIDA POR AMBAS AS PARTES É APENAS PARCIAL, COM A RETIRADA DO SÓCIO INDESEJADO, E NÃO QUEBRA DO NEGÓCIO. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento n. 70058550625, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Elisa Carpim Corrêa, j. 03-04-2014). (TJ-RS – AI: 70058550625 RS, Rel. Elisa Carpim Corrêa, j. 03-04-2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça: 11-04-2014).

Este caso retrata a influência que o interesse da rede pode assumir, a tal ponto de modificar questão *interna corporis* relacionada à administração da franqueadora.

9.2.3 Nelson Fernandes Filho *versus* M G Franchising S.A. (TJSP AI n. 2141507520178260000)

Neste julgado, o franqueado moveu ação declaratória contra a franqueadora, requerendo a declaração de nulidade da cláusula de não concorrência prevista em seu contrato de franquia.

Em síntese, o autor alegou que seu negócio fracassou por culpa da ré, franqueadora, que não contava com lista de fornecedores e cujos produtos não possuíam qualquer diferencial no mercado. Assim, podendo resolver por justa causa o contrato de franquia, argumentara o autor que estaria isento de cumprir a cláusula de não concorrência.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao apreciar a questão, manteve a validade e a eficácia da cláusula de não concorrência, fundamentando sua decisão não apenas em eventual conhecimento do franqueado acerca dos “elementos do negócio”, mas em especial “o espectro mais amplo da atividade dos demais franqueados”.

Na hipótese, o Tribunal fundamentou sua decisão, sobretudo, na necessidade de proteger a rede de franqueados contra eventual atividade concorrencial praticada por ex-franqueado. Veja-se a ementa:

Agravo de instrumento. Franquia. Ação de nulidade com pleito sucessivo de resolução. Pretensão de antecipação de tutela para afastar cláusula de abstenção de exploração da mesma atividade econômica da franqueadora. Alegação de culpa da franqueadora pelo insucesso da franquia, e ainda a apurar, que, de todo modo, não exime o franqueado do cumprimento da obrigação pós-contratual assumida. Recurso de agravo de instrumento desprovido.

(TJ-SP 22141507520178260000 SP 2214150-75.2017.8.26.0000, Rel. Claudio Godoy, j. 27-11-2017, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Public 28-11-2017).

9.2.4 Mendes Fernandes & Coltri Comércio de perfumes e cosméticos Ltda. versus Contém 1G *franchising* Ltda. e Contém 1G S.A. (TJSP APL N. 10036058620178260568)

A autora, ex-franqueada da marca “Contém 1g”, propôs ação de cobrança, pretendendo reaver recursos que teriam sido indevidamente retirados do fundo de propaganda da franquia pela franqueadora. Em suma, a autora sustentou que as rés inadimpliram o contrato de franquia firmado entre eles, uma vez que deixaram de investir na publicidade e divulgação das franquias, utilizando-se do valor existente no fundo de propaganda, no importe de R\$ 5.000.000,00, para finalidade diversa da pactuada.

Segundo a autora, o valor destinava-se exclusivamente a promover ações de propaganda, relações públicas em benefício dos franqueados (cláusula 8.6). Contudo, as rés teriam obtido autorizações individuais pela maioria dos franqueados, a fim de usar os recursos do fundo para aquisição de matéria prima para fabricar os produtos. A autora pontuou que as rés não devolveram o valor sacado do fundo de propaganda, que não foi informada das autorizações concedidas por outros franqueados para utilização da verba constante do fundo de propaganda, tampouco de que a franqueada não possuía condições econômicas para adquirir matéria prima para a fabricação de produtos. Segundo a autora, também não foi demonstrado qualquer investimento em benefício dos franqueados, além de noticiar que os principais produtos da marca estavam sempre em falta junto aos fornecedores. Por conta disso, a autora requereu a condenação das rés na obrigação de restituir a quantia de R\$ 5.000.000,00 ao fundo de propaganda.

Em contestação, as rés sustentaram a ilegitimidade ativa da autora, que propôs a ação após distrato do seu contrato de franquia, quando não mais ostentava a condição de franqueada. Além disso, afirmaram que a autora não efetuou qualquer pagamento ao fundo de propaganda e que o uso dos recursos fora autorizado pela maioria dos franqueados. Logo, seria plenamente válido, independentemente de sua destinação.

Ao julgar o caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a ilegitimidade ativa da autora, porquanto não mais ostentava a condição de franqueada quando do ajuizamento da ação, tratando-se de “assunto de interesse exclusivo da coletividade de franqueados da rede Contém 1g”.

Não obstante, o Tribunal sublinhou que o uso dos recursos foi válido, porque autorizado pela maioria dos franqueados, devendo prevalecer essa vontade, “sendo certo que eventual discordância de um ou alguns franqueados jamais poderia se sobrepor à vontade da maioria.”

O Tribunal assinalou, ainda, que “eventual análise da questão dependeria da invalidação de cada autorização concedida, de modo que seria imprescindível a formação de um litisconsórcio passivo unitário para a análise da questão”. No caso, o Tribunal pontuou que a autora não foi questionada sobre o uso do recurso porque, à época, ainda não participava da franquia, não tendo, também por esse motivo, legitimidade para impugnar o ato. Eis a ementa do julgado:

Apelação. Direito empresarial. Franquia. Ação de cobrança. Preliminar. Nulidade da sentença e da decisão que rejeitou os embargos de declaração. Matéria atinente ao mérito da demanda. Pretensão de restituição do valor existente no fundo de comércio que fora utilizado para finalidade diversa com autorização da maioria dos franqueados. Falta de interesse de agir superveniente reconhecida. **Autora que não ostenta mais a condição de franqueada e, portanto, não possui interesse processual em questionar a utilização do fundo de propaganda, pois se trata de assunto de interesse exclusivo da coletividade de franqueados da Contém 1g. Matéria deliberada antes do ingresso da autora na rede franqueada. Interessada que não efetuou qualquer pagamento destinado ao fundo de propaganda. Pretensão de ressarcimento de valor emprestado que dependeria da invalidação das autorizações concedidas pelos antigos franqueados.** Ausência de indícios de irregularidades na operação realizada. Recurso improvido. (TJ-SP – APL: 10036058620178260568 SP 1003605-86.2017.8.26.0568, Relator: Hamid Bdine, j. 01-10-2018, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Public 01-10-2018).

Interessante notar nesse precedente que, entre os fundamentos adotados pelo Tribunal, há “a vontade da maioria dos franqueados”, conferindo à rede o princípio majoritário, semelhante ao que impera no direito societário, que poderia inclusive se traduzir no interesse da rede no caso concreto.

9.2.5 **Alexsander Barbosa da Silva Porto e TD Comércio e Serviço de Informática Ltda. versus Escola de Profissões S/A. (TJSP APL n. 00563426920118260576)**

Este caso versa sobre ação de inexigibilidade de débito, cumulada com pedidos de inaplicabilidade de cláusula de não concorrência e de indenização. Para o que importa a este trabalho, os autores (franqueado e seu sócio administrador), moveram ação contra a franqueadora, requerendo fosse reconhecido seu inadimplemento contratual e, por consequência, o afastamento da aplicação da cláusula de não concorrência, além de indenização a título de danos morais.

O réu, por sua vez, não contestou. Restando revel o juízo de primeiro grau, determinou a resolução do contrato de franquia, mas julgou improcedentes os pedidos de inaplicabilidade da cláusula de não concorrência e de danos morais.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, a despeito da revelia, que a resolução do contrato, ainda que por culpa da franqueadora, não liberaria a franqueada da observância da cláusula de não concorrência pelo prazo estipulado na avença. Em sua fundamentação, o Tribunal assentou que a cláusula deve ser observada, porquanto, em verdade, deduz obrigação que protege os interesses da rede de franqueados contra eventual atividade concorrencial praticada por quem tenha tido acesso ao *know-how* da empresa. No mais, o Tribunal rechaçou o pedido de danos morais por se tratar de hipótese de mero inadimplemento contratual. Eis a ementa do julgado:

Franquia. Demanda de resolução contratual, ajuizada pela franqueada e por seu sócio-administrador em face da franqueadora. Revelia da ré. Sentença de parcial procedência, com a resolução do contrato de franquia celebrado entre as partes, relativo ao bairro de Educandos, em Manaus/AM, por culpa da franqueadora. Insurgência dos próprios autores, com insistência na desvinculação da cláusula de não concorrência e no pagamento de indenização por danos morais. Descabimento. **Vedação à atividade concorrencial que prescinde da definição quanto à responsabilidade pelo desfazimento do negócio, destinando-se à proteção da franqueadora e da rede de franqueados ante a possibilidade de utilização pelo ex-franqueado do conhecimento adquirido durante o período de vigência da franquia.** Previsão contratual que estabeleceu a observância da restrição qualquer que fosse o motivo da resolução. Disposição que não se afigura abusiva. Inexistência, tampouco, de dano moral indenizável. Mera frustração com o insucesso do negócio. Matéria eminentemente patrimonial. Discussão secundária suscitada pelos autores, quanto à tentativa de aquisição de outra unidade franqueada, igualmente impertinente. Tratativas preliminares em torno da assunção do negócio pelo primeiro autor que previram condições diversas para a celebração do contrato definitivo, que o autor não demonstrou ter cumprido. Reconhecimento pelo próprio autor, ademais, de ter-se desinteressado do negócio, deixando de explorá-lo, não obstante o tenha assumido informalmente durante breve intervalo. Celebração de contrato pela ré com novos franqueados, mais de dois anos após, que não se tem assim por irregular. Reembolso ao primeiro autor dos valores investidos durante a negociação preliminar (com a quitação de dívidas do antigo franqueado,

principalmente) descabida. Sentença integralmente confirmada. Apelo dos autores não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00563426920118260576 SP 0056342-69.2011.8.26.0576, Rel. Fabio Tabosa, j.15-05-2017, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Public 17-05-2017).

Releva destacar nesse julgado, novamente, a importância do interesse coletivo dos franqueados, que sequer eram partes da demanda, como justificativa para manter eficaz a cláusula de não concorrência do franqueado, mesmo que a resolução da avença individual com o franqueador tenha ocorrido por culpa deste e este tenha restado revel na demanda.²⁸⁴

9.2.6 Bragança Distribuidora de Alimentos Ltda. versus Miranda e Nóbrega Comércio Alimentos Ltda. (O *Sixt Case Brasileiro*) (TJ-RN, AC: 25886 RN 2008.002588-6)

Neste último caso, a questão jurídica posta para apreciação do juízo referiu-se ao potencial dever do franqueador conferir tratamento igualitário aos seus franqueados e aos demais distribuidores dos produtos franqueados.

Em linhas gerais, na hipótese examinada, as partes celebraram contrato de pré-franquia relativo a uma rede de *Fast Food*. O contrato não previa cláusula de exclusividade territorial. O franqueador, não obstante, distribuiu os produtos objeto da franquia a terceiros, não franqueados (quiosques), a preço inferior ao concedido à franqueada, mas em locais distintos daqueles em que se situavam os estabelecimentos da franquia. O franqueador também entregou, em comodato, a esses terceiros, equipamentos para exposição e venda das mercadorias, embora esses mesmos equipamentos fossem cedidos onerosamente aos franqueados.

Diante destes atos, uma das franqueadas ajuizou demanda postulando a resolução do contrato de franquia, pedindo o ressarcimento dos valores dispendidos para implementar a franquia, além das perdas e danos pela concorrência desleal.

Ao examinar os fatos, o acórdão exarado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte entendeu que a comercialização dos produtos, pela franqueadora à franqueada, em condições mais onerosas do que aquelas praticadas com terceiros feriria o princípio da boa-fé objetiva. Pontuou-se, ademais, que por conta desse

²⁸⁴ Em sentido semelhante: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 21295112720178260000 SP 2129511-27.2017.8.26.0000, Rel. Carlos Dias Motta, j.06-10-2017, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Public 06-10-2017.

“desequilíbrio contratual”, a expectativa de lucro da franqueada foi frustrada, dando causa à inviabilidade do negócio.

Contudo, ao dimensionar o montante da indenização, a Turma julgadora entendeu que esta não deveria corresponder a todo o investimento carreado pela franqueada, porque este está diretamente ligado ao risco do negócio. A indenização deveria abranger apenas a taxa de franquia em uma única parcela, a despeito de o contrato estabelecer a sua devolução em cinco parcelas, no caso de rescisão contratual por culpa da franqueadora, pois implicaria em flagrante desequilíbrio contratual. Abaixo, a ementa do referido julgado:

EMPRESARIAL. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. CONTRATO DE PRÉ-FRANQUIA. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE DE FORNECIMENTO DO PRODUTO FRANQUEADO. AUSÊNCIA. ENTREGA DO PRODUTO A TERCEIRO NA MESMA BASE TERRITORIAL. PREÇO INFERIOR. CESSÃO DE EQUIPAMENTOS DE CONSERVAÇÃO E VENDA EM COMODATO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. INFRINGÊNCIA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL. RESCISÃO. TAXA DE FRANQUIA. DEVOLUÇÃO EM UMA ÚNICA PARCELA. DESPESAS COM INSTALAÇÃO E PUBLICIDADE DO PRODUTO. RISCO DO NEGÓCIO À CONTA DA FRANQUEADA.²⁸⁵

Embora o tribunal tenha solucionado o tema central da disputa a partir dos ditames da boa-fé objetiva, infere-se que a questão efetivamente posta em julgamento referia-se ao dever de concessão de tratamento igualitário entre os demais membros da rede de franquia, e necessária manutenção de seu equilíbrio, no que o Tribunal respondeu afirmativamente.

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. AC 25886 RN 2008.002588-6, Rel. Herval Sampaio (convocado), j.31-03-2009, 2ª Câmara Cível.

10 PROPOSTA DE RACIONALIZAÇÃO DE APLICAÇÃO MAIS ESPECÍFICA DO PROPÓSITO COMUM DA REDE E SEU INTERESSE GERAL

A doutrina e os precedentes referidos, como se viu, prestigiam a tutela do interesse geral da rede. Carecem, entretanto, de um parâmetro mais detalhado para estabelecer as hipóteses de prevalência do interesse geral da rede sobre o individual, quando colidirem.

Não é possível simplesmente enaltecer o traço solidário das redes para que o interesse coletivo predomine sobre o particular. Os contratos em rede não se qualificam como contratos associativos puros,²⁸⁶ tais quais as sociedades e associações civis, em que os interesses individuais das partes, de modo mais marcante, subordinam-se ao “interesse social”. Já se viu que o elemento bilateral e sinalagmático dos contratos em rede desempenha papel de igual importância. Por isso, deve-se distinguir seu tratamento. Propõe-se, primeiramente, uma diferenciação entre o interesse social e o interesse da rede, e seu modo de aplicação, para, em seguida, delimitar-se o conceito de interesse da rede.

10.1 A diferenciação entre as relações em rede e os contratos associativos/plurilaterais

A construção jurídica acerca das redes empresariais, em muitas medidas se assemelha ao contrato de sociedade,²⁸⁷ em essência plurilateral. Tanto o “interesse da rede”, como o “interesse social”, derivam de uma coletividade, cujos participantes compartilham um fim comum²⁸⁸, agindo na sua persecução.²⁸⁹⁻²⁹⁰ Por conta da semelhança

²⁸⁶ Como se detalhará no item abaixo, consideramos os “contratos associativos” como sendo aqueles de sociedade e de associação, em que a relação entre as partes se converge por um fim comum, mediante um instrumento que uniformiza seus interesses e posições jurídicas. Valemo-nos, para tanto, das considerações de Marcelo Von Adamek e Erasmo Valladão Novaes e França (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: **Direito societário contemporâneo** [S.l: s.n.], 2009).

²⁸⁷ Artigo 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

²⁸⁸ É possível também utilizar a expressão “fim social”, na medida em que atualmente o direito brasileiro autoriza a constituição das sociedades unipessoais.

²⁸⁹ Conforme salientam Bulhões Pedreira e Lamy Filho, “os contratos de sociedade organizam grupo social cujos membros agem com o fim comum de exercer atividade econômica e partilhar entre si os resultados da atividade; cada sócio contribui com atos (ou com atos e bens) para criar a ação coletiva e tem parte no resultado dessa ação, mas não presta atos ou bens a outro ou aos demais sócios: as prestações são instrumentos para alcançar o fim comum; os agentes cooperam ou colaboram para o mesmo fim, embora possam fazê-lo por motivos diferentes; os benefícios que obtêm da participação não têm origem em prestações dos demais sócios, mas na repartição do resultado da ação coletiva”. (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.26).

²⁹⁰ Tullio Ascaralli, Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho ressaltam: “nas relações em que é parte uma pessoa jurídica são sempre, em última análise, relações entre homens e dizem respeito, unicamente

do escopo comum, alguns doutrinadores qualificam o contrato de distribuição como societário e/ou plurilateral.²⁹¹

O “interesse da rede” e o “interesse social”, no entanto, não devem ser confundidos nem aplicados da mesma forma. O “interesse da rede” constitui uma categoria jurídica distinta do “interesse social” exatamente porque a rede se constitui por uma relação híbrida, da qual resultam interesses dúplices: associativos, mas também bilaterais e sinalagmáticos, formando relações qualificativamente distintas entre seus participantes. Essa diferenciação é relevante também para se melhor compreender o elo jurídico entre os membros da rede.

Decerto, é equivocada a ideia segundo a qual apenas o contrato de sociedade se afigura plurilateral. A sua plurilateralidade, grosso modo, advém da circunstância de que as várias vontades manifestadas pelos sócios convergem para o mesmo fim.²⁹² Isso não

a interesses humanos.” (COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.304).

²⁹¹ Raquel Stajzn, nesse sentido, afirma: “Que os contratos de franquia e concessão de vendas são do tipo associativo de comunhão de escopo parece incontestado. Tanto concedente ou franqueador quanto concessionário ou franqueado têm o mesmo interesse, o crescente reconhecimento pelo mercado dos produtos e serviços e o conseqüente aumento de consumo para, finalmente, chegar ao lucro, resultado da comunhão de esforços. Esses contratos têm características comuns aos contratos de sociedades: pluralidade de partes, comunhão de esforços, escopo comum, posição jurídica dos contratantes e subordinação, como ocorre nos grupos não-consorciados, faltando o fundo comum. Como, porém, este não é característica tipológica de sociedades que não sejam de capitais, nem é requisito previsto no artigo 1.363 do Código Civil, pode-se afirmar que os esforços com que todos concorrem para o sucesso da atividade desenvolvida individualmente representa o nexos adicional necessário para o mais perfeito enquadramento desses contratos entre os de sociedades.” (SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.136). Claudineu de Melo entende do mesmo modo: “Toda a problemática, cinge-se, com efeito a demonstrar a pluralidade do contrato de distribuição, pondo em relevo o escopo comum das partes, a unitariedade das suas vontades, o caráter finalístico da venda e compra dele decorrente, os vínculos e a uniformidade de conduta dos distribuidores, e a validade, eficácia e resolução do contrato de distribuição.” (p.76-77). [...] “Faz-se mister relembrar, neste tópico, que o caráter plurilateral da convenção gera vínculos entre todos os componentes da distribuição, fabricante e distribuidores, os quais são partes de um único contrato, ainda que formalizado mediante vários instrumentos. São todos sujeitos de direitos e obrigações, entre si.”(MELO, Claudineu de. **Contratos de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.88). Conforme menciona Paula Forgioni a respeito de alguns estudiosos, embora a autora não considere os contratos de distribuição como plurilaterais. (FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.85). Para outros autores, conforme se tratará adiante, as redes empresariais consistiriam em “grupos de sociedades não fundados em participação no capital”. Por todos, referencia-se, por ora, Eduardo Munhoz (MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.123).

²⁹² Tullio Ascarelli define o fim comum no contrato plurilateral: “À pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum”. (ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p.394).

significa que apenas os contratos de sociedade são plurilaterais.²⁹³ Seria tomar o seu efeito pela causa. A plurilateralidade do contrato não pressupõe a existência de uma sociedade, nem importa na geração automática desta. O contrato plurilateral pode se estabelecer entre duas ou mais partes, independente de constituírem sociedade entre si, desde que voltadas ao mesmo fim, por exemplo, como ocorre no contrato de associação.

É bem verdade que a teoria dos contratos plurilaterais auxiliou o direito societário nacional a caminhar para a teoria do contrato associativo, deixando de lado o conceito do *affectio societatis*, para a depuração do conceito de “fim comum”, elemento de convergência da vontade dos sócios, que justifica a sua associação.²⁹⁴ Entre nós, como já afirmado por Erasmo Valladão e Marcelo Adamek, a temática do direito societário abrange o estudo das associações em sentido amplo, isto é, das associações em sentido estrito e das sociedades, pois ambas as espécies contratuais constituem organizações finalísticas, nas quais seus membros cooperam para a consecução de um fim comum.²⁹⁵

A despeito dessa compreensão finalística, não nos parece correta a classificação das redes empresariais de distribuição como se se tratasse de um contrato de sociedade, plurilateral tampouco.

A pluralidade de partes e a perseguição de um fim comum, não há dúvidas, aproxima as redes de distribuição dos contratos plurilaterais.²⁹⁶ A rotatividade das partes,

²⁹³ As associações, por exemplo, formam-se por contratos plurilaterais, embora não persigam fins econômicos. Estabelece o artigo 53 do Código Civil: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.”

²⁹⁴ Hebert Wiedemann fez importante registro a respeito, traduzido por Erasmo Valladão, o qual merece ser lembrado acerca da importância do fim social: “O mais importante pressuposto para a constituição de uma relação societária é o acordo em torno do fim social aceito por todos os participantes para todos vinculante. A comum determinação do fim – a estrela polar da sociedade – é um elemento estranho ao restante do direito contratual, mas diretamente constitutivo para a relação societária.” (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: **Direito societário contemporâneo** [S.l.: s.n.], 2009, p.145).

²⁹⁵ Para os autores, “ambas as espécies de organizações associativas são, antes de tudo, organizações finalísticas, organizações que se caracterizam pelo fenômeno de cooperação entre dois ou mais sujeitos para a consecução de certos fins comuns”. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: **Direito societário contemporâneo** [S.l.: s.n.], 2009, p.145).

²⁹⁶ A personalidade jurídica e o patrimônio separado, predicados muitas vezes indissociado dos contratos de sociedade, não devem servir de critério para cotejar as redes dos contratos plurilaterais. Conforme nos dá conta Tullio Ascarelli, “A ordem jurídica, admitindo a constituição do patrimônio separado e da pessoa jurídica, unifica, em substância, a coletividade que se apresentava ainda amorfa no momento da constituição; isso, porém, não impede que, através dessa unificação, se realize, essencialmente, uma disciplina particular das relações dos sócios entre si e para com terceiros.” (ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p.383-384). Ainda, como pontua Tullio Ascarelli, a formação da pessoa jurídica traduz-se numa consequência particular de eficácia real, prescrita pela ordem jurídica, com vista à separação de patrimônio e à limitação da responsabilidade dos sócios; não como uma condição para se celebrar o contrato de sociedade (plurilateral). Mais recentemente, aliás o direito brasileiro passou a admitir inclusive a constituição de mais de um patrimônio para uma mesma pessoa

com a constante possibilidade de entrada e saída de sócios/participantes também se estende às duas categorias. Ambos, pela sua dinamicidade, admitem essa circunstância.²⁹⁷ Do mesmo modo, a divergência de interesses entre seus participantes não constitui uma exclusividade dos contratos em rede. Ascarelli e Claudineu de Mello observam que, mesmo nos contratos de sociedade, apesar do acentuado interesse comum entre as partes, há, não obstante, interesses antagônicos, tal qual nos contratos de intercâmbio. Quando da sua constituição, por exemplo, as partes guardam interesses divergentes no que diz respeito à avaliação das respectivas contribuições à formação do fundo comum, à determinação da respectiva ingerência na administração e à distribuição dos lucros e das perdas. Cada sócio visa obter da sua contribuição maior rentabilidade, pondo-se em conflito com os demais.²⁹⁸ Também, ao longo da sua execução, avultam interesses dissonantes entre os sócios no que concerne ao exercício de poder de controle, alocação do capital, distribuição de dividendos, entre outros.²⁹⁹ Portanto, a existência de interesses conflitantes entre as partes não eliminaria as redes empresariais de distribuição dos contratos de sociedade.

Nos contratos de sociedade evidencia-se de maneira contundente o fim comum que une os seus participantes. Herbert Wiedemann, em sua obra *Direito Societário I*, afirma: “a situação da vida que o direito societário regula, em primeira linha, é a comunidade de

jurídica, a exemplo do que sucede com a figura do “patrimônio separado” (Lei n. 9.514 de 1997). Se por um lado, patrimônio separado e pessoa jurídica configuram-se instrumentos essencialmente voltados a disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios; por outro lado, eles também funcionam como instrumentos jurídicos para distinguir os interesses sociais dos interesses individuais dos sócios. Afinal, quando da constituição da sociedade, por exemplo, as obrigações assumidas por cada sócio para com os demais tornam-se obrigações para com a “sociedade”, na qual o direito unifica a coletividade dos sócios, além de limitar a responsabilidade dos sócios para com terceiros, em razão da distinção do patrimônio particular do patrimônio social. (ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p.383-384).

²⁹⁷ Para Fábio Konder Comparato, “o contrato plurilateral pode ter apenas duas partes (ex. sociedade com dois sócios), mas como elas perseguem o mesmo escopo, a relação contratual fica sempre aberta ao ingresso de outras partes”. (COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.178). Haroldo Verçosa, no mesmo sentido, pontua: “a sociedade é um contrato do tipo plurilateral, associativo ou aberto, por meio do qual duas ou mais partes ajustam suas vontades para que, por meio da reunião de bens e pela prestação de esforços, venham a alcançar lucro a ser entre elas dividido, explorando uma atividade em comum”. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial 2**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.39-49).

²⁹⁸ Nesse sentido, a precisa ponderação de Orlando Gomes: “Ora, na formação de uma *sociedade*, as *partes*, embora se associem para um empreendimento comum, têm, como Osti mostra, interesses em conflito no que concerne às entradas de cada qual, à maior ou menor ingerência na sua administração, e à maior ou menor participação nos lucros e perdas. Necessário, portanto, que a vontade de cada parte se integre, pelo acordo, na do outro, como se verifica em todo contrato”. (GOMES, Orlando. **Contratos**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.478-479).

²⁹⁹ Segundo Tullio Ascarelli, as normas que controlam as entradas, participações dos sócios, exercício de poder e de organização são conscientes da existência do conflito de interesses entre os sócios. (ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p.372-502).

peças que se associaram para atingir um fim comum.”³⁰⁰ O fim comum exerceria eficácia constitutiva e funcional nos contratos associativos. Afigura-se elemento constitutivo, pois une as partes para realizá-lo, e funcional, porque parametriza seu modo de realização.^{301 302}

Ainda em decorrência de sua eficácia constitutiva nos contratos associativos, o fim comum serve como parâmetro dissolutório da sociedade, dos vínculos entre os sócios e entre estes e a sociedade/associação. A impossibilidade de consecução do fim social pode autorizar a dissolução da sociedade. A constituição de contrato associativo opera importantes efeitos internos na relação entre os sócios/associados para com a sociedade/associação, na qual o direito unifica a coletividade dos sócios. Também por meio dele se unificam e canalizam os riscos, as perdas e os resultados dessa coletividade, em virtude do efeito integrativo do contrato plurilateral.³⁰³ Assim, ainda que nos contratos de sociedade os resultados da atividade empresarial, superavitários ou deficitários, possam ser experimentados em proporções distintas entre os sócios, são eles, não obstante, canalizados por intermédio do contrato de sociedade (relação única e homogênea). A posição das partes no contrato plurilateral é qualitativamente a mesma, ainda que quantitativamente distinta.³⁰⁴ O fim comum, nos contratos plurilaterais, desempenha papel fundamental, o que explica, por seu turno, a centralidade e a demarcação do interesse social, para se apurar o dever dos sócios uns para com os outros e destes para com a sociedade.

³⁰⁰ WIEDEMANN, Herbert. Excerto de direito societário I – fundamentos. Tradução de Erasmo Valladão Novaes. In: (Coord.) FRANÇA, Erasmo Valladão Novaes. **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.12.

³⁰¹ No direito brasileiro, esse conceito é espelhado na tipificação dos contratos associativos. O artigo 981 do Código Civil define os contratos de sociedade como: “Artigo 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” Por sua vez, o artigo 53 do Código Civil, conceitua as associações do seguinte modo: “Artigo 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.”

³⁰² Basicamente, a diferença entre o fim comum nas associações e nos contratos de sociedade reside na finalidade lucrativa. No contrato de sociedade, a finalidade é a partilha dos resultados da atividade social entre os seus membros, o que não se sucede nas associações sob pena de se desnaturá-las. Nestas, a consecução do fim destina-se a qualquer propósito, lícito, mas não econômico. Ver FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: **Direito societário contemporâneo** [S.l: s.n.], 2009, p. 145. Tullio Ascarelli, no entanto, complementa esta distinção entre associações e sociedades, afirmando que a associação, para além da ausência de finalidade lucrativa, visa ao interesse dos próprios associados. A associação põe à disposição dos associados seus próprios serviços, ao passo que as sociedades visam à realização do lucro mediante operações com terceiros. (ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p.372-502).

³⁰³ MARCONDES, Sylvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.13-16.

³⁰⁴ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p.372-502.

O propósito comum das redes empresariais, embora relevante traço distintivo de outras categorias contratuais, não possui, contudo, essa força soberana.

As redes de distribuição não são dotadas da força unificadora que se verifica nos contratos associativos por se formarem via contratos que guardam parcela de interesse bilateral, a despeito da sua finalidade comum. Cada participante assume os riscos empresariais e os respectivos resultados de forma individual, inerente à sua formação contratual. Apenas indiretamente os resultados da rede e de seus participantes correlacionam-se, mas isso resulta da interdependência entre os elos contratuais. Mesmo que nos contratos de sociedade se admita distribuir resultados de maneira desproporcional à participação dos sócios, como ocorre entre os membros da rede, a causa para essa consequência é diversa. Nas sociedades, todos os resultados da atividade empresária são canalizados pelo contrato de sociedade, mas a sua distribuição pode ocorrer de forma desproporcional aos sócios, por convenção particular.³⁰⁵ Nas redes empresariais, os resultados não são canalizados a um fundo comum. Os participantes da rede assumem riscos próprios, preservam personalidade jurídica própria e centro de custo próprio. Sua álea não é comum como no contrato de sociedade.³⁰⁶ Os membros da rede dispõem de

³⁰⁵ Nesse sentido, como exemplo, o artigo 1.007 do Código Civil, em relação à sociedade simples, autoriza a participação de sócios que contribuam para sociedade com serviços, bem como admite a possibilidade de se distribuir lucros de maneira desproporcional às quotas dos sócios. Já o artigo 1.008 apenas proíbe cláusulas contratuais que exclua qualquer sócio dos lucros e das perdas.

³⁰⁶ Stefan Grundmann explica as diferenças entre o princípio do caixa conjunto e separado que vige, respectivamente, no direito societário e contratual, além da repercussão desse modelo nos custos de agência e transação para a Nova Economia Institucional: “Com efeito, no direito societário vige o mecanismo de que o lucro é obtido conjuntamente, ou seja, as contribuições são reunidas num *pool*, bem como as receitas, as quais são periodicamente distribuídas conforme um código ou mecanismo predeterminado. O fato de que o modo de distribuição pode ser extremamente benéfico para alguns membros (*societas leonina*) não altera em nada o conceito fundamental. No contrato e nas redes contratuais vige, ao contrário, o princípio do caixa separado. No primeiro caso, para a execução do combinado é preciso que cada membro tenha uma pretensão direta contra qualquer membro da rede que quebra o combinado, porque: (a) o acordo comum sobre o *pool* e a distribuição foi, com efeito, violado; e (b) tal pretensão direta parece mais plausível em uma base legal conjunta conhecida e concebida por todos os membros, como é o contrato social. Com o princípio do caixa separado, ao contrário, não se constata sistematicamente uma infração contra os membros da rede com os quais envolvidos não estão ligados contratualmente, pois o acordo parte exatamente do princípio de que cada um trabalha por si, ou seja, que nessa forma de organização as vantagens do mercado em relação à organização devem ficar mais preservadas. Na maioria das vezes, falta um contrato comum e o contrato-rede aparece como mera ficção. Em questões de conexões, pode-se constatar uma significativa diferença no resultado em razão dos diferentes pontos de partida, isto é, se vige o princípio do caixa conjunto ou separado. E essa diferença caminha paralelamente ao ponto de vista fundamental acentuado na teoria econômica para contraposição entre *Firm* e *Market*. A ideia de contraposição na teoria econômica é inspirada em um cálculo de custos que não é o mesmo nessas diferentes formas de organização: lá se coloca que na empresa (*Firm*) os custos de procura contínua por novos parceiros são menores (os denominados *search costs*), enquanto, inversamente, os custos de supervisão dos ‘membros da rede’ são mais altos (os próprios custos, tanto quanto os danos resultantes de falhas na supervisão, os denominados *agency costs*) e no mercado ocorre exatamente o contrário. Os *agency costs* têm, à luz do princípio do caixa comum, uma relevância inteiramente diferente”. (GRUNDMANN, Stefan. Qual a unidade do direito privado? De uma concepção formal a uma concepção

autonomia jurídica e patrimonial para desenvolver suas atividades empresariais, explorando de forma interdependente a última etapa da cadeia produtiva, que leva bens e serviços ao consumidor. Usam a rede como apoio e reforço relevante de sua atividade, mas seguem explorando-a de modo particular.³⁰⁷

Daí porque até o modo de encerramento do vínculo contratual ocorre de maneira distinta. Nas sociedades, na medida em que as partes contribuíram para formar um fundo comum, ele se dá mediante a dissolução do vínculo da parte retirante com a sociedade e apuração de seus haveres.³⁰⁸ Nas redes, por constituírem-se via contrato, seguem os modos de resolução do vínculo contratual.³⁰⁹ Mesmo se houver indenização, porventura devida em virtude dos investimentos carreados pelo distribuidor, esta possui cunho reparatório, título distinto dos haveres do sócio.

No contrato de sociedade, a finalidade é o lucro e a partilha de seus resultados, conforme preceitua o artigo 981,³¹⁰ expressando os resultados uniformes perante os sócios.³¹¹ Nas redes empresariais de distribuição, o interesse coletivo é a colocação bem-sucedida de produtos e serviços no mercado consumidor, mediante a celebração massificada de contratos de distribuição. O líder e os distribuidores, como já apontara Robert Steiner e Paula Forgioni, disputam “profit or gross margin dollars from one another.”³¹² Essa divergência não se sucede na estrutura unificada dos contratos plurilaterais.

No direito societário, delimitou-se a noção, altamente abstrata, do “interesse social”, em função do objeto social, permitindo que ele funcione como “chave de

material do direito privado. In: (Orgs.) GRUNDMANN, Stefan et al. **Direito Privado, constituição e fronteiras**: encontros da associação luso-alemã de juristas no Brasil. 2.ed. São Paulo: RT, 2014, p.249).

³⁰⁷ Paula Forgioni igualmente distingue, nessa linha, os contratos de sociedade/plurilaterais dos contratos de distribuição. (FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.69-77).

³⁰⁸ Mesmo nas sociedades cuja característica contratual é protuberante, como naquelas em conta de participação, o encerramento do contrato dá-se por dissolução – e não resolução. Ver: ALMEIDA, José Gabriel Assis de. **A sociedade em conta de participação**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

³⁰⁹ Observam nesse sentido, as disposições do Código Civil, notadamente o artigo 473, parágrafo único, e as disposições, quando aplicáveis da Lei n.8.955/1994 e n. 6.729/1979 (artigos 22 a 27).

³¹⁰ Artigo 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

³¹¹ Segundo Fábio Konder Comparato, “a causa, na constituição de sociedades, deve, portanto, ser entendida de modo genérico e sob uma forma específica. Genericamente, ela equivale à separação patrimonial, à constituição de um patrimônio autônomo cujos ativo e passivo não se confundem com os direitos e obrigações dos sócios. De modo específico, porém, essa separação patrimonial é estabelecida para a consecução do objeto social, expresso no contrato ou nos estatutos. A sua manutenção, por conseguinte, só se justifica pela permanência desse escopo, de sua utilidade e da possibilidade de sua realização”. (COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.281).

³¹² FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.85; STEINER, Robert. The nature of vertical restraints. In: **The antitrust bulletin**, v.30, 1985, p.158. Tradução livre: “lucros ou margens em dólares uns dos outros”.

interpretação da problemática societária”.³¹³ O fim comum e assim o “interesse social” delimitam a esfera individual do sócio da coletiva. O conteúdo dos deveres, em especial o de lealdade e colaboração, determina-se em função do fim comum.³¹⁴ Conforme leciona Herbert Wiedemann: “O dever de lealdade compreende a orientação das relações jurídicas societárias para uma correta colaboração de todos os participantes a fim de atingir o fim comum.”³¹⁵ Serve, portanto, como ferramenta para constatar desvios, quando os atos dos sócios, isto é, dos participantes dessa coletividade, mostrarem-se incompatíveis com a sua consecução.

Nas redes empresariais, por seu turno, não há essa distinção formal e clara entre o interesse da rede, representado pelo interesse da coletividade, em contraponto ao interesse individual de cada participante, justamente porque as partes elegeram outra forma de cooperação empresarial. A ligação entre os contratos se dá não por um único contrato – como nas sociedades em geral – mas pelos elos de interdependência e a causa sistemática dos diversos contratos que a compõem.³¹⁶

O interesse coletivo, nas redes, de acordo com o “interesse da rede” não possui predominância absoluta. Do contrário, se afetaria a própria razão de ser da rede. A posição das partes nas redes empresariais é qualificativa e quantitativamente distinta.

Por tudo isso, não nos parece correta a classificação dos contratos nas redes de distribuição como contratos societários/plurilaterais, tampouco seria adequado estender-lhes o mesmo tratamento.

³¹³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.305.

³¹⁴ Como nos dá notícia Erasmo Valladão e Marcelo Adamek, Wiedemann esclarece que a intensidade do dever de lealdade “orienta-se de acordo com a real estrutura da organização societária”. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: **Direito societário contemporâneo** [S.l: s.n.], 2009, p.149). Nesse sentido, as sociedades de pessoas imporiam deveres e lealdade para os sócios diversos daqueles prescritos pelas sociedades de capitais.

³¹⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: **Direito societário contemporâneo** [S.l: s.n.], 2009, p.148.

³¹⁶ Carlos Nelson Konder diferencia as redes contratuais dos contratos plurilaterais, nos seguintes termos, apesar do aspecto associativo semelhante: “Como se vê, o contrato plurilateral difere dos casos de conexão contratual, em que a dita função comum não afasta a sinalagmática existente entre as prestações dos diversos contratos, apenas, em alguns casos, a eleva a um outro nível. O contrato plurilateral aproximar-se-ia mais do conceito de rede contratual concebido por Lorenzetti, mas, ainda assim, encontra-se a clara distinção em que a causa sistemática não se concretizaria a partir de um único negócio jurídico nem os deveres sistemáticos por ela gerados seriam decorrentes da existência de um único contrato.” (KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.177).

10.2 O interesse da rede: conceito dual

Gunther Teubner sugere uma fórmula engenhosa para conceituar e aplicar o interesse da rede, com a qual concordamos. Para o jurista alemão, a característica primordial que o distingue do propósito puramente associativo, como categoria jurídica, é a sua orientação dual.³¹⁷ Ínsita à natureza híbrida da rede, o seu interesse incorporaria, como expressão de um único conceito, os interesses coletivos e individuais dos participantes (“Network purpose is a legal category that explicitly encompasses the contradiction between the individual and collective elements of networking”)³¹⁸.

O propósito da rede traduzir-se-ia na possibilidade de se orientar a solução dos conflitos de interesses entre os distribuidores, o líder e a rede como um todo de modo sustentável. Isso significa dizer que, de antemão, não há a primazia do interesse individual sobre o coletivo; e vice-versa. O interesse da rede considera o contexto do conflito individual e coletivo, no caso concreto, permitindo indicar qual, dentre eles, prevalecerá naquela hipótese específica. A predominância de um, no entanto, não faz perder de vista o outro, que restou subordinado.³¹⁹ Gunther Teubner pontua que, nessas condições, deve-se considerar o interesse subordinado em caráter secundário, pela característica dual do conceito de “interesse da rede”. Assim, nas hipóteses em que predomine o interesse coletivo, atenta-se, no plano secundário, ao interesse individual. O mesmo ocorre, em relação ao interesse coletivo, na hipótese em que prevalecer o interesse individual.³²⁰

³¹⁷ “The primary feature that distinguishes network purpose from corporate purpose is its dual orientation to both association and contract, a dual orientation expressed within one formula of its purpose.” (TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts. International Studies in the Theory of Private Law*. Hart Publishing, 2011, p.185).

³¹⁸ Tradução livre: “O propósito da rede é uma categoria jurídica que engloba explicitamente a contradição entre os elementos individuais e coletivos da rede” (TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts. International Studies in the Theory of Private Law*. Hart Publishing, 2011, p.185.)

³¹⁹ “This does not delineate rigidly either pure ‘individualistic’ contractual áreas or pure ‘collectivised’ associational spheres”. (TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts. International Studies in the Theory of Private Law*. Hart Publishing, 2011, p.185).

³²⁰ “Notwithstanding the decision to afford primacy to one orientation, the re-entry of the secondary attention must also be paid to the collective sphere. By the same token, collective spheres must also be marked by their due regard for individual issues.” [...] Em resumo, e na seqüência, conclui o jurista alemão: “more concretely, should contexts be identified, within which either the individual or collective orientation is dominant, actors should nonetheless be constrained not only to pursue individual interest, but also to give effect to the overall interests of the network within one and the same operation.” (TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts. International Studies in the Theory of Private Law*. Hart Publishing, 2011, p.185). Tradução livre: “Não obstante a decisão de dar primazia a uma orientação, a reentrada da atenção secundária também deve ser dada à esfera coletiva. Da mesma forma, as esferas coletivas também devem ser marcadas pelo respeito às questões individuais. [...] mais concretamente, se os contextos forem identificados, dentro dos quais a orientação individual ou coletiva é dominante, os atores devem, não obstante, ser constrangidos não apenas para buscar o interesse individual, mas também para dar efeito aos interesses gerais da rede dentro de uma mesma operação.”

Por isso, o interesse da rede compreenderia, em qualquer situação, tanto o interesse individual como o coletivo, contemplando-se ambos em qualquer conflito. Gunther Teubner resume a fórmula legal ora proposta nos seguintes termos:

the network purpose distinguishes contexts within which intensified loyal duties toward the network arise from situations within which only the usual good faith duties of contract law apply; nonetheless, each obligation must be exercised and modified with due regard to the other. The legal task is one of distinguishing between contractual good faith duties and intensified loyalty duties toward the whole network. On the other hand, however, it should be noted that loyalty duties toward the network are not simply to be regarded as being identical with loyalty toward the organization present in corporate law. Instead, they exhibit their own decentralized bias. The individual/collective differentiation within networks is related to, but not identical with the corporate law distinction between a sphere of collective orientation and a sphere of personal orientation.³²¹

Conquanto concordemos com o aclamado jurista, ele, não obstante, deixa de fornecer maiores subsídios para se determinar, no conflito concreto, qual o interesse prevalecente, se individual ou coletivo.

10.3 Conceituação do interesse da rede de distribuição: eficiência do sistema de distribuição

Como estabelecer um parâmetro que abarque a natureza multiparte, híbrida, das relações em rede de distribuição integrada? Quando deve prevalecer o interesse individual? Quando o coletivo?

A nosso ver, a fórmula proposta por Gunther Teubner deve complementar-se com o racional proposto por Paula Forgioni, que mira prestigiar a eficiência do sistema de distribuição. Para a autora, o interesse da rede traduz-se na eficiência do sistema de distribuição, tendo como objetivo escoar bens e serviços ao mercado consumidor. A eficiência, sob a ótica jurídica seria vista como a aptidão do sistema realizar esse objetivo, transformando-se, assim, no parâmetro para aferir a eventual abusividade/ilicitude do comportamento da parte.

³²¹ TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.185-186. Tradução livre: “a finalidade da rede distingue os contextos em que surgem os deveres intensificados de lealdade perante a rede daquelas situações em que apenas se aplicam os deveres usuais de boa-fé do direito contratual; no entanto, cada obrigação deve ser exercida e modificada com a devida consideração pela outra. A tarefa da lei é fazer a distinção entre os deveres contratuais de boa fé e os deveres intensificados de lealdade perante toda a rede. Por outro lado, contudo, é digno de nota que os deveres de lealdade perante a rede não são apenas para ser considerados como idênticos à lealdade perante a organização, presente no direito societário. Em vez disso, eles exibem seu próprio viés descentralizado. A diferenciação individual/coletiva dentro das redes está relacionada, mas não é idêntica à distinção da lei societária entre uma esfera de orientação coletiva e uma esfera de orientação pessoal.”

A eficiência jurídica dos sistemas de distribuição consistiria, portanto, em *cláusula geral implícita* dos contratos em rede, a nortear sua interpretação e comportamento das partes.³²² Ela resultaria da interdependência e da causa sistemática neles constatadas.

A eficiência jurídica não se confunde com a acepção econômica do termo. Ela não se pauta pelo critério alocativo de mercado.³²³ É, porém, sensível às perdas experimentadas por uma das partes, à boa-fé e à função econômica-social dos contratos, na forma dos artigos 187 e 421 do Código Civil.³²⁴ Por isso, os ganhos de eficiência jurídica devem ser entendidos como melhoria da atividade econômica de escoamento da produção, sem sacrifício de uma parte pela outra, quando imbuída pelo oportunismo, em detrimento da boa-fé.³²⁵

A eficiência jurídica serve para inibir uma perda inútil a uma das partes, sem considerar o aumento ou a perda de eficiência do sistema.³²⁶ Assim, os atos seriam considerados lícitos, ou não, se beneficiassem ou lesassem a eficiência do sistema de

³²² Para Pietro Perlingieri, as cláusulas gerais conferem ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.27). Além disso, conforme destacam: “general clauses and standards have an important potential of flexibility and of adaptation to individual cases, whereas at the same time they can be problematic with respect to legal certainty and also with democratic legitimation. And experience shows that combinations, profiting from strong points on both sides, seem plausible and that strong and weak points are of differing importance in the different fields of law.” (GRUNDMANN, Stefan; MAZEAUD, Denis. **General clauses and standards in european contract law**. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p.xii). Tradução Livre: “Cláusulas gerais e padrões têm um importante potencial de flexibilidade e adaptação a casos individuais, ao mesmo tempo em que podem ser problemáticas no que diz respeito à segurança jurídica e também à legitimação democrática. E a experiência mostra que combinações, aproveitando os pontos fortes de ambos os lados, parecem plausíveis, e que pontos fortes e fracos são de importância diferente nos diferentes ramos do direito.”

³²³ Quanto ao conceito de eficiência econômica, é possível citar os conhecidos critérios de eficiência alocativa classificadas como PARETO-ótimas ou KALDOR-HICKS-ótimas. A eficiência ou o ótimo de PARETO representa-se por determinada distribuição de recursos em que não é possível melhorar a situação de nenhum participante sem piorar a do outro. A situação é considerada PARETO-eficiente se não for possível melhorar a situação ou a utilidade de um agente sem degradar a de outro. O princípio foi difundido e nomeado em homenagem ao economista italiano Vilfredo Pareto. (Ver: PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996). A eficiência de KALDOR-HICKS, nomeada em função dos autores Nicholas Kaldor e John Hicks, diferencia-se da de PARETO ao assinalar que uma alocação de recursos é eficiente se a melhora na situação de um indivíduo é suficiente para compensar a perda dos demais. A compensação pode ser meramente teórica, bastando que a perda de alguns seja superada pelo ganho de outros. Por adotar um critério menos rigoroso que o de PARETO, o princípio de KALDOR-HICKS possui aplicação mais ampla. (HICKS, J. R. The foundations of welfare economics. **The Economic Journal**, v.49, n.196, 1939, p.696-712; KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, v.49, n.195, 1939, p.549-552). Toda situação PARETO-eficiente é também sob o critério de KALDOR-HICKS, mas o inverso não é verdadeiro. Uma vertente da Análise Econômica do direito defendeu que ele deveria ser perseguido pelo sistema jurídico. (POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 9.ed. New York: Aspen Law and Business, 2014).

³²⁴ Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³²⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.275.

³²⁶ Ou, noutras palavras, “a eficiência jurídica” impede, portanto, uma perda inútil para uma das partes, ou seja, sem compensação no ganho global.” (FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.276).

distribuição, orientada pela boa-fé e a função social. Afinal, essa é a razão última de união entre as partes, seja em prol do interesse individual ou coletivo.

Isso não quer dizer que atos que favoreçam determinado membro ou grupo de membros sejam, necessariamente, abusivos; apenas o serão se importarem na diminuição da eficiência jurídica da rede ou visarem a este efeito. Atos que acarretem prejuízos aos membros da rede, mas, em contrapartida, aumentem seus ganhos de eficiência global, a rigor não são considerados ilícitos ou abusivos.³²⁷

Essa conceituação gera previsibilidade aos agentes envolvidos, pois, de antemão, ficam cientes de que seus interesses não serão prejudicados, salvo em benefício da atividade global de escoamento de produção.

Longe de constituir um preceito protecionista, esse critério visa a favorecer a eficiência do sistema como um todo. O abuso do líder ou de qualquer outro participante ocorrerá quando, em contrapartida à sua conduta lesiva aos interesses individuais das partes, não houver compensação com ganhos de eficiência jurídica da rede.³²⁸ Prestigia-se o interesse comum da rede e o propósito comum dos contratos, protegendo-os de oportunismo e arbitrariedade, seja do comportamento das partes ou de cláusulas contratuais.³²⁹

Ricardo Lorenzetti, em linha semelhante, mas se limitando ao comportamento do líder, defende que o exercício de seu poder se justifica para o melhor funcionamento da rede. Se, no entanto, seus atos se desviarem dessa finalidade, travestindo, por exemplo, a imputação de custos e riscos aos concessionários, sem aprimorar o sistema da rede, seu comportamento será considerado abusivo:

En las redes de contratos el control debe ajustarse a la finalidad que representa el funcionamiento de la red. Por ejemplo, el control que ejerce el concesionario tiene por finalidad el mantenimiento de la red. Por ello puede establecer pautas para prever que se mantengan stocks, o de servicios a dar a los consumidores o

³²⁷ As ponderações de Paula Forgioni são bastante elucidativas nesse sentido: “A eficiência da distribuição, para fins jurídicos, parte do interesse comum na atividade de escoamento da produção, mas leva em conta também as perdas experimentadas por uma das partes, bem como a boa-fé e a proteção das legítimas expectativas dos contratantes. Se o ato implicar prejuízo ao distribuidor, não compensado pelos ganhos globalmente tomados em conta, há de ser considerado abusivo; caso contrário, dar-se-ia proteção aos interesses egoísticos os (e juridicamente ineficientes) de uma das partes, geralmente aquela detentora de maior poder econômico.” (FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.275).

³²⁸ Segundo Paula Forgioni, “o abuso do líder ocorrerá quando adotar um comportamento egoístico e não compensado pelos ganhos de eficiência jurídica do sistema de distribuição.” (FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.275).

³²⁹ Sobre o interesse comum, Paula Forgioni recapitula a doutrina francesa (FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.276).

referentes al uso de los signos distintivos. Asimismo puede definir políticas arancelarias, financieras, tributarias, comunes para disminuir costos de la red.

El límite a estas conductas está dado por una desviación de la finalidad. Si la causa sistemática es el mantenimiento de la red o la disminución conforme a esse estándar.

Si el poder de dirección se usa para una finalidad desviada, como por ejemplo para trasladar costos o riesgos a los concesionarios, es un supuesto de uso abusivo.³³⁰

Essa noção do interesse da rede, voltado à eficiência do sistema de distribuição, também auxilia o intérprete a apreciar a validade de cláusulas comuns, socialmente típicas, nessa espécie de contrato. Por exemplo, as cláusulas restritivas de concorrência, indicativa de fornecedores pré-selecionados, proibitivas de cessão, subcontratação ou que sujeitam as atividades dos distribuidores ao estrito controle do líder, em regra objetivam o melhor funcionamento da rede. Podem traduzir-se em limitação de direito dos participantes, mas em troca de um objetivo maior comum.

Como exemplo disso, o pioneiro caso sobre potenciais problemas concorrenciais derivados dos contratos de franquia, examinado na Corte Europeia, trouxe em sua fundamentação importantes considerações sobre as peculiaridades desse contrato, da qual é possível depreender o seu aspecto funcional sob o ponto de vista da rede, conquanto analisasse o contrato de franquia sob o prisma do direito antitruste.

Na hipótese, a Corte entendeu que as (a) cláusulas restritivas de concorrência; (b) indicativas de fornecedores pré-selecionados; (c) que submetiam aspectos operacionais da atividade do franqueado ao crivo do franqueador – como as proibitivas de subcontratação de franqueado ou de campanhas de marketing sem aprovação do franqueador – visavam preservar a marca e o funcionamento global da rede e, por esse motivo, não configuravam ilícito concorrencial.³³¹ Ou seja, elas tinham fundamento na preservação e melhoria da

³³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor** v.28, São Paulo: RT, out.-dez. 1998, p.80-81. Tradução livre: “Nas redes de contratos, o controle deve ajustar-se à finalidade que representa o funcionamento da rede. Por exemplo, o controle que exerce o concessionário tem por finalidade a manutenção da rede. Ele pode estabelecer pautas para prever que se mantenham os estoques, ou de serviços a serem prestados aos consumidores ou referentes ao uso dos sinais distintivos. Da mesma maneira, pode definir políticas aduaneiras, financeiras, e tributárias comuns, para que se possa diminuir os custos da rede. O limite dessas condutas está dado pelo desvio de finalidade. Se a causa sistemática é a manutenção da rede ou a diminuição conforme essa norma. Se o poder é utilizado em direção diversa ao do interesse comum, traçados pelos parâmetros supramencionados, como, por exemplo, para trasladar custos e riscos aos concessionários, considerar-se-á a conduta como abusiva.”

³³¹ “In a system of distribution franchises of that kind an undertaking which has established itself as a distributor on a given market and thus developed certain business methods grants independent traders, for a fee, the right to establish themselves in other markets using its business name and the business methods which have made it successful. Rather than a method of distribution, it is a way for an undertaking to derive financial benefit from its expertise without investing its own capital. [...] **Such a system, which allows the franchisor to profit from his success, does not in itself interfere with competition. In order for the**

system to work two conditions must be met. First, the franchisor must be able to communicate his know-how to the franchisees and provide them with the necessary assistance in order to enable them to apply his methods, without running the risk that that know-how and assistance might benefit competitors, even indirectly. It follows that provisions which are essential in order to avoid that risk do not constitute restrictions on competition for the purposes of Article 85 (1). **That is also true of a clause prohibiting the franchisee, during the period of validity of the contract and for a reasonable period after its expiry, from opening a shop of the same or a similar nature in an area where he may compete with a member of the network.** The same may be said of the franchisee's obligation not to transfer his shop to another party without the prior approval of the franchisor; that provision is intended to prevent competitors from indirectly benefiting from the know-how and assistance provided. **Secondly, the franchisor must be able to take the measures necessary for maintaining the identity and reputation of the network bearing his business name or symbol.** [...] The same is true of the franchisee's obligation to apply the business methods developed by the franchisor and to use the know-how provided. That is also the case with regard to the franchisee's obligation to sell the goods covered by the contract only in premises laid out and decorated according to the franchisor's instructions, which is intended to ensure uniform presentation in conformity with certain requirements. **The same requirements apply to the location of the shop, the choice of which is also likely to affect the network's reputation.** It is thus understandable that the franchisee cannot transfer his shop to another location without the franchisor's approval. **The prohibition of the assignment by the franchisee of his rights and obligations under the contract without the franchisor's approval protects the latter's right freely to choose the franchisees, on whose business qualifications the establishment and maintenance of the network's reputation depend.** By means of the control exerted by the franchisor on the selection of goods offered by the franchisee, the public is able to obtain goods of the same quality from each franchisee. It may in certain cases — for instance, the distribution of fashion articles — be impractical to lay down objective quality specifications. **Because of the large number of franchisees it may also be too expensive to ensure that such specifications are observed. In such circumstances a provision requiring the franchisee to sell only products supplied by the franchisor or by suppliers selected by him may be considered necessary for the protection of the network's reputation.** Such a provision may not however have the effect of preventing the franchisee from obtaining those products from other franchisees. **Finally, since advertising helps to define the image of the network's name or symbol in the eyes of the public, a provision requiring the franchisee to obtain the franchisor's approval for all advertising is also essential for the maintenance of the network's identity,** so long as that provision concerns only the nature of the advertising.” (JUDGMENT OF 28. 1. 1986 — CASE 161/84 – *negritou-se*). Tradução livre: “Em um sistema de franquias de distribuição desse tipo, um empreendimento que já tenha se estabelecido como distribuidor em um mercado específico, desenvolvendo determinados métodos de negócios, concede aos empresários independentes, por uma taxa, o direito de se estabelecerem em outros mercados usando o seu nome e os métodos de negócios que o fizeram bem-sucedido. Em vez de um método de distribuição, é uma maneira de uma empresa tirar proveito econômico de sua expertise sem investir seu próprio capital. [...] **Tal sistema, que permite ao franqueador lucrar com seu sucesso, não interfere em si mesmo com a concorrência. Para que um Sistema funcione, duas condições devem ser atendidas.** Primeiro, o franqueador deve ser capaz de comunicar seu *know-how* aos franqueados e fornecer-lhes a assistência necessária para que possam aplicar seus métodos, sem correr o risco de que esse *know-how* e essa assistência possam beneficiar competidores, mesmo que indiretamente. Sucede que as disposições essenciais para evitar esse risco não constituem restrições da concorrência na acepção do artigo 85(1). **É igualmente o caso de uma cláusula que proíbe o franqueado, durante a vigência do contrato e por um período razoável após a sua expiração, de abrir uma loja da mesma natureza ou semelhante numa zona em que possa concorrer com um membro da rede. O mesmo pode ser dito da obrigação do franqueado de não transferir sua loja para outra parte sem a provação prévia do franqueador; esta disposição destina-se a impedir os concorrentes de se beneficiarem indiretamente do know-how e da assistência prestada. Em segundo lugar, o franqueador deve ser capaz de tomar as medidas necessárias para manter a identidade e a reputação da rede que leva seu nome comercial ou símbolo. [...] O mesmo se aplica à obrigação do franqueado de aplicar os métodos de negócio desenvolvidos pelo franqueador e usar o *know-how* fornecido. Esse também é o caso no que diz respeito à obrigação do franqueado de vender os produtos abrangidos pelo contrato apenas em instalações dispostas e decoradas de acordo com as instruções do franqueador, que se destina a assegurar a apresentação uniforme em conformidade a determinados requisitos. Os mesmos requisitos se aplicam à localização da loja, cuja escolha também pode afetar a reputação da rede. Assim, é compreensível que o franqueado não possa transferir sua loja para outro local sem a aprovação do franqueador. A proibição da atribuição, pelo franqueado, de direitos e deveres decorrentes do contrato sem a anuência do franqueador, protege o direito deste de escolher livremente seus franqueados, em cujas qualificações comerciais dependem o estabelecimento e a manutenção da**

eficiência dos sistemas de distribuição. Posteriormente se cuidará em mais detalhes dos parâmetros envolvidos nas cláusulas potencialmente abusivas impostas nos contratos de distribuição.

10.4 A existência de deveres específicos relacionados à rede

A existência do propósito comum global dos contratos e o interesse da rede geram a necessidade de sua proteção nos moldes propostos, visando prestigiar a eficiência do sistema de distribuição. Para tanto, a doutrina discute a modificação e a imposição de novos deveres aos membros das redes,³³² como corolários do princípio da boa-fé objetiva (422 do Código Civil).³³³

Ao lado dos sedimentados deveres de cooperação, informação, lealdade e proteção para com a contraparte, aos quais se aludiu acima, haveria deveres próprios para com a rede, que recairiam sobre seus membros. Eis os principais:³³⁴ (1) dever de lealdade à rede; (2) dever de informação; (3) dever de confidencialidade; (4) dever de tratamento igualitário entre os membros da rede; (5) dever de repartir os benefícios da rede entre seus membros; e (6) dever de denúncia estrito.

reputação da rede. Por meio do controle exercido pelo franqueador sobre a seleção de mercadorias oferecidas pelo franqueado, o público é capaz de obter bens da mesma qualidade de cada franqueado. Pode, em certos casos – por exemplo, a distribuição de artigos de moda – ser impraticável estabelecer especificações de qualidade objetivas. **Por conta do alto número de franqueados, também pode ser muito caro garantir que tais especificações sejam observadas. Nessas circunstâncias, uma disposição que obrigue o franqueado a vender apenas produtos fornecidos pelo franqueador ou por fornecedores por ele selecionados pode ser considerada necessária para a proteção da reputação da rede.** Tal provisão, no entanto, não pode impedir que o franqueado obtenha esses produtos junto a outros franqueados. **Por fim, como a publicidade ajuda a definir a imagem da rede aos olhos do público, uma disposição que obrigue o franqueado a obter a aprovação do franqueador para toda a publicidade também é essencial para a manutenção da identidade da rede, desde que essa disposição diga respeito apenas à natureza da publicidade.**

³³² O jurista alemão considera “the purpose of the network as the yardstick for duties of loyalty”. Tradução livre: “o propósito da rede como a medida para os deveres de lealdade.” (TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts. International Studies in the Theory of Private Law*. Hart Publishing, 2011, p.184). Marina Wellenhofer considera que a integração de contratos individuais à rede altera e influencia o conteúdo e o escopo dos deveres das partes, ocasionando em especial o dever de tratamento igualitário. A doutrinadora, no entanto, ressalta não ser possível de antemão se estabelecer um catálogo fixo de deveres próprios das partes no âmbito das redes empresariais. (WELLENHOFER, Marina. *Third party effects of bilateral contracts within the network. Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation*. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009, p.129).

³³³ É papel da doutrina o preenchimento do significado e do alcance das cláusulas gerais, que permitem oxigenar o sistema jurídico, conforme as supervenientes mutações sociais, propondo progressivamente novos conteúdos. Ver: GRUNDMANN, Stefan; MAZEAUD, Denis. **General clauses and standards in european contract law**. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

³³⁴ A modificação dos deveres e a imposição de deveres adicionais não se afiguram exaustivas e nem de aplicação automática a toda e qualquer rede de distribuição. Elas dependerão de um exame casuístico, a fim de se constatar os conceitos acima delimitados: propósito comum global, interesse da rede e a necessidade de proteção da eficiência do sistema.

Diante da função tripartite do princípio da boa-fé, a conformação destes deveres ainda funcionaria como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos e vetor interpretativo-integrativo das relações (artigos 113 e 187 do Código Civil).³³⁵

É preciso atentar para circunstância de que esses deveres, derivados da cláusula geral de boa-fé objetiva, não podem ser enumerados taxativamente. Também não é possível estabelecer deveres gerais para toda e qualquer organização em rede. Tudo dependerá da sua específica conformação. Se, por um lado, é impossível esgotar seu rol; por outro, é necessário tratar de seu conteúdo para concretizar sua aplicação.³³⁶ A seguir, será abordada de maneira geral os deveres extensíveis aos participantes das redes de distribuição.

10.4.1 Dever de lealdade à rede

O primeiro e fundamental dever presente nas redes de distribuição é o de agir em prol do interesse da rede, manter-se leal a ela. O propósito comum da rede é o que levou as partes a se unirem nesse modelo de organização, a fim de colher as vantagens oferecidas por ele para realizar os fins econômicos alvejados. Os participantes devem, portanto, manter-se fiéis a ele ao longo da execução de seus contratos, enquanto integrarem a rede.

Conforme se viu, isso não quer dizer que o interesse individual deva ceder em prol da rede, mas apenas naqueles casos comprovados em que o sacrifício do interesse individual poderá beneficiar a eficiência global da rede, isto é, aprimorar seu funcionamento e facilitar a realização dos seus objetivos.

Atos contrários ao interesse geral da rede representarão desvio de função, quando não importarem em ganhos globais à rede e à capacidade de realização de seu objetivo.

Gunther Teubner adiciona que esse dever importa na necessidade de subordinação dos participantes ao líder da rede, conciliando-se, não obstante, a autonomia destes em

³³⁵ Como destaca Teresa Negreiros, as três funções do princípio da boa-fé compartilham a mesma concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e respeito mútuo e não de perseguição egoísta da satisfação individual. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.119).

³³⁶ Conforme lembra Manuel Carneiro da Frada, “os deveres laterais que se referem são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitivas. O seu conteúdo é diversificado, podendo descobrir-se deveres de informação e conselho, de cooperação, de segredo e não concorrência, de custódia e vigilância, de lealdade, etc.” (FRADA, Manuel Carneiro da. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Almedina, 1994, p.40).

relação às suas próprias áleas, riscos e lucros na exploração da sua atividade empresarial.³³⁷

Os deveres de que se tratará adiante derivam desse dever fundamental das partes manterem-se fiéis ao propósito da rede, durante a sua execução.

10.4.2 Dever de informação

No âmbito das redes, o dever de informação entre as partes, especialmente em relação ao líder, é ampliado, para que o sistema de distribuição possa cumprir seu desiderato.

Assegura-se a maior troca de informação entre os participantes da rede, em decorrência de seu propósito comum, almejando ampliar a eficiência do sistema de distribuição. Gunther Teubner destaca especificamente a existência desse dever intensificado nas estruturas de distribuição integradas, como as hipóteses aqui tratadas, a fim de se garantir o escoamento uniforme de produtos e serviços perante o mercado consumidor. Assim, mantém-se o mesmo padrão para toda a rede, independentemente de especificidades locais. Essa unitariedade não se limita à projeção da marca perante o mercado consumidor, mas abrange o modo de execução da atividade distributiva, quer na comercialização de produtos, quer na de serviços, o que somente se obtém mediante acentuado compartilhamento de informações.³³⁸

O dever de informação serve para assegurar a performance unificada e homogênea da atividade de distribuição exigida das partes.³³⁹ O compartilhamento de informações pode centralizar-se no líder ou operar-se entre todos os membros da rede, a depender da governança interna. De todo modo, ele se dará de maneira ampliada seja entre os membros e o líder e vice-versa; ou entre todos os participantes entre si.

10.4.3 Dever de confidencialidade

Como corolário do dever de informação, reside, em contrapartida e em equilíbrio, o dever de confidencialidade que recai sobre os participantes da rede, de forma igualmente

³³⁷ TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.189.

³³⁸ TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.187.

³³⁹ TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.188.

acentuada. Afinal, na medida em que as partes devem compartilhar suas informações para melhor coordenar suas atividades, é necessário proteger essas informações de terceiros, não participantes da rede.

A confidencialidade é necessária, por conseguinte, para estimular as partes a compartilharem suas informações no âmbito da rede, mas também para protegê-las de terceiros. Tudo com o objetivo de aprimorar a eficiência do sistema de distribuição.

O dever de confidencialidade, conforme lembra Gunther Teubner, opera-se tanto na fase pré-contratual, como pós-contratual, ensejando a responsabilidade civil daquele que descumprir este preceito em prejuízo da rede e de seus participantes.

10.4.4 Dever de tratamento igualitário entre os membros da rede

Como decorrência do dever de agir em prol do interesse da rede, há para o líder o dever de tratamento igualitário dos participantes da rede?

Para Claudineu de Melo a resposta é afirmativa, na medida em que a rede de distribuição constitui um sistema uniforme e vinculante para seus membros. Desse modo, seria defeso ao líder estabelecer condições distintas, mais vantajosas, a um distribuidor ou grupo de distribuidores em detrimento de outros, pois os beneficiados gozariam de melhores condições de concorrência face aos demais no mercado consumidor.³⁴⁰ Ricardo Lorenzetti, na mesma linha, defende a existência de uma cláusula *antidiscriminatória* implícita, proibindo o líder, por exemplo, de praticar preços distintos ou fornecer tecnologias distintas aos seus distribuidores.³⁴¹

No Brasil, conforme identificado no precedente julgado pelo Tribunal do Rio Grande do Norte³⁴², a turma julgadora chancelou a necessária observância, por parte do

³⁴⁰ MELO, Claudineu de. **Contratos de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.91: “Sendo, portanto, um sistema vinculante e uniforme para toda a rede de distribuição, é defeso ao fabricante estabelecer diferentes vantagens que possam posicionar um distribuidor em melhores condições de concorrência com outro, no mercado consumidor.”

³⁴¹ “También es interesante la aplicación del criterio antidiscriminatorio. Entendemos que debe considerarse implícita una cláusula no discriminatória: el organizador debe comunicar a todos los integrantes de la red las novedades y no discriminar a algunos miembros. Por ejemplo, si en una red de franquicias sale una nueva tecnología y no se la proveen a uno de los franquiciados, ello afectaría la igualdad y sería un trato discriminatorio.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. t.II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p.82). Tradução livre: “Também é interessante a aplicação do critério antidiscriminatório. Entendemos que deve ser considerada implícita uma cláusula não discriminatória: o organizador deve comunicar a todos os integrantes da rede as novidades e não discriminar alguns membros. Por exemplo, se uma nova tecnologia é incorporada na rede de franquias, e esta não é repassada a um dos franqueados, configura-se aí um trato discriminatório.”

³⁴² BRASIL. AC: 25886 RN 2008.002588-6, Rel. Juiz Herval Sampaio (Convocado), j.31-03-2009, 2ª Câmara Cível.

franqueador, de conferir tratamento igualitário aos franqueados e demais distribuidores dos produtos.

Ao examinar os fatos, o acórdão exarado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte entendeu que a comercialização dos produtos, pela franqueadora à franqueada, em condições mais onerosas do que aquelas praticadas com terceiros feriria o princípio da boa-fé objetiva, ocasionando “desequilíbrio contratual” e dando causa à inviabilidade do negócio da franqueada.

Embora sem mencionar explicitamente a necessidade de tratamento igualitário, o Tribunal compreendeu o dever de tratamento igualitário entre os franqueados, a partir da “boa-fé objetiva” e do “equilíbrio contratual” presente na relação de franquia, para dirimir a disputa. Essa noção deve ser estendida a outros casos semelhantes, de organizações em rede, submetidos ao crivo do Poder Judiciário.

Outro aspecto importante relativo à necessidade de tratamento igualitário entre os membros integrantes das redes de distribuição foi levantado por Gunther Teubner, relacionando-se à própria relação da rede com seu mercado consumidor. Para o professor alemão, a distribuição de serviços e produtos em rede, de modo integrado, exige que os distribuidores atuem em uniformidade perante o mercado consumidor. Para o mercado consumidor, a distribuição é realizada pela rede, compensando-se a tendência centrífuga das partes agirem individualmente. Assim, quanto maior a integração da rede, maior a necessidade de tratamento igualitário entre os seus membros.³⁴³

Concordamos com o professor. É defeso ao líder conferir tratamento distinto aos distribuidores, de modo a colocá-los em condições de concorrência distintas. Essa prática atentaria contra o pilar essencial que levou os distribuidores a aderirem a esta estrutura sistemática e também deporia contra a eficiência do sistema de distribuição, pois se estaria protegendo um grupo de distribuidores em prejuízo de outros.

Situação diferente, no entanto, refere-se àquela em que os distribuidores, embora pertencentes à mesma rede, atuem em mercados distintos, sem qualquer tipo de concorrência. Por exemplo, se determinada rede já consolidada no sudeste do Brasil quisesse inaugurar sua atuação no Nordeste, cujas condições mercadológicas fossem distintas das do Sudeste, e, para tanto, exigissem condições diferenciadas de seus distribuidores localizados naquele mercado. Neste caso, tendo em vista que as condições e particularidades das operações dos respectivos distribuidores, localizados no Nordeste e

³⁴³ TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.188.

Sudeste, não seriam as mesmas, admite-se que o líder possa conferir tratamento anti-isonômico às partes relacionadas para melhor se adequarem às especificidades de seus mercados.

10.4.5 Dever de repartir benefícios com a rede

Questão interessante diz respeito à eventual dever do líder repassar à rede benefícios advindos de contratações com terceiros em nome da rede, por exemplo, com instituições financeiras e fornecedores. O interesse da rede prescreveria esse comportamento?

Uma das características determinantes das redes é conservar o risco próprio da atividade econômica de cada participante. Uns membros podem fracassar, outros lograrem êxito. Enquanto os contratos de sociedade visam à consecução e partilha de lucros e prejuízos comuns; nas redes, as áleas contratuais são individuais.

De outra ponta, a estrutura grupal da rede pode conferir benefícios ao líder em negociações com terceiros, seja para fornecer insumos, serviços e até mesmo na contratação de crédito junto a instituições bancárias. São ganhos advindos da economia em escala, das contratações em massa, propiciada pelas redes.

Quando o líder utiliza a rede para obter ganhos de escala em contratações com terceiros, ele deve repartir esse benefício com os demais participantes. Afinal, os ganhos de escala e a eficiência do sistema de distribuição estão entre os pilares da organização em rede. O líder age, nessa circunstância, como um representante, um gestor da rede perante o terceiro.

Caso se permitisse ao líder apropriar-se sozinho das vantagens oferecidas pela contratação grupal, estaria ameaçada uma das vantagens da organização em rede. Afrontar-se-ia o critério de aprimoramento de eficiência no escoamento de serviços e produtos pela rede.³⁴⁴

³⁴⁴ Gunther Teubner concorda com essa assertiva. (TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts. International Studies in the Theory of Private Law*. Hart Publishing, 2011, p.191-195). Marina Wellenhofer conclui de modo distinto, afirmando que o laço que liga os contratos em rede não chega ao ponto de impor dever de repartir benefícios e riscos na medida em que a rede, por sua própria estrutura, forma-se por contratos individuais. Eis a sua ponderação: “so the question is one whether the loose connection of contracts between the purpose of the network risk can, in itself, justify the claim for profit sharing. Or is it exclusively the franchisor, as founder and organizer of the whole system, who deserves the extra profit? From my point of view, a duty of profit sharing may result from the individual contract in a particular case; but the assumption of a general duty of profit sharing in networks seems to overstep the limits of the interpretation of contracts and still need justification”. (WELLENHOFER, Marina. *Third party effects of bilateral contracts within the network. Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation*. Oxford: Oxford

Assim, o interesse da rede impõe, especialmente ao líder, o dever de suportar a rede, de compartilhar com ela os benefícios obtidos na contratação com terceiros em razão da estrutura em rede. O mesmo vale para os participantes que, eventualmente, ocuparem posição semelhante.

Nos casos específicos, porém, em que o líder (ou aquele que ocupe posição semelhante) prove que determinado benefício com fornecedores não foi obtido em razão da rede, da contratação em escala que ela proporciona; estará ele dispensado de repartir com os demais membros essas vantagens, pois, nessa circunstância, sobreleva o aspecto individual da sua relação com a rede, com base no interesse da rede como se viu no capítulo acima.³⁴⁵

Tema intrigante diz respeito a quem e como devem ser repartidos os benefícios. Nas relações associativas, perdas e ganhos são centralizados na organização e depois, indiretamente, entre seus participantes nas respectivas proporções assinaladas no contrato associativo. E nas redes, como proceder? A cada um dos membros individualmente, ao líder ou à rede como um todo? Em que proporção?

O caráter dual do interesse da rede parece indicar, assim como defende Gunther Teubner, que os ganhos de escala em virtude da contratação em massa, proporcionada pela rede, derivam de seu aspecto coletivo, voltado à eficiência do sistema da rede. Portanto, as vantagens devem ser repartidas com toda a rede (ou a parcela dela afetada pelo benefício obtido), o que, aliás, se coadunaria com o dever de tratamento igualitário entre os membros. O líder pode, justificando eventuais compensações ou custos inerentes à sua posição, fazer jus à parcela maior, mas isso deve ser averiguado caso a caso.

10.4.6 Denúncia restrita dos contratos em rede

Por fim, o efeito da rede repercute também no direito e nos deveres dos participantes no que concerne ao encerramento dos contratos individuais. Para além da necessidade de prazo razoável para compensar a ruptura dos contratos, cuja natureza exige investimentos consideráveis para a sua execução, Gunther Teubner suscita restrições aos

Hart Publishing, 2009, p.129). Tradução livre: “Portanto, a pergunta é se a conexão branda de contratos entre o objetivo do risco de rede pode, por si só, justificar a reivindicação de participação nos lucros. Ou é exclusivamente o franqueador, como fundador e organizador de todo o sistema, que merece o lucro extra? Do meu ponto de vista, um dever de participação nos lucros pode resultar do contrato individual em um caso particular; mas a suposição de um dever geral de participação nos lucros nas redes parece ultrapassar os limites da interpretação dos contratos e ainda precisa de justificação.”

³⁴⁵ BÖHNER, Reinhard. Asset-sharing in franchise networks: the obligation to pass on network benefits. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009, p.153-183.

membros da rede, quando o encerramento da sua atividade puder afetar o próprio funcionamento da rede.³⁴⁶

O Código Civil brasileiro, por meio do artigo 473, parágrafo único,³⁴⁷ restringe a eficácia da denúncia unilateral dos contratos, consoante o tempo necessário para amortizar o investimento feito pelas partes. A Lei n. 6.729/1979, por seu turno, também.³⁴⁸

Nas redes, entretanto, a restrição quanto à eficácia de denúncia não deve considerar apenas a relação individual, mas também o interesse da rede (e a causa sistemática dos contratos). O encerramento de uma relação sensível da rede, por exemplo, com um distribuidor-chave de determinada região, pode sofrer restrições temporais, não apenas considerando o interesse individual deste distribuidor para amortizar o investimento feito, mas também o interesse da rede e seu funcionamento. Esse aspecto, portanto, deve igualmente ser apreciado.³⁴⁹

10.5 Consequências do descumprimento dos deveres de conduta impostos aos participantes em decorrência do interesse da rede e seu propósito comum

Sem perder de vista o rol não exaustivo dos deveres de conduta impostos aos participantes, importante ressaltar que estes deveres guardam relação direta com as prestações-fim, presentes nos contratos de distribuição no âmbito da rede empresarial,

³⁴⁶ TEUBNER, Gunther. Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011, p.190.

³⁴⁷ Em linha com o dispositivo do Código Civil, a Lei n. 6.729/1979, por uma série de dispositivos, exige restringir a eficácia da denúncia do contrato, exigindo-se a indenização integral do concessionário no caso de rescisão unilateral do contrato de concessão pelo concedente. Confira-se, nesse sentido, os artigos 22 a 27 da lei.

³⁴⁸ A literatura sobre a ampla aplicação do artigo 473 é pacífica (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: (Coord.) TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo Código Civil**, v.VI, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.336-337). A jurisprudência garantindo a recuperação do investimento pela parte lesada pela rescisão também. Ver: Apelação 0013111-09.2004.8.19.0066, 7ª CC, Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, j.18-12-2013; Apelação 0028108-46.2014.8.19.0001, 13ª CC, Des. Sirley Abreu Biondi, j. 17-12-2014; TJSP, Agravo de Instrumento 2076129-22.2017.8.26.0000; Rel. Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; j. 28-05-2018; Data de Registro: 28-05-2018; TJSP; Apelação 0009313-76.2010.8.26.0602; Rel. Dimas Rubens Fonseca; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 1ª. Vara Cível; j. 29-01-2018; Data de Registro: 29-01-2018; TJSP; Apelação 9191011-87.2008.8.26.0000; Rel. Mario A. Silveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – São Paulo, 35ª Vara Cível, j. 29-06-2015; Data de Registro: 02-07-2015; TJSP; Apelação 1000030-65.2017.8.26.0505; Rel. Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Pires, 1ª Vara; j. 23-08-2018; Data de Registro: 24-08-2018; REsp 972.436/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira turma, j.17-03-2009, DJe 12-06-2009; REsp 1112796/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ acórdão Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, j.10-08-2010, DJe 19-11-2010.

³⁴⁹ Apenas como exemplo, o julgado referente à dissolução parcial da sociedade franqueadora foi além, tomando o interesse da rede como um dos critérios para dirimir o conflito interno entre os sócios da franqueadora e determinar a sua administração durante o período da disputa. Ver: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul. AI: 70058550625 RS, Rel. Elisa Carpim Corrêa, j. 03-04-2014, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça 11-04-2014.

porque corporificam a expectativa das partes em vista da causa sistemática e da interdependência neles presente. Eles integram o conteúdo das obrigações e prestações inseridas nos contratos, expressando o interesse e a confiança esperada por uma parte em relação à conduta da contraparte. Os deveres compelem as partes a praticarem ou a deixarem de praticar atos anteriores à conclusão do contrato, durante a sua execução e mesmo após a sua extinção, a depender do caso concreto.

A obrigação de uma parte face à outra não se esgota nas meras prestações positivas previstas no instrumento contratual, mas abrange toda a complexa relação entre elas, incluindo os deveres de proteção e de conduta (deveres laterais), oriundos da cláusula geral da boa-fé prevista no artigo 422 do Código Civil.³⁵⁰ O inadimplemento não se limita à prestação e nem exclusivamente aos deveres a ela relacionados, mas compreende “o não cumprimento ou inobservância por uma das partes de qualquer dever emanado do vínculo obrigacional.”³⁵¹

Logo, por conta do interesse da rede e seu propósito comum, a transgressão a um dos deveres indicados, seja pela falta do dever de informar, seja pelo comportamento desleal à rede ou desigual entre os seus membros, representa inadimplemento de dever emanado do complexo obrigacional dos contratos em rede. A depender do grau de intensidade do inadimplemento e da utilidade-inutilidade da prestação descumprida, tal inadimplemento poderá caracterizar-se relativo ou absoluto.³⁵² Como consequência, a depender da natureza do inadimplemento, a parte ou o grupo lesado poderá requerer a realização coativa da prestação, indenização ou a resolução da avença, excluindo a parte

³⁵⁰ SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **Violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.123-124; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.153; SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

³⁵¹ SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. In: (Coords.) REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. **Biblioteca Estudos de Direito Civil – estudos em homenagem a Miguel Reale**, v.VII. São Paulo: RT, 2006, p.31.

³⁵² Conquanto não seja objeto do presente estudo, cumpre pontuar que para uma importante corrente doutrinária no Brasil, o descumprimento dos deveres laterais ensejaria a aplicação da teoria da violação positiva do contrato. Esta, por seu turno, a depender da intensidade da violação ao dever pode ensejar indenização ou até mesmo a resolução do contrato. A aplicação da teoria acerca da violação positiva do contrato é defendida por SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **Violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. v.V, t.II: do inadimplemento das obrigações (Coord.) Salvo de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Já para outra corrente, a inexecução dos deveres laterais, assim como dos deveres de prestação pode caracterizar mora ou inadimplemento absoluto se enquadrariam no conceito de mora, preceito previsto no artigo 394 do Código Civil. Essa linha é sustentada por ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco**. São Paulo: Atlas, 2015; GAZALLE, Gustavo Kratz. **O conceito de mora no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. O tema, decerto, extrapola os limites deste trabalho. Contudo, ambas as correntes admitem a possibilidade do descumprimento dos deveres laterais, a depender do seu grau e da perda de utilidade da prestação, ensejarem o dever de reparar ou o inadimplemento absoluto. Este o importante ponto a se fazer neste tópico.

faltosa da rede, sem prejuízo, nessa última circunstância, de requerer a indenização pelos danos experimentados.³⁵³

10.6 As relações laterais entre os distribuidores no âmbito da rede

Não só os atos do líder da rede no contexto contratual exercem influência sobre o desempenho dos demais participantes e vice-versa. Também a performance de um dos membros exerce influência sobre os demais, embora não tenham contratos firmados entre si.

Os mencionados deveres não se circunscrevem apenas às partes contratantes – entendidas como sujeitos de direitos que com sua vontade formaram a relação contratual (líder e distribuidor)³⁵⁴ – mas se estendem entre os demais membros da rede naquilo em que houver sobreposição ou conflito entre as respectivas esferas de direitos e interesses.³⁵⁵

Deve-se reconhecer a elevada integração entre os participantes na rede empresarial. Não é possível conceber a relatividade do contrato e de suas obrigações nos mesmos moldes pensados para uma realidade econômica totalmente diversa. O adimplemento do complexo obrigacional deve moldar-se à complexidade econômica intraobrigacional, presente nas redes, impondo aos seus membros o dever de preservar o sistema supracontratual.³⁵⁶

O funcionamento adequado da rede exige a tutela de direitos e deveres entre todos os seus membros: (i) do líder em face do distribuidor; (ii) do distribuidor em face do líder; e (iii) dos distribuidores entre si.

³⁵³ Conforme disciplinam os artigos 389 a 405 e 475 do Código Civil.

³⁵⁴ Também integram o conceito de parte aqueles que tenham substituído por transmissão ou sucessão, o contratante original, constituindo elemento subjetivo do plano da existência do negócio jurídico e centro de imputação de interesses de um lado do contrato. Ver: SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003; p.448-449; PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.35; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.23.

³⁵⁵ Luciano Camargo Penteado traz exemplo de franqueado de marca importante que possui interesse no dever de informar em contrato do qual não é parte: “Um dos principais deveres decorrentes da cláusula geral de boa-fé é o dever de informar. Assim, a informação adquiriria o *status* de um bem jurídico ao qual certos e determinados terceiros poderiam ter acesso mais ampliado. Além da presença da comunidade de interesse, pode haver também outros terceiros interessados no cumprimento adequado dos deveres decorrentes da relação contratual. Os acionistas minoritários da companhia, os franqueados de marca importante, os clientes potenciais têm direitos e deveres no que concerne às relações jurídicas das que as não são parte, formadas ou em vias de se formar. [...] Aqui é importante mostrar a eticidade trazida pela boa-fé como assumida pelo Código Civil. Partindo do contrato, conjuga-se a boa-fé para estender efeitos secundários a terceiros. Ela permitiria invocar o contrato como fonte de obrigação para o terceiro.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.188-189).

³⁵⁶ KATAOKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.184.

Em virtude dos elos de interdependência, os contratos celebrados em rede podem produzir efeitos indiretos ou reflexos a outros participantes. Mesmo que não sejam partes do contrato individual, determinados participantes veem “o contrato ingressar na sua esfera jurídica como um ‘fato’, que deve ser respeitado.”³⁵⁷ Esses interesses merecem tutela jurídica.³⁵⁸ Por isso, veda-se a lesiva interferência de terceiros na relação contratual, mas exige-se, simultaneamente, a proteção de direitos de terceiros³⁵⁹ afetos pelo contrato, impondo responsabilidade às partes contratantes pela eficácia do seu respectivo contrato.³⁶⁰

³⁵⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Efeitos sobre terceiros dos acordos de acionistas. **Pareceres**, v.I. São Paulo: Singular, 2004, p.126. Embora a menção seja ao Acordo de Acionistas, no âmbito das redes e em vista do seu propósito comum, o contrato celebrado entre um distribuidor e o líder deve ser respeitados pelos demais distribuidores, a fim de se permitir o funcionamento organizado da rede empresarial.

³⁵⁸ Para além dos artigos 187 e 422 do Código Civil, a doutrina encontra base no artigo 421, que estipula a liberdade de contratar e a função social como fundamentos para tutelar interesses de terceiros, provenientes de relações contratuais das quais não fazem parte. Nesse sentido: “O princípio da função social e o dever de agir de boa-fé tem fundamental papel na coibição de atos atentatórios ao direito de crédito”. (THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.172). “Aceita a ideia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são *partes* no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado. **Revista dos Tribunais**, v.750. São Paulo: RT, 1998, p.116-117). “Nessa ótica, sem serem partes do contrato, terceiros têm de respeitar seus efeitos no meio social, porque tal modalidade de negócio jurídico tem relevante papel na ordem econômica indispensável ao desenvolvimento e aprimoramento da sociedade. Têm também os terceiros direito de evitar reflexos danosos e injustos que o contrato, desviado de sua função econômica e jurídica, possa ter na esfera de quem não participou de sua pactuação. [...] De uma forma ou de outra, o contrato desviado de sua função social não ficará livre de uma sanção jurídica, pois sua prática incursiona pelo terreno da ilicitude.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.38-39).

³⁵⁹ Classifica-se os demais membros da rede como “terceiros”, pois, embora componham a rede, não integram formalmente o contrato individual. Emprega-se, para tanto, a expressão “terceiro” para classificar todo aquele que não figura como parte na pactuação e estipulação das obrigações contratuais. Segundo Teresea Negreiros, parafrazeando F. Messineo, esta dedução resulta da origem do tempo, nas “exemplificações escolásticas: *tertius*, em oposição às partes do negócio jurídico, sujeito ativo e passivo da relação jurídica, denominadas respectivamente *primus* e *secundus*.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.218).

³⁶⁰ Conforme relembra Eduardo Takemi: classicamente, o terceiro é o não contratante e dele nada se espera em relação ao contrato. Porém, nos dias atuais, terceiros podem estar tão seriamente envolvidos em uma relação contratual, que não seria adequado, diante do mandamento da boa-fé objetiva, permitir que ajam de forma a violar as expectativas legítimas geradas em terceiras partes, com a sua ciência e pelo seu próprio comportamento. (KATAOKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.153). Fernando Noronha, por sua vez, complementa o amplo acolhimento da tutela externa do crédito no direito brasileiro, pelo qual se busca estender aos direitos de créditos a mesma proteção dispensada aos direitos absolutos, pois não significa que terceiros, por não serem partes diretas do contrato, não possam violar o direito do credor. “Os direitos de crédito são também valores ativos do patrimônio do credor, são “bens” a este pertencentes, que, como tais, devem ser respeitados por todos. Assim, a violação desses direitos por outras pessoas ainda pode constituir ofensa ilícita de direito alheio, também enquadrável no artigo 186; quando isso acontecer, tal violação gerará a responsabilidade designada de culposa, ou subjetiva, prevista no artigo 927, *caput*, como veremos adiante.[...]” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.462). Conforme verificam Judith Martins-Costa e Fernando Noronha, são duas as categorias, em regra, as quais se pode invocar a tutela externa: 1. Quando o terceiro instiga o devedor a não cumprir a obrigação a seu cargo, hipótese em que se fala em *indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio*; 2. Quando o terceiro celebra com o devedor um *contrato incompatível* com o adimplemento, por parte deste, da obrigação assumida com o credor. Fernando Noronha complementa, em especial, que ambas situações podem ser englobadas numa única

Nos contratos em rede, alguns terceiros representam figuras determinadas (terceiros qualificados). São eles os demais membros da rede. Não se tratam de terceiros, indeterminados, que não participam de qualquer modo da relação contratual; mas que guardam uma ligação jurídica mediata com as partes contratantes, com quem compartilham o propósito comum da rede.

Para descrever esse fenômeno, Judith Martins-Costa, em imagem ilustrativa, qualifica a eficácia dos contratos em rede pela esfera de interesses “contíguos” entre os vários participantes, que se congregam em múltiplas relações contratuais interdependentes. Segundo a civilista, “seu fundamento bifurca-se em explicação sociológica (fundada no *fenômeno social da interdependência* cujas manifestações são tão diversas quanto conhecidas) e jurídica. Sob esse último ponto de vista, a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das ‘esferas contíguas’ limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade.”³⁶¹ Por isso, os participantes possuem deveres específicos uns em relação aos outros.

categoria, “em relação à qual se poderia falar genericamente em *indução ao inadimplemento*: na primeira situação teríamos uma *indução direta*, na segunda teríamos uma indução indireta, através da celebração de negócio jurídico incompatível com aquele inadimplemento.” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2006, p.463-464). Ver também: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.551. A violação aos pactos de exclusividade, não concorrência, concorrência desleal, aliciamento de clientela e de funcionários são exemplos de atuação lesiva de terceiro ao conteúdo contratual, caracterizáveis como ato ilícito, passível de indenização. (THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.179-180).

³⁶¹ Permita-se transcrever a lição da civilista: “Outro importante grupo de casos diz respeito à *consideração da eficácia na esfera de terceiros determinados*, hipótese que, na Itália e na França, também derivou da construção jurisprudencial. Seu fundamento bifurca-se em explicação sociológica (fundada no *fenômeno social da interdependência* cujas manifestações são tão diversas quanto conhecidas) e jurídica. Sob esse último ponto de vista, a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das “esferas contíguas” limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade. Exemplifico com os crescentes fenômenos das ‘redes contratuais’ e das conjugações de interesses rubricadas como “parcerias”, a multiplicação dos grupos societários (formais ou de fato), as associações estratégicas etc., entre tantas outras que a prática apresenta.” (MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v.1, n.1, maio 2005, p.56). Sobre a contiguidade da esfera de terceiros ao contrato, porque dele não foi parte, mas a sua necessária proteção jurídica, cumpre remeter às lições de Emílio Betti: “A contiguidade e interferência entre esferas de interesses, que se encontra, sob múltiplos aspectos, na vida da relação impõe aos gestores das esferas contíguas, no exercício de sua autonomia, limites que, numa convivência ordenada, provêm da exigência geral da socialidade. [...] A relevância jurídica do prejuízo do terceiro é reconhecida, mais seguramente, nos casos em que entre ele e uma das partes do negócio preexistia uma relação jurídica, em consequência da qual o terceiro esteja legitimado para confiar na correção e na boa-fé da parte. Tendo em conta essa relação, o prejuízo qualifica-se, então, como ilícito.” (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.I. Coimbra: Coimbra, 1969, p.124-129. A conclusão levantada pelo

De modo exemplificativo, e dando concretude a esse sistema, Eduardo Takemi pontua que, nos contratos em rede, a cláusula geral de boa-fé permite que um franqueado possa reprimir o comportamento de outro, diante de relação contratual formada pela rede de franquias. Segundo ele, a cláusula geral de boa-fé, nos contratos em rede, produz eficácia jurídica entre a pluralidade de contratos que a constitui, mesmo nas hipóteses em que as partes contratantes não são as mesmas. Eis sua ponderação:

E, seja ainda consentido adiantar, o contrato de franquias, por ser uma relação tipicamente em rede, na medida em que o franqueador possui um número de franqueados, que a compõe, permitir que, por força da cláusula geral de boa-fé, cada um dos franqueados seja parte legítima para exigir certos comportamentos dos demais. Por exemplo, se um franqueado começa a denegrir a marca por meio do fornecimento de bens gritantemente fora das especificações, cada um dos franqueados é parte legítima para exigir que aquele franqueado específico abstenha-se de praticar tal comportamento, que prejudica e danifica a própria imagem da rede de franquias. Raciocínio análogo pode ser feito nas situações de elevada integração econômica, como no *project finance* e produção *just in time*. Ou seja, podemos configurar exemplos de eficácia jurídica da pluralidade de contratos, mesmo naquelas hipóteses em que as partes contratantes não são as mesmas.³⁶²

Não se trata aqui de superar o princípio da relatividade dos contratos,³⁶³ porque não se exige dos participantes, terceiros “determinados” da relação contratual individual, o dever de prestação, proibição essa decorrente do *princípio da incolumidade das esferas jurídicas*.³⁶⁴ Igualmente, não se trata de conceber em nosso ordenamento a oponibilidade do contrato em relação a partes não signatárias nos moldes franceses,³⁶⁵ mas admitir que a

autor aplica-se com precisão às relações contíguas das redes contratuais. Afinal, as partes que dela fazem parte confiam na correção e boa-fé na conduta das demais.

³⁶² KATAOKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.145.

³⁶³ O preceito é frequentemente sintetizado pelo brocardo latino *res inter alios acta, aliis neque nocet prodest*, ou seja, os atos dos contratantes não podem aproveitar nem prejudicar terceiros. A concepção clássica da relatividade dos contratos é exposta, de forma didática, por Helena Lanna Figueiredo: “É por meio da vontade que as partes resolvem vincular-se e, em decorrência dessa mesma vontade, o contrato torna-se obrigatório aos contratantes. Seguindo essa orientação, se a relação contratual se forma a partir da manifestação de vontade das partes, somente quem consentiu para a sua criação encontra-se sujeito aos efeitos dela advindos.” (FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.16).

³⁶⁴ O princípio significa que a eficácia de um negócio unilateral está limitado à esfera de quem o praticou salvo para beneficiar terceiro. Nos contratos bilaterais, as esferas de ambas as partes são atingidas, pois ambas consentiram para tanto.

³⁶⁵ TEYSSIE, Bernard. **Les groupes de contrats**. Paris: LBGD, 1975; BACACHE-GIBEILI, Mireille. **La relativité des conventions et les groupes de contrats**. Paris: LGDJ, 1996; JAMIN, Christophe. **La notion d'action directe**. Paris: LGDJ, 1991. Nesse sentido, menciona-se também Judith Martins-Costa: Os Direitos francês e italiano acatam a responsabilidade de terceiro que interfere indevidamente no crédito. A jurisprudência francesa realizou, há mais de meio século, um laborioso trabalho de distinção entre a *relatividade dos contratos* e a sua oponibilidade, superando a letra do artigo 1.165 do *Code* que consagra expressamente o princípio da relatividade. Essa distinção deriva de decisão de 22.06.1864 da *Cour de Cassation*. Desde então se distingue entre a força obrigatória (relatividade), que vale só entre as partes, e a

interdependência entre os contratos em rede e a sua causa sistemática geram deveres específicos às partes contratantes, em relação aos terceiros titulares das esferas contíguas de interesses. Cobra-se dos participantes o dever de respeitar o contrato e a esfera jurídica contígua dos demais participantes.³⁶⁶

A depender dos termos em que licenciada a marca do líder aos distribuidores, estes, a teor do artigo 139, parágrafo único, da Lei n. 9.729/1996, terão, inclusive, legitimidade ativa para atuar em defesa da marca, perante outros participantes que violarem seus direitos.³⁶⁷

10.7 Breve parêntese sobre a cláusula geral de boa-fé e o padrão de conduta das partes

Alguns estudiosos criticam as teorias da boa-fé e da confiança, respectivamente, como fonte de deveres, por exprimirem conceitos vagos, elásticos e dúbios. Buscou-se, acima, justamente criar um parâmetro mínimo e adequado para orientar o comportamento das partes no caso concreto. Se, por um lado, as cláusulas gerais atribuem maior poder ao intérprete para delimitar seu alcance e âmbito de aplicação; por outro lado, permitem a introdução de novos deveres e a revisão de outros operada pela dinâmica modificação social, sobretudo no ambiente empresarial. A boa-fé e a confiança, se bem delimitadas, na verdade geram economia, aprimorando o funcionamento do mercado, suas instituições e organizações, pois trazem previsibilidade ao comportamento dos agentes de mercado.³⁶⁸

oponibilidade, que vale na relação com terceiros. Sendo o contrato não apenas um acordo jurídico, mas também um *fato social*, compreende-se que enseje o nascimento de situações jurídicas novas que podem prejudicar terceiros ou dar-lhes vantagens. Por isso, embora o contrato não “obrigue” terceiros, as partes podem opor seus direitos a terceiros e estes têm o dever de respeitar os direitos dos contratantes. (MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v.1, n.1, maio 2005, p.56).

³⁶⁶ Humberto Theodoro Júnior aponta que a função social do contrato justifica que terceiros em relação ao contrato adquiram direitos e deveres a partir dele: “Sem serem partes do contrato, terceiros têm de respeitar seus efeitos no meio social, porque tal modalidade de negócio jurídico tem relevante papel na ordem econômica indispensável ao desenvolvimento e aprimoramento da sociedade. Têm também os terceiros direito de evitar reflexos danosos e injustos que o contrato, desviado de sua natural função econômica e jurídica, possa ter na esfera de quem não participou de sua pactuação.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.32).

³⁶⁷ “Artigo 139. O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços. Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da marca, sem prejuízo dos seus próprios direitos.” Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL: 02888100820138190001 RJ 0288810-08.2013.8.19.0001, Rel. Des. José Carlos Paes, j. 22-10-2014, 14ª Câmara Cível, Public 24-10-2014.

³⁶⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.363; GRUNDMANN, Stefan; MAZEAUD, Denis. **General clauses and standards in european contract law**. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

11 A RELAÇÃO ENTRE O LÍDER E OS DISTRIBUIDORES: QUALIFICAÇÃO, PRECEITOS APLICÁVEIS E A COIBIÇÃO DE ATOS ABUSIVOS

Feitas as considerações sobre o propósito comum, o interesse da rede e suas repercussões na relação interna entre os participantes, cumpre, agora, tendo-se presente esses pontos e critérios, proceder ao específico exame da função desempenhada pelo líder da rede, seu poder de controle e responsabilidade.

11.1 A existência de poder de controle do líder sobre os demais distribuidores

Importantes estudos nacionais, em desdobramento à doutrina desenvolvida no direito societário atinente à *tipologia do poder de controle*,³⁶⁹ identificam a existência de um poder de controle externo exercido pelo líder da rede sobre os distribuidores, nas redes de distribuição integradas.

O controle afigurar-se-ia *ab extra* porque não derivaria dos sócios ou demais órgãos internos da sociedade distribuidora. O seu titular, o líder da rede, o exerceria de fora da estrutura societária distribuidora, orientando sua atividade social, sem, entretanto, suprimir suas instâncias decisórias internas; apenas dirigindo seu funcionamento. O exercício desse poder, conquanto externo, se daria pela ameaça de sanção econômica ou jurídica à sociedade distribuidora (por exemplo, a resolução do contrato de distribuição), em caso de descumprimento da orientação.³⁷⁰ Por conta dessa condição, o líder teria o condão de interferir e determinar a vontade social das sociedades distribuidoras, interferindo em seus órgãos de deliberação internos.

O poder de controle externo escaparia dos parâmetros de regulação utilizados pela lei brasileira. Esta qualifica o poder de controle a partir da dominação dos órgãos societários internos, com base nos seguintes critérios: (i) titularidade dos direitos de voto que assegure a prevalência nas deliberações sociais; (ii) poder de eleger a maioria dos

³⁶⁹ Em seu estudo seminal, Adolf Berle e Gardiner Means dividem o poder de controle em cinco espécies: (i) quase totalidade das ações; (ii) na maioria das ações; (iii) obtido por expedientes legais (*through legal device*); (iv) com menos da metade das ações; e (v) administrativo e gerencial. (BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **The modern corporation & private property**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009). Fábio Konder Comparato, por sua vez, tomando por base a divisão dos autores a classifica em totalitário, majoritário, minoritário, gerencial e externo (exercido fora da estrutura societária (*ab extra*)). (COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1983).

³⁷⁰ A ameaça de sanção econômica ou jurídica pode ocorrer em âmbito interno também, entre a assembleia e os integrantes dos órgãos da administração, que podem ser destituídos *ad nutum*.

administradores; e (iii) a utilização efetiva desse poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.³⁷¹

O exercício de poder pelo líder, não obstante, seria tão ou mais intenso que o domínio das estruturas orgânicas da sociedade dita controlada, porquanto os distribuidores seriam meras extensões operacionais dos líderes, fornecedores de seus *inputs*, funcionando, economicamente, como capilares de colocação de seus produtos e serviços (*outputs*) no mercado.³⁷²

Numa época em que a concorrência entre as empresas marca-se pela vanguarda tecnológica, sendo imprescindível o acesso à tecnologia e ao conhecimento técnico especializado, muitas empresas são compelidas a celebrar contratos pelos quais transferem, em menor ou maior medida, o seu poder de autodeterminação em favor das sociedades titulares desses *inputs* fundamentais ao exercício das suas atividades.³⁷³

Com acesso maior ao capital, propiciado pelas variadas formas de financiamento da atividade empresária, o licenciamento de bens, marcas e recursos tecnológicos tornou-se, com frequência, mais estratégico e determinante que as contribuições para o capital por parte do sócio considerado “controlador”. O compartilhamento de tecnologia, da marca e do *know-how* detidos pelo líder são, muitas vezes, exclusivos e infungíveis;³⁷⁴ o financiamento não. Por isso, a dependência da distribuidora em relação ao líder pode ser maior do que aquela existente entre sócios controladores e minoritários, que se limita à estrutura de capital, no âmbito interno de empresas.

³⁷¹ Lei n. 6.404/1976: “Artigo 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: (a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.” O artigo 243, parágrafo único, da Lei reproduz o mesmo critério “§2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.” Igual parâmetro é também fixado pelo Código Civil: “Artigo 1.098. É controlada: I – a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; II – a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.”

³⁷² Nesse sentido, para Ricardo Ferreira de Macedo, que elaborou profícuo trabalho sobre o controle não societário, empresas com semelhante conformação, tal qual ocorre entre os participantes da rede de distribuição e seus líderes seriam “meras extensões operacionais de suas fornecedoras de *inputs*, funcionando, economicamente, como capilares de colocação em mercado dos *outputs* dessas últimas.” (MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.151).

³⁷³ Em regra, o acesso aos recursos técnicos e tecnológicos contém, em contrapartida, estipulações que limitam o poder de autodeterminação da sociedade “dominada”, conferindo à empresa “licenciante” possibilidade de exercício de influência e, por vezes, controle fático-jurídico sobre aquela.

³⁷⁴ O artigo 139 da Lei n. 9.279/1996 confere ao titular da marca o “direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços.”

Nessas circunstâncias, a ameaça de resolução do contrato de distribuição bastaria para suprimir a vontade social e a autonomia empresarial dos distribuidores, sujeitando-os ao arbítrio do líder da rede. A dominação exercida pelo líder sob as sociedades distribuidoras equiparar-se-ia àquela veiculada na relação societária majoritária, cuja vontade prevalece mediante o exercício de direito de voto.³⁷⁵ A diferença residiria na circunstância de que nas redes empresariais de distribuição, a prevalência da vontade do controlador nas deliberações sociais não se dá pelo exercício do direito de voto, porém, indiretamente, pela coercibilidade da relação contratual.³⁷⁶

Os líderes apenas enxergariam em seus distribuidores alternativas menos onerosas para ampliar suas atividades, se comparadas a outras vias internas, que requeiram investimento na aquisição de ativos, contratação de pessoal, locação de espaço, etc. (constituição de filiais ou subsidiárias, por exemplo).³⁷⁷ A opção entre o regime totalmente integrado ou semi-integrado de distribuição se balizaria, em última análise, pela economia organizacional; não pela falta do poder de controle, presente nas duas estruturas.

Em ambos os casos, tanto nos grupos de sociedades, como nos grupos contratuais, formar-se-ia um grupo econômico sob direção unitária. Os distribuidores encontrar-se-iam sujeitos às políticas impostas pelo líder, as quais disciplinam suas atividades (*i.e.* a modelagem de seus *outputs*, respectivos preços, área de atuação, exclusividade, etc). A relação em tudo se assemelha à sociedade controladora e suas subsidiárias e filiais. Não haveria motivos, portanto, para se dispensar tratamento distinto a essas duas faces de um mesmo fenômeno.

³⁷⁵ Alguns estudiosos defendem que a qualificação jurídica da relação entre o líder e seus distribuidores se subsumiria à categoria dos contratos de sociedade, conforme artigo 981 do Código Civil. Tanto o líder, quanto os distribuidores, “se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.” Rachel Sztajn, nesse sentido, acentua: “A cadeia que se forma com a concessão e subconcessão de vendas cria um grupo de contratos que, por suas características associativas, demonstra a existência do grupo econômico. Que os contratos de franquia e concessão de vendas são do tipo associativo de comunhão de escopo parece incontestado. Tanto concedente ou franqueador quanto concessionário ou franqueado têm o mesmo interesse, o crescente reconhecimento pelo mercado dos produtos e serviços e o conseqüente aumento de consumo para, finalmente, chegar ao lucro, resultado da comunhão de esforços.” (SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.136).

³⁷⁶ Veja-se também nesse sentido as constatações de Ricardo Ferreira de Macedo, para quem a influência exercida pelo líder sob os distribuidores, “pouco ou nada se diferencia da influência que seria veiculada através da relação societária majoritária, a não ser pelo fato de que o controle exercido mediante influência transmitida através de relação contratual (ou através da coercibilidade que a ameaça de rompimento dessa relação contratual dá ensejo)”. (MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.154).

³⁷⁷ DICKERSON, Claire M. Spinning out of control: the virtual organization and conflicting governance vectors. *Pittsburgh University of Pittsburgh Law Review*, n.759, 1997-1998, p.762.

11.2 Poder de controle como elemento central da atividade empresária: há necessidade de regulação no âmbito das redes?

Para uma sofisticada linha de pensamento do direito societário, o poder de controle, como expressão dos elementos de *autoridade* e *direção*, constituiria pilar central da atividade empresária, traduzindo a organização do conjunto de esforços, por uma determinada coletividade, para realizar seus objetivos econômicos. Não seria possível cogitar do governo dos bens produtivos para o exercício da atividade empresária, prescindindo-se da *autoridade* e *direção*, sejam elas individuais ou compartilhadas. Sem esses elementos, a organização coletiva, em vez de obedecer à ordem hierárquica da organização, submeter-se-ia ao mecanismo de preços. Logo, a relação seria de mercado; não de empresa³⁷⁸.

Desse modo, segundo essa linha de pensamento, o direito societário deveria regular essas relações que exprimem, ao fim, *autoridade* e *direção* sobre a organização de bens produtivos. Para se compreender as relações de controle externo, que traduziriam essa lógica por um viés contratual, o direito societário não deveria limitar-se às demarcações jurídicas fictícias derivadas dos conceitos de “empresa”, “sociedade” e “companhia”, pois elas capturam apenas parte do fenômeno econômico-social. Estes conceitos jurídico-dogmáticos seriam insuficientes para assimilar e regular os fenômenos econômico-sociais, a exemplo do exercício de poder externo.

³⁷⁸ Eduardo Munhoz pondera, com base em Ronald Coase, que a *autoridade* e *direção*, isto é, os elementos do exercício do poder de controle, constituem pilar central da atividade empresária. Traduzem a conjunção de esforços, por uma determinada coletividade, para realizar seus objetivos econômicos. Se inexistente o exercício de poder, individual ou compartilhado, não se cogitaria da organização dos bens produtivos para o exercício da atividade econômica. Faltaria o imprescindível elemento da subordinação dos empregados às diretivas do empregador. Nessa circunstância, a organização coletiva, em vez de obedecer à ordem hierárquica da organização, submeter-se-ia ao mecanismo de preços. Logo, a relação se caracterizaria como de mercado; não de empresa. Nessa ordem de ideias, combinando as noções econômicas e os conceitos jurídicos, “pode-se afirmar que o poder de controle se transforma no elemento central da própria definição jurídica da empresa. Afinal, sem poder de controle, também não se cogita de poder diretivo (subordinação dos empregados às diretivas do empregador), hipótese em que a atividade em vez de obedecer ao fator autoridade e direção, é orientada pelo mecanismo de preços, o que, segundo Coase, caracteriza uma relação de mercado, não uma empresa.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.210. Sobre a noção de poder diretivo, ver: MAGANO, Octávio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982. O trecho de Ronald Coase mencionado por Munhoz, revela: “Within a firm these Market transactions are eliminated, and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur co-ordinator, who directs production.” Em nota, Coase afirma que “entrepreneur” significa: “the person or persons who, in a competitive system, take the place of the price mechanism in the direction of resources.” (COASE, Ronald. Nature of the firm. In: **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p.36-37). Tradução livre: “Dentro de uma empresa, essas transações de mercado são eliminadas e, no lugar da complicada estrutura de mercado com transações cambiais, é substituído o empreendedor coordenador, que direciona a produção” “[...] a pessoa ou grupo de pessoas que, em um sistema competitivo, assumem o posto do mecanismo de preços no direcionamento de recursos.”

A teoria da firma, que contribuiu para sedimentar a divisão entre *firms* and *markets* (nas categorias do direito comercial, empresa e contrato), exprimiria um modelo tão só metafórico da realidade, com a finalidade de facilitar sua compreensão. Ela deixaria, contudo, de absorver outras relações que percorrem o ambiente empresarial. Com isso, a teoria da firma, conquanto facilite a compreensão didática desses fenômenos, deixaria de retratar o complexo de relações estabelecidas na atividade empresária.

A divisão entre *firms* and *markets* ilustra a empresa como entidade autônoma e centralizadora das relações entre sócios, administradores e empregados. Ela pressupõe a primazia do acionista; a relação fiduciária dos administradores por eles eleitos e a subordinação dos empregados às suas diretrizes.³⁷⁹ A teoria também supõe ser o sócio o único ou principal tomador de risco da atividade empresarial, que possui apenas pretensão residual aos resultados da atividade (*residual claim*),³⁸⁰ justificando, assim, o controle destas.

Nas literaturas econômica e jurídica, essa divisão se retratava melhor no capitalismo industrial, em parte superado, e serviu para apreender os problemas de conflito de interesse, incentivos e oportunismo.³⁸¹ Contudo, ao pressupor uma fronteira na

³⁷⁹ O modelo consistente, com então predominante visão de Alfred Chandler da grande, hierarquizada e centralizadora firma, cuja característica predominou em boa parte do século passado.

³⁸⁰ Em oposição aos demais credores, detentores de *fixed claims*.

³⁸¹ Sobre a simplificação da dicotomia entre firma e mercado, sua simplificação da realidade, propósito e riscos, confira reflexão proposta por William Klein: “People use a variety of simplifying mental devices to organize and describe complex realities. These devices — call them “models” and “metaphors” — are useful and often unavoidable. We could not cope without them. Sometimes, when models and metaphors work especially well, they are used as the basis for law. Laws based on simple, easy-to-understand-and-use models serve such goals as accountability, legitimacy, and predictability. At the same time, such devices have the capacity to mislead. The most effective models and metaphors require simplifying assumptions and link something unfamiliar to something familiar. The assumptions that were vital in creating the models or metaphors may later, however, prove to be no longer applicable, inappropriate, or wrong. Moreover, a model or metaphor that serves as a valuable general concept may break down at the margins. In the legal and economic literature on business activity, two fundamental and complex general concepts are organizations and markets. In efforts to grasp and control the complexity behind these concepts, one powerful model or metaphor is that of the corporation as an entity or, in its slightly more realistic version, as a “legal fiction.” The corporation is generally reified and often anthropomorphized. Reification, like the use of metaphor, can be useful. Indeed, it would be difficult to communicate effectively without it. Depending on its uses, however, reification can also be a barrier to effective analysis. It may be conceptually useful, for example, to depict corporations as paying taxes, but we delude ourselves and risk error if we do not appreciate that the burden of taxes is borne by individuals. In economics, the concept comparable to the corporation is that of the firm, with a vast literature on the “theory of the firm.” One aspect of this theory is the contrast drawn between organization within firms and organization across markets (another useful but dangerous reification). Some economists challenge this broad conceptualization, but there is little doubt as to the powerful influence it has had and continues to have on economists and lawyers alike. Again, it may be useful, even essential, for example, to think of one firm entering into a transaction with, or competing with, another firm, but it is dangerous to ignore the reality that firms can transact only through individuals, whose motivations may be different from those imputed to the abstraction. In the economics literature, the dichotomy between firm and market responds to problems of conflict of interests, incentives, and opportunism.” (ZLOT, Eric; GULATI, Mitu; KLEIN, William. *Connect contracts*. University of California

organização da empresa, para demarcá-la das operações de mercado, acabou deixando escapar uma série de outras relações, por parte de fornecedores, credores e demais pessoas que contratam com a empresa, inclusive o controle societário em suas multifaces. Essas outras relações, no entanto, com a evolução do capitalismo também passaram a protagonizar a vida empresarial.

Por isso, novas teorias da empresa surgiram, concebendo-a como um feixe de relações entre os vários participantes da atividade empresarial (*nexus of contracts*)³⁸². As relações internas da empresa não se esgotariam nos sócios e administradores, porém abrangeriam trabalhadores, credores, fornecedores, consumidores e demais pessoas que contratam com a companhia. Todos eles comporiam o ambiente empresarial, da produção ao consumo. A empresa representaria, portanto, um feixe de relações entre os vários participantes da atividade empresarial; não uma fronteira fictícia, artificialmente concebida pelo direito. As relações não se dão entre pessoas jurídicas, porém, em última análise, entre indivíduos.

Law Review, n. 47, 2000, p.889-891). Tradução livre: “As pessoas se utilizam de uma variedade de dispositivos mentais simplificados para organizar e descrever realidades complexas. Esses dispositivos – chamados de “modelos” ou “metáforas” – são úteis e frequentemente inevitáveis. Não conseguiríamos lidar (com a realidade) sem eles. Às vezes, quando modelos e metáforas funcionam particularmente bem, são usados como base para o direito. Leis baseadas em modelos simples, fáceis de se entender e usar, auxiliam em metas como prestação de contas, legitimidade e previsibilidade. Ao mesmo tempo, tais dispositivos têm a capacidade de induzir ao erro. Os modelos e metáforas mais efetivos requerem suposições simplificadoras e ligam algo estranho a algo familiar. As suposições que foram vitais na criação dos modelos e metáforas podem, mais tarde, contudo, se mostrar não mais aplicáveis, impróprias ou erradas. Além disso, um modelo ou metáfora que serve como um conceito geral valioso pode se decompor nas margens. Na literatura jurídica e econômica sobre a atividade empresarial, dois conceitos gerais fundamentais e complexos são organizações e mercados. Nos esforços para compreender e controlar a complexidade por trás desses conceitos, um poderoso modelo ou metáfora é o da empresa como uma entidade ou, em sua versão mais realista, como uma “ficção jurídica”. A empresa é geralmente reificada e frequentemente antropomorfizada. A reificação, como o uso da metáfora, pode ser útil. De fato, seria difícil se comunicar efetivamente sem isso. Dependendo de seus usos, no entanto, a reificação também pode ser uma barreira para uma análise eficaz. Pode ser conceitualmente útil, por exemplo, retratar as empresas como pagadoras de impostos, mas nós nos iludimos e corremos o risco de incorrer em erro se não reconhecermos que o fardo dos impostos é suportado por indivíduos.

³⁸² A teoria do *nexus of contracts* ganhou enorme destaque e popularidade na literatura econômica e jurídica norte-americana. Ela foi primeiramente suscitada por Michael Jensen e William Meckling, classificando a empresa como um feixe de contratos celebrados pelos sócios, empregados, fornecedores, clientes e todos os demais participantes da atividade empresarial. Segundo essa teoria, a relação entre empregador e empregado não seria qualitativamente distinta das relações pactuadas no mercado, todas caracterizadas pelo aspecto contratual. Jensen e Meckling acolhem a crítica feita por Demsetz e Alchian à teoria da firma, nos seguintes termos: “It is common to see the firm characterized by the power to settle issues by fiat, by authority, or by disciplinary action superior to that available in the conventional market. This is delusion. The firm does not own all its inputs. It has no power of fiat, no authority, no disciplinary action any different in the slightest degree from ordinary market contracting between any two people.” (ALCHIAN, Armen; HAROLD, Demsetz. Production, information costs, and economic organization. **The American Economic Review**, v.62, n.5, 1972, p.777). Tradução livre: “É comum ver a firma caracterizada pelo poder de decidir questões por comando, pela autoridade ou pela ação disciplinar superior à disponível no mercado convencional. Isso é um delírio. A firma não é dona de todos os insumos. Ela não possui poder de comando, autoridade ou ação disciplinar diferentes em grau algum dos contratos comuns de mercado entre duas pessoas quaisquer.”

Em síntese, essa teoria, relativizando o papel da personalidade jurídica, reputa irrelevante uma demarcação dos limites da empresa, entre o que se desempenha dentro e fora dela. Em vez disso, ela busca enaltecer o exame das relações entre os variados participantes da atividade empresarial, colaborando para a solução da problemática jurídica da empresa.³⁸³ Por isso, ela se mostraria mais adequada a apreciar as relações empresariais modernas e para incorporar, ao direito societário, o exercício do poder de controle externo.

A teoria do *nexus of contracts*, todavia, sofreu severas críticas. Isso porque, embora pretendesse ser uma teoria sobre a firma, ela negava a distinção entre as relações ocorridas nos âmbitos interno e externo da firma. Logo, se inexistente, em último caso, distinção própria entre as relações no âmbito da empresa e no mercado, tratar-se-ia de uma negação à noção de empresa. Não seria possível delimitar a empresa.³⁸⁴ Do mesmo modo, a teoria

³⁸³ “Viewed this way, it makes little or no sense to try to distinguish those things that are ‘inside’ the firm (or any other organization) from those things that are ‘outside’ of it. There is in a very real sense only a multitude of complex relationships (i.e., contracts) between the legal fiction (the firm) and the owners of labor, material and capital inputs and the consumers of output. Viewing the firm as the nexus of a set of contracting relationships among individuals also serves to make it clear that the personalization of the firm implied by asking questions such as ‘what should be the objective function of the firm?’ or ‘does the firm have a social responsibility?’ is seriously misleading. The firm is not an individual. It is a legal fiction which serves as a focus for a complex process in which the conflicting objectives of individuals (some of whom may ‘represent’ other organizations) are brought into equilibrium within a framework of contractual relations.” (JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*. **Journal of financial economics** v. 3. n.4, 1976, p.314). Tradução livre: “Visto dessa forma, faz pouco ou nenhum sentido tentar distinguir coisas que estão “dentro” da firma (ou qualquer outra organização) de coisas que estão “fora” dela. Há, em um sentido muito real, muitas relações complexas (i.e., contratos) entre a ficção jurídica (a firma) e os donos dos insumos de capital, materiais e de trabalho e os consumidores da produção. Vendo a firma como o nexo de um conjunto de relações de contratação entre indivíduos também serve para deixar claro que as personalizações da firma insinuadas nas perguntas como ‘qual deve ser a função objetiva da firma?’ ou ‘a firma possui responsabilidade social?’ é seriamente enganosa. A firma não é um indivíduo. É uma ficção jurídica que funciona como foco para um processo complexo em que objetivos conflitantes de indivíduos (alguns dos quais podem ‘representar’ outras organizações) são equilibradas em um quadro de relações contratuais”.

³⁸⁴ “Still another problem with the intellectual coherence of the nexus-of-contracts conception is that although this conception is generally thought of as a theory of the firm, in fact the conception is incapable of drawing boundaries between what is inside the firm and what is outside the firm. Recall that Coase's enterprise was to determine why certain economic activity occurred on the market—that is, by contract—while other economic activity occurred within a firm. This enterprise simultaneously assumed a boundary between the market - that is, contracts-and firms, and sought to determine the reason for and location of this boundary. In contrast, the nexus-of-contracts conception denies that the firm has any boundaries. As stated by Jensen and Meckling, “Viewed [as a nexus for contracting relationships] [...] it makes little or no sense to try to distinguish those things which are ‘inside’ the firm (or any other organization) from those things that are ‘outside’ of it.” But if it makes little sense to distinguish those things that are inside the firm and those things that are outside the firm, then there is no firm. Accordingly, at bottom the nexus of-contracts conception is not a theory of the firm: It is a theory of why there are no firms. This explains why Jensen and Meckling conclude that under this conception it makes little or no sense to try to distinguish those things which are inside the firm from those things that are outside of it. This also explains why Jensen and Meckling conclude that only individuals, not organizations, are real, so that a contract that purports to be between two corporations really consists of contracting relationships among individuals. These conclusions logically follow from the nexus-of-contracts conception, but they leave us in a world without firms, and conflict with reality as it is normally understood.” (EISENBERG, Melvin A. *The conception that the corporation is a nexus of contracts, and the dual nature of the firm*. **Berkley Law Journal**, 1998, p.832). Tradução livre:

desconsideraria que as relações no âmbito da empresa, como já havia apontado Ronald Coase, ocorrem numa estrutura de governança complexa, hierárquica e burocrática; não apenas ou exclusivamente linear e contratual.³⁸⁵

“Mais um problema com a coerência intelectual da concepção de nexos de contratos é que apesar dessa concepção ser geralmente pensada como uma teoria da firma, na realidade ela é incapaz de traçar uma linha divisória entre o que está dentro e o que está fora da firma. Lembrando que a iniciativa de Coase era determinar por que determinada atividade econômica ocorre no mercado – isto é, por terceirização – enquanto outra atividade ocorria na própria firma. Essa iniciativa simultaneamente supôs que havia um limite entre o mercado – isto é, terceirizações – e firmas, e buscou determinar a razão e a localização desse limite. Em contraste, a concepção de nexos de contratos nega que a empresa tenha limites. Como afirmado por Jensen e Meckling, “Visto [como um nexo para relacionamentos contratantes] ... faz pouco ou nenhum sentido tentar distinguir aquelas coisas que estão “dentro” da firma (ou de qualquer outra organização) daquelas coisas que estão ‘fora’ dela. “Mas se faz pouco sentido distinguir aquilo que está dentro da firma do que está fora dela, então não há firma. Do mesmo modo, no fundo, a concepção de nexos de contratos não é uma teoria da firma: é a teoria de por que não existem firmas. Isso explica porque Jensen e Meckling concluem que sob dessa concepção faz pouco ou nenhum sentido tentar distinguir aquilo que está dentro da firma daquilo que está fora dela. Isso também explica porque Jensen e Meckling concluem que somente indivíduos, e não organizações, são reais, de modo que um contrato que se propõe a ser entre duas empresas na verdade consiste de relações de contratação entre indivíduos. Essas conclusões logicamente decorrem da concepção de nexos de contratos, mas elas nos deixam em um mundo sem firmas, e conflitos com a realidade como ela é normalmente compreendida.”

³⁸⁵ Veja-se nesse ponto a crítica do professor da Universidade de Columbia, Melvin Eisenberg, à teoria da empresa como *nexus of contract*: “Much more important, the position that there is no difference between contracting to do an act and being ordered or directed to do an act lacks all correspondence with reality. Corporations are hierarchical organizations. Anyone who has worked in a hierarchical organization knows that the way in which directions are experienced by supervisors and subordinates is entirely different from the way in which contracts are experienced by contracting parties. To use Alchian and Demsetz's example, both an employer and an employee will experience the employer's direction to type a letter very differently than a customer and a grocer will experience the grocer's trying to sell tuna rather than bread. This difference is qualitative, not merely quantitative. When a consumer needs to decide whether to buy bread or tuna, his decision will be based on whether bread or tuna is the best choice (by whatever metric of best he employs), all things considered—that is, considering, on the merits, all the reasons for and against each alternative. In contrast, when a subordinate is given a direction by a superior, the fact of the direction normally excludes the subordinate from considering any reason for action except the direction. 33 Thus a subordinate normally follows a direction more or less reflexively, whether he likes the direction or not, and whether or not he considers the direction best, all things considered. As Bainbridge has observed, “there is a sharp disconnect between Alchian and Demsetz's argument and the real world of work. Command-and-control is the norm in most workplaces. Workers generally accept hierarchical authority and perceive obedience to authority as an integral part of their job: ‘for the majority, disobedience is unthinkable. [...] All this is of great psychological and sociological importance, because most people work in hierarchical organizations. But it is of economic importance as well, precisely because it is of psychological and sociological importance. Just as a subordinate experiences getting a direction differently than making a real contract, so too does a superior experience giving a direction differently than making a real contract. There are costs to inducing action by making real contracts, and there are costs to inducing action by giving directions. Firms exist in part when the cost of inducing action through giving directions is less than the cost of inducing action by making real contracts. Furthermore, a corporation-or more generally, a firm-is not only a hierarchical organization; it is a bureaucratic hierarchical organization. That means, among other things, that much of the activity in a corporation is organized by established bureaucratic rules that are not open to continued reexamination, let alone negotiation. To paraphrase a remark of Benjamin Klein, an organization is embedded in its human capital, but is greater than the sum of its partigos Employees come and go, but the organization maintains the memory of how things are done.38 More generally, an organization consists not only of assets, persons, and relationships among persons, but of the rules that organize those assets, persons, and relationships. Some of those rules are contractual, but most are bureaucratic in the sense that they are hierarchically adopted and persist over time as persons, assets, and relationships come and go. To put this differently, the corporation has a dual nature. In the first quarter of the twentieth century, it was discovered that light, theretofore described and understood as a wave (a portion of the electromagnetic spectrum), can alternatively be

Apesar das críticas, a teoria possuiu a virtude de realçar o domínio dos fatos na atividade empresária, constatando que as relações não se encerram entre sócios administradores e empregados, mas contemplam um rol consideravelmente maior, alcançando aqueles que contratam com a companhia.

described and understood as a particle (a photon) and that, correspondingly, the building-blocks of atoms, such as electrons, theretofore described and understood as particles, can alternatively be described and understood as waves. So too the firm can be described and understood either as a set of reciprocal arrangements or as a bureaucratic hierarchical organization. To describe and understand firms purely as bureaucratic hierarchical organizations misses the voluntary element of many of the arrangements that constitute a firm. To describe firms purely as a set of reciprocal arrangements misses the extent to which firms are organized by bureaucratic rules and operate by hierarchical directions issued by superiors to subordinates.” (EISENBERG, Melvin A. The conception that the corporation is a nexus of contracts, and the dual nature of the firm. **Berkley Law Journal**, 1998, p.827-830). Tradução livre: “Muito mais importante, a posição de que não há diferença entre contratar para realizar um ato e ser comandado ou direcionado a realizar um ato não possui correlação alguma com a realidade. Empresas são organizações hierárquicas. Qualquer pessoa que tenha trabalhado em uma organização hierárquica sabe que a maneira como ordens são vivenciadas por supervisores e subordinados é totalmente diferente da maneira pela qual os contratos são vivenciados pelas partes contratantes. Para usar o exemplo de Alchian e Demsetz, tanto um empregador quanto um funcionário vivenciarão a ordem do empregador de redigir uma carta de maneira muito distinta da qual um merceiro e um cliente vivenciarão a tentativa do merceiro de vender atum ao invés de pão. Essa diferença é qualitativa e não meramente quantitativa. Quando um consumidor precisa decidir entre comprar pão ou atum, sua decisão se baseará em se o pão ou o atum é a melhor escolha (por qualquer medida de ‘melhor’ ele resolve empregar) considerando-se todos os fatores – isto é, considerando os méritos, todas as razões a favor e contra cada alternativa. Em contraste, quando um subordinado recebe uma ordem de um superior, o fato da ordem normalmente excluir o subordinado de considerar qualquer razão para ação, exceto a própria ordem. Assim, um subordinado normalmente segue uma ordem de forma mais ou menos reflexiva, quer goste da direção ou não, ou se considera ou não a direção melhor, considerando todos os fatores. Como Bainbridge observou, ‘há uma forte desconexão entre o argumento de Alchian e Demsetz e o mundo real do trabalho. Comando e controle é a norma na maioria dos locais de trabalho. Trabalhadores geralmente aceitam autoridade hierárquica e percebem a obediência à autoridade como parte integrante do trabalho’: ‘para a maioria, a desobediência é impensável. [...] Tudo isso é de grande importância psicológica e sociológica, porque a maioria trabalha em organizações hierárquicas. Mas é também de importância econômica, precisamente porque é de ordem psicológica e sociológica. Assim como um subordinado experimenta ter uma direção diferente do que fazer um contrato real, também uma experiência superior dá uma direção diferente do que fazer um contrato real. Existem custos para induzir a ação fazendo contratos reais, e há custos para induzir ação através de ordens. Firms existem em parte quando o custo de induzir ação através de ordens é menor do que o custo de induzir ação através de contratados reais. Além disso, uma empresa – ou, mais genericamente, uma firma – não é apenas uma organização hierárquica; é uma organização hierárquica burocrática. Isso significa, entre outras coisas, que grande parte da atividade em uma corporação é organizada por regras burocráticas estabelecidas que não estão abertas ao reexame continuado, muito menos à negociação. Parafraseando uma observação de Benjamin Klein, uma organização está embutida em seu capital humano, mas é maior que a soma de suas partes. Os funcionários vêm e vão, mas a organização mantém a memória de como as coisas são feitas. De maneira mais geral, uma organização consiste não apenas em ativos, pessoas e relações entre pessoas, mas nas regras que organizam esses ativos, pessoas e relações. Algumas dessas regras são contratuais, mas a maioria é burocrática no sentido de que elas são adotadas hierarquicamente e persistem ao longo do tempo à medida que pessoas, ativos e relacionamentos vêm e vão. Colocando de outra forma, a empresa tem uma natureza dupla. No primeiro quarto do século XX, descobriu-se que a luz, até então descrita e entendida como uma onda (uma porção do espectro eletromagnético), pode alternativamente ser descrita e entendida como uma partícula (um fóton) e que, de maneira correspondente, blocos de construção de átomos, como os elétrons, até então descritos e entendidos como partículas, podem alternativamente ser descritos e entendidos como ondas. Assim também a firma pode ser descrita e entendida como um conjunto de arranjos recíprocos ou como uma organização hierárquica burocrática. Descrever e entender as firmas puramente como organizações hierárquicas burocráticas perde o elemento voluntário de muitos dos arranjos que constituem uma firma. Descrever as firmas puramente como um conjunto de arranjos recíprocos pede até que ponto as firmas são organizadas por regras burocráticas e operam por direções hierárquicas emitidas por superiores a subordinados.

Buscando, então, aproveitar, as virtudes da teoria da firma elaborada por Ronald Harry Coase e aquelas atinentes ao *nexus of contracts*, desenvolveu-se a teoria da empresa como *connected contracts*.³⁸⁶ Em suma, essa teoria reconhece as relações estabelecidas entre os diversos participantes da atividade empresarial (sócios, administradores, empregadores, credores, fornecedores e consumidores), sem, entretanto, recusar o aspecto hierárquico e burocrático da organização empresarial.³⁸⁷ A empresa é concebida a partir da relação de cada um dos atores empresariais, destacando-se as formas de alocação do controle e sua relação com a estrutura de capital.³⁸⁸ O exercício de poder se verificaria na

³⁸⁶ “In economics, the concept comparable to the corporation is that of the firm, with a vast literature on the “theory of the firm.” One aspect of this theory is the contrast drawn between organization within firms and organization across markets (another useful but dangerous reification). Some economists challenge this broad conceptualization, but there is little doubt as to the powerful influence it has had and continues to have on economists and lawyers alike. Again, it may be useful, even essential, for example, to think of one firm entering into a transaction with, or competing with, another firm, but it is dangerous to ignore the reality that firms can transact only through individuals, whose motivations may be different from those imputed to the abstraction. In the economics literature, the dichotomy between firm and market responds to problems of conflict of interests, incentives, and opportunism.” (GULATI, Gaurang Mitu; KLEIN, William A; ZOLT, Eric M. *Connected contracts*. **UCLA Law Review**. v.47, 2000, p.891-892). Tradução livre: “Nas ciências econômicas, o conceito comparável ao de empresa é o de firma, com vasta literatura sobre a “teoria da firma”. Um aspecto dessa teoria é o contraste traçado entre a organização dentro das firmas e a organização entre os mercados (outra reificação útil, porém perigosa). Alguns economistas contestam essa ampla conceituação, mas resta pouca dúvida acerca da poderosa influência que ela vem tendo e continua a ter sobre economistas e advogados. Novamente, pode ser útil, e até essencial, por exemplo, pensar em uma firma ingressando em uma transação, ou competindo, com uma outra firma, mas é perigoso ignorar a realidade que as firmas só podem transacionar por meio de indivíduos, cujas motivações podem ser diferentes das imputadas a uma abstração. Na literatura econômica, a dicotomia entre firma e mercado responde a problemas de conflito de interesses, incentivos e oportunismo.”

³⁸⁷ “The view of the firm as merely a “nexus of contracts” that has developed in reaction to Coase’s fundamental distinction between the firm and the market is incomplete and misleading. I now agree with Coase that there is a useful analytical and not merely legal distinction to make between interfirm and intrafirm transactions. Firms are more than particular groups of explicit and implicit contracts. They consist of valuable team assets and developed mechanisms of handling information and control. By consolidating ownership of these organizational assets in the hands of one firm, vertical integration eliminates the need for one fundamental contract and creates an increased ability to flexibly direct production. As a consequence, a significant hold-up potential is reduced, along with an important range of transaction costs.”(KLEIN, B.”Vertical integration as Organizational Ownership: the fisher body – general motors relationship revisited”, in *Journal of Law, Economics and organization*, IV, 1988, p.212). Tradução livre: “A visão da firma como mero “nexo de contratos” que se desenvolveu em reação à distinção fundamental de Coase entre a firma e o mercado é incompleta e enganosa. Concordo agora com Coase que há uma útil distinção analítica e não meramente legal a se fazer entre transações interfirma e intrafirma. As firmas são mais do que grupos específicos de contratos implícitos e explícitos. Elas consistem em valiosos ativos de equipe e mecanismos desenvolvidos de administrar informação e controle. Ao consolidar a propriedade desses ativos organizacionais nas mãos de uma única firma, a integração vertical elimina a necessidade de um contrato fundamental e cria uma maior capacidade de direcionar a produção de modo flexível. Como consequência, reduz-se um significativo potencial de retenção, juntamente com uma importante gama de custos de transação.”

³⁸⁸ “Connected contracts” may be thought of as shorthand for a fluid, nonlinear, nonhierarchical set of interactions and interrelationships. It challenges the notion of ownership and the corporate law model of shareholder primacy. It is virtually the antithesis of theories of the firm that seek to identify the boundaries of that fiction or artificial construct.” (GULATI, Gaurang Mitu; KLEIN, William A; ZOLT, Eric M. *Connected contracts*. **UCLA Law Review**. v.47, 2000, p.895). Tradução livre: ““Contratos conectados” podem ser entendidos como um atalho para um conjunto de interações e inter-relações fluidas, não lineares e não

barganha de cada uma das relações. A coletividade organizada para produzir bens como um conjunto de feixes contratuais que exprimiria a lógica da *autoridade e direção* (relações hierárquicas).³⁸⁹

Empregando essa noção ao direito brasileiro, Eduardo Munhoz defendeu, em profícua tese sobre a empresa contemporânea e o direito societário, ampliar o conceito da empresa (ou ao menos do conceito de poder de controle) para abarcar o seu exercício extra societário, já que também para essa teoria, embora sem negar as estruturas de controle, as fronteiras da empresa excederiam aquelas entre sócios e administradores.³⁹⁰

Em apertada síntese, Eduardo Munhoz, retratando de forma engenhosa os fundamentos do direito societário, convida à seguinte reflexão, a fim de defender o regramento da matéria pelo direito societário: se o controle é elemento central da atividade empresária e se esta não se limita à relação entre sócios e administradores, o direito societário deveria disciplinar as relações de controle *ab extra* da atividade empresária, a exemplo da relação entre o líder e o distribuidor nas redes de distribuição.³⁹¹ O poder de controle seria elemento central da própria definição jurídica da empresa.³⁹²

hierárquicas. Eles desafiam a noção de propriedade e o modelo de direito societário da primazia do acionista. É virtualmente a antítese das teorias da firma que procuram identificar os limites dessa ficção ou construção artificial.”

³⁸⁹ O poder de controle se transforma no elemento central da própria definição jurídica de empresa (MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.218).

³⁹⁰ Por todos, cita-se a fundamental reflexão proposta por Eduardo Munhoz a respeito da empresa contemporânea e o direito societário: “como delimitar, então, as fronteiras da empresa, se é que é possível, para efeito de conceber uma disciplina jurídica adequada ao seu exercício?” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.217).

³⁹¹ “Se o controle externo já é uma realidade inafastável na vida econômica brasileira, tende a se tornar ainda mais frequente, pois, como se teve a oportunidade de salientar, sua utilização na formação de grupos societários tem sido cada vez mais observada, por aliar os fatores (I) poder de direção da atividade social e (II) maior flexibilidade, em comparação com a estrutura organizativa baseada na propriedade do capital. Nessa medida, o controle externo passou a constituir o elemento unificador de formas específicas de organização da empresa de tal modo que a ignorância desse fenômeno pela lei societária significaria deixar ao largo de sua regulação parte relevante desse fenômeno. Por todas essas razões, parece urgente o reconhecimento do controle gerencial e do controle externo na lei societária brasileira, o que pressupõe a modificação dos conceitos de acionista controlador (artigo 116 e de sociedade controladora (artigo 243, §2º), ora vigente.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.249). Por seu turno, Raquel Sztajn afirma: “O crescimento da empresa é fator determinante do aparecimento de novas formas de organização das atividades econômicas, que se manifestam na criação dos grupos de sociedades, nos consórcios de sociedades e nos contratos de franquia e concessão de vendas, todos abrangidos pelo conceito de sociedade do artigo 1.363 do Código Civil. A importância desses novos contratos para a manutenção da atividade empresarial determinou que fossem objeto de específica tutela. Essas formas de organização, surgidas da prática, do tráfico econômico, independeram da vontade do legislador, que se limitou a reconhecê-las, já que não lhe competia criá-las, assim como não cria os tipos de contratos, mas apenas reconhece e regula seus efeitos. O objetivo comum, crescimento pela integração em unidade econômica sem perda da personalidade jurídica, mesmo com certas limitações no âmbito administrativo-econômico, tal como nas sociedades de sociedades, demonstra que métodos e formas diferentes de crescimento empresarial levam a igual resultado – a formação

Nessa visão, as redes empresariais de distribuição consistiriam em um novo fenômeno de poder, mediante o emprego de técnicas jurídicas, que conduziriam a superestruturas hierárquicas de controle agregado, pelo líder sobre os participantes distribuidores.³⁹³ Apenas não se reconheceria o grupo, na falta de participação societária, por incompreensão do fenômeno grupal em sua totalidade, pois as redes empresárias, em essência, formariam grupos econômicos unitários, tal como os grupos societários.³⁹⁴

Fábio Konder Comparato, em semelhante reflexão, faz a seguinte provocação ao comentar a disciplina dos grupos societários no direito brasileiro:

Deve-se perguntar, no entanto, se o fato de se excluírem só grupos não acionários da disciplina legal não representa um grave *loophole* do novo sistema, a ser aproveitado pelos interessados em fugir da disciplina dos grupos. Pode-se indagar, sobretudo, qual a diferença substancial existente entre um grupo formado exclusivamente por sociedade não-acionária e o em que só existe uma companhia que é, por hipótese, a sociedade mais fraca do conjunto.³⁹⁵

Nessa ordem de ideias, para essa respeitável doutrina, a ausência de reconhecimento e balizamento pelo direito societário do exercício desse poder externo, pertencente ao líder, poderia permitir o exercício desse poder de forma abusiva, desenfreada, desprovido de tutela pelas normas que disciplinam o exercício do poder de

de grupos – manifestação do fenômeno concentracionista, típico deste estágio do desenvolvimento econômico, e que como tal deve ser regulado.” (SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.177).

³⁹² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.217-218.

³⁹³ Antes da entrada em vigor do Novo Código Civil, Raquel Sztajn discutia o tratamento a ser concedido pelo capítulo do código atinente ao direito de sociedade aos contratos de distribuição, aí compreendidos a franquia e a concessão comercial: “Tratar-se-ia, então, de nova forma de contrato societário, também esta surgida da prática e da fuga à concentração de riscos? Franqueador e concedente poderiam optar por exercer a atividade apenas em suas próprias sociedades e estabelecimentos comerciais, mas o risco de negócio aumentaria exponencialmente. A cadeia formada pela dispersão de riscos evita semelhantes resultados e, por efeito de sinergismo, aumenta o ritmo da atividade econômica em benefício de todos os participantes e da comunidade. O reconhecimento de que o esforço contribuído pelos contratados (franqueados e concessionários) se ajusta, como uma forma de reembolso de sócio dissidente, com a obrigação do pagamento de indenizações por rescisão imotivada do contrato é traço complementar das características associativas. A franquia e a concessão de vendas poderiam ficar, se consideradas sociedades atípicas sujeitas às normas do direito societário, como espécie nova de grupo. Resta, afinal, a questão de saber se o sistema societário brasileiro admitirá a existência de tais sociedades atípicas.” (SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.137).

³⁹⁴ Essa posição também é defendida por Rachel Sztajn (SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.133-138). A integração indústria/comércio, que cria a dependência de algumas sociedades a outras, produz também um contrato associativo que se assemelha aos de sociedade, pois o resultado de cada uma delas afeta, de alguma forma, a todas, havendo, portanto, um interesse grupal comum. Desconhecer esse fenômeno na regulação dos grupos significa deixar incompleta a tipologia grupal. A identificação dessas situações como grupos atípicos – o fenômeno da empresa e das ligações e relações entre sociedades não se resume à criação de filiais, subsidiárias ou coligadas para ampliar a área de atuação da atividade – permite maior amplitude tipológica grupal.

³⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.198.

controle.³⁹⁶ Por conseguinte, seria fundamental que nessas relações contratuais, em que constatadas a existência de controle externo, o controlador se sujeitasse, ao menos de modo análogo ou por interpretação extensiva, à responsabilidade prevista nos artigos 116 e 117 da Lei n. 6.404/1976, protegendo-se a todos os *stakeholders*, aí compreendidos aqueles que contratam com a companhia, os quais a lei pretende tutelar.³⁹⁷

11.3 As redes empresariais: meras estruturas de poder?

Para Gunther Teubner, a tendência para se ver no poder de controle a força motriz das organizações econômicas híbridas, como as redes empresariais, exclui da sua compreensão a essência da estrutura em rede, reduzindo-a a mero instrumento de poder.³⁹⁸

A noção contratual pluripartidária das redes empresariais transcende a mera relação de controle.³⁹⁹ Não se pode lançar sobre ela uma visão contratual minimalista, sob pena de se obnubilar os aspectos organizacionais e coletivos de que se revestem as redes.

Conforme sustentado por renomados economistas, a seleção dentre vários tipos de organização da atividade econômica determina-se por um critério de eficiência, a fim de minimizar os “custos de transação”. As relações de poder guardam importante correlação com a eficiência das estruturas de governança.⁴⁰⁰ Contudo, alçar essa dinâmica à dimensão

³⁹⁶ MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.152-154.

³⁹⁷ MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.159-160; COMPARATO, Fábio Konder. Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial** – estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990, p.270; MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação de poder de controle acionário**. São Paulo: Saraiva: 1995, p.13-16. Nesse sentido, propondo, inclusive, a positivação do conceito de poder de controle externo: MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.258-259.

³⁹⁸ TEUBNER, Gunther. ‘Unitas multiplex’ a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV**. v.2, São Paulo, jun.-dez. 2005, p. 85.

³⁹⁹ Desafia a visão jurídica tradicional, prevalecente na teoria dos grupos societários, segundo a qual “a criação do grupo de empresas se explica pela instrumentalização da empresa-filha no interesse da empresa-mãe ou traduz uma expressão da tendência para a concentração e monopólio.” (TEUBNER, Gunther. ‘Unitas multiplex’ a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV**. v.2, São Paulo, jun.-dez. 2005, p.81).

⁴⁰⁰ “When two parties enter into a relationship in which assets will be used to generate income, the parties can, in principle, contractually specify exactly who will have control over each dimension of each asset in each particular future contingency. We have argued that there is often a low-cost alternative to contracts that allocate all specific rights of control. In particular, when it is too costly for one party to specify a long list of the particular rights it desires over another party's assets, then it may be optimal for the first party to purchase all rights except those specifically mentioned in the contract. Ownership is the purchase of these residual rights of control. Vertical integration is the purchase of the assets of a supplier (or of a purchaser) for the purpose of acquiring the residual rights of control. The literature on transactions costs has emphasized that incomplete contracts can cause a nonintegrated relationship to yield outcomes that are inferior to those that would be achieved with complete contracts. It is implicitly assumed that integration yields the outcome that would arise under complete contracts. We argue that the relevant comparison is not between the nonintegrated outcome and the complete contract outcome but instead between a contract that allocates

central das redes importa em reduzir seus demais predicados⁴⁰¹. Noções parciais a respeito das redes empresariais impedem a compreensão das suas particularidades, deixando na penumbra, conforme aponta Gunther Teubner, alguns de seus aspectos marcantes, como a “orientação da organização empresarial em função do seu próprio interesse coletivo, das vantagens econômicas de eficiência para a própria organização e da sua responsabilidade social.”⁴⁰²

A noção hierarquizante das redes empresariais não faz inteira justiça às suas características e funções, nem à sua dinâmica interna híbrida, que, ao lado de uma estrutura de governança semi-hierárquica, assimila e internaliza os preceitos de mercado, marcado pela bilateralidade das relações entre os distribuidores e o líder.

Gunther Teubner enumera três sintomas sobre a concepção puramente unitária ou hierárquica a respeito de grupos empresariais descentralizados, cujo raciocínio é extensível às redes empresariais de distribuição.

Em primeiro lugar, a concepção hierárquica, centrando o poder decisório no líder da rede, acaba por ignorar e não explicar a consciente descentralização operacional, gerencial, financeira e jurídica entre os seus vários participantes. Em segundo lugar, ela desconsidera a necessidade de se compreender nas redes a internalização das estruturas de

residual rights to one party and a contract that allocates them to another. We have emphasized the symmetry of control—namely, that when residual rights are purchased by one party they are lost by a second party—and this inevitably creates distortions. That is, integration shifts the incentives for opportunistic and distortionary behavior, but it does not remove these incentives.” (GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. **Journal of Political Economy** n. 94, 1986, p.716). Tradução livre: “Quando duas partes ingressam em uma relação em que ativos serão utilizados para gerar renda, as partes podem, a princípio, especificar contratualmente quem exatamente terá controle sobre cada dimensão de cada ativo em cada contingência particular futura. Argumentamos que frequentemente há uma alternativa de baixo custo para contratos que alocam todos os direitos de controle específicos. Em particular, quando é muito dispendioso para uma parte especificar uma lista longa de todos os direitos particulares que deseja sobre os ativos de outra parte, pode ser mais eficiente para a primeira parte adquirir todos os direitos exceto aqueles especificamente mencionados no contrato. Propriedade é a compra desses direitos residuais de controle. Integração vertical é a compra dos ativos de um fornecedor (ou de um comprador) com o propósito de adquirir os direitos residuais de controle. A literatura sobre custos transacionais enfatiza que contratos incompletos podem fazer com que uma relação não integrada gere resultados inferiores aos que seriam alcançados com contratos completos. Argumentamos que a comparação relevante não é entre resultado não integrado e resultado de contrato completo, mas entre um contrato que aloca direitos residuais para uma parte e um contrato que os aloca para outra. Enfatizamos que a simetria de controle – a saber, aquela em que quando direitos residuais são comprados por uma parte, são perdidos por uma outra parte – e isso inevitavelmente cria distorções. Ou seja, a integração desloca os incentivos para comportamentos oportunistas e distorcidos, mas não elimina esses incentivos.”

⁴⁰¹ POWELL, Walter. Neither market, nor hierarchy: network forms of organization. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarchies and networks**. London: Sage Publications, 1991, p. 265-276; BRADACH, Jeffrey; ECCLES, Robert. Price, authority and trust In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarchies and networks**. London: Sage Publications, 1991, p.277-290.

⁴⁰² TEUBNER, Gunther. ‘Unitas multiplex’ a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV**. v.2, São Paulo, jun.-dez. 2005, p.83-84.

mercado organizado em seu funcionamento, em vez de estruturas puramente hierárquicas. Em terceiro lugar, a perspectiva hierarquizante – simbolizada na figura do líder como o centro de atividade do grupo – não dá conta da interação dinâmica entre a coordenação da multiplicidade de centros autônomos, que não é obtida apenas pelo vértice hierárquico do grupo, mas por sua própria dinâmica interna, voltada ao propósito comum que justifica a atuação coordenada de todos os agentes.⁴⁰³

Por isso, as redes empresariais reclamam uma compreensão própria, que, em seu âmago, substitui a imagem do poder de controle pela coordenação de seus vários centros de ação autônomos. Ela rompe, segundo Gunther Teubner, com a noção antropomórfica das sociedades personificadas em geral em dois sentidos: imputação múltipla antes da imputação unitária, autonomização policêntrica antes da personificação.⁴⁰⁴

11.4 Os paradoxos dogmáticos do direito societário para regular as redes empresariais de distribuição

Ao descrever os grupos econômicos contratuais de distribuição (aqui denominados redes empresariais) Engrácia Antunes aponta a dificuldade provocada por eles aos fundamentos do direito societário. Constata o comercialista que o direito societário não absorve nos órgãos sociais internos das sociedades a intromissão de uma vontade e interesses externos. Nas situações em que o interesse próprio da sociedade se sujeita, em sua organização interna, à concorrência de um interesse social externo, consistindo as deliberações dos respectivos órgãos o reflexo de uma vontade extrassocial, criam-se entorses na estrutura patrimonial e organizativa da sociedade “controlada”. A disciplina do direito societário assentou-se numa pressuposta harmonia de interesses nesse postulado de soberania.⁴⁰⁵ Com efeito, como se tratou a respeito dos contratos plurilaterais, no quadro de

⁴⁰³ TEUBNER, Gunther. ‘Unitas multiplex’ a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV**. v.2, São Paulo, jun.-dez. 2005, p.97-98.

⁴⁰⁴ Gunther Teubner bem complementa que a técnica de imputação unitária se deve ao forte pendor antropomórfico, subjacente ao conceito de pessoa jurídica. A construção do instituto da pessoa coletiva cria a imagem de um único centro de ação e vontade (a pessoa), classificada como ponto de imputação de ações, direitos e obrigações.

⁴⁰⁵ Engrácia Antunes bem distingue duas circunstâncias diversas do fenômeno grupal para o fenômeno em rede, formado por contratos. Ao buscar interpretar o alcance objetivo do artigo 481 do Código das Sociedades Comerciais no Direito Português, segundo o autor, o regime jurídico das relações de domínio em geral constitui fundamentalmente uma relação do legislador ao que ele designa como síndrome do cavalo de troia: paradoxo regulatório resultante do controle intersocietário ao nível de funcionamento da sociedade comercial individual. Ou seja, uma reação contra aqueles riscos típicos de desregulação e desproteção dos entes societários formalmente autônomos que se veem expostos ao exercício interno, no seio dos seus próprios órgãos deliberativos e executivos de uma vontade e de um interesse externos, pertencentes a uma

uma sociedade comercial individual e autônoma pressupõe-se a convergência dos interesses dos sócios, credores sociais e administradores à máxima prosperidade e rentabilidade da empresa social. Nessa pressuposta harmonia está boa parte da razão histórica para a personificação jurídica deste centro de interesses, repousando também sobre ela a construção e a disciplina da própria estrutura patrimonial e organizativa deste ente coletivo.⁴⁰⁶ A questão muda de figura sempre que, por outros meios, um terceiro, por instrumentos extra-socetários, exerce forte influência nos órgãos internos de uma empresa.

A realidade das redes empresárias de distribuição pressiona, sobremaneira, os pilares do direito societário, pois ela se constitui por múltiplos centros de imputação de direitos, obrigações e responsabilidades, ligados por relações contratuais. Conforme pondera Gunther Teubner, para se fazer justiça à organização em rede, o sistema jurídico deve se libertar de seus preconceitos conceituais e dogmáticos que se “encerram nos estreitos horizontes da imputação unitária em direção a uma *imputação simultânea múltipla* de acções e posições jurídicas.”⁴⁰⁷

Para o direito societário especificamente, nas suas bases atuais, isso representa um imenso desafio. Mais do que uma defasagem em relação à realidade, como alguns comercialistas denunciam, o direito societário vive um intrínseco paradoxo, em seu marco regulatório, que o estagna diante da realidade grupal, quanto mais das redes empresariais.

Com efeito, o direito societário desenvolve-se e inspira-se em uma realidade que lhe incentiva a proteger valores contrapostos: (i) a sociedade como um centro autônomo e

outra sociedade. (ENGRÁCIA ANTUNES, José A. **Os grupos de sociedades**. Coimbra: Almedina, 2002, p.508-537).

⁴⁰⁶ O conceito de “capital social”, conforme leciona Alfredo Lamy Filho, “é correlato à criação do instituto da pessoa jurídica e à limitação da responsabilidade de seus sócios.” Ele emergiu, no específico contexto em que a organização societária, ainda em estágio rudimentar, defrontou-se com o acentuado desenvolvimento do comércio em virtude do início da Revolução Industrial. A criação da personalidade jurídica e a constituição de um patrimônio separado, alinhados à limitação de responsabilidade do sócio – que se restringia à quota com que cada um entrara, respectivamente, para o fundo social – obrigou os comerciantes a oferecerem a seus credores uma garantia de que a sociedade honraria seus compromissos, e teria meios para fazê-lo. Os credores recebiam as oscilações a que estava sujeito o capital da companhia, diante do dinamismo de sua atividade. Além disso, preocupavam-se com os potenciais desfalques dos sócios nas situações em que, fracassando o negócio, estes recuperassem as contribuições efetuadas para o patrimônio da companhia, antes de cumprirem suas obrigações sociais, lesando terceiros. (LAMY FILHO, Alfredo. **Temas de S.A: exposições e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.180). A solução para apaziguar o interesse dos credores foi a de exigir a irrevogabilidade das prestações dos sócios ao patrimônio social, “ao mesmo tempo em que, mediante um sistema de publicidade obrigatória, se procurou permitir aos credores conhecerem, tão aproximado quanto possível, da situação do patrimônio social.” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.194). É por isso que, especialmente nos sistemas romanísticos, criou-se o conceito de “capital social”, estabelecendo-se normas atinentes à sua integridade e publicidade, tal como o fez a LSA. (ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001, p.467).

⁴⁰⁷ TEUBNER, Gunther. ‘Unitas multiplex’ a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV**. v.2, São Paulo, jun.-dez. 2005, p.77-110.

independente de imputação e interesses⁴⁰⁸ e, ao mesmo tempo, (ii) a mesma sociedade como entidade dependente, sujeita a um poder de controle (externo).⁴⁰⁹ O problema atinente ao poder de controle externo, suscitado pela conformação das redes contratuais, toca exatamente na interseção dos dois fundamentos contrapostos do direito societário: o princípio da autonomia empresarial (e com ela a noção de centro autônomo de interesses, obrigações, direitos e responsabilidades) e do poder de controle.⁴¹⁰

Numa época em que a concorrência entre as empresas liga-se à vanguarda tecnológica, saber se as relações de dependência econômica, porventura provenientes destes contratos, deverão ser consideradas relevantes para se determinar a existência de controle intersocietário, é questão largamente debatida.

Engrácia Antunes pondera que as situações de controle externo, nos moldes atuais, são estranhas ao direito societário, devendo ser, em seu lugar, reprimidas pelo direito concorrencial e contratual.

Ao comentar o artigo 486 do Código de Sociedades Comerciais Português, que rege as sociedades em relação de domínio,⁴¹¹ Engrácia Antunes destaca que a influência

⁴⁰⁸ A regulação da constituição, governança, funcionamento, operação e dissolução da empresa se dá consoante o arquétipo da autonomia empresarial.

⁴⁰⁹ Embora com outras palavras e propósito, Tullio Ascarelli acentua a vital importância da limitação da responsabilidade e do capital dividido em ações para o funcionamento das sociedades anônimas. Para ele, “os dois princípios que podemos hoje considerar fundamentais, enquanto deles decorre a maior parte das normas da sociedade anônima, são o da responsabilidade limitada e o da divisão do capital em ações. [...] No entanto, o segundo entre os dois princípios, acima mencionados, pressupõe o primeiro, pois a irrelevância da pessoa do sócio só é possível em virtude da responsabilidade limitada dele”. (ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, p.341-342). Ambos os princípios igualmente contribuem para a permanência do paradoxo do direito societário ao necessitar reconhecer a dependência de uma sociedade em relação à outra, por conta de poder externo, ao mesmo tempo em que busca conferir autonomia e independência a essa mesma sociedade ‘independente’.

⁴¹⁰ Engrácia Antunes, nesse ponto, pondera que o futuro direito societário, numa profunda revisão, resultará da prevalência de um desses princípios contrapostos: “The future shape of Corporation law is likely to be, in a great measure, determined by the outcome of the struggle between these two vectors disputing the primacy of corporate regulation. As long as this internal contradiction has not been object of independent consideration by doctrine, and this conflict has not been solved coherently by legislators, no relevant changes could thus be expected to occur.” (ANTUNES, José Engrácia. *Liability of corporate groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationship in US, German and EU Law, an international and comparative perspective*. **Kluwer Law and Taxation publishers**, 1994, p.157). Tradução livre: “A futura forma do direito societário provavelmente será, em grande parte, determinada pelo resultado do embate entre esses dois vetores de perturbação da primazia da regulação societária. Enquanto essa contradição interna não for objeto de consideração independente pela doutrina, e esse conflito não for solucionado de maneira coerente pelo legislador, não se pode esperar que alterações relevantes ocorram.”

⁴¹¹ Eis o teor do dispositivo: “Artigo 486º (sociedades em relação de domínio) 1 – Considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, directamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483, n.2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante. 2 – Presume-se que uma sociedade é dependente de uma outra se esta, directa ou indirectamente: a) Detém uma participação maioritária no capital; b) Dispõe de mais de metade dos votos; c) Tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização. 3 – Sempre que a lei imponha a publicação ou declaração de

societariamente relevante é a interna ou orgânica, que se manifesta na sua própria estrutura organizativa, exercida no nível dos seus órgãos próprios. Apenas a influência exercida de dentro da própria organização empresarial, a qual denominou de “endojurídico-societário”, pode ser considerada relevante para fins societários. Segundo ele, somente os riscos originados pela influência interna no âmbito da sociedade dominada, e aos demais destinatários a ela ligados (sócios, minoritários, credores sociais), são objeto de proteção específica do direito societário.⁴¹²

A influência criada exteriormente à estrutura organizativa social e que se projeta ou se exerce fora, à margem dos órgãos sociais, não teria pertinência. Os riscos associados à dependência de uma sociedade à outra, derivados de uma influência externa, de natureza fático-econômica, constituiriam vicissitudes inevitáveis no contexto de uma ordem de mercado. Deve-se reputá-las naturais na exploração das atividades empresariais, cabendo a proteção contra seus efeitos desviantes a outros ramos da ordem jurídica, em especial os direitos contratual e concorrencial. Para o eminente comercialista português, há uma clara delimitação da vocação regulatória do direito das sociedades comerciais em face dos outros ramos da ordem jurídica que também têm por objeto a regulação dos fenômenos das relações de cooperação, concentração, coligação e contratação entre as empresas, notadamente o direito concorrencial e o contratual.

As influências de caráter físico ou econômico, provenientes de puras relações contratuais de mercado, à margem dos órgãos de poder instituídos nas sociedades, que não é exercida por intermédio direto desses órgãos, podem constituir um poder de controle ou

participações, deve ser mencionado, tanto pela sociedade presumivelmente dominante, como pela sociedade presumivelmente dependente, se se verifica alguma das situações referidas nas alíneas do n.2 deste artigo.”

⁴¹² Bulhões Pedreira e Lamy Filho, em relação à sistemática dos grupos de sociedades, elencam os valores com os quais o legislador se preocupou em proteger na dinâmica dos grupos, notadamente os sócios minoritários e o fisco: “As regulações quanto aos grupos de fato dizem respeito, sobretudo, ao dever de funcionamento independente das várias unidades, de forma que uma sociedade não seja posta a serviço de outra, em prejuízo dos acionistas minoritários. E as normas societárias apresentam conotações fiscais, que punem transferências indevidas de lucros”. (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p.97). Já Fábio Konder Comparato suscita importante preocupação acerca dos grupos econômicos, para esse efeito extensíveis às redes empresárias, sobre o princípio da unicidade de gestão: “Ora o princípio da unidade de gestão sobre uma pluralidade de sociedades formalmente autônomas, como ensina a experiência de todos os países, gera três sortes de riscos de dano bem conhecidos: opressão dos sócios ou acionistas não-controladores; fraude contra credores, tanto comerciais quanto trabalhistas, ou o próprio Fisco; abuso do poder econômico nos mercados. Para evitá-los, não bastam medidas legislativas tópicas e desligadas entre si. Impõe-se a consideração do grupo econômico como nova modalidade social, uma espécie de sociedade de segundo grau, estabelecendo-se uma disciplina jurídica completa e coerente.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.196).

domínio, mas não societariamente relevante.⁴¹³ Segundo ele, a exploração de uma empresa constituída sob a forma de sociedade comercial envolve necessariamente relacionar-se com outras empresas ou agentes econômicos. Essas relações podem conduzir, em abstrato, tanto a um fortalecimento como a um enfraquecimento da respectiva autonomia econômica.

Num universo econômico subordinado às regras do livre mercado, as sociedades comerciais encontram-se expostas a toda espécie de interdependência que pode, em maior ou menor grau, condicionar o desenvolvimento autônomo das respectivas estratégias empresariais. Relações de dependência fático-econômicas criadas entre empresas compradoras e vendedoras, credoras e devedoras, licenciadas e licenciadas, franqueadoras e franqueadas, concedentes e concessionárias, principais ou agentes – assim como outras formas decorrentes do livre jogo da oferta e procura – constituem circunstâncias naturais da vida empresarial.

O controle deste tipo, originado por fatores exógenos ao próprio grêmio da sociedade fática ou economicamente dependente, deve ser encarado como um risco normal, associado à exploração de empresas atuantes no contexto de um mercado aberto e competitivo. Este risco, de resto, não se distingue qualitativamente daqueles por definição inerentes às atividades de investimentos, a que estão expostos todos os agentes econômicos. Assim, nenhum sócio ou credor social poderia, segundo o professor português, reclamar proteção especial em sede jurídico-societária contra o risco da dependência econômica que é natural ao livre jogo das forças de mercado. A tutela dessas situações seria oferecida pelo direito concorrencial, pelos princípios gerais de direito civil e comercial, bem como pelos princípios gerais de direito que reprimem, em qualquer relação jurídica, o cometimento de eventuais desvios, abusos e patologias.⁴¹⁴

11.5 Outra proposta e abordagem para mensurar os desvios e abusos cometidos pelo líder

A compreensão das redes empresariais pelas regras tradicionais do direito societário se deve, em alguma medida, à percepção de que, enquanto fenômeno econômico, a rede empresarial afigura-se estrutura concorrente à empresa “plurissocietária”. Com esse olhar, uma parte expoente da doutrina brasileira compreendeu o fenômeno sob a matriz de direito

⁴¹³ Nesse ponto, o autor se refere à doutrina alemã dominante e também a acórdãos do Supremo Tribunal Federal Alemão nos casos “Beton-um Monierbau” de 1984 (in “NJW” [1984], 1893 e ss. E 1896 “WAZ/IKZ de 1992 (in NWJ [1993], 2114).

⁴¹⁴ ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**. Coimbra: Almedina, 2002, p.524-534.

societário e os valores os quais busca proteger.⁴¹⁵ Por isso, a doutrina assimilou o instituto, precipuamente, em vista de proteger sócios minoritários, credores e reprimir o abuso do poder de controle (externo no caso).⁴¹⁶ Embora de importância nevrálgica, esse não deve ser o único ou principal objetivo de arregimentação da relação entre o líder e os distribuidores nas redes empresariais.⁴¹⁷

É bem verdade que as redes empresariais desempenham papel semelhante às estruturas societárias, no que diz respeito à organização da atividade econômica. Contudo, por se constituírem via laços contratuais, que preservam interesses bilaterais e antagônicos, além de áleas individuais, não podem ter essa característica ignorada. Observam outra dinâmica de funcionamento, em que outros valores devem ser sopesados e protegidos.

A tentativa de pautar a responsabilidade do líder para com os demais membros da rede pelas regras prescritas nos artigos 116 e 117 da Lei n. 6.404/1976⁴¹⁸ não nos parece inteiramente correta (apesar da relação de poder), seja do ponto de vista jurídico, à luz de

⁴¹⁵ “As regulações quanto aos grupos de fato dizem respeito, sobretudo, ao dever de funcionamento independente das várias unidades, de forma que uma sociedade não seja posta a serviço de outra, em prejuízo dos acionistas minoritários. E as normas societárias apresentam conotações fiscais, que punem transferências indevidas de lucros” (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p.97). Vale também conferir, a respeito, a ponderação mais abrangente de Engrácia Antunes: “On the whole, one could say that a good deal of the existing statutory framework of corporations is in one way or another related to corporate control issues. Either by the instrumentalization of the classical norms of corporation law or thanks to the introduction of new legal norms, corporate law operates in any case as vehicles for acquisition, exercise and stabilization of a power of control over business structures”. (ANTUNES, José Engrácia. *Liability of corporate groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationship in US, German and EU Law, an international and comparative perspective.* Boston, **Kluwer Law and Taxation publishers**, 1994, p.143). Tradução livre: “No geral, pode-se dizer que grande parte do quadro estatutário existente nas corporações é, de uma forma ou de outra, relacionada a questões de controle corporativo. Seja pela instrumentalização de preceitos clássicos de direito societário, seja graças à introdução de novos preceitos legais, o direito societário opera, de qualquer modo, como veículos de aquisição, exercício e estabilização de um poder de controle sobre estruturas empresariais”.

⁴¹⁶ Ver, nesse sentido, a preocupação de Fábio Konder Comparato sobre a disciplina dos grupos econômicos em COMPARATO, Fábio Konder. COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.196).

⁴¹⁷ Daí porque, conforme adverte Gunther Teubner, “não é de admirar que o programa político-jurídico de regulação deste fenômeno seja primordialmente orientado por uma finalidade crítica e de dismantelamento desta forma de poder ou, pelo menos, de legitimação e subordinação ao direito.” Teubner critica essa “aversão absolutizante ao fenômeno de poder”, especialmente porque, “enquanto no plano político é apropriado aceitar o poder legitimado como dominação política e avaliar a sua utilização para introduzir modificações sociais positivas, no plano da organização econômica o poder é quase sempre perspectivado de um modo assaz crítico”. Isso, no entanto, não significa que se deve ignorar os perigos ou legitimá-lo, de modo automático, como funcional. (TEUBNER, Gunther. ‘Unitas multiplex’ a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV.** v.2, São Paulo, jun.-dez. 2005, p.84-85).

⁴¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial** – estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990, p.270; MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não societário.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.158.

nosso direito positivo, seja da natureza híbrida das redes empresárias.⁴¹⁹ O direito nasce do fato (*Ex facto oritur iuris*). Novos fatos reclamam novas soluções jurídicas.

Certamente, a relação entre o líder e os demais membros da rede expressa uma relação de poder, de domínio deste sobre aqueles ou de dependência econômica dos participantes em relação ao líder.⁴²⁰ Concordamos também que o exercício do poder do

⁴¹⁹ Em caso emblemático, envolvendo a TV Globo S.A. e a TV Aratu S.A., a primeira deixou de prorrogar o contrato de retransmissão exclusiva de programas televisivos com a segunda, em atenção à cláusula de prorrogação automática, que dispunha que desde que qualquer “das contratantes não manifeste à outra, por escrito, sua intenção de não renová-lo até 60 dias antes do último dia da sua vigência.” Fábio Konder Comparato apresentou profícuo parecer jurídico, asseverando o abuso de poder de controle por parte da TV Globo S.A. sobre a Aratu, por conta da existência de subordinação econômica da Aratu em relação à TV Globo, que exerceria controle externo, de natureza tecnológica e econômica. O Superior Tribunal de Justiça, contudo, afastou a qualificação da TV Globo S.A. como controladora da TV Aratu S.A., porquanto não havia vínculo societário entre as partes. Somente seria controlador o sócio definido consoante o artigo 116 da LSA. O julgado restou assim ementado: “CIVIL. CONTRATO DE TRANSMISSÃO DE PROGRAMAS DE TV. NATUREZA JURÍDICA. O CONTRATO ENTRE EMPRESAS DE TELEVISÃO, CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO, NÃO SE INCLUI NO GÊNERO SOCIEDADE E, CONTENDO CLÁUSULA RESOLUTIVA, SE EXTINGUE SEGUNDO NELA ENUNCIADO.” (REsp 15.247/RJ, Rel. Min. Dias Trindade, Terceira Turma, j.10-12-1991, DJ 17-02-1992, p. 1377). O precedente exarado pelo Superior Tribunal de Justiça sofreu críticas por parte daqueles que defendem a existência no direito brasileiro de um poder de controle externo (não societário). Segundo pontuam, negar a existência de poder do controle nas relações não societárias faz com que essa forma de controle (que faticamente existe, seja ela reconhecida ou não) possa ser exercitada não apenas a custos inferiores do que a forma societária, mas também sem os balizamentos e responsabilidades desejáveis. Em julgado mais recente, envolvendo a VONPAR Refrescos S.A. e seu distribuidor Mauro Shuck, o Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o dever de indenizar e sua extensão, por parte da VONPAR Refrescos, ponderou, em *obiter dictum*, que a relação estabelecida entre o fornecedor e o distribuidor evidenciaria um poder de controle por parte do primeiro sobre o segundo e a dependência econômica deste face àquele. Mas isso, segundo o acórdão, não encerraria um desequilíbrio contratual. De acordo com o precedente, haveria “um justificado e, portanto, legítimo poder de controle exercido pela fornecedora quanto à atividade desempenhada pelo distribuidor, a considerar o seu envolvimento direto com a clientela, a imagem e a marca daquela, com repercussão no próprio êxito de seu negócio. Tampouco a existência de dependência econômica, presente em ajustes dessa natureza, própria das inter-relações empresariais, encerra desequilíbrio contratual.” Eis a relevante passagem do acórdão: “No contrato de distribuição (concessão comercial), concebido, inegavelmente, como um destacado pacto de colaboração (destinando-se a conferir maior efetividade à cadeia de consumo dos produtos fabricados pela concedente, tornando ainda mais viável a atividade econômica desenvolvida pela fabricante), o distribuidor desempenha relevante função, consistente na efetiva aquisição – e não na mera intermediação, ressalta-se – das mercadorias produzidas pela fabricante com a exclusiva finalidade de, numa determinada localidade, revendê-las, extraindo-se daí (da diferença entre o valor da compra e o obtido com a revenda) sua margem de lucro. Trata-se de contrato celebrado entre empresários, a fim de dar consecução a operações comerciais de compra e venda, para posterior revenda, a viabilizar o desenvolvimento da atividade econômica empreendida por cada contratante. Deve-se, pois, peremptoriamente, afastar a ideia de hipossuficiência do distribuidor (concessionário), ou mesmo de dependência jurídica deste em relação ao fabricante (concedente). O que há, nessa relação contratual, na verdade, é um justificado e, portanto, legítimo poder de controle exercido pela fornecedora quanto à atividade desempenhada pelo distribuidor, a considerar o seu envolvimento direto com a clientela, a imagem e a marca daquela, com repercussão no próprio êxito de seu negócio. Tampouco a existência de dependência econômica, inegavelmente ocorrente em ajustes dessa natureza, própria das inter-relações empresariais, encerra desequilíbrio contratual.”⁴¹⁹ (REsp 1403272/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j.10-03-2015, DJe 18-03-2015).

⁴²⁰ Calixto Salomão Filho, por sua vez, pontua que “a dependência econômica é um conceito útil para identificar situações em que pode haver controle externo. As duas hipóteses (dependência econômica e controle externo) não se identificam, no entanto. A primeira procura individualizar situações negociais relevantes para o direito concorrencial, já a segunda é um conceito eminentemente societário.” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.83-84; ver também: VIRASSAMY, Georges J. **Les contrats de**

líder está sujeito a balizamentos e limites legais. Afinal, os poderes de liderar e fiscalizar a rede revestem-se de um caráter funcional, como vimos nos capítulos anteriores, devendo ser exercido no interesse da coletividade, dissociando-se da pessoa que o detém.⁴²¹

Conforme há muito identificara Emanuel Gaillard,⁴²² o exercício de poder nas instituições empresárias ordena-se para satisfazer um interesse não coincidente com o de seu titular;⁴²³ ele é conferido sobre o pressuposto de que será exercido em dissonância com o seu próprio. Nas redes empresariais, esse poder, entretanto, subordina-se a vários grupos de interesses, que emergem para a formação dessa organização coletiva. Conforme advertira Gunther Teubner,

é no plano da emergência do “ente colectivo”, cuja existência social é ignorada pelo individualismo metodológico, que encontramos o norte da futura orientação político jurídica [...] deste ‘ente colectivo’, [...] capaz de subordinar o alcance da acção dos vários grupos de interesses envolvidos aos limites impostos pelos interesses da organização.⁴²⁴

O exame da função do exercício de poder pelo líder deve, por conseguinte, considerar não o interesse específico do distribuidor (ou interesse social de uma sociedade distribuidora) no caso concreto, porém, a natureza multipartidária e híbrida dos contratos em rede, o que se faz a partir da régua imposta pelo propósito comum da rede e seu interesse geral.

Tratar as redes como se fossem uma organização societária cria duas sortes de problemas, um para o direito societário e outro para o funcionamento das redes.

Para o direito societário, conforme apontou Engrácia Antunes, a regulação das redes empresariais não representaria a mera expansão do conceito de sócio controlador para alcançar terceiros, no exercício de poder *ab extra*. Ela implica na revisão dos fundamentos da disciplina, desde a sua constituição, o funcionamento de seus órgãos, estrutura de capital, dissolução e definição de interesse social, além de uma reestruturação

dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique. Paris: LGDJ, 1986).

⁴²¹ Essa relação de poder remete, é verdade, à ideia do exercício de poder no âmbito do direito societário e já bem delineado: legítimo se exercido em consonância com o interesse social, mas abusivo se exercido no interesse pessoal. O interesse comum (ou interesse da rede) transcende a união dos grupos contratuais, por segmentar da rede o objetivo comum, regulador supremo da coletividade. O interesse coletivo permite igualmente se analisar os contratos de distribuição entre eles, sem que a noção de interesse comum se limite à relação bilateral estabelecida entre o produtor e o distribuidor. (AMIEL-COSME, Laurence. La théorie institutionnelle du réseau. In: GUYON, Yves. **Aspects actuels du droit des affaires**, Paris: Dalloz, 2013, p.19).

⁴²² GAILLARD, Emanuel. **Le pouvoir em droit privé**. Paris II: Econômica, 1985.

⁴²³ Distinguindo-o, por exemplo, na noção do poder de propriedade em relação ao objeto.

⁴²⁴ TEUBNER, Gunther. Unitas multiplex’ a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV**. v.2, São Paulo, jun.-dez. 2005, p.91.

mais profunda dos preceitos da autonomia empresarial, personalidade jurídica e responsabilidade limitada. Afinal, a disciplina pretenderia regular relações contratuais, com forte traço bilateral, sem vínculo de participação societária, no qual cada sociedade distribuidora (centro de imputação e sujeito de direito) possui interesse próprio, estrutura patrimonial e jurídica própria. Como delimitar, pela ótica estrita do direito societário, se no âmbito das redes empresariais, prevaleceria o interesse do líder ou o do distribuidor no caso concreto? Se determinado ato do líder visando maximizar a eficiência jurídica do sistema de distribuição, mas contrário ao interesse de um distribuidor ou grupo de distribuidores, constitui abuso de poder?

As redes não obedecem a uma lógica coletiva unificada, tal como as sociedades em geral. Sua *ratio* grupal, constituída por relações contratuais, é estranha ao direito societário como o concebemos hoje, e seria prejudicial ao funcionamento das redes.

As redes distinguem-se pela bilateralidade de interesses de seus participantes e seu propósito comum global. Consoante pontuou Teubner, para além de observarem uma lógica de mercado, funcionam, sobretudo, de forma coordenada, por muitos centros de imputação interesses e responsabilidades.⁴²⁵ A atuação coordenada entre os participantes da rede obedece ao propósito comum, resultante da interdependência e causa sistemática de seus contratos, todos voltados a incrementar a eficiência do sistema de distribuição.

O propósito da rede não se confunde com o interesse social, presente nas sociedades empresárias, pois as redes não propiciam uma convergência de interesses uniforme. Promovem, em vez disso, interesses dúplices, o individual dos seus membros e o coletivo da rede. O interesse da rede visa aumentar a eficiência jurídica do seu sistema de distribuição. O comportamento das partes pauta-se, desse modo, por esse objetivo. Trata-se do fundamento que une os participantes nessa conformação híbrida e complexa, constituída por contratos interdependentes, voltados a maximizar a interpenetração de produtos de uma mesma marca no mercado consumidor.

⁴²⁵ Stefano Mouzas, do mesmo modo, nesse ponto, realça o complexo de relações coordenadas ocorridas na rede entre os seus agentes: “The idea of a business network centers not on the action of single actors in an anonymous environment, but on a process of interaction between individually significant and interdependent actors (Easton & Håkansson, 1996; Gnyawali & Madhavan, 2001; Håkansson & Ford, 2002). The uneven distribution of resources and skills among actors creates the need to rely on the resources and skills of others. These interdependencies lead to continuing and frequently complex exchange relationships between networks of actors” (MOUZAS, Stefano. The constitution of networks. **Industrial Marketing Management**, v.38, jul. 2009, p.496). Tradução livre: “A ideia de uma rede de negócios centra-se não na ação de atores individuais em um ambiente anônimo, mas em um processo de interação entre atores individualmente significativos e interdependentes (Easton & Håkansson, 1996; Gnyawali & Madhavan, 2001; Håkansson & Ford, 2002). A distribuição desigual de recursos e habilidades entre os atores cria a necessidade de se confiar nos recursos e habilidades dos outros. Essas interdependências levam a contínuas e frequentemente complexas relações de troca entre as redes de atores.”

Assim, eventuais abusos de poder cometidos pelo líder serão regidos por essa métrica e pelos princípios gerais do direito contratual.⁴²⁶

11.6 O tratamento das cláusulas abusivas, do exercício abusivo de direito e da violação às regras de conduta

Os abusos podem manifestar-se, essencialmente, em dois momentos. Primeiro, quando o líder, tomando vantagem de sua posição, impuser condições contratuais abusivas aos distribuidores. A segunda, quando o líder, durante a execução do contrato, exercer de forma abusiva as condições contratuais, seja modificando unilateralmente condições negociadas ou encerrando injustamente o contrato de distribuição. O direito contratual possui seus mecanismos para prevenir a eficácia e a validade de cláusulas potestativas e coibir o exercício de atos abusivos.⁴²⁷

11.6.1 Vedação à estipulação de condições puramente potestativas

Quanto à primeira questão, relativa à potestatividade das cláusulas pactuadas no contexto do poder do líder, o primeiro desses limites é imposto pelo artigo 122 do Código Civil. O dispositivo veda a estipulação de cláusulas puramente potestativas, que sujeitem os efeitos do negócio ao puro arbítrio de uma das partes.

Diz-se direito potestativo a faculdade conferida a uma parte para impor efeitos jurídicos à outra mediante simples declaração de vontade. Esta outra parte conserva um estado de sujeição aos efeitos jurídicos produzidos pela declaração de vontade do detentor do direito potestativo, sem concorrer para eles e sem a eles poder se opor. Para o implemento da condição puramente potestativa basta a volição exclusiva e arbitrária de uma das partes. Nela, desaparece qualquer vínculo volitivo entre as partes, substituindo-o pelo puro domínio e sujeição de uma parte à outra.⁴²⁸

⁴²⁶ Não se deve, inadvertidamente, considerar os distribuidores hipossuficientes face ao líder. Trata-se de relação entre empresários.

⁴²⁷ FORGIONI, Paula. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.267.

⁴²⁸ A doutrina entende que a proibição às condições puramente potestativas abrange apenas as condições suspensivas, pois é apenas nesta em que o implemento do negócio se sujeita à pura vontade de uma das partes. Tratando-se de condição resolutiva, o negócio se aperfeiçoa e produz efeitos até que se desconstitua, embora isso dependa exclusivamente do arbítrio de uma das partes. Para formar o negócio, portanto, não há arbítrio exclusivo de uma das partes. Sendo resolutiva a condição, o ato produz todos os efeitos que lhe são próprios até que se resolva, em virtude de seu implemento. A condição opera-se *ex tunc*. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11.ed. São Paulo: RT, 2014, p.499-501).

A formalização dessa situação não é autorizada pelos princípios gerais do direito contratual, pois nela não há a formação de consenso entre as partes. Haveria apenas a imposição de vontade de uma parte à outra pela relação de domínio

Nos contratos de distribuição, como se viu, os distribuidores sujeitam-se a um poder de controle do líder, em razão da dependência econômica propiciada por este tipo de organização. O direito contratual impede, contudo, que este estado de domínio advindo das peculiaridades dessa relação projete-se em cláusulas contratuais, que facultem ao líder alterar os efeitos do contrato a seu bel prazer, isto é, sem parâmetros objetivos para tanto. Assim, por exemplo, são proibidas as condições que permitam ao líder majorar, a qualquer tempo e por sua exclusiva vontade, o preço e a quantidade dos insumos fornecidos, a quantidade do estoque mínimo, taxas de licenciamento do uso da marca e as condições do preço de revenda dos bens ou serviços.⁴²⁹

A condição puramente potestativa distingue-se da condição potestativa (ou meramente potestativa). A primeira é ilícita; a segunda, não. As condições potestativas são aquelas que, conquanto vinculadas à vontade de uma das partes, não dependem tão só de seu arbítrio unilateral, porém de outros fatores objetivos.⁴³⁰ O líder desempenha papel crucial na organização e governança das redes de distribuição. Cláusulas relativas ao preço e à quantidade dos insumos, estoque mínimo, *royalites* pelo uso da marca, preço de revenda, entre outras, visam coordenar o funcionamento da rede. Essa coordenação é lícita, porém não se sujeita, unilateralmente, à vontade líder. Ela baliza-se por critérios objetivos,

⁴²⁹ A esse respeito, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, duas partes celebram contrato de distribuição, por meio do qual, por mais de vinte anos, a distribuidora atuou de modo exclusivo para fabricante, sob a sua marca. No último aditivo firmado entre as partes, cuja vigência era de 1 (um) ano, a produtora impôs, por meio de cláusula contratual, metas de venda quatro vezes maior do que a distribuidora concretizara ao longo da relação contratual, o que dificultou severamente o adimplemento da obrigação. Com isso, a distribuidora inadimpliu a obrigação e teve sua relação extinta. A 3ª Câmara de Direito Privado, ao analisar o caso, considerou que a produtora agiu de forma abusiva e arbitrária no exercício de suas prerrogativas contratuais, fazendo uso de seus direitos de forma desequilibrada. Nesse sentido, afirmou que a produtora agiu com culpa ao impor metas e condições onerosas, a ponto de causar a inadimplência contratual da distribuidora, devendo ressarcir-la pelos danos causados. Confira-se a ementa: “APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS – DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS – CONTRATO FIRMADO POR LONGOS ANOS – ILEGITIMIDADE ATIVA DO SÓCIO – INOCORRÊNCIA – EXIGÊNCIAS E METAS EXCESSIVAMENTE ONEROSAS – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS – DEVER DE INDENIZAR [...] Na relação contratual, deve-se observar a função social e o princípio da boa-fé contratual, não sendo lícito a um contratante agir de forma arbitrária de modo a gerar benefícios ou encargos e prejuízos desproporcionais ao outro. Tratando-se de contrato de distribuição de bebidas, as exigências e metas extremamente elevadas e onerosas, que causem prejuízo, impõem o dever de indenizar.” (BRASIL. Tribunal e Justiça do Mato Grosso. Apelação 93569/2010, Des. Marcos Machado, 3ª Câmara de Direito Privado, j.14-09-11).

⁴³⁰ RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p.320-324; OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. **Comentários ao novo Código Civil** (artigos 79 a 137). v.II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.309-312; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188**. v.II. São Paulo: Atlas, 2003, p.124-126.

os quais devem coadunar-se com o objetivo de incrementar a eficiência jurídica do sistema de distribuição. Atendendo-se a esse parâmetro, as condições do negócio, ainda que sujeitas à ingerência do líder, serão em regra consideradas válidas.

11.6.2 Vedação à fixação puramente potestativa de preços

O artigo 489 do Código Civil, atendendo à finalidade semelhante ao artigo 122, estabelece a invalidade do contrato de compra e venda, no qual a fixação do preço sujeitar-se ao arbítrio exclusivo de uma das partes.

Como se sabe, o preço é um dos elementos essenciais da compra e venda e de muitos outros negócios jurídicos, inclusive o contrato de distribuição.⁴³¹ Nos contratos de distribuição ele desempenha função interna e externa, pois esses negócios jurídicos são caracterizados por uma série de operações de compra e venda no tempo, entre o distribuidor e o líder, como meio para permitir a revenda dos bens e serviços pelo distribuidor ao consumidor. O preço serve para medir o valor do bem a ser adquirido pelo distribuidor para posterior revenda ao consumidor, atuando como elemento de equilíbrio e equidade na relação entre o líder e o distribuidor. Na relação com o consumidor, o preço funciona como um dos fatores de sucesso para a colocação do produto no mercado. Na distribuição integrada, objeto deste trabalho, estipula-se um preço também para o licenciamento e uso da marca.

O preço pago pelo distribuidor ao líder para fornecer produtos e serviços, assim como licenciamento e uso da marca, são determinantes para a viabilidade do negócio de distribuição. O aumento significativo do preço dos produtos e serviços fornecidos ao distribuidor pode inviabilizar a distribuição ao mercado consumidor. Do mesmo modo, a prática de preços diferenciados entre o líder e os distribuidores que atuam em mercados concorrentes pode minar a competitividade de um ou alguns distribuidores. Já na relação externa, a imposição de preços de revenda arbitrários, em descompasso com a realidade mercadológica, também afronta o racional da rede de distribuição.

É comum, consoante se viu, a confecção de cláusulas que conferem ao líder o poder para determinar o preço de fornecimento e revenda dos produtos ou valores mínimos e máximos a serem praticados pelos distribuidores, a fim de se manter a coesão na operação

⁴³¹ ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição**: o inadimplemento recíproco. São Paulo: Atlas, 2015, p.26-27. A autora esclarece que no contrato de distribuição há a operação de compra e venda (instrumental) de bens e serviços para posterior revenda ao consumidor.

da rede. Essa administração por parte do líder, a rigor, é válida e necessária para a correta operação da rede.

Proíbe-se, entretanto, a cláusula que possibilite ao líder alterar, de modo subjetivo e unilateral, os preços praticados nos contratos de distribuição (no âmbito da rede), seja na relação interna, seja na relação externa, distorcendo o equilíbrio operacional da rede. Isso não significa, contudo, que o líder não possa reservar para si, nas cláusulas contratuais, a possibilidade de alterar o preço do fornecimento do produto ou serviço ou o preço de revenda em determinadas circunstâncias. Mas deve fazê-lo com base em critérios objetivos, atrelados ao aumento de eficiência jurídica da rede; não subjetivo. Ao assim proceder, dissocia-se a fixação dos preços da sua vontade unilateral.

11.6.3 Vedação à rescisão abusiva do contrato

Os motivos que levam o agente econômico a encerrar unilateralmente o contrato de distribuição são os mais variados. Podem destinar-se à manutenção da reputação da marca, excluindo um distribuidor desidioso ou um *free rider* que deixa de investir na sua atividade, desestimulando o ímpeto dos demais participantes. É verdade também, como em toda relação de poder, que o encerramento do vínculo contratual com um membro da rede seja alvo de abuso, em regra, por parte do líder. O abuso na rescisão motiva-se, em especial nos sistemas duais de distribuição, no qual o líder concorre na atividade distributiva, pelo objetivo do líder de se apropriar da clientela e do espaço conquistado pelo distribuidor no mercado. O abuso pode igualmente resultar de caprichos, em virtude das naturais desavenças as quais estão suscetíveis as relações comerciais de longo prazo.⁴³²

Como em qualquer avença, os contratos de distribuição podem ser celebrados por prazo determinado ou indeterminado. Não há limites mínimos nem máximos para a duração do contrato. Nos contratos por prazo indeterminado, confere-se às partes o direito de denunciar o contrato a qualquer tempo. Mediante o envio de declaração unilateral à outra parte termina-se o vínculo contratual. Trata-se de direito potestativo, restrito aos contratos por tempo indeterminado, e que decorre do preceito geral de que ninguém é obrigado à contratação perpétua.⁴³³

⁴³² “Nessa matéria há de haver cuidado especial para evitar o abuso por parte da concedente, ordinariamente a empresa de maior poder econômico e detentora de posição de dominância no mercado relevante.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: (Coord.) TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo Código Civil**, v.VI, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.337).

⁴³³ REsp 534.105/MT, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j.16-09-2003, DJ 19-12-2003, p.487.

Embora essa modalidade de denúncia possa ser livremente exercida, consagrou-se no artigo 473, parágrafo único, do Código Civil, o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que em certos casos, ela sujeita-se a limitações temporais: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.” Condiciona-se, portanto, a eficácia da rescisão unilateral ao transcurso de “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” efetuados pelas partes.

O dispositivo legal disciplina a chamada “denúncia injusta”. É uma regra de ampla aplicação e utilidade prática aos contratos de distribuição integrada, em que comumente os distribuidores necessitam carrear investimentos em sua infraestrutura para se adequarem aos padrões exigidos pelas redes. Essa proteção lhes é fundamental, porque, além dos investimentos já feitos, atuam exclusivamente, de maneira que não conseguem rapidamente reinserir-se no mercado na hipótese de rescisão.⁴³⁴

Para regular essa circunstância, o Código Civil adota um conceito amplo e indeterminado em relação ao prazo mínimo necessário para se efetivar a denúncia unilateral, atrelando-o à compatibilidade com a natureza do contrato e dimensão do investimento. Este prazo, assim, será fixado em bases casuísticas, considerando esses parâmetros objetivos.⁴³⁵

Na medida em que o dispositivo censura a eficácia da rescisão, antes de transcorrido o prazo razoável, a notificação de rescisão sequer produzirá efeitos, continuando o contrato a projetar efeitos jurídicos no tempo.⁴³⁶ O distribuidor afetado pode valer-se da reparação civil ou da tutela específica da obrigação, obrigando o líder a manter o contrato por tempo razoável, que lhe permita redirecionar negócios e recuperar

⁴³⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, v.II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.116.

⁴³⁵ A jurisprudência tem sido majoritariamente favorável aos distribuidores, concedendo-os pretensão reparatória nas hipóteses de rescisão abrupta, sem aviso prévio razoável, do contrato de distribuição: TJSC, Apelação Cível n. 2009.062202-3, Des. Altamiro de Oliveira, 4ª Câmara de Direito Comercial, j. 21-10-10; TJSP, Apelação 0189895-30.2007.8.26.0100; Des. J. B. Franco de Godoi, 23ª Câmara de Direito Privado, j. 26-10-16; TJSC, Apelação Cível n.2009.062202-3, Des. Altamiro de Oliveira, 4ª Câmara de Direito Comercial, j. 21-10-10; TJRJ, Apelação 0013111-09.2004.8.19.0066, Des. Luciano Saboia Rinaldi, 7ª CC, j. 18-12-13; TJSP, Apelação 0074678-26.2013.8.26.0100, Des. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, 15ª Câmara de Direito Privado; j. 11-10-16; TJRS, Apelação 70056206154, Des. Tasso Caubi, 9ª Câmara Cível, j. 31-01-14; TJSP, Apelação 0060000-88.2008.8.26.0000, Des. Antonio Benedito, 25ª Câmara de Direito Privado, j.12-08-10; e TJMA, AI 0123362006, Des. Anildes de Jesus, 4ª Câmara Cível, j. 12-02-08; TJDF, Apelação 495424720028070001, Rel. Haydevalda Sampaio, 5ª Turma Cível, j. 24-10-05.

⁴³⁶ TJSP; Agravo de Instrumento 2076129-22.2017.8.26.0000; Rel. Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; j. 28-05-2018; Data de Registro: 28-05-2018.

investimentos.⁴³⁷ Em relação aos investimentos irrecuperáveis (*sunk costs*) a doutrina reputa que prazo razoável consistira no período para amortizar os investimentos, sem que o líder ou outra parte possa se apropriar dela, experimentando um enriquecimento ilícito. Por conta do enriquecimento sem causa, doutrina e jurisprudência entendem que mesmo no caso de resolução do contrato de distribuição por inadimplemento do distribuidor, ainda assim a parte faltosa faz jus à compensação financeira, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da parte que busca a resolução.

Já nos contratos de prazo determinado, a cláusula resolutiva expressa, em regra, opera-se de pleno direito, a teor do artigo 474 do Código Civil. Há casos, entretanto, em que uma das partes, legitimamente, é levada a crer na prorrogação do contrato. Nessa hipótese, os mesmos parâmetros previstos no artigo 473, parágrafo único, orientarão o julgador a dirimir o tempo de rescisão da avença, se comprovada a sua legítima expectativa em virtude do comportamento adotado pela outra parte. O mesmo se aplica à eventual abuso de direito, por uma das partes, em não renovar a avença, se se configurar seu comportamento abusivo.

Em ambas as hipóteses, seja a expectativa de prorrogação, quanto o abuso de não renovar, o artigo 473, parágrafo único, poderá ser aplicado, desde que comprovados o abuso ou a legítima expectativa, sob pena de se subverter a regra geral, quanto à resolução automática das avenças por prazo determinado.⁴³⁸ Afinal, está-se em sede de contratação entre empresários, que devem sopesar os riscos e âleas de seus negócios.

⁴³⁷ Apelação 0013111-09.2004.8.19.0066, 7ª Câmara Cível, Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, j.18-12-2013; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: (Coord.) TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo Código Civil**, v.VI, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.247; TJSP; Apelação 1000030-65.2017.8.26.0505; Rel. Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Pires, 1ª Vara; j.23-08-2018; Data de Registro: 24-08-2018; TJSP; Apelação 0009313-76.2010.8.26.0602; Rel. Dimas Rubens Fonseca; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba, 1ª Vara Cível; j.29-01-2018; Data de Registro: 29-01-2018.

⁴³⁸ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CLÁUSULA CONTRATUAL. RESILIÇÃO UNILATERAL. DENÚNCIA IMOTIVADA. VULTOSOS INVESTIMENTOS PARA REALIZAÇÃO DA ATIVIDADE. DANO INJUSTO. BOA-FÉ OBJETIVA. FINS SOCIAL E ECONÔMICO. OFENSA AOS BONS COSTUMES. ARTIGO 473, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC/2002. PERDAS E DANOS DEVIDOS. LUCROS CESSANTES AFASTADOS. 1. É das mais importantes tendências da responsabilidade civil o deslocamento do fato ilícito, como ponto central, para cada vez mais se aproximar da reparação do dano injusto. Ainda que determinado ato tenha sido praticado no exercício de um direito reconhecido, haverá ilicitude se o fora em manifesto abuso, contrário à boa-fé, à finalidade social ou econômica do direito, ou, ainda, se praticado com ofensa aos bons costumes. 2. Tendo uma das partes agido em flagrante comportamento contraditório, ao exigir, por um lado, investimentos necessários à prestação dos serviços, condizentes com a envergadura da empresa que a outra parte representaria, e, por outro, após apenas 11 (onze) meses, sem qualquer justificativa juridicamente relevante, a rescisão unilateral do contrato, configura-se abalada a boa-fé objetiva, a reclamar a proteção do dano causado injustamente. 3. Se, na análise do caso concreto, percebe-se a inexistência de qualquer conduta desabonadora de uma das partes, seja na conclusão ou na execução do contrato, somada à legítima impressão de que a avença perduraria por tempo razoável, a rescisão unilateral imotivada deve ser considerada comportamento contraditório e antijurídico, que se agrava

11.6.4 Síntese da conclusão sobre o regramento das cláusulas abusivas

Todas essas regras formam um sistema que modera a confecção de cláusulas abusivas, impedindo o líder, por exemplo, de majorar o preço do fornecimento de bens e serviços unilateralmente; de obrigar o distribuidor a adquirir certa quantidade de produtos por preço a ser futuramente fixado; ou mesmo de rescindir, abrupta e unilateralmente a avença, sem a justa amortização do investimento feito pelo distribuidor.⁴³⁹

A compreensão do conteúdo e a função das cláusulas prescritas nas redes de distribuição temperam-se por critérios próprios, obrigando o intérprete a averiguar se elas se destinam a incrementar o grau de eficiência jurídica do escoamento da produção.

Conforme leciona Paula Forgioni, cláusulas que visarem a aumentar a eficiência global do sistema de distribuição, superando eventuais sacrifícios de uma parte ou grupo de

pela recusa na concessão de prazo razoável para a reestruturação econômica da contratada. 4. A existência de cláusula contratual que prevê a possibilidade de rescisão desmotivada por qualquer dos contratantes não é capaz, por si só, de afastar e justificar o ilícito de se rescindir unilateralmente e imotivadamente um contrato que esteja sendo cumprindo a contento, com resultados acima dos esperados, alcançados pela contratada, principalmente quando a parte que não deseja a resilição realizou consideráveis investimentos para executar suas obrigações contratuais. 5. Efetivamente, a possibilidade de denúncia “por qualquer das partes” gera uma falsa simetria entre os contratantes, um sinalagma cuja distribuição obrigacional é apenas aparente. Para se verificar a equidade derivada da cláusula, na verdade, devem ser investigadas as consequências da rescisão desmotivada do contrato, e, assim, descortina-se a falácia de se afirmar que a resilição unilateral era garantia recíproca na avença. 6. O mandamento constante no parágrafo único do artigo 473 do diploma material civil brasileiro se legitima e se justifica no princípio do equilíbrio econômico. Com efeito, deve-se considerar que, muito embora a celebração de um contrato seja, em regra, livre, o distrato é um ônus, que pode, por vezes, configurar abuso de direito. 7. Estando claro, nos autos, que o comportamento das recorridas, consistente na exigência de investimentos certos e determinados como condição para a realização da avença, somado ao excelente desempenho das obrigações pelas recorrentes, gerou legítima expectativa de que a cláusula contratual que permitia a qualquer dos contratantes a resilição imotivada do contrato, mediante denúncia, não seria acionada naquele momento, configurado está o abuso do direito e a necessidade de recomposição de perdas e danos, calculadas por perito habilitado para tanto. Lucros cessantes não devidos. 8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1555202/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 13-12-2016, DJE 16-03-2017). No mesmo sentido: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO. VALIDADE DE CLÁUSULA. CESSAÇÃO DE ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. NÃO-RENOVAÇÃO APÓS O TÉRMINO DO PRAZO PACTUADO, MEDIANTE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Trecho do voto: Há nulidade na cláusula de contrato de distribuição de bebidas que prevê a possibilidade de resilição unilateral e desmotivada por qualquer das partes na hipótese em que a contratada investiu vultosa quantia no negócio de longa duração, porque sendo um contrato de adesão, no qual não há igualdade econômica ou liberdade contratual plena na relação jurídica, aplicam-se os princípios da boa-fé e dos bons costumes comerciais, pois embora a celebração do contrato seja livre, o seu distrato é um ônus que pode configurar abuso de direito, nos termos do parágrafo único do artigo 473 do CC. Não é possível a resilição unilateral do contrato na hipótese em que houve reiteradas prorrogações contratuais por mais de vinte anos e o contratado realizou elevados investimentos para atender a projeto de interesse do contratante, porque tal situação resultou no enfraquecimento do exercício do direito de rescisão unilateral pelo contratante e gerou legítima expectativa no contratado no sentido de que não seria acionada a cláusula que permite a denúncia imotivada, pois tal conduta caracterizaria a quebra de confiança. (REsp 1112796/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, j.10-08-2010, DJe 19-11-2010).

⁴³⁹ FORGIONI, Paula. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014, p.267-278.

partes, não serão consideradas abusivas.⁴⁴⁰ Afinal, elas condicionam sua concreção a parâmetros objetivos, apegados ao propósito comum da rede, em vez da pura vontade do líder.

11.6.5 O controle do exercício abusivo de direito por parte do líder

Relevante distinguir a potestatividade de uma cláusula com o exercício abusivo de um direito. O teor da cláusula pode coadunar-se com os objetivos de eficiência do sistema de distribuição. No entanto, sua aplicação, em determinadas circunstâncias, pode revelar-se abusiva. Nesse caso, a cláusula em si é válida, mas o exercício do direito pelo líder não o é.

Por exemplo, o contrato pode facultar ao líder o direito de determinar as quantidades mínimas de produtos a serem estocados pelo distribuidor. A rigor, essa previsão busca evitar a falta do produto ao consumidor, almejando o nível ótimo de eficiência do escoamento da produção. Contudo, se, em determinadas circunstâncias, tal qual de baixa demanda, carecerem as condições para essa exigência ou se ela, na hipótese em questão, revelar-se despropositada, exagerada, a imposição do líder pode revelar-se abusiva.

Conquanto a regra geral seja a de que o exercício regular de um direito seja lícito, nessas hipóteses ele constitui um exercício disfuncional, portanto, ilícito.⁴⁴¹ O direito

⁴⁴⁰ Expressaria conceito semelhante à proposta europeia prevista pelo *Draft Common Frame of Reference*.

⁴⁴¹ Não se ignora a controvérsia doutrinária sobre a distinção do ato ilícito e do abuso de direito. José Carlos Barbosa Moreira comentando o novo Código Civil afirma: “o abuso de direito está, de *lege lata*, equiparado ao ato ilícito.” [...] “A rigor, bem examinadas as coisas, tem-se de convir que, no atual ordenamento, o ato ilícito passa a constituir um gênero, com duas espécies, a do artigo 186 (violação ao direito alheio) e a do artigo 187 (abuso de direito próprio). Para apurar a ocorrência da segunda figura, a do ilícito consistente em abuso de direito, o essencial é verificar a presença dos pressupostos enumerados no artigo 187, não a dos arrolados no artigo 186. Se assim não fosse – isto é, se para a configuração do abuso do direito tivessem de concorrer os pressupostos do artigo 186 – tornar-se-ia inútil o artigo 187. [...] Em todo caso, as duas espécies ficam irmandadas pela previsão de uma consequência comum, indicada no artigo 927.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, n.26, nov-dez., Porto Alegre: Síntese, 2003, p.130-131). Também nesse sentido, Pontes de Miranda e Carvalho dos Santos classificam o abuso de direito como ato ilícito (Pontes de Miranda, **Tratado de Direito Privado**. v. II, São Paulo, RT, 1977, p.311); (SANTOS, João Manuel Carvalho dos. **Código Civil interpretado**. v.III. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p.338). Por sua vez, Heloisa Carpena defende o abuso de direito como categoria autônoma ao ato ilícito. Segundo a doutrinadora, “O ato ilícito, por ser contrário à disposição legal, mostra-se previamente reprovado pelo ordenamento, não comportando controle de abusividade. Os conceitos de ilícito e de abuso, por conseguinte, excluem-se mutuamente.” E conclui: “O fato de produzirem os mesmos efeitos não iguala os tipos de atos antijurídicos, quando muito os assemelha, persistindo, contudo, a fundamental diferença quanto à natureza da violação e, por consequência, quanto à necessidade de expressa previsão da conduta proibida ou sancionada.” (CARPENNA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direito na ótica civil-constitucional. In: (Coord.) TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.382-383).

brasileiro consagra, no artigo 187 do Código Civil,⁴⁴² a ilicitude no modo do exercício do direito, compreendendo o exercício desmedido, desviado do fim lícito e o disfuncional.⁴⁴³ Se dessa conduta resultar dano, aplica-se a regra prevista no artigo 927, que estabelece o dever de indenizar, amparando-se no artigo 187 do mesmo diploma.⁴⁴⁴ No direito brasileiro, o exercício disfuncional de direitos e posições jurídicas equipara-se à violação culposa de direito alheio, constituindo ato ilícito. A ilicitude ocorre mesmo que a parte não tenha violado qualquer regra estabelecida em seu contrato individual ou o seu fim individual, mas o tenha violado no seu modo de exercício.

Também vale esclarecer que o exercício abusivo do direito será, igualmente, mensurado a partir do propósito comum global da rede, com o intuito de incrementar a eficiência do sistema de distribuição, sem a perpetração de dano injusto aos distribuidores. Do mesmo modo, para se usar a outra face desse parâmetro, o líder, valendo-se de direito pactuado em contrato, e desde que de seu ato não ocorra ineficiência jurídica ao sistema de distribuição, poderá, por exemplo, (i) indicar outros distribuidores na área de atuação de um distribuidor já constituído;⁴⁴⁵ (ii) alterar preços de revenda; (iii) estipular obrigatoriedade de compra de peças de reposição. O exercício desses atos não será considerado abusivo, embora provenha de um poder, uma imposição do líder. Se, contudo, não lograrem majorar a eficiência da rede, porém fixar conluio com um determinado distribuidor ou grupo de distribuidores, o ato do líder será abusivo, logo, ilícito.

Os abusos e desvios cometidos pelo líder da rede (ou qualquer participante) – seja por ação, omissão, uso desmedido ou disfuncional de um direito ou contrariedade à boa-fé – não serão corrigidos e reparados com base nos artigos 116, 117 ou 246 da LSA,⁴⁴⁶ mas precipuamente com base nos artigos 186, 187, 422 e 927 do Código Civil, à luz do

⁴⁴² Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.551.

⁴⁴⁴ Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴⁴⁵ Amiel-Cosme, a fim de contrastar o interesse social particular de um distribuidor com o interesse da rede, cita exemplo no qual, inexistindo cláusula de exclusividade territorial, o interesse da rede poderia justificar a implantação de um novo franqueado na zona de atuação de um franqueado já estabelecido, mesmo que este se oponha ou que seja prejudicial aos seus interesses. (AMIEL-COSME, Laurence. *La theorie institutionelle du reseau*. In: GUYON, Yves. **Aspects actuels du droit des affaires**, Paris: Dalloz, 2013, p.19).

⁴⁴⁶ Nesse ponto, cabe destacar que os artigos 117 e 246 da Lei n. 6.404/1976 estabelecem que a indenização por abuso de poder, em virtude da relação societária formada entre o acionista controlador e os minoritários, refere-se à sociedade, o que seria impossível nas vias tradicionais das redes de distribuição, constituídas por relações contratuais.

propósito comum e do interesse geral da rede. São esses os vetores de balizamento do comportamento das partes.⁴⁴⁷

O interesse da rede e seu propósito comum regulam o funcionamento da rede, agindo como critério funcional do exercício de poder, reprimindo eventual desvio, abuso ou outras patologias advindas dessa relação de domínio. Os deveres laterais de conduta, impostos a partir do propósito comum e do interesse geral da rede, servirão de critério para apurar desvios e abusos cometidos pelo líder, gerando sua responsabilidade civil perante os distribuidores contra os quais cometer o ato ilícito. A depender das circunstâncias do caso concreto, a apuração do ato ilícito e parâmetros indenizatórios poderão tomar por base preceitos do direito societário, o que ocorreria de forma mediata, não como fonte originária de direito.⁴⁴⁸

11.7 As redes empresariais e a proteção aos interesses de terceiros indeterminados

A utilização dos preceitos de direito contratual não deve representar uma moderação na fiscalização e repressão a eventuais abusos de poder por parte do líder.⁴⁴⁹ Tampouco o balizamento sob o viés contratual representa qualquer *capitis diminutio* ao direito de terceiros, dignos de tutela, tal como aqueles considerados no artigo 116, parágrafo único da Lei n. 6.404/1976.⁴⁵⁰ A opção entre uma conformação jurídica

⁴⁴⁷ Sobre esse ponto, Calixto Salomão Filho e Fábio Konder Comparato ressaltaram, inclusive, que, com a promulgação do Código Civil, os casos de abuso de poder de controle externo ocorridos no âmbito de relações contratuais, “passam a se enquadrar entre os casos de abuso de direito, ora formalmente caracterizado como ato ilícito (artigo 187).” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.82.)

⁴⁴⁸ Se a relação se tratar de franquia ou de concessão de veículo automotor, o dever de indenizar, em acréscimo também poderá tomar por base a legislação pertinente, por exemplo, artigos 10, 24 e 25 da Lei n. 6.729/1979 e artigos 4º, parágrafo único, e 7º da Lei n. 8.955/1994. Contudo, a jurisprudência tem relativizado a aplicação do artigo 4º da Lei de Franquia, recusando, por vezes, o direito do franqueado de anular o contrato na hipótese de descumprimento, por parte do franqueador, de entregar ou exigir a assinatura da circular de oferta de franquia. Ver: Rel. Francisco Loureiro; Comarca: Araçatuba; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j.30-05-2016; Data de registro: 30-05-2016; Rel. Araldo Telles; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j.15-08-2016; Data de registro: 17-08-2016; Rel. Hamid Bdine; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j.10-08-2016; Data de registro: 12-08-2016; Rel. Francisco Loureiro; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. 22-06-2016; Data de registro: 23-06-2016.

⁴⁴⁹ Na realidade brasileira, aliás, como ratifica Calixto Salomão Filho, a repressão ao abuso de poder de controle sob o viés societário é bastante tímida. O artigo 246, §1º, da Lei n. 6.404/1976, nessa toada, dificultando o exercício do direito de ação por acionistas minoritários, exige o caucionamento das custas e honorários de sucumbência por minoritários que detenham menos de 5% do capital social e pretendam propor ação reparatória contra o acionista controlador por abuso de poder.

⁴⁵⁰ Artigo 116. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais

societária ou contratual não escusa ou restringe (ou ao menos não deveria) a responsabilidade das partes em suas atividades econômicas.

A construção de um direito contratual, composto primariamente de acordo com critérios formais, bloqueia uma estrutura moderna. As redes empresariais de distribuição, por sua conformação híbrida, ascendem este debate sobre a função organizacional do contrato e sua repercussão na esfera jurídica de terceiros. É preciso visualizar os principais campos de formação autônomo-privada e sua visão conjunta, sobretudo em uma economia interligada na qual predominam os contratos de longo prazo.

Embora, no passado, a regulamentação de interesses externos à organização da atividade econômica tenha se desenvolvido de modo mais correlato ao direito societário, houve, recentemente, relativo avanço na seara contratual.⁴⁵¹ Nas últimas décadas, inaugurou-se a parte reguladora no direito contratual, em alternância ao clássico direito contratual, orientado à formação do contrato.

O direito do consumidor apresenta-se como paradigma desse tema. Nele, projeta-se claro exemplo de um direito contratual regulamentador – para a proteção no mercado da parte hipossuficiente – guardando, não obstante, relação com o restante do direito contratual.

No caso das redes de distribuição, as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor,⁴⁵² ao estabelecerem a responsabilidade do fabricante e também de todos

acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

⁴⁵¹ Já há algum tempo, o direito societário visa a preservar interesses institucionais, transcendentais aos dos sócios e administradores, desenvolvendo-se relevante conjunto de regras destinadas a proteger terceiros não representados no processo negocial ou constituindo a parte mais fraca da relação. Esse conjunto normativo regulamenta os mercados de capitais, o controle das reestruturações societárias (fusão, cisão, incorporação, aquisição, etc), a governança corporativa, entre outras hipóteses, com o objetivo de proteger investidores, credores e trabalhadores. São interesses vistos como parte genuína do direito societário, especialmente das sociedades anônimas e das empresas com títulos listados em bolsas. Na direção oposta desenvolveu-se o direito contratual. Mesmo sujeita à supervisão de outras áreas do direito, por exemplo, àquelas atinentes à defesa da concorrência pela formação de cartel, o direito contratual as assimilou como um componente externo; não ligado à sua disciplina. Se, por um lado, a integração da proteção dos credores, das minorias e dos investidores, está, hoje, amplamente sedimentada no direito societário; no direito contratual, ela ainda provocará profundos embates doutrinários. Esses interesses ainda não se encontram totalmente integrados, carecendo de um quadro normativo regulamentador no âmbito interno do direito contratual. (GRUNDMANN, Stefan. Qual a unidade do direito privado? De uma concepção formal a uma concepção material do direito privado. **Revista da EMERJ**, v.14, n.53, Rio de Janeiro: EMERJ, 2011, p.318-344; GRUNDMANN, Stefan; MÖSLEIN, Florian; RIESENHUBER, Karl. **Contract governance: dimensions in law and interdisciplinary research**. United Kingdom: Oxford Press, 2015).

⁴⁵² “Artigo 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” [...] “Artigo 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços,

aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado, perante o consumidor, reequilibram o sistema de responsabilidade na organização da etapa de distribuição. As normas tornam indiferente para o consumidor, a opção do fabricante entre o sistema de distribuição direta ou indireta, impondo o reequilíbrio das relações jurídicas e do fator risco, inerente às atividades mercantis. Elas trazem, portanto, consequências para a organização interna da rede, realçando a importância de uma coordenação eficiente entre os participantes que pretendem se valer do renome da marca e de produtos para incrementar sua capilaridade no mercado.

Ao lado delas, o princípio da função social do contrato (artigo 421 do Código Civil), a que se fez alusão, assume importante função, pois incorpora ao programa contratual a regulação de interesses externos.⁴⁵³ A positivação do princípio da função social dos contratos uniformiza-o com o tratamento concedido ao direito de propriedade e ao de empresa no que toca à tutela do direito de terceiros.⁴⁵⁴ Se, no passado, a eficácia *erga omnes* do direito de propriedade e dos arranjos societários, notadamente dos entes personalizados, diferenciava-os do direito contratual, orientado pela liberdade de contratar, hoje essa percepção não mais prevalece. O contrato, tanto quanto a propriedade e a empresa, embora desprovido de eficácia *erga omnes* no mais das vezes, desempenha função primordial na organização dos bens produtivos e possui enorme repercussão na coletividade que o cerca. Trata-se da dimensão externa do contrato, apta a restringir a

bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.” [...] “Artigo 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”

⁴⁵³ Há muito, Emílio Betti já advertia sobre a repercussão dos contratos empresariais na esfera de terceiros: “De harmonia com a recíproca correção, a que deve conformar-se o desenvolvimento das relações preexistentes, é também de valorar a ilicitude dos chamados contratos em prejuízo de terceiros: como por ex., certas convenções entre produtores, que tendam a excluir a concorrência, ou a impedir uma queda do preço dos produtos, em prejuízo dos respectivos consumidores, ou certas convenções entre empresários, que tendam a influir sobre a admissão de prestadores de trabalho, criando uma artificiosa solidariedade de categoria em prejuízo destes. Os critérios de valoração são diversos, conforme a orientação dos diferentes regimes econômicos. Num regime de concorrência confiada unicamente à livre iniciativa privada, poderá também, considerar-se naturalíssima a aspiração de indivíduos ou categorias para enriquecer, em prejuízo de outros que empobrecem; e é este, em substância, o ponto de vista do liberalismo econômico. Pelo contrário, num regime que considere imanente e onipresente a existência da solidariedade social entre categorias, a disciplina da produção e da cooperação deverá obedecer a directivas superiores, que não permitam à autonomia privada derrogações arbitrárias, e a ilicitude de tais contratos deverá ser apreciada com uma severidade bem diferente.” (BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.I. Coimbra: Coimbra, 1969, p.129-130).

⁴⁵⁴ Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

autonomia privada das partes contratantes, em favor dos interesses legítimos de terceiros.⁴⁵⁵

O artigo 421 amplia a interpretação de dispositivos legais de outros ramos jurídicos que visam tutelar terceiros e interesses metaindividuais, internalizando-os ao contrato, e legitimando a imposição de deveres às partes. O contrato passa a sujeitar-se a outras fontes de direito que não aquelas emanadas exclusivamente das partes contratantes, impondo deveres à coletividade, constituída por terceiros indeterminados.⁴⁵⁶

O artigo 421 promove, ainda, com base no princípio da função social, conexões intersistemáticas entre os contratos e a legislação da concorrência, do consumidor e meio ambiente, entre outras normas legais e administrativas. Consoante leciona Judith Martins-Costa, o Código Civil vigente foi estruturado, metodologicamente, como um sistema de complementaridade intertextual, “conectando por meio dos grandes conceitos e diretrizes dos distintos *corpora* normativos.”⁴⁵⁷ Ele funciona como referência para sistematizar hipóteses dispersas e desconjuntadas de proteção a interesses transcendentais ao instrumento contratual e de seus signatários, atuando, também, na expansão, pela hermenêutica, das regras que visam coibir práticas monopolistas, oligopolistas, prejudiciais aos consumidores ou outros terceiros indeterminados.

Cláusulas que tenham por objetivo violar a defesa da concorrência ou o direito dos consumidores são nulas de pleno direito, conforme determina o artigo 166, VI, do Código Civil. Ato que afete esses interesses são igualmente considerados ilícitos e passíveis de reparação civil. A violação à função social do contrato, conforme explica Luiz Edson Fachin, configura inexecução do complexo obrigacional, gerando o dever de reparação civil da parte faltante.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Orlando Gomes: “o funcionamento de um sistema econômico prende-se à sua disciplina jurídica, variando conforme o teor e a medida das limitações impostas à liberdade de ação dos particulares.”

⁴⁵⁶ Nesse sentido, Judith Martins-Costa classifica os terceiros não determinados do seguinte modo: “A mais prestante – e inovadora – eficácia do artigo 421 diz respeito, no entanto, à extensão da eficácia – positiva e negativa – a terceiros não determinados e a bens de interesse comum. Para além de a função social atual como limite à ação individual em face de direitos e interesses de terceiros, atua também positivamente, impondo deveres de atuação. Como exemplos que imediatamente saltam à mente estão os contratos que, de alguma forma, envolvem o meio ambiente e a tutela da concorrência.” (MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v.1, n.1, maio 2005, p.56-57). Ver também: NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In: **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v.3, jun. 2011, p.841-854.

⁴⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v.1, n.1, maio 2005, p.57

⁴⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. In: **Doutrinas Essenciais – obrigações e contratos**. v.2, jun. 2011, p.291-304.

Eventuais abusos de poder cometidos pelo líder ou qualquer participante da rede, que afetem interesses de consumidores, o meio ambiente ou prejudiquem a concorrência, por exemplo, não só estão sujeitos às regras e sanções civis, penais e regulatórias previstas nas Leis n. 12.529/2011,⁴⁵⁹ Lei n. 9.605/1998 e Lei n. 8.078/1990,⁴⁶⁰ mas também a uma tutela contratual.

As relações híbridas renovam este debate, reclamando evolução e neutralidade do direito em relação à organização da atividade econômica, alcançando com igual intensidade e medida, a responsabilidade perante terceiros, tanto das redes empresariais como de outras formas societárias de organização da atividade empresarial.^{461 - 462}

⁴⁵⁹ Artigo 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no artigo 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. (Lei n. 12.529/2011).

⁴⁶⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.180-181; HIRONAKA, Giselda Novaes. A função social do contrato In: **Doutrinas Essenciais** – obrigações e contratos. v.3, jun. 2011, p.739-754.

⁴⁶¹ Sobre o tema, é importante recapitular a ponderação de Christian Witting, que, em seu denso trabalho monográfico sobre os grupos de sociedade e as redes de empresas, reclama uma neutralidade do direito, impondo tratamento igualitário, no que tange à responsabilidade dessas organizações perante terceiros: “Given that businesses can choose between corporate group or network forms, and given the potential this presents for the evasion of liability rules directed at corporate groups alone, any extended liability rules directed at corporate groups must take this fact into account. The regime must, to the extent possible, be neutral as between business forms so as not to distort commercial operations. This gives rise to the need for rules by which liability can be extended among network participants. One of the challenges is to construct an appropriate way of doing this, based on the ability to bind together companies that coordinate with each other in ways that cause harm.” (WITTING, Christian A. **Liability of corporate groups and networks**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p.5). Tradução livre: “Considerando que empresas podem escolher entre as formas de grupo de sociedade e de rede de empresas, e dado o potencial que isso representa para a evasão de normas de responsabilidade direcionadas exclusivamente a grupos de sociedade, quaisquer normas de responsabilidade estendida direcionadas a grupos de sociedade devem levar esse fato em consideração. O regime deve, na medida do possível, ser neutro entre as formas empresariais de modo a não distorcer as operações comerciais. Isso cria a necessidade de regras pelas quais a responsabilidade pode ser estendida para os participantes da rede. Um dos desafios é elaborar um modo apropriado de fazê-lo, com base na capacidade de unir sociedades empresárias que se coordenam entre si de maneiras danosas.”

⁴⁶² A discussão atinente às dimensões externa do contrato guarda estreita ligação com as pesquisas realizadas sob o manto do termo *governance* pela doutrina estrangeira. Originalmente elas foram relacionadas às organizações societárias percorrendo um impressionante caminho de desenvolvimento; no direito contratual, sua evolução foi tímida e paulatina. Pouco se fala sobre *contract governance*. E, apesar disso, é de se esperar uma forte internacionalização, interdisciplinaridade e intensa visão conjunta de relação interna e efeitos externos da organização e do contrato, com foco sobre técnicas e ideias de regulamentação, que trouxe toda a discussão da governança corporativa e boas práticas para o direito societário. A cooperação cada vez mais íntima entre o regulamentador público e o privado, que cria o arranjo normativo, deve ser vista igualmente nesse contexto. A doutrina estrangeira começa a levantar a hipótese de se criar governança contratual, estimulando regras de boa-prática na seara contratual, assim como se desenvolveu no direito societário e mercado de capitais. Em suma, trata-se essencialmente do planejamento futuro do arranjo através de consenso. (GRUNDMANN, Stefan. Qual a unidade do direito privado? De uma concepção formal a uma concepção material do direito privado. **Revista da EMERJ**, v.14, n.53, Rio de Janeiro: EMERJ, 2011, p.318-344; GRUNDMANN, Stefan; MÖSLEIN, Florian; RIESENHUBER, Karl. **Contract governance: dimensions in law and interdisciplinary research**. United Kingdom: Oxford Press, 2015).

12 CONCLUSÃO

Este estudo possuía, essencialmente, duas propostas, consubstanciadas em dois níveis de questionamentos. O primeiro, mais teórico, amplo e mediato aos objetivos do trabalho; o segundo, traduzido em questões dogmáticas e concretas, a ele diretamente relacionadas.

No plano teórico, buscou-se questionar a dicotomia prevalecente no direito comercial, entre contratos e sociedades, à luz das recentes transformações da economia moderna e dos novos modos de organização da atividade empresarial, notadamente das redes empresariais.

A Nova Economia Institucional constatou formas *híbridas* de organização da atividade empresarial, ao lado da binária classificação entre *hierarquia* e *mercado*, funcionando as redes empresariais como prosaico exemplo desse modelo híbrido. Na atual conjuntura, deveria, então, o direito comercial tutelar as novas formas de cooperação em rede? Deveria ele assimilar o funcionamento das redes empresariais, impondo deveres e garantindo direitos especiais aos seus participantes?

Essas indagações levam-nos a questionar, em última análise, se a predominante visão atomística do direito, que consagrou os institutos da personalidade jurídica, sua autonomia e separação patrimonial e a relatividade dos efeitos dos contratos, seria adequada para a regulação das novas relações comerciais interligadas. Afinal, está-se diante de um cenário em que o contrato e a empresa isolados, individualizados, parecem ser abstrações cada vez mais distantes da realidade.

Paralelamente a tudo isso, as redes empresariais forçam-nos a repensar o papel dos contratos comerciais, não apenas como instrumentos de regulação do tráfico econômico, mas como instrumentos de organização e governança da atividade empresarial, papel este que tradicionalmente coube, de forma quase exclusiva, aos contratos de sociedade.

Todas essas considerações mais abrangentes não se esgotam neste trabalho, mas servem como provocação para ilustrar a pertinência das investigações mais concretas que se buscou fazer.

Nesse contexto, exatamente para tornar as considerações deste estudo adequadas aos estritos propósitos de uma dissertação de mestrado, delimitou-se o campo de pesquisa das redes empresariais ao das redes de distribuição. O trabalho restringiu-se a identificar um *propósito comum* nos contratos integrantes das redes de distribuição, a necessidade da

sua tutela jurídica e os reflexos dessa união de escopo no dever das partes, sob a perspectiva individual e em prol do *funcionamento sistêmico* da rede.

A pesquisa e os estudos conduzidos revelaram que a adequada compreensão dos contratos de distribuição (*lato sensu*), quando inseridos no âmbito das redes, não pode prescindir do seu exame global para cuja finalidade foram concebidos.

A doutrina, consoante se demonstrou, parece caminhar para relativo e crescente consenso, embora de forma embrionária, quanto à presença de uma causa sistemática e um propósito comum nos contratos integrantes das redes de distribuição, além do próprio interesse da rede.

Nesse sentido, buscou-se, precisamente, apontar que os contratos e os participantes, nas redes, incorporam e compartilham uma finalidade supracontratual consistente em promover a venda de bens ou serviços ao consumidor. Cada membro desfruta em diferentes medidas, mas com significativo grau de correlação, a vantagem econômica propiciada por esse sistema.

Os ganhos com economia de escala, interpenetração e valorização da marca, além da colocação bem-sucedida do produto/serviço no mercado, representam a eficiência jurídica desse sistema de distribuição. Trata-se do fundamento que une os participantes nessa conformação híbrida e complexa. O propósito comum torna os contratos em rede interdependentes, dotando-os de uma causa sistemática que é a ele ligada.

Essas características trazem consequências internas para a rede, em que – além das obrigações principais, acessórias e os deveres laterais e de proteção, referentes ao contrato individual – surgem novos deveres relacionados ao *interesse* e ao *propósito* da rede, que repercutem sobre o seu modelo organizacional e sobre a tutela dessa coletividade.

Nesse sentido, apurou-se a adequação e a criação de deveres de conduta dos participantes no âmbito das redes. Para resumir, eis os principais deveres apurados: (1) dever de lealdade à rede; (2) dever de informação; (3) dever de confidencialidade; (4) dever de tratamento igualitário entre os membros da rede; (5) dever de repartir os benefícios da rede entre seus membros; e (6) dever de denúncia estrito.

Para além da criação desses deveres, o propósito comum da rede também constitui parâmetro para se aferir a prevalência entre o interesse individual *vs.* coletivo da rede no conflito concreto, bem como a eventual abusividade/ilicitude praticada por um membro, gerando a sua responsabilidade civil conforme o caso. O interesse da rede e seu propósito comum regulam também o exercício de poder por parte do líder, reprimindo eventual

desvio, abuso ou outras patologias advindas dessa relação de domínio. Os deveres laterais de conduta, impostos a partir do propósito comum e do interesse geral da rede, servirão de critério para apurar desvios e abusos cometidos pelo líder.

Finalmente, cumpre ressaltar que as relações em rede, por se formarem mediante estruturas contratuais, e não societárias, regem-se, ademais, pelos princípios gerais do direito contratual.

Em suma, são essas as principais constatações e conclusões que se pretendeu apontar neste trabalho. As redes empresárias, como se disse, constituem abrangente fenômeno econômico-social, em franca transformação. Seus reflexos teóricos e dogmáticos encontram-se apenas em estágio inicial no campo jurídico, constituindo seara fértil para novas e abrangentes pesquisas.

Visou-se, com este trabalho, ilustrar alguns importantes desdobramentos oriundos da formação contratual em rede, mais especificamente voltados à distribuição de bens e serviços. Essas organizações empresárias reclamam uma interferência jurídica adequada ao seu peculiar modo de funcionamento, que se distingue da tradicional e estanque dicotomia entre contratos e sociedades. Sua exigência mais desafiadora pressupõe o exame integrado, e não isolado, das relações comerciais. A análise restrita à relação individual dos participantes da rede não permite compreender o seu propósito comum global, tampouco seu interesse coletivo ou a função instrumental e organizacional desempenhadas por esses contratos.

À semelhança do que ocorreu com as análises doutrinárias atinentes aos grupos de sociedades, necessitou-se neste trabalho escapar da noção jurídica individualizante das sociedades e dos contratos para a sua perspectiva grupal.

Conquanto o emprego da racionalidade grupal constitua método relativamente recente de análise jurídica, sujeito a importantes críticas, com o avanço das novas formas de organização da atividade econômica imagina-se que ele evolua, tornando-se cada vez mais frequente e necessário para o direito comercial cumprir sua função regulatória e instrumental das relações econômicas.

REFERÊNCIAS

ABEGG, Andreas. Regulation of hybrid networks at the intersection between governmental administration and economic self-organisation. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

ABRÃO, Nelson. Lei da Franquia Empresarial (n.8.955, de 12.12.1994). **Revista dos Tribunais** n.722, São Paulo: RT, dez.1995.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Abuso de minoria em direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2014.

ADAMODARAM, Aswath. Avaliação realizada pelo professor de finanças da NYU. Disponível em: <<http://aswathdamodaran.blogspot.com/2017/06/usersubscriber-economics-alternative.html>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

ADAMS, John N.; BROWNSWORD, Roger. Privity and the concept of a network contract. **Legal studies**, v.10, Bristol: Society of Legal Scholars 1990.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. In: (Coord.) TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo Código Civil**, v.VI, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AKERLOF, George A. The market for ‘lemons’: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics** v.84, n.3, Oxford University Press 1970.

ALCHIAN, Armen; HAROLD, Demsetz. Production, information costs, and economic organization. **The American Economic Review**, v.62, n.5, 1972.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. **A sociedade em conta de participação**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ALPA, Guido. **Lineamenti di diritto contrattuale**. Diritto privato comparato: istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001.

_____. La causa e il tipo. In: GABRIELLI, Enrico (Org.). **I contratti in generale**. Turim: UTET, 1999.

AMIÉL-COSME, Laurence. La theorie institutionelle du reseau. In: GUYON, Yves. **Aspects actuels du droit des affaires**, Paris: Dalloz, 2013.

AMSTUTZ, Marc. The constitution of contractual networks. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

_____. **Contract collisions: an evolutionary perspective of contractual networks**, 2013. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

ANTUNES, José Engrácia. Liability of corporate groups: autonomy and control in parent-subsidiary relationship in US, German and EU Law, an international and comparative perspective. Boston, **Kluwer Law and Taxation publishers**, 1994.

_____. **Os grupos de sociedades.** Coimbra: Almedina, 2002.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato.** Coimbra: Almedina, 2007.

ARROW, Kenneth J. **The limits of organization.** New York: Norton & Company, 1974.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.** Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Princípios e problemas das sociedades anônimas. In: ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.** São Paulo: Saraiva, 1945.

_____. Contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado.** Campinas: Bookseller, 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos coligados de sublocação de imóvel e franquia comercial. Aplicabilidade do art. 21 da Lei n. 8.245/91. **Revista Trimestral de Direito Civil** n. 8, São Paulo, out.-dez., 2001.

_____. **Código Civil comentado:** negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188. v.II. São Paulo: Atlas, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Estudos e pareceres de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Natureza jurídica do contrato de consórcio: classificação de atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos; os contratos relacionais; a boa-fé nos contratos relacionais; contratos de duração; alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva; sinalagma e resolução contratual; resolução parcial do contrato; função social do contrato. (parecer). **Revista dos Tribunais** n.832, v. 94, São Paulo, fev.2005.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado. **Revista dos Tribunais**, v.750. São Paulo: RT, 1998.

BACACHE-GIBEILI, Mireille. **La relativité des conventions et les groupes de contrats.** Paris: LGDJ, 1996.

BAINBRIDGE, Stephen M. **Corporation law and economics.** New York: Foundation Press, 2002.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato incompleto.** Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

BARNARD, Chester. **The functions of the executive**. Washington: Library of Congress, 1968.

BARRETO FILHO, Oscar. **O regime jurídico das sociedades de investimento**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

BAUMOL, William. **Welfare economics and the theory of the state**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1952.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **The modern corporation & private property**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

BERTOLDI, Marcelo. O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos. **Revista de Direito Mercantil** – industrial, econômico e financeiro v.118, São Paulo: Malheiros, 2000.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v.I. Coimbra: Coimbra, 1969.

BHAGAT, Sanjai; SCHLEIFER, Andrei; VICHNY, Robert. **Hostile takeovers in the 1980s: the return to corporate specialization**. Brooking Papers: Microeconomics, 1990.

BHATTACHARYYA, Sugato; LAFONTAINE, Francine. Double-sided moral hazard and the nature of share contracts. **RAND Journal of Economics**, v.26, n.4, 1995.

BLACK, Bernard S. The first international merger wave (and the fifth and last U.S. Wave) May 2000. **University of Miami Law Review**, v.54, p.799-818, 2000.

BÖHNER, Reinhard. Asset-sharing in franchise networks: the obligation to pass on network benefits. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica dos contratos de ‘franchising’. **Revista dos Tribunais** n.653, São Paulo: RT, mar. 1990.

BONBRIGHT, James; MEANS, Gardiner. **The holding company: its public significance and its regulation**. New York: McGRA W-Hill Book Company, 1932.

BORGES, Ronaldo Souza. Da aplicabilidade da indenização de clientela no contrato de concessão comercial: a compensação do concessionário pela angariação de clientela. **Revista dos Tribunais**, v.975, São Paulo: RT, 2017.

BRADACH, Jeffrey; ECCLES, Robert. Price, authority and trust. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991.

BROWNSWORD, Roger. Network contracts revisited. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. United Kingdom: Oxford Hart Publishing, 2009.

BROWNSWORD, Roger. Contracts with network effects: is the time now right? In: GRUNDMAN, Stefan; CAFAGGI, Fabrizio; VETTOI, Giuseppe. **The organizational contract, from exchange to long-term network cooperation in european contract law**. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013.

BRUNA, Sérgio Varela. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997.

BUENO DIAZ, Odavia. **Franchising in european contract law**: a comparison between the main obligations of the contracting parties in the principles if european law on comercial agency, franchise and distribution contracts (PEL CAFDC), french and spanish law. Munich: European Law Publishers, 2008.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1985.

_____. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **O direito dos grupos e a concentração de empresas**. São Paulo: Universitária de Direito, 1975.

_____. **Manual das sociedades anônimas**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1984.

_____. **Contratos mercantis**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1993.

BUY, Frédéric; LAMOUREUX, Marie; RODA, Jean-Christophe. **Droit de la distribution**. Paris: LGDJ, 2017.

CAFAGGI, Fabrizio (Org.). **Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

_____. Contractual networks and the small business act: towards european principles. **European Working Papers**, Department of Law n.2008, Fiesole: European University Institute, 2008.

CALDARELLI, Guido; CATANZARO, Michelle. **Networks**: a very short introduction. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

CALIXTO, Vinicius Machado. A teoria do contrato relacional de Ian MacNeil e a necessidade de se rediscutir a sua compreensão e aplicação no contexto jurídico brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v.9, São Paulo: RT, 2016.

CALLIESS, Galf-Peter. Fitness clubs: consumer protection between contract and association. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Contrato de distribuição ou concessão mercantil. In: (Coords.) JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. **Implicit dimensions of contract**. Portland, Oregon: Hart, 2003.

CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direito na ótica civil-constitucional. In: (Coord.) TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (Coords.). **Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Librairie Sirey, 1962.

_____. La concession commerciale. **Revue Trimestrielle de Droit Commercial**, n.24, 1963.

CHANDLER JUNIOR, Alfred D. **The visible hand**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, Edição do Kindle.

CHERTO, Marcelo. O *franchising* e o contrato. **Revista do Advogado**, São Paulo: AASP, 1989.

CHOUDARY, Sangeet Paul. Platform scale: how an emerging business model helps startups build large empires with minimum investment. **Platform Thinking Labs**, 2015.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Revista Economica** v.4, n.16, 1937.

_____. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

_____. Nature of the firm. In: **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COLLINS, Hugh. **Regulating contracts**. United Kingdom: Oxford University Press, 1999.

_____. **The law of contract**. Londres: Weindenfeld and Nicolson, 1986.

_____. The weakest link: legal implications of the network architecture of supply chains. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Direito empresarial – novos ensaios e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, n.732, São Paulo: RT, out. 1996.

_____. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Consórcios de empresas. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial – estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: RT, 1970.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Os grupos societários na nova lei de sociedade por ações. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. **Estrutura de interesses nas sociedades anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

D. BLAIR, Roger; L. KASERMAN, David. A note on incentive incompatibility under franchising. **Review of Industrial Organization** 9, 1994.

_____; LAFONTAINE, Francine. **The economics of franchising**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

DAINTITH, Terence. Mixed public-private networks as vehicles for regulatory policy. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

DEAKIN, Simon. The return of the guild? Network relations in historical perspective. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

DICKERSON, Claire M. Spinning out of control: the virtual organization and conflicting governance vectors. Pittsburgh **University of Pittsburgh Law Review**, n.759, 1997-1998.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista Forense** v.391, 2007.

DRUEY, Jean Nicolas. The path of the law – the difficult legal access of networks. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

DUTILLEUL, François Collart; DELE-BECQUE, Philippe. **Contrats civils et commerciaux**. 2.ed. Paris: Dalloz, 1993.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. **The economic structure of corporate law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

EISENBERG, Melvin. Why there is no law of relational contracts. **Northwestern University Law Review** v.94, n.3, 2000.

_____. The conception that the corporation is a nexus of contracts, and the dual nature of the firm. **Berkley Law Journal**, 1998.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**. v.III – artigos 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

EUROPEAN contract law e B. nooteboom. Innovation and inter-firm linkages: new implications for policy. Disponível em: <<http://www.utc.fr>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. In: **Doutrinas Essenciais** – obrigações e contratos. v.2, jun. 2011.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERNANDES, Wanderley. **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Responsabilidade civil do terceiro que interfere na relação contratual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: RT, 2009.

_____. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil** – industrial, econômico e financeiro v.139, 2005.

_____. Apontamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais: Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850. **Revista de Direito Mercantil** – industrial, econômico e financeiro v.141, São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Breves notas sobre a posição dominante e seu abuso. **Revista de Direito Mercantil** – industrial, econômico e financeiro v.107, São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Contratos de distribuição**. 3.ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Contrato de distribuição**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 7.ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. A teoria geral do direito e os contratos de distribuição. **Revista de Direito Mercantil – industrial, econômico e financeiro**, v.137, jan.-mar., São Paulo: Malheiros, 2005.

FOURGOUX, Jean-Claude. **Droit du marketing**. Paris: Dalloz, 1974.

FRADA, Manuel Carneiro da. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra: Almedina, 1994.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: **Direito societário contemporâneo** [S.l: s.n.], 2009.

FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991.

FUNARO, Melltha Prado. A responsabilidade civil do franqueador pelos atos praticados pelo franqueado ou empregador deste. **Revista do Advogado** n.30, São Paulo: AASP, 1989.

GAILLARD, Emanuel. **Le pouvoir em droit privé**. Paris II: Econômica, 1985.

GATSI, Jean. **Le contrat-cadre**. Paris: LGDJ, 1996.

GAZALLE, Gustavo Kratz. **O conceito de mora no Código Civil de 2002**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

GEORGE Mason Law & Economics Research Paper n.07-03. 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper; FSU College of Law, **Law and Economics Paper** n.07, 2001.

GILLETE, Clayton P. Contractual networks, contract design and contract interpretations: the case of credit cards. In: GRUNDMAN, Stefan; CAFAGGI, Fabrizio; VETTOI, Giuseppe. **The organizational contract, from exchange to long-term network cooperation in european contract law**. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais da contratação, contratos relacionados e redes contratuais. **Revista de Direito do Consumidor** n.58, São Paulo: RT, 2006.

GONÇALVES, Priscila Brólio. **Fixação dos preços de revenda em contratos de distribuição**: análise dos aspectos concorrenciais. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016.

GORDON, Robert W. The death of contract. Yale **Faculty Scholarship Series**. Paper 1376, New Haven, 1974.

GRASSI, Robson Antonio. Williamson e “formas híbridas”: uma proposta de redefinição do debate. **Revista Economia e Sociedade**, [S.l.], v.12, n.1, p.43-64, jan.2016.

GRAU, Eros Roberto. **La doble desestructuración y la interpretación del derecho**. Barcelona: Bosch, 1998.

_____; FORGIONI, Paula A. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRIMES, Warren S. Market definition in franchise antitrust claims: relational market power and the franchisor's conflict of interest. **Antitrust Law Journal**, v.67, n.2, 1999.

GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration. **Journal of Political Economy** n.94, 1986.

GRUNDMANN, Stefan. Qual a unidade do direito privado? De uma concepção formal a uma concepção material do direito privado. **Revista da EMERJ**, v.14, n.53, Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

_____. **The fault principle as the chameleon of contract law: a market function approach**. Disponível em: <<http://grundmann.rewi.hu-berlin.de/Publikationen/.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

_____. **The future of contract law**, 2010. Disponível em: <<http://grundmann.rewi.hu-berlin.de/Publikationen.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

_____. **European contract law(s) of what colour?**, 2005. Disponível em: <<http://edoc.hu-berlin.de/oa/articles/reZy5tUdeXiKw/PDF/297ZHOg0YdAY.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

_____; CAFAGGI, Fabrizio; VETTORI, Giuseppe. **The organizational contract, from exchange to long-term network cooperation in european contract law**. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2013.

_____. Contractual networks in German private law. In: (Org.) CAFAGGI, Fabrizio. **Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

_____. Qual a unidade do direito privado? De uma concepção formal a uma concepção material do direito privado. In: (Orgs.) GRUNDMANN, Stefan et al. **Direito Privado, constituição e fronteiras: encontros da associação luso-alemã de juristas no Brasil**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014.

_____; MAZEAUD, Denis. **General clauses and standards in european contract law**. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

_____; MÖSLEIN, Florian; RIESENHUBER, Karl. **Contract governance: dimensions in law and interdisciplinary research**. United Kingdom: Oxford Press, 2015.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Regime jurídico do consórcio: O Código Civil e a Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil** n.138, São Paulo: Malheiros, 2003.

GULATI, Gaurang Mitu; KLEIN, William A; ZOLT, Eric M. Connected contracts. **UCLA Law Review**. v.47, 2000.

GUYENOT, Jean. **Les contrats de concession commerciale**. n.15. Paris: Librairie Sirey, 1968.

_____. **Qué es el franchising**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977.

HANSMANN, Henry. **The ownership of enterprise**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

HART, Oliver. **Firms, contracts and financial structure**. Oxford: Clarendon Press, 1995. (Kindle Edition).

_____. Incomplete contract. In: (Orgs.) EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter. **The new palgrave: a dictionary of economics**. v.2. London: The Macmillan Press Limited, 1987.

HEERMANN, Peter W. The status of multilateral synallagmas in the law of connected contracts. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

HELDT, Cordula. Internal relations and semi-spontaneous order: the case of franchising and construction contracts. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

HESSELNICK, Martijn; RUTGERS, Jacobien; DIAZ, Odavia; SCOTTON, Manola; VELDMAN, Muriel. **Principles of european law: commercial agency, franchise and distribution agreements**. Oxford: Oxford Press, 2006.

HICKS, John. Richard. The foundations of welfare economics. **The Economic Journal**, v.49, n.196, 1939.

HIRONAKA, Giselda Novaes. A função social do contrato. In: **Doutrinas Essenciais**. Obrigações e Contratos. v.3, jun. 2011.

JAMIN, Cristophe. **La notion d'action directe**. Paris: LGDJ, 1991.

JENNEJOHN, Matthew. The private order of innovation networks (October 27). **Stanford Law Review**, 2016, Forthcoming; BYU Law Research Paper n.15-23, 2015.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of financial economics** v.3. n.4, 1976.

JHERING, Rudolf Von. **A evolução do direito**. Lisboa: José Bastos & C.a.editores, 1963.

JOHANSON, Jan; MATTSON, Lars-Gunnar. Interorganizational relations in industrial systems: a network approach compared with the transactions-cost approach. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991.

JOHNSTON, Russel; LAWRENCE, Paul. The rise of the value-adding partnership. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991.

JUNG, Stephanie; KREBS, Peter; TEUBNER, Gunther. Business networks reloaded. **Nomos, Bade Baden**. Germany: Ashley Gate Publishing, 2015.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, v.49, n.195, 1939.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **A coligação contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KJAER, Poul. Post-hegelian networks. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

KLEIN, Benjamin. The economics of franchise contracts. **Journal of Corporate Finance**, v.2, n.1, oct.1995.

KLEIN, William A; COFFEE, John C.; PARTNOY JUNIOR, Frank. **Business organization and finance: legal and economic principles**. New York: The Foundation Press, 2010.

KLICK, Jonathan; KOBAYASHI, Bruce H.; RIBSTEIN, Larry Edward. The effect of contract regulation: the case of franchising (December 13, 2006). George Mason Law & Economics Research Paper n.07-03; **2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper**; FSU College of Law, Law and Economics Paper n.7/001, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KORAH, Valentine; O'SULLIVAN, Denis. **Distribution agreements under the EC competition rules**. Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002.

KRAAKMAN, Reinier et al. **The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach**. 2.ed. United Kingdom: Oxford University Press, 2009.

KREBS, Peter; AEDTNER, Katja; SCHULTES, Marion. Company networks reloaded – putting a general functional approach to defining complex problems to the test. In: JUNG, Stephanie; KREBS, Peter; TEUBNER, Gunther. Business networks reloaded. **Nomos, Bade Baden**. Germany, Ashley Gate Publishing, 2015.

LAFONTAINE, Francine; RAYNAUD, Emmanuel. The role of residual claims and self-enforcement in franchise contracting. **NBER Working Papers 8868**, National Bureau of Economic Research Inc, 2002.

_____; KAUFMANN, Patrick J. The evolution of ownership patterns in franchise systems. **Journal of Retailing**, v.70, 1994.

LAMY FILHO, Alfredo. **Temas de S.A:** exposições e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias.** v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Direito das companhias.** v.II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Direito das companhias.** v.I. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Direito das companhias.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LARENZ, Karl. **Derecho civil** – parte general. Tradução espanhola de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres.** 2 v. São Paulo: Singular, 2004.

_____. Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado. **Revista dos Tribunais** n.719, São Paulo: RT, set.1995.

_____. Efeitos sobre terceiros dos acordos de acionistas. **Pareceres**, v.I. São Paulo: Singular, 2004.

LECOURT, Arnaud; BONDIL, Frédéric. **Les réseaux distribution:** concurrence, contrats, contetieux. France: Wolter Kluwer, 2013.

LEONARDI, Felipe Raminelli. É possível ir além da relatividade contratual? **Revista de Direito Privado**, v.13, n.49, São Paulo: RT, jan.-mar., 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**, v.832, São Paulo: RT, 2005.

_____. **Redes contratuais no mercado habitacional.** São Paulo: RT, 2003.

LLEWELLYN, Karl N. What price contract? An essay in perspective. **Yale Law Journal** v. 40, 1931.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de uma teoria sistêmica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor** v.33, jan.-mar., São Paulo: RT, 2000.

_____. **Tratado de los contratos.** t.II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

_____. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor** v.28, São Paulo: RT, out.-dez. 1998.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v.28, n.1, 1963.

MACEDO, Ricardo Ferreira de. **Controle não societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2007.

_____. Contrato previdenciário como contrato relacional. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor** v.4, abr. 2011.

MACNEIL, Ian. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. **Northwestern University Law Review**, v.72, n.6, 1977.

_____. **The new social contract**: an inquiry into modern contractual relations. Yale University Press, 1980.

_____. **Relational contract**: what we do and what we do not know. **Wisconsin Law Review** n.4.

_____. **O novo contrato social**: uma análise das relações contratuais modernas. Tradução de Alvimar Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MAGANO, Octávio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da noção de contrato no direito brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**, v.3, São Paulo: RT, 1992.

_____. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v.1, n.1, maio 2005.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**. v.V, t.II: do inadimplemento das obrigações (Coord.) TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MATHEWSON, Frank; WINTER, Ralph A. The economics of franchise contracts. **The Journal of Law and Economics** 28, n.3, oct.1985.

MELO, Claudineu de. **Contratos de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MÉNARD, Claude. The Economics of Hybrid Organizations. **Journal of Institutional and Theoretical Economics** (JITE)/Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft, v.160, n.3, 2004.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, *lex mercatoria* e direito estatal**: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. A empresa em rede: a empresa virtual como mote para reflexão no direito comercial. **Revista do Advogado** v.115, São Paulo: AASP, 2012.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v.I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

MONTEIRO, Antonio Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009.

MONTEIRO, Honório. Contrato misto. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, n.33, 1937.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, n.26, nov-dez., Porto Alegre: Síntese, 2003.

MOUZAS, Stefanos. The weakest link: legal aspects of network architecture of supply chains. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

_____. The constitution of networks. **Industrial Marketing Management**, v.38, jul. 2009.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. Poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. In: **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v.3, jun.2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 11.ed. São Paulo: RT, 2014.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2006.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. **Comentários ao novo Código Civil** (artigos 79 a 137). v.II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ORTS, Eric W. Shirking and sharking: a legal theory of the firm. **Yale Law & Policy Review**. v.16, Article 2, 1997.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PARKER, Geoffrey. **Platform revolution**: how networked markets are transforming the economy and how to make them work for you. W.W.Norton & Company. (Edição do Kindle).

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcios de empresas**. São Paulo: Pioneira, 1979.

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

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação de poder de controle acionário**. São Paulo: Saraiva: 1995.

PEREIRA, Lincoln Luiz. **Redes contratuais na prestação de serviços de turismo**. Trabalho de conclusão de curso. Orientador: Rodrigo Xavier Leonardo. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PICKER, Randal. **Na introduction to game theory and the law**. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

PINTO, Fernando Ferreira. **Contratos de distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013.

PIRAJÁ, André Bedin; CANESIN, Maria Eugênia. A cláusula de não concorrência comercial nos contratos de franquia. **Revista de Direito Empresarial** n.7, São Paulo: RT, jan.-fev., 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – parte especial**. t. XLIX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

POSNER, Richard. The law and economics of contract interpretation. **Texas Law Review**, v. 83, 2005.

_____. **Economic analysis of law**. 9.ed. New York: Aspen Law and Business, 2014.

POWELL, Walter. Neither market, nor hierarchy: network forms of organization. In: FRANCES, Jennifer; LEVACIC, Rosalind; MITCHELL, Jeremy. **Markets, hierarquies and networks**. London: Sage Publications, 1991.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: (Coord.) MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REQUIÃO, Rubens. Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial** 4. São Paulo: RT, dez. 2010.

_____. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). **Revista de Direito Mercantil** n.7. São Paulo: RT.

_____. Concessão comercial. Manutenção do contrato de concessão em face da Lei 6.729/1979. Alteração do nome da concedente. Favorecimento de sociedade coligada. A insolvência como justa causa da rescisão do contrato. A aceitação da proposta. In: WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, v.3, São Paulo: RT, 2010.

_____. **Aspectos modernos de direito comercial** (estudos e pareceres) 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

RIPERT, George. **Les aspects juridiques du capitalisme moderne**. 2.ed. Paris: LGDJ, 1951.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition. In: Two-sided markets. **IDEI Working Papers 152**, Institut d'Économie Industrielle, Toulouse, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais** v.821. São Paulo: RT, 2004.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. **Revista de Direito Mercantil** n.141. São Paulo: Malheiros, jan.-mar., 2006.

_____. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Doutrinas Essenciais – obrigações e contratos** (princípios e limites). São Paulo: RT, 2011.

- _____. **O novo direito societário brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Regulação e concorrência** – estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. Parecer exarado em 04-05-2015, no procedimento arbitral n. 31/2014/SEC3, perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de comércio Brasil-Canadá.
- _____; AMARAL JUNIOR, Alberto do; GOUVÊA, Carlos Portugal; CERZETTI, Sheila Christina Neder; CARVALHO, Vinícius Marques de. **Regulação e desenvolvimento: novos temas**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SANTOS, João Manuel Carvalho dos. **Código civil brasileiro interpretado**. v.XIX. 12.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1988.
- _____. **Código Civil interpretado**. v.III. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.
- SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. **Sociedade em conta de participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Contratos de distribuição**. São Paulo: RT, 2011.
- SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. Coimbra: Almedina, 2017.
- SCHWAB, Ing Klaus. **The fourth industrial revolution**. Geneva: World Economic Forum, 2016.
- SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract interpretation redux. **The Yale Law Journal** v.119, 2010.
- SCOTT, Robert E. Conflict and cooperation in long-term contracts. **California Law Review**, v.75, 1987.
- SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. In: (Coords.) REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. **Biblioteca Estudos de Direito Civil** – estudos em homenagem a Miguel Reale, v.VII. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Violação positiva do contrato.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luiz Alberto de Souza e. **A doutrina no direito internacional privado.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Revisão dos contratos:** do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Vivian Lara S; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Formas plurais no *franchising* de alimentos: evidências de estudos de caso na França e no Brasil. **Revista de Administração Contemporânea** n.11, Curitiba, 2007.

SILVEIRA, Newton. O contrato de *franchise* e a transferência de tecnologia. **Doutrinas Essenciais** – obrigações e contratos 6. São Paulo: RT, jun. 2011.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising** – aspectos jurídicos e contratuais. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Função social e o controle do poder de controle nas companhias. **Revista de Direito Mercantil** – industrial, econômico e financeiro v.135, São Paulo: Malheiros, 2004.

STEFFENS, Lincoln. New Jersey: a traitor state, part II – how she sold out the United States. In: **McClure's Magazine**. Disponível no Archive of American Journalism, May 1905.

STEINER, Robert Livingston. The nature of vertical restraints. **The Antitrust Bulletin**, v.30, 1985.

SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. **Revista de Direito Mercantil** – industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Contrato de sociedade e formas societárias.** São Paulo: Saraiva, 1989.

_____; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista de Direito Mercantil** – industrial, econômico e financeiro. v.131, São Paulo: Malheiros, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Soluções práticas de direito.** v.II. São Paulo: RT, 2012.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Distribuição de veículos automotores: natureza jurídica e efeitos tributários. **Soluções práticas de direito**, v.1, São Paulo: RT, 2011.

TEUBNER, Gunther. *Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organisation*. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

_____. ‘Unitas multiplex’ a organização do grupo de empresas como exemplo. **Revista Direito GV**. v.2, São Paulo, jun.-dez. 2005.

_____. **Networks as connected contracts**. Portland, Oregon: Hart, 2011.

_____. **Beyond contract and organization?** The external liability of franchising systems in german law. Disponível em: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852637/Franchising_and_the_law.pdf> Acesso em: 15 dez. 2018.

_____. Piercing the contractual veil? The social responsibility of contractual networks. In: T. Wilhelmson (ed). **Perspectives of critical contract law**. Dartmouth, Aldershto, 1993. Disponível em: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43829715/Contractual_Veil.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

_____; Network as connected contracts. **International Studies in the Theory of Private Law**. Hart Publishing, 2011.

_____; COLLINS, Hugh. *Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organisation*. In: (Orgs.) AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. **Networks: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

TEYSSIE, Bernard. **Les groupes de contrats**. Paris: LBGD, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista de Direito Mercantil – industrial, econômico e financeiro**, v.122, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. **Revista dos Tribunais**, v.825, São Paulo: RT, 2004.

_____; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista dos Tribunais**, v.790, São Paulo: RT, 2001.

_____; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. In: (Coords.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v.2, São Paulo: RT, 2010.

_____. Contrato de concessão comercial de bebidas. Responsabilidade civil do fabricante por ato ilícito praticado por preposto da concessionária. Acidente de trânsito. In: (Coords.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, v.2, São Paulo: RT, 2010.

_____. **O contrato e sua função social**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. v.I. Coimbra: Almedina, 2000.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Curso de direito comercial 2**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VERSCOORE, Jorge; BALESTRIN, Alsones. **Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na nova economia (Portuguese Edition)**. 2.ed. posição 305 (Kindle Edition), 2016.

VIRASSAMY, Georges J. **Les contrats de dépendence: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique**. Paris: LGDJ, 1986.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 5.ed. 4.v. Milano: Vallardi, 1922-1926.

WALD, Arnaldo. Do regime legal do contrato de parceria entre a “X” petroquímica e a Petrobras. **Revista dos Tribunais** v.24, São Paulo: RT, 1998.

WELLENHOFER, Marina. Third party effects of bilateral contracts within the network. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

WIEDEMANN, Herbert. Excerto de direito societário I – fundamentos. Tradução de Erasmo Valladão Novaes França. In: (Coord.) FRANÇA, Erasmo Valladão Novaes. **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

WIGHTMAN, John. Beyond custom: contract, contexts, and the recognition of implicit understandings. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John. **Implicit dimensions of contract**. International Studies in the Theory of Private Law. Hart Publishing, Oxford, 2003.

WILLIAMSON, Oliver. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, v.36, n.2, jun.1991.

_____. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. **Journal of Economics Perspectives** v.16, n.3, 2002.

_____. **As instituições econômicas do capitalismo**. São Paulo: Pezco, 2012.

_____. **The economic institutions of capitalism**. New York: Free Press, 2012.

_____. **Why law, economics and organization?** Disponível em:
<<https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.lawsocsci.1.031805.111122>>.
Acesso em: 15 dez. 2018.

WINDSPERGER, Josef; CLIQUET, Gérard; HERMANN, Thomas; HENDRIKSE, George. **Interfirm networks: franchising, cooperatives and strategic alliances**. Springer, 2015.

WINTER, Sidney G; Oliver, WILLIAMSON. **The nature of the firm: origins, evolution, and development**. United Kingdom: Oxford University Press, 1993.

WITTING, Christian A. **Liability of corporate groups and networks**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

WOLF, Manfred. The protection of contractual networks against interference by third parties. **Network: Legal Issues of Multilateral Co-operation**. Oxford: Oxford Hart Publishing, 2009.

XAVIER, Alberto. Consórcio: natureza jurídica, regime tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário** n.64, São Paulo, 2011.

ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. **Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco**. São Paulo: Atlas, 2015.

ZANITELLI, Leandro Martins. A proteção do consumidor no contrato de *franchising*. **Revista de Direito do Consumidor** n.24, São Paulo: RT, jul.-dez., 1997.

ZLOT, Eric; GULATI, Mitu; KLEIN, William. Connect contracts. **University of California Law Review**, n.47, 2000.

ZYLBERSZTAJN, Decio; Rachel, SZTAJN. **Direito & economia – análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.253.696/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Public 24-8-2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 15.247/RJ, Rel. Min. Dias Trindade, Terceira Turma, Public 17-02-1992.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1158815/RJ - 2009/0195426-0, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Public 17 fev. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1403272/RS - 2013/0304135-1, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Public 18-03-2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp 591921/RJ - 2003/0156822-5, Rel. Min Humberto Martins, Segunda Turma, Public 17-03-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 576977/DF - 2014/0204336-8, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Public 20-10-2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 953840/RJ - 2007/0115791-3, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 14-09-2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1066071/SP - 2008/0077658-5, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, Public 20-08-2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 257.880/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, Public 07-10-2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 401.718/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, Public 24-03-2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 468.062/CE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Public 01-12-2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 468.062/CE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Public 01-12-2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 221577/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, Public 3-4-2000.

_____. Tribunal de Justiça do Ceará. APL: 00336818020128060071, Rel. Des. Maria Vilauba Fausto Lopes, 6ª Câmara Cível, Public 15-07-2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC: 10720110028902001 MG, Rel. Des. Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível, Public 03-06-2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI: 0055268-20.2012.8.19.0000, Rel. Des. Marília de Castro Neves Vieira, 20ª Câmara Cível, j. 29-10-2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC: 70055231575 RS, Rel. Des. Angela Terezinha de Oliveira Brito, 13ª Câmara Cível, Public 29-10-2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 0002934-04.2009.8.26.0296, Rel. Des. Hamid Bdine, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 12-08-2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00031463120108260315, Rel. Des. Rebello Pinho, 20ª Câmara de Direito Privado, Public 14-04-2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00144450220058260114, Rel. Des. Hugo Crepaldi, 25ª Câmara de Direito Privado, Public 10-04-2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00166733220108260224, Rel. Des. Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Public 06-12-2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 0022455-28.2009.8.26.0071, Rel. Des. Hamid Bdine, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 31-01-2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 0024238-39.2007.8.26.0196, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 7ª Câmara de Direito Privado, Public 11-06-2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00654411620098260000, Rel. Des. Sandra Galhardo Esteves, 12ª Câmara de Direito Privado, Public 17-05-2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 00654620520128260576, Rel. Des. Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Public 16-05-2014

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 01634417120118260100, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Public 12-12-2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 9000097-52.2011.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 17-07-2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 0261091-60.2007.8.26.0100, Rel. Des. Hamid Bdine, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 03-12-2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 584.289.4/2-00, Rel. Des. Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado, Public 04-12-2008.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 0079231-53.2012.8.26.0100, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 06-05-2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 0105083-60.2009.8.26.0011, Rel. Des. Walter Cesar Exner, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 05-06-2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 0129706-61.2008.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 05-10-2011.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 0261091-60.2007.8.26.0100, Rel. Des. Hamid Bdine, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 03-12-2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 1089173-24.2014.8.26.0100, Rel. Des. Claudio Godoy, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 20-05-2015.

Alemanha. Bundesgerichtshof. KZR 5/03, j. 07 13, 2004.

Seven Eleven Corporation of SA (Pty) Ltd v. Cancun Trading n.150 CC (108/2004) [2005] ZASCA 17; [2005] 2 All SA 256 (SCA), 24 March 2005.

Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Ltd v Todd & Ors (n. 2) (New Zealand) [2004] UKPC 39, 21 July 2004. Disponível em:

<<http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2004/39.html>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

Burger King Corp. v. Family Dining, Inc., 426 F. Supp. 485 (E.D. Pa. 1977).

Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/426/485/1595367/>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

Referências normativas
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6022: 2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração