

# Jurisprudência Sociológica

Perspectivas Teóricas e Aplicações Dogmáticas

ORGANIZADORES

Gunther Teubner

Ricardo Campos

Sérgio Antônio Ferreira Victor

TRADUÇÃO

Geraldo Luiz de Carvalho Neto

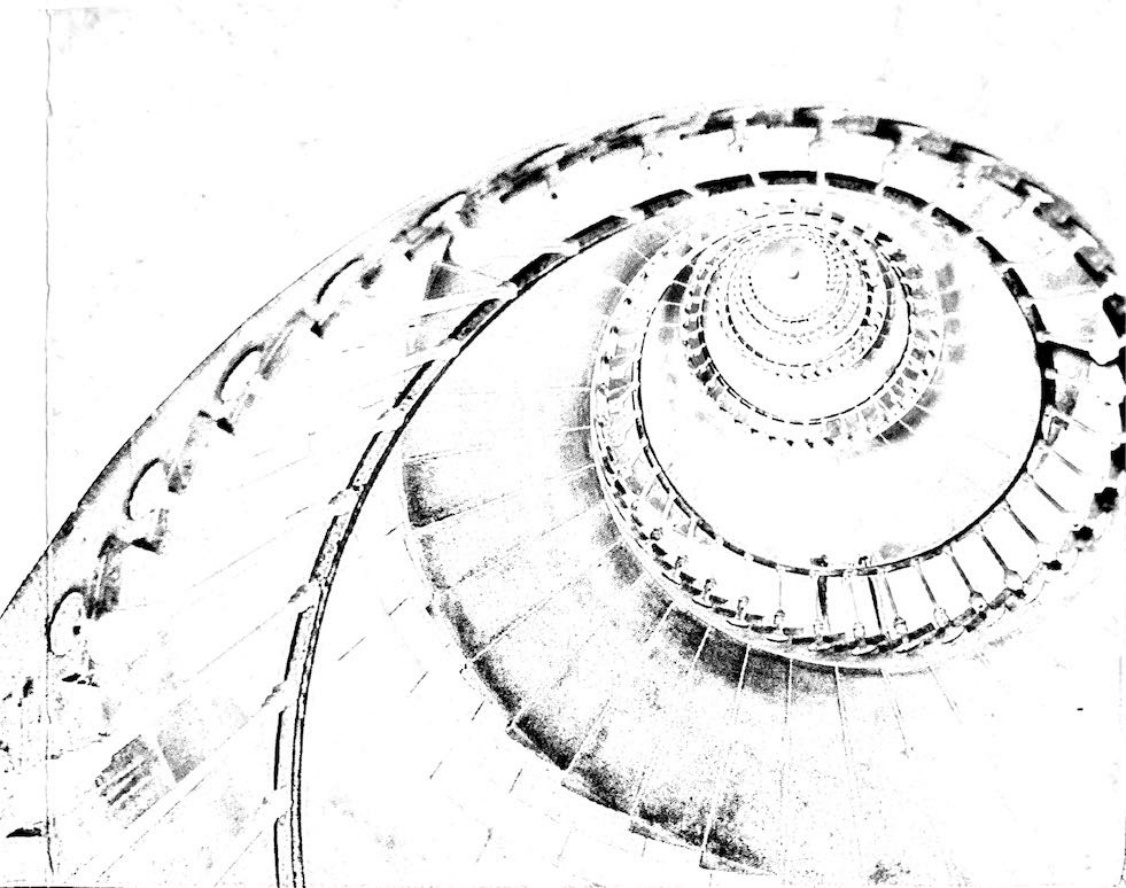
Gercélia Batista de Oliveira Mendes

SÉRIE **idp**

INSTITUTO  
BRASILENSE DE  
DIREITO PÚBLICO

LINHA  
Direito  
Comparado

saraiva **jur**





saraiva *jur*

Av. Doutora Ruth Cardoso, 7.221, 1º andar, Setor B  
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

**SAC**

sac.sets@somoseducacao.com.br

**Direção executiva** Flávia Alves Bravin  
**Direção editorial** Renata Pascual Müller  
**Gerência editorial** Roberto Navarro  
**Gerência de produção e planejamento** Ana Paula Santos Matos  
**Gerência de projetos e serviços editoriais** Fernando Penteado

**Planejamento** Clarissa Boraschi Maria (coord.)

**Novos projetos** Melissa Rodriguez Arnal da Silva Leite

**Edição** Eveline Gonçalves Denardi (coord.)  
Deborah Caetano de Freitas Viadana

**Produção editorial** Fernanda Matajs (coord.)  
Luciana Cordeiro Shirakawa

**Arte e digital** Mônica Landi (coord.)  
Amanda Mota Loyola  
Camilla Felix Cianelli Chaves  
Claudirene de Moura Santos Silva  
Deborah Mattos  
Guilherme H. M. Salvador  
Tiago Dela Rosa

**Projetos e serviços editoriais** Breno Lopes de Souza  
Josiane de Araujo Rodrigues  
Kelli Priscila Pinto  
Laura Paraíso Buldrini Filogônio  
Marília Cordeiro  
Mônica Gonçalves Dias

**Diagramação** Edson Colobone

**Revisão** Lígia Alves

**Capa** Tiago Dela Rosa

**Imagem de capa** Getty Images / legna69

**Produção gráfica** Marli Rampim

Sergio Luiz Pereira Lopes

**Impressão e acabamento** Gráfica Paym

Teubner, Gunther

Jurisprudência sociológica : perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas / organizadores: Gunther Teubner ; Ricardo Campos ; Sérgio Antônio Ferreira Victor ; tradução de Geraldo Luiz de Carvalho Neto ; Gercélia Baptista de Oliveira Mendes. – São Paulo : Somos Educação, 2020. (Série IDP : Linha direito comparado)  
490 p.

Bibliografia  
ISBN 978-85-536-1850-7 (impresso)  
Título original: *Soziologische jurisprudenzen*

1. Sociologia jurídica. I. Título. II. Campos, Ricardo. III. Victor, Sérgio Antônio Ferreira. IV. Série.

20-0281

CDD 340

Índice para catálogo sistemático:

1. Sociologia jurídica 34.316

**Data de fechamento da edição: 27-1-2020**

Dúvidas? Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Saraiva Educação. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 605868 CAE 723588

<b>externalizam seus paradoxos de fundamentação</b> .....	159
Comentário: <i>Autovinculação exógena: como subsistemas sociais externalizam seus paradoxos de fundamentação</i> (Tercio Sampaio Ferraz Junior) .....	194
<b>7. Constituição econômica/democracia econômica: Franz Böhm e Hugo Sinzheimer além do Estado Nacional</b> .....	201
Comentário: <i>O novo constitucionalismo da globalização</i> (Germano Schwartz) .....	243
<b>8. Canibalização do conhecimento: proteção da diversidade cultural através do Direito Transnacional?</b> .....	247
Comentário: <i>Novos canibais e o papel do direito transnacional</i> (Guilherme de Azevedo) .....	295
	<b>III.</b>
<hr/> <b>Contrato: Híbridização e Formação de Redes</b> .....	303
<b>9. Um caso de corrupção estrutural? A garantia fidejussória prestada por membro da família no conflito entre lógicas de Ação Incompatíveis</b> .....	305
Comentário: <i>O papel da estruturação de esferas de liberdade na modernidade</i> (Wálber Araujo Carneiro) .....	330
<b>10. Coincidentia oppositorum: o Direito das redes além do contrato e da organização</b> .....	339
Comentário: <i>Redes híbridas e/ou contratos relacionais mal revisitados?</i> (Ronaldo Porto Macedo Junior) .....	382
<b>11. “E se eu expulso os demônios por Belzebu...”, do diabolismo da falha de rede</b> .....	407
Comentário: <i>Belzebu, redes e outros demônios</i> (João Paulo Bachur) .....	447
<b>12. Profit sharing como dever associativo (Verbundpflicht)? Da transferência de vantagens de rede em sistemas de franquia</b> .....	453
Comentário: <i>A crise da teoria contratual e sua reinvenção em novas realidades</i> (Laura Schertel Mendes e Amanda Athayde) .....	480

---

---

## *Profit sharing* como dever associativo (*Verbundpflicht*)? Da transferência de vantagens de rede em sistemas de franquia

Publicado originalmente em: *ZHR* 168, 2004, p. 78-96. Comentário sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal alemão de 20 de maio de 2003. *KZR* 19/02 – *BGH*, *BB*, 2003, p. 2254 = *DB*, 2003, p. 2434 = *ZIP*, 2003, p. 2030 = *WRP*, 2003, p. 1448. A esse respeito, o comentário de *LASCHET* em: *BGHReport* 2003, p. 1345.

### I. “Descontos diferenciados”

As óticas Apollo operam na área de comércio de produtos óticos num sistema chamado dual. Elas comercializam produtos óticos através de duas estruturas de vendas: a primeira é formada por 150 filiais próprias, e a segunda, por 90 franqueadas. O contrato de franquia utilizado pela franqueadora segue o modelo de formulário e contém uma cláusula segundo a qual a franqueadora “transfere vantagens [*à franqueada*] (...) para a obtenção dos melhores resultados comerciais”. O sistema Apollo faz convergir a necessidade de compra global de ambas as estruturas de vendas, para assim obter descontos mais altos dos fornecedores. Estes garantem – sem diferenciação – os mesmos descontos, de até 52%, em todas as aquisições oriundas do sistema Apollo. Entretanto, a Apollo

apresenta às franqueadas uma lista de descontos do fabricante “oficial”. Nessa lista, apenas descontos de até 38% sobre o preço de lista do fabricante são garantidos. Na realidade, a Apollo recebe 52% de desconto para todas as aquisições provenientes do sistema. A diferença é repassada pelos fornecedores à central da Apollo na qualidade de “comissões”, sem o conhecimento das franqueadas. A Apollo conduzia as negociações em duas etapas. Primeiramente, a central, baseando-se no poder de compra de todo o sistema Apollo, impunha aos fornecedores um desconto único para todo o sistema – inclusive em benefício das franqueadoras. Depois, na segunda etapa, ela concluía com os fornecedores os acordos sobre o repasse dos descontos diferenciados à Apollo. Quando, por um acaso, veio à tona a prática dos descontos diferenciados, as franqueadas acionaram a Apollo para reembolso dos descontos diferenciados.

Depois de vários *Oberlandesgerichte* (na sigla alemã, OLG, tribunais superiores regionais) chegarem a decisões completamente opostas, o *Bundesgerichtshof* (na sigla alemã, BGH, semelhante ao Superior Tribunal de Justiça alemão) deu ganho de causa às franqueadas apelantes<sup>1</sup>. Além das diversas questões atinentes ao Direito da concorrência, apresenta-se o problema jurídico-contratual sobre se a Apollo, na qualidade de franqueadora, estaria obrigada a transferir todas as vantagens de rede às franqueadas. O BGH já se pronunciara (com reserva) negativamente em dois casos semelhantes (das locadoras de veículos “Sixt” e “Hertz”)<sup>2</sup>. Nesses processos, questionava-se se a central franqueadora de uma locadora de veículos era obrigada a transferir às franqueadas as ajudas de custo de publicidade que recebia das montadoras sempre que os veículos da respectiva marca eram alugados *de facto*. Na época, o tribunal argumen-

---

1 OLG Bremen, *WRP*, 2002, p. 224; OLG Düsseldorf, *WRP*, 2002, p. 235; OLG Frankfurt 23.7.2002 – 11 U (Caderno) 55/00 (no prelo); OLG Frankfurt de 23.7.2002 – 11 U (Caderno 42/00) (no prelo). Detalhes no relato jurisprudencial de HAAGER, *NJW*, 2002, p. 1463, 1465.

2 BGH, *NJW*, 1999, p. 2671 – “Sixt”; BGH 17.7.2001 - VIII ZR 59/01 (no prelo) – “Hertz”; OLG Stuttgart de 16-2-2001 – 2 U 218/99 (no prelo). Em compensação, afirmando a tendência OLG Munique, *WiB* 1997, p. 1109. Cf. também BÖHNER, *NJW*, 1998, p. 109 e s.

tara que a regra geral do dever de apoio da franqueadora, não fundamentava o direito a uma prestação em caso de aquisição de material pela franqueada. Em todo caso, segundo o tribunal, não existe dever de transferência no caso de o fabricante ter isentado expressamente o franqueador da transferência aos franqueados<sup>3</sup>. Semelhante é o argumento de vários OLG no “caso dos ‘descontos diferenciados’”, no sentido de que a obrigação que cabia à central da Apollo, em razão do contrato de franquia, de transferir vantagens a cada uma das lojas não fundamentava deveres de prestação<sup>4</sup>. Agora, porém, o BGH decidia que, “em todo o caso”, da interpretação mais favorável possível ao cliente<sup>5</sup> da cláusula de apoio deriva um direito à transferência de todas as vantagens de compra.

Num primeiro momento, tudo isso parece não passar de um problema de interpretação das Condições Gerais do Negócio e, nesse âmbito, uma questão da regra sobre cláusulas ambíguas do art. 305, c, II (do Código Civil alemão). A cláusula 6.3 do contrato da Apollo estava redigida do seguinte modo: “A Apollo orientará a parceira no que diz respeito ao desenvolvimento comercial e ao fluxo operacional compatível com o sistema e transferirá vantagens, ideias e melhorias à outra parte, para a obtenção dos melhores resultados comerciais”. Sem dúvida, todavia, as discrepâncias entre as decisões judiciais não resultam da redação mais ou menos vaga dessas cláusulas de apoio e orientação das Condições Gerais do Negócio, ainda que os tribunais gostem de formular a questão como mero problema de interpretação. Até mesmo por razões práticas, pouco sentido faz, afinal, basear a solução do problema jurídico unicamente na interpretação de uma cláusula das Condições Gerais do Negócio, uma vez que é de esperar perfeitamente que, após a decisão do BGH, tais cláusulas de transferência de vantagens sejam enfraquecidas ou totalmente abolidas – contanto que os franqueadores disponham de poder de negociação suficiente –, de modo que, mais cedo ou mais tarde, a jurisprudência terá de decidir a questão

---

3 BGH, NJW, 1999, p. 2676.

4 OLG Düsseldorf, WRP, 2002, p. 238; OLG Bremen, WRP, 2002, p. 224.

5 Art. 305, c, II, do Código Civil alemão.

de outro modo, recorrendo, então, às estruturas objetivas da rede de franquia. Em última análise, determinantes são as dependências funcionais nas relações comerciais, contratuais e organizacionais das partes. Ainda que as Condições Gerais do Negócio contenham tais cláusulas nas mais distintas redações, estas somente podem ser interpretadas de modo a fazerem sentido no contexto de suas relações comerciais e organizacionais.

Quando se enxerga aqui apenas a questão sobre como uma cláusula de apoio deve ser interpretada, deixa-se de levar em conta de forma sistemática os efeitos de rede resultantes da ligação que se faz entre contratos bilaterais para gerar um sistema de franquia<sup>6</sup>. Se se reconstruir, a partir dos argumentos dos tribunais rejeitando um direito à transferência, o paradigma da franquia pressuposto nessas ligações, será possível identificar a ideia típica do Direito Comercial, que não é mais adequada, de relações contratuais isoladas entre três níveis comerciais autônomos (fornecedor – franqueadora – franqueado)<sup>7</sup>. Os fornecedores aparecem em relações bilaterais isoladas com o franqueador, que, por sua vez, devido às relações bilaterais isoladas que mantém com os franqueados, dispõe de um poder de compra real, que ele utiliza em sua relação com o fornecedor para obter vantagens de compra. A quase integração vertical na rede de franquia não aparece em absoluto nesse paradigma. Na relação com suas clientes, as franqueadas, a franqueadora está como que evidentemente livre para decidir se e em que medida ela transferirá àquelas os descontos por ela negociados. Ainda que no contrato bilateral de franquia estejam formuladas declarações sobre apoio ou transferência de vantagens, dificilmente poderão resultar daí deveres de transferência de vantagens negociadas pela franqueadora.

---

6 Sobre efeitos de rede e efeitos associativos, TEUBNER. *Netzwerk als Vertragsverbund*, 2004, 1º cap., III, VI e 3º cap., IV. Sobre seu impacto em diversos campos do Direito, LEMLEY/MCGOWAN. *California Law Review*, 1998, p. 479.

7 OLG Düsseldorf, *WRP*, 2002, p. 238; OLG Bremen, *WRP*, 2002, p. 224.

Mas a questão é se as conexões multilaterais produzem efeitos de rede no sistema de franquia que fundamentam um direito à transferência para os membros, da própria associação contratual. Em todo o caso, assim argumenta, quanto à matéria, o *BGH*, que, além da regra sobre cláusulas ambíguas, refere-se também ao caráter sistêmico da franquia. Metodologicamente, o *BGH* chega à conclusão sobre uma interpretação da cláusula das Condições Gerais do Negócio. No caso, não era de se esperar necessariamente um recurso explícito às dependências funcionais nas relações comerciais e organizacionais da rede de franquia. Não obstante, ao interpretar, o *BGH* toma por base, em primeiro lugar, expectativas legítimas da franqueadora, resultantes de “sua pertença a um sistema de franquia com forte poder de compra”. Com isso, o próprio “sistema” é claramente transformado em ponto de referência e, por conseguinte, são levadas em conta “expectativas sistêmicas”. Ao menos tendencialmente, o *BGH*, em sua interpretação objetiva, contempla aspectos da interconexão (“sistema de franquia”) que vão além da bilateralidade contratual, inaugurando assim uma argumentação que leva em conta a lógica de rede e os efeitos de rede. E apenas depois o *BGH* utiliza a regra da ambiguidade de cláusulas do art. 305, c, II, do Código Civil alemão, para sustentar a decisão (“em todo caso”). Concluindo, o *BGH* considera a franqueadora Apollo obrigada a transferir às franqueadas, inclusive *de facto*, todas as vantagens de compra negociadas com os fornecedores de mercadorias, especialmente, as reduções de preço<sup>8</sup>.

Se a integração vertical do sistema de comercialização fosse plena, o dever de transferência seria uma obviedade. Até na forma mais flexível de integração do Direito das Sociedades – por exemplo, na sociedade interna que surge em caso de uma encomenda coletiva – existe um dever de transferência de todas as vantagens de compra a cada um dos adquirentes por parte daquele que coordena a encomenda coletiva<sup>9</sup>. Com maior razão é assim no caso de sociedades de

---

8 *BGH, WRP*, 2003, p. 1448, 1450; OLG Frankfurt (nota 1).

9 Análise detalhada sobre os problemas de encomendas conjuntas sob a ótica das regras jurídicas que regem a representação e o Direito das Sociedades, SCHMIDT, K. *JuS*, 1988, p. 444, 445 e s.



pessoas e capitais. Se existisse uma relação de Direito das Sociedades entre a Apollo e os lojistas, as vantagens de compra negociadas pela Apollo com os fornecedores com a ajuda do poder de compra da sociedade, por força de atribuição jurídica, teriam sido canalizadas “automaticamente” para a sociedade como tal, e sua distribuição entre os envolvidos deveria dar-se de acordo com as regras da distribuição de lucros da sociedade. A Apollo teria praticado uma violação do Direito das Sociedades, se houvesse retido ainda que apenas uma parte das vantagens de compra, ou até mesmo recebido reembolso dos fornecedores posteriormente, sem conhecimento dos outros sócios. Na realidade – ao menos no que diz respeito a determinadas constelações –, defende-se a qualificação da franquia como sociedade regida pelo Código Civil alemão<sup>10</sup>, de tal modo que a Apollo, não importando como ela tenha se apresentado externamente, estaria obrigada a efetuar a transferência, em razão do dever de lealdade da franqueadora, previsto no Direito das Sociedades.

A dificuldade do caso reside no fato de a relação de franquia não poder ser qualificada nem como pluralidade de contratos sinalmáticos isolados, nem como sociedade do Código Civil alemão, mas ocupar uma posição especial precária “entre” ou mesmo “além” de contrato e organização<sup>11</sup>. Se isso for considerado com seriedade, a questão fundamental será: aqui, a qualificação da rede de franquia como “associação contratual” tem alguma serventia?<sup>12</sup> A associação

---

10 Quanto à franquia em geral, BAUMGARTEN. *Das Franchising als Gesellschaftsverhältnis*. 1993, p. 114 e s.; KESSAL-WULF. *Die Innenverbände*. 1995, p. 249 e s.; quanto a determinadas constelações da franquia, MARTINEK. *Franchising*. 1987, p. 231 e s.; MARTINEK. *Moderne Vertragstypen II*. 1992, p. 78 e s.; MARTINEK. *ZHR*, 1997, p. 94 e s.; MARTINEK. In: AHLERT, D. (org.). *Handbuch Franchising und Cooperation*. 2001, p. 327 e s.; MÜLLER-GRAFF. *JITE*, 1988, p. 141.

11 Análise detalhada sobre as mais diversas propostas para a qualificação jurídica de redes, TEUBNER (nota 6) 2º cap., I-III.

12 Nesse sentido, com fundamentação aprofundada, TEUBNER (nota 6) 3º cap., IV e V. Do mesmo modo, LARENZ/WOLF. *All gemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 1997: 8. ed., p. 470; AMSTUTZ. *FS Rey*, 2003, p. 174 e s.; AMSTUTZ/SCHLUEP. *Innominatverträge*. 2003, p. 888 e s. Na reali-

dos contratos bilaterais formando um "sistema de franquia" fundamenta a obrigação da central de repassar aos membros da rede de franquia todas as vantagens de compra que houverem sido obtidas em razão do poder de compra da associação multilateral?<sup>13</sup>

## II. Contradição estrutural: troca bilateral versus associação multilateral

O caso do desconto diferenciado é exemplo de uma tendência em que redes híbridas surgem como reação a exigências contraditórias do mercado. As decisões internas na rede estão expostas, ao mesmo tempo, às exigências contraditórias da troca bilateral e da associação multilateral<sup>14</sup>. Uma razão essencial para o caráter contraditório das expectativas de comportamento é a incerteza dos atores econômicos sobre a tendência futura do mercado. Ela obriga as partes de contratos sinalagmáticos de longo prazo, apesar da orientação antagônica de interesses, a desenvolver formas de comportamento intimamente harmonizadas umas com as outras, sejam elas obtidas de modo hierárquico ou heterárquico-cooperativo<sup>15</sup>.

---

dade, isso significa ampliar, para sistemas de franquia e redes de contratos semelhantes, a categoria da associação contratual, desenvolvida por GERNHUBER (*Das Schuldverhältnis*, 1989, p. 710 e s.), mais tarde retomada em diferentes leis especiais e, por fim, positivada, quando reforma do Direito das obrigações, no art. 358 do Código Civil alemão.

- 13 Análise detalhada sobre a questão dos deveres associativos na rede por meio do dever de transferência no caso Apollo, TEUBNER (nota 6), 4º cap.
- 14 Sobre o caráter contraditório das exigências ambientais como ponto de partida da formação da rede, CAMERON/QUINN. In: QUINN/CAMERON (org.). *Paradox and transformation*, 1988, p. 1 e s.; BUXBAUM. *JITE*, 1993, p. 701; MESSNER. *Die Netzwerkgesellschaft*. 1995; REIß. *Zeitschrift Führung und Organisation*, 1998, p. 224; FUNDER. *Paradoxien der Reorganisation*, 1999; SAUER/LANG. *Paradoxien der Innovation*. 1999; LUHMANN. *Organisation und Entscheidung*. 2000, p. 375, 407 e s.; SYDOW/WINDELER. In: SYDOW/WINDELER (org.). *Steuerung von Netzwerken*. 2000, p. 6 e s.; HIRSCH-KREINSEN. *Zeitschrift für Soziologie*, 2002, p. 107.
- 15 KULMS, R. *Schuldrechtliche Organisationsverträge in der Unternehmenskooperation*. 2000, p. 227 e s.

Essa situação paradoxal – a relação de tensão entre ligação sistêmica e autonomia<sup>16</sup> – reflete-se juridicamente em deveres de conduta ampliados das partes envolvidas. Ainda que os deveres de lealdade do art. 242 do Código Civil alemão estejam presentes no contrato sinalagmático normal, pela lógica de funcionamento do sinalagma, eles nunca vão tão longe a ponto de uma parte do contrato ter de repassar às outras vantagens que negociou com terceiros. Em relações associativas genuínas acontece justamente o contrário. Mas, então, qual exigência deve valer?

Tradicionalmente, tal colisão entre lógicas de funcionamento sempre foi solucionada com uma decisão forçada, no sentido de um “ou isso ou aquilo”. As sugestões da doutrina de qualificar a franquia ou como contrato sinalagmático ou como sociedade do Código Civil alemão seguem essa tradição. Como mostram, em nosso caso, as decisões diametralmente opostas dos tribunais superiores, a conclusão é a famosa separação rígida entre mercado e organização, sustentada pelos dispositivos igualmente rígidos do Direito dos Contratos e do Direito das Sociedades. Todavia, a dicotomia forçada mercado/organização e contrato/sociedade impede uma solução adequada. Ela obriga a escolher exclusivamente uma das orientações, as quais se contradizem mutuamente, enquanto lança as outras na escuridão da informalidade.

Análises econômicas e sociológicas sempre salientaram essa contradição fundamental das redes<sup>17</sup>. Até mesmo em constelações como o caso Apollo, que dizem respeito às relações externas de uma rede, o conflito entre troca bilateral e associação multilateral aparece. Uma saída é apontada pela complicada lógica de funcionamento das redes.

A “cooperação”, para poder completar a lacuna funcional entre “mercado” e “hierarquia”, deve interligar os estímulos altamente eficazes do modelo de mercado, as vantagens de produção e de comunicação de investimentos específicos a cada tipo de transação, a confiabilidade da transação hierárquica e as vantagens

---

16 BÖHNER (nota 2), p. 109.

17 Apresentação e discussão aprofundadas em TEUBNER (nota 6) 2º cap., III.

adaptativas de redes de ligações flexíveis. Mas, superficialmente, essa descrição de tarefas parece não passar de uma quadratura do círculo sob o aspecto da teoria da transação [sic]. Fundamental aqui é o caráter contraditório da exigência de coordenar com confiança diversos subsistemas/atores numa estrutura de interdependência, mas deixando-lhes, ao mesmo tempo, ou até lhes concedendo a possibilidade de tomar decisões autônomas, isto é, admitindo a insegurança e até assumindo riscos adicionais<sup>18</sup>.

Na Teoria das Organizações, o conceito correspondente é o de “destotalização”. Como reação a paradoxos externos, a rede precisa ser destotalizada e “reproduzir a diversidade externa em suas próprias instituições e funções, para que se consiga tratá-la”. Fica assim esclarecido que com o mesmo parceiro são mantidas “relações antagônicas [aqui: troca bilateral ‘versus’ cooperação multilateral; acréscimo do autor] – o que apenas é um paradoxo quando diferenciações setoriais e temporais são ignoradas e totalizadas”<sup>19</sup>. Mas análises empíricas conseguiram mostrar que uma diferenciação que toma por base a separação interna e a recombinação de lógica de troca e lógica de cooperação é totalmente realizável. Em redes corporativas de sucesso, os mesmos atores conseguiram manter, de forma simultânea, a lógica da permuta formal nos “setores de troca” de logística, qualidade, quantidade e preço, combinando-a com a lógica da cooperação baseada na confiança nos “setores associativos” de pesquisa e desenvolvimento e de programação e concepção comum<sup>20</sup>. Assim, estratégias de “destotalização” têm como objetivo renunciar à totalidade de uma lógica de funcionamento contínua e institucionalizar novas diferenças internas na empresa. Assim, ao mesmo tempo, os atores de rede são expostos à orientação individual dos nós de rede e à coletivização da rede e dotados da onerosa e liber-

---

18 SEMLINGER. In: STAEHLE/SYDOW (org.). *Managementforschung* 3, 1993, p. 332.

19 NEUBERGER. In: SCHREYÖGG (org.). *Funktionswandel im Management*. 2000, p. 207 e s.

20 BIEBER. *Technikentwicklung und Industriearbeit*. 1997, especialmente p. 124 e s.

tadora exigência de encontrar um equilíbrio de acordo com a situação. Para fugir ao paradoxo que surge aqui, a empresa precisa ser “destotalizada”, isto é, subtraída da lógica de funcionamento unitária que abrange o todo, e institucionalizada *uno actu* como unidade operacional e como pluralidade de atores autônomos<sup>21</sup>. Diferentemente de contratos ou organizações, que exibem como característica ou a orientação individual simples ou a orientação coletiva simples, as redes desenvolvem-se como novos sistemas de funcionamento, ao constituir a dupla orientação social de condutas. Portanto, interconexão como destotalização significa internalizar contradições externas, legitimando-as como meras tensões e, por fim, colaborando para sua solução de acordo com a situação e por meio de diferenciações internas.

### **III. Finalidade de rede como critério de deveres associativos**

No Direito que rege as relações contratuais, torna-se relevante para tanto o conceito de finalidade, que, como sempre, não alinha simplesmente deveres de conduta com um objetivo consentido de forma instrumental, mas sim associa a lógica de funcionamento interna com as exigências ambientais a partir da perspectiva interna da empresa<sup>22</sup>. As redes, justamente, dependem desses “paradigmas” que conjugam sistema e ambiente para seus difíceis problemas de coordenação interna<sup>23</sup>. A categoria jurídica apropriada, capaz de integrar tal lógica de funcionamento das redes, apoiá-la institucionalmente e atenuar suas consequências negativas é, provavelmente, a “finalidade associativa” ou a “finalidade de rede” autônoma, que se distingue nitidamente da “finalidade contratual” do contrato

---

21 Nesse sentido, NEUBERGER (nota 19), p. 209. Sobre a desparadoxização da *unitas multiplex* da organização: LUHMANN (nota 14), p. 30 e s.

22 O nexó entre riscos de mercado externos e riscos de organização internos em contratos de obrigação complexos é estabelecido explicitamente por KULMS por meio do conceito de finalidade (nota 15), p. 193 e s., 227 e s.

23 Uma análise elucidativa sobre seu efeito em redes é oferecida por: ABEL. In WEYER (org.). *Soziale Netzwerke*. 2000, p. 163 e s.

sinalagmático, bem como da “finalidade social” das associações de Direito Privado. Aqui se vê que a delimitação clara, reivindicada por vários autores, entre a finalidade associativa ou de rede e a finalidade social, tem, de fato, imenso significado prático nesse campo<sup>24</sup>. Contudo, é inútil fazer uma distinção entre uma finalidade (social) “comum” e uma finalidade (associativa) meramente “unitária”. O que distingue a finalidade associativa da finalidade social não é o critério comum/unitário, mas sim sua dupla orientação pela associação e pelo contrato na fórmula de finalidade unitária. A orientação vinculante da coordenação interna a uma associação juridicamente estabelecida – ou finalidade de rede – proíbe que se “totalize” o conflito de modo unilateral, nos moldes dos princípios jurídicos que regem os contratos sinalagmáticos, mas também nos moldes dos princípios do Direito das Sociedades. Portanto, como categoria jurídica, a finalidade associativa assimila explicitamente o caráter contraditório entre elementos individuais e coletivos das redes.

Assim sendo, a contribuição central da finalidade associativa consiste em que a contradição insolúvel apresentada pelo ambiente à rede é traduzida, no interior da rede, num conflito sustentável entre diversos níveis e subsistemas, entre nós de rede, relações de rede, centrais de rede e interconexão global<sup>25</sup>. Uma fatoração mais precisa da finalidade associativa deve cumprir exatamente esta tarefa: *traduzir exigências originalmente contraditórias na interconexão global em expectativas de comportamento inequívocas, através de diferenciações internas entre setores de ação temporais, sociais ou materiais*. Para nossa problemática, isso significa que há que se distinguir, dentro da rede, âmbitos de atuação em que o conceito de finalidade dita ou

---

24 Partindo de uma finalidade de rede ou de uma finalidade associativa autônoma: KARENZ/WOLF (nota 12), p. 470; ROHE. *Netzverträge*. 1998, p. 358 e s., 407 e s., 437 e s.; KREBS, *Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten*. 2000, p. 315; BAYREUTHER. *Wirtschaftlich-existential abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht*. 2001, p. 289; LANGE. *Virtuelle Unternehmen*. 2001, p. 81 e s.; SCHIMANSKY. *Der Franchisevertrag nach deutschem und niederländischem Recht*, 2003, p. 113, 125, 167.

25 SEMLINGER (nota 18), p. 332.

a dominância da lógica de funcionamento ou do contrato ou a da associação. Mas isso não significa uma compartimentação rígida entre âmbitos contratuais puramente "individualistas" e âmbitos associativos puramente "coletivistas". Isso seria apenas o resultado da Teoria da Combinação em caso de contratos mistos, que não se aplica a redes<sup>26</sup>. Essa teoria, que separa rigidamente contratos mistos de acordo com áreas específicas, procedendo então a uma qualificação distinta de acordo com a área<sup>27</sup>, não funciona para as redes. Ela precisaria distinguir estritamente, dentro da rede, entre áreas constituídas segundo as regras do Direito dos Contratos e áreas formadas segundo os princípios do Direito das Sociedades. Embora, no caso da franquia, seja possível separar atividades individuais (venda) de atividades coletivas (publicidade, estratégia, estrutura, regras comuns), isso não levaria em conta uma particularidade da franquia, que, justamente, conecta também as atividades individuais ao interesse de rede, relacionando as atividades coletivas aos interesses individuais do franqueado. Ainda que possam ser separados, ambos sujeitam-se à dupla vinculação típica entre persecução de finalidades próprias e *pooling*<sup>28</sup>. Apesar da orientação primária em um âmbito, é sempre necessária uma readmissão da orientação secundária. Nos âmbitos contratuais, há que se levar em consideração a associação numa orientação secundária. Nos âmbitos associativos, há que se considerar a orientação contratual secundária. Concretamente: ainda que situações de orientação primária individual ou coletiva possam ser identificadas, os atores estarão obrigados, no que se refere à mesma ação, a perseguir finalidades comerciais individuais e, ao mesmo tempo, a realizar o interesse de rede coletivo.

Logo, a fórmula jurídica é a seguinte: uma concretização situacional da finalidade associativa na rede distinguirá situações em que existem deveres de lealdade ampliados da associação ("deveres associativos") daquelas em que apenas existem os deveres de lealdade habituais, mas sendo que, ao mesmo tempo, ambos os deveres devem ser sempre modificados, respectivamente, levando em con-

---

26 A esse respeito, com maior precisão, TEUBNER (nota 6) 2º cap., IV.

27 A esse respeito, GERNHUBER (nota 12), p. 162 e s.

28 A esse respeito, análise detalhada em BAUMGARTEN (nota 10), p. 170 e s.

sideração os outros. A tarefa consiste em separar deveres de lealdade no âmbito dos contratos de deveres de lealdade ampliados no âmbito das associações. Aqui há que se atentar para o fato de que os deveres de lealdade não devem simplesmente ser equiparados a deveres de lealdade do Direito das Sociedades, mas apresentam um viés “descentralizado”.

Essa diferenciação entre âmbito associativo e âmbito contratual é aparentada, mas não idêntica, à distinção feita no Direito das Sociedades entre deveres sociais relacionados a “interesses próprios” e relacionados a “interesses de terceiros”, que separa um âmbito de orientação estritamente coletiva de um âmbito de orientação primariamente individual com orientação coletiva secundária<sup>29</sup>. No Direito das Sociedades, apenas são reconhecidos como direitos relacionados a interesses próprios o direito de voto, o direito de informação e o direito de rescisão, mas nunca o direito de administração e representação. Todavia, no Direito das Redes, o equivalente da administração e da representação no âmbito contratual está inequivocamente legitimado como atos de interesse próprio dos membros da rede. As distinções resultam claramente da diferença já mencionada entre rede e coletivo: da combinação permanente entre autonomia e associação.

Para satisfazer essa combinação, o *pool* de recursos formando por copropriedade ou pessoa jurídica é menos apropriado do que a regulação contratual, legal e judicial de deveres associativos, os quais se encarregam de fazer o controle preciso entre autonomia e associação de acordo com as circunstâncias. Os deveres associativos asseguram a finalidade de rede, possibilitam correções judiciais do contrato e inauguram possibilidades mais amplas de ruptura<sup>30</sup>.

---

29 Sobre a distinção entre direitos sociais relacionados a “interesse próprio”/“interesse de terceiros”, ULMER. *Münchener Kom mentar*. 2004: 4. ed., § 705, notas marginais 196, 226, 231 e s.; OLG Frankfurt, NJW-RR, 1995, p. 421, 422.

30 Nesse sentido, de uma equivalência, por assim dizer, compensatória, dos deveres de lealdade na relação com regras de organização genuinamente típicas do Direito que regula as associações, argumenta também KULMS (nota 15), p. 231, 261.



Por conseguinte, a finalidade associativa torna-se critério global para a constituição de deveres de lealdade ampliados na relação interna, os quais nascem da interconexão multilateral entre contratos sinalagmáticos bilaterais. Aqui, por sua vez, é preciso separar claramente duas dimensões: relações de trato sucessivo e interconexão<sup>31</sup>. Na medida em que, já no contrato bilateral, relações sinalagmáticas antagônicas são sobrepostas por cooperação, surgem deveres de lealdade ampliados, que são ilustrados na dogmática das relações de trato sucessivo. Como isso é, em princípio, algo incontestado, não entraremos em detalhes. Aqui, o que interessa mais é o aspecto mais controverso da interconexão multilateral. Quais deveres de lealdade ampliados originam-se da sobreposição de âmbitos contratuais por âmbitos associativos na rede? Eles são tão amplos a ponto de obrigar a central a transferir as vantagens de rede aos membros? Nesse ponto, a categoria da finalidade associativa ou da finalidade de rede assume sua verdadeira função. A finalidade associativa é a categoria jurídica para o interesse de continuidade da rede e de suas sinergias que abrange o interesse individual<sup>32</sup>.

#### **IV. Deveres associativos como deveres de lealdade intensificados**

A exata amplitude desses deveres de lealdade específicos das redes apenas pode ser definida de acordo com situação<sup>33</sup>. Sua parti-

---

31 ROHE (nota de rodapé 24), p. 438 e s. e em outras partes, estabelece uma distinção semelhantes entre posições de dever "de efeito na rede" e "bipolares".

32 AMSTUTZ (nota 12), p. 174 e s., que defende uma tradução jurídica por meio de "critérios funcionais na rede", desenvolveu claramente esse ponto da perspectiva da Teoria dos Sistemas.

33 Análise pormenorizada sobre os deveres de lealdade ampliados em redes, BAYREUTHER (nota 24), p. 176 e s.; STOFELS, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge*. 2001, p. 262 e s.; cf., em especial, o *Verhaltens kodex für Franchising* [Código de comportamento para franquias] de 1º-1-1992, com o anexo da *Gruppenfreistellungsverordnung* [Lei alemã sobre isenção por categoria] (VO n. 4087/88 de 30-11-1988, substituída pela VO n. 2790/1999, n. L 336/21); ROHE (nota 24), p. 437 e s.; MÖLLER. *AcP*, 2003, p. 319.

cularidade consiste no fato de a interconexão, no âmbito associativo, alterar qualitativamente não apenas os deveres de lealdade habituais, tal como eles surgem no contrato sinalagmático normal, mas também os deveres de lealdade ampliados que aparecem nas relações de trato sucessivo. Essa particularidade fica perceptível não somente no que se refere aos deveres de transferência, relevantes para o caso Apollo, mas também é característica de toda uma série de deveres de lealdade, que, nas redes, sofrem uma intensificação peculiar.

Assim, em redes multilaterais, os deveres de informação das centrais de rede, que, nas obrigações de trato sucessivo bipolares, já são claramente mais intensos que no contrato sinalagmático normal, sofrem nova ampliação. Nesse caso, trata-se de elevar o grau de informação dentro do âmbito associativo a um alto nível e também de manter a padronização assim alcançada, de modo a garantir a funcionalidade da associação. Isso se aplica especialmente à franquia, uma vez que, nela, é decisivo que se mantenha um padrão de desempenho unitário no sistema global e que abranja as peculiaridades locais<sup>34</sup>. Isso não é apenas questão de propaganda externa de uma imagem unitária, como se costuma apresentar, mas uma exigência interna de padronização, para que sejam alcançados efeitos de rede positivos, ou seja, para que todos os nós possam ser alcançados nas mesmas condições<sup>35</sup>. No fim, isso pode até fazer com que a central se veja obrigada – como forma de compensação, por assim dizer – a elevar mais uma vez o padrão da informação, se um único membro da rede reconhecidamente não demonstrar o padrão de informação necessário ao funcionamento da rede. O critério para a dimensão dos deveres de informação é o padrão de desempenho unitário a ser

---

34 Sobre alguns deveres de informação em redes, OLG Munique, *BB*, 1988, p. 865; OLG Munique, *NJW*, 1994, p. 776; OLG Hamm, *NJW-RR*, 1994, p. 243, 244. A esse respeito, de modo mais geral, MARTINEK (nota 10), p. 314; MARTINEK (1992) (nota 10), p. 87; BÖHNER. *NJW*, 1994, p. 635 e s.; BRAUN. *NJW*, 1995, p. 504 e s.; VOM DORP. *Wirtschaftsrechtliche Beratung*. 1995, p. 285 e s.; EMMERICH. *JuS*, 1995, p. 761 s., 763; ROHE (nota 24), p. 424, 438 e s.; STOFELS (nota 33), p. 264.

35 Sobre o nexo entre efeitos de rede e padronização, LEMLEY/MCGOWAN (nota 6), p. 55 e s, p. 30 e s.

alcançado, que faz com que a dimensão dos deveres de informação seja claramente maior do que aquela existente em relações de trato sucessivo bipolares<sup>36</sup>. O correlato dos deveres de informação são os deveres de confidencialidade em relação a terceiros<sup>37</sup>. Uma elevação do risco típica das redes consiste no fato de que, em razão da estreita interdependência entre os âmbitos de ação do centro e dos nós, é inevitável que os membros tenham acesso a informações cujo sigilo em relação a terceiros é de interesse premente.

O dever de igual tratamento, que, no Direito Privado, sob as condições de uma estrutura de grupo – ou seja, em particular, no Direito do Trabalho, nas leis que regem as associações e no Direito das Sociedades –, tem primazia sobre os critérios do Direito Concorrencial atinentes à proibição de discriminação<sup>38</sup>, também deve ser aplicado à relação entre o centro da rede e os membros da rede<sup>39</sup>. A amplitude das circunstâncias contempladas no mandamento do igual tratamento positivo será tanto maior quanto maior for o âmbito associativo próprio em que os membros estão integrados<sup>40</sup>. Enquanto não existe um mandamento de igual tratamento em relação a simples representantes comerciais<sup>41</sup>, é diferente quando o

---

36 ROHE (nota 24), p. 438 e s.

37 A esse respeito, ZIRKEL, *NJW*, 1990, p. 349; STEINMANN, *BB*, 1993, p. 873 e s.; LANGE. *Das Recht der Netzwerke*. 1998, p. 104, 215, 378; ROHE (nota 24), p. 406; WELLENHOFER-KLEIN. *Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht*. 1999, p. 164 e s., 183.

38 A esse respeito, os clássicos RAISER, *ZHR*, 1948, 75 e s.; HUECK. *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*. 1958; sobre a situação jurídica atual, ULMER. *Münchener Kommentar*. 2004: 4. ed., § 705, notas marginais 244 e s.

39 ULMER. *Der Vertragshändler*. 1969, p. 380 e s., 437; ROHE (nota 24), p. 478 e s.; LANGE (nota 37), p. 322, 612; KULMS (nota 15), p. 253; ROHE (nota 24), p. 441.

40 LANGE (nota 37), p. 322.

41 BGH, *BB*, 1971, p. 584. Entretanto, o *Reichsgericht* [Na Alemanha, a mais alta câmara da jurisdição ordinária entre 1879 e 1945] já admitira um dever de consideração “proporcional” dos encargos de todos os representantes comerciais em caso de restrição de possibilidades de fornecimento, RG, *JW* 1914, p. 403, 404.

fabricante estruturou uma rede de comercialização própria e nela incluiu rigorosamente seus representantes comerciais<sup>42</sup>. Com maior razão, portanto, é que o mandamento do igual tratamento irá se aplicar a redes de distribuidores autorizados e de franquia<sup>43</sup>.

A interconexão vem acrescentar aos deveres de igual tratamento outra qualidade especial, pois o caráter unitário do nível de desempenho da rede como um todo, cujo objetivo é possibilitar o relacionamento universal como efeito de rede, requer que os diversos nós de rede sejam tratados de modo equitativo. O princípio jurídico do igual tratamento como equivalente do poder de direção da central compensa, no âmbito associativo, as tendências centrífugas condicionadas pela autonomia dos nós. O princípio do igual tratamento aplica-se, especialmente, em caso de dificuldades de desempenho imprevistas da central. Quando isso acontece, todos os membros do sistema devem ter direitos de opção proporcionais<sup>44</sup>. O princípio do igual tratamento, em determinadas constelações, poderia ser aplicado até mesmo em relação a grupos distintos no sistema dual, ou seja, na relação entre os franqueados e os próprios distribuidores do franqueador, ao menos, na medida em que isso seja necessário para alcançar efeitos de rede nas relações externas com os clientes.

Os deveres de lealdade dos membros da rede em relação ao centro sofrem intensificação semelhante, pois, sob a influência dos efeitos de rede, eles se transmutam em deveres de lealdade perante a rede como um todo<sup>45</sup>. Isso condiciona uma ampla subordinação às instruções e iniciativas da central de rede no âmbito associativo,

---

42 HOPT. *ZIP*, 1996, p. 1533 e s., 1538 e s.

43 Cf. MARTINEK (nota 10), p. 99, que critica uma orientação jurídica individual do direito à comissão por faturamento.

44 Nesse sentido, acertadamente, ROHE (nota 24), p. 441, 478, defendendo, porém, em outros casos, uma validade (demasiado) restritiva do princípio do igual tratamento para "casos patológicos de execução do contrato".

45 Sobre os deveres de lealdade intensificados em contratos de cooperação, LANGE (nota 37), p. 425 e s.; LANGE (nota 24), p. 180 e s.; WIEDEMANN/SCHULTZ, *ZIP*, 1999, p. 1, 4; KULMS (nota 15), p. 231 e s.

que, como é natural, dificilmente pode ser conciliada com a autonomia dos nós, existente a princípio, no que se refere à propriedade, aos riscos de perdas e às chances de lucros. A subordinação será justificável sempre que o alcance de efeitos de rede exigi-la. Na franquia, isso determina um nível extraordinariamente alto de padronização<sup>46</sup>. Só assim é possível entender que um mínimo desvio do padrão unitário da central – como aconteceu no famoso caso do McDonald's – seja o suficiente para justificar a rescisão da relação de franquia, contanto que o desvio ocorra repetidas vezes (inobservância da temperatura mínima da chapa de grelhar em quatro casos descobertos)<sup>47</sup>. Em contratos sinalagmáticos normais, mas também em relações do Direito das Sociedades, tal rigidez seria injustificável, porque, nesses campos, não existe uma obrigação multilateral de observância de padrões.

Por fim, efeitos de rede também comportam uma modificação dos direitos de rescisão tanto dos membros da rede quanto da central<sup>48</sup>. Assim, o membro de uma rede é obrigado a observar um prazo de aviso prévio maior, não apenas quando o prazo normal for inaceitável para a outra parte do contrato, como acontece nas relações de trato sucessivo, mas justamente, considerado o aspecto da multilateralidade, quando o prazo normal onerar a rede como um todo, ou seja, inclusive os outros membros, de forma inadmissível. A base jurídico-positiva para esses limites à rescisão são os arts. 627, II; 671, II; 723, II, do Código Civil alemão, que excluem uma rescisão ordinária intempestiva. Comparando-se com medidas muito mais rígidas contra o comportamento oportunista do franqueado, por exemplo, a obrigação contratual de fazer investimentos específicos ao relacionamento, isso representa uma obrigação que, no que se refe-

---

46 ROHE (nota 24), p. 415, 444 e s.; BAYREUTHER (nota 24), p. 378 e s.

47 BGH, NJW 1985, p. 1894. No final, porém, o direito de rescisão estava caduco. A esse respeito, BÖHNER, NJW, 1985, p. 2811 e s.

48 A esse respeito, ULMER, *FS Möhring*, 1975, p. 295 e s., 307; OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, p. 314; JICKELI, *Der langfristige Vertrag*, 1996, p. 320; LANGE (nota 37), p. 600 e s.; KULMS (nota 15), p. 243 e s.; SCHIMANSKY (nota 24), p. 187 e s.

re à finalidade de rede, atende às exigências do princípio da proporcionalidade<sup>49</sup>. Todavia, a finalidade de rede também serve como limite para as exigências de lealdade perante a central. Na jurisprudência sobre uma publicidade escandalizadora da Benetton, ficou claro que, não obstante as tendências de centralização extremas na franquia, os franqueados não precisam aceitar as medidas publicitárias unitárias da central quando estas prejudicarem as chances de lucro de toda a associação<sup>50</sup>.

### **V. Profit sharing como dever associativo?**

Nesse rápido panorama ficou claro como a interconexão de contratos bilaterais amplia os deveres de lealdade das partes em relação aos deveres de lealdade habituais sob o aspecto qualitativo e quantitativo. Neste contexto mais amplo, é preciso lançar um olhar sobre o caso Apollo. Ele coloca uma das questões mais difíceis sobre os deveres de lealdade ampliados na rede. A finalidade de rede exige que, em casos de descontos diferenciados, a central repasse os descontos de compra obtidos a todos os franqueados? De modo mais geral: a finalidade de rede gera um dever da central de transferir todas as vantagens de rede para os membros da rede? Como já se discutiu anteriormente, essa questão coloca-se não apenas como problema de interpretação de cláusulas de apoio nos contratos de franquia, mas também como um problema estrutural geral de redes.

Como se afirmou, uma atribuição de vantagens à associação semelhante à do Direito das Sociedades não é o suficiente, pois, com a categoria da finalidade de rede, institucionaliza-se não somente a diferença em relação à finalidade do sinalagma, mas também a diferença em relação à finalidade social. Nas redes, não vale apenas a primazia do interesse coletivo em relação ao interesse individual, como acontece no Direito das Sociedades, mas sim o princípio do

---

49 Sobre investimentos específicos à relação, KLEIN/SAFT. *Journal of Law and Economics Contracts*, 1985, p. 352

50 BGHZ 130, p. 196; BGH, NJW, 1995, p. 2490, 2492. Naturalmente, nesse caso, os problemas de causalidade são praticamente insolucionáveis.

*profit sharing*, que, do ponto de vista econômico, caracteriza a posição especial das redes em relação ao contrato e à organização<sup>51</sup>. Enquanto, no Direito das Sociedades, existe o dever de orientação pelos lucros da associação, na rede existe, decididamente, um dever jurídico de aproveitamento da combinação de componentes descentralizados e centralizados da orientação para o lucro. Esse princípio já está institucionalizado no descentralismo da própria organização reticular e reflete-se também em sua forma jurídica como uma pluralidade de contratos bilaterais. Mas, além disso, a função especial da finalidade de rede é obrigar a central de rede, especialmente, a manter a combinação entre orientações para o lucro centralizadas e descentralizadas. Em grande medida, isso exige que o centro leve em consideração os interesses individuais dos nós, um dever de apoio em prol dos nós, que nem sempre corresponde aos interesses do centro em absoluto, mas sim ao interesse da rede como um todo.

Aqui, é útil lançar um olhar sobre as leis que regem as relações de fornecimento *just in time*, pois o dever de *profit sharing* não se torna virulento apenas no sistema de franquia, mas também – e de modo especialmente marcado – no *just in time*. Toda a instituição perde suas vantagens de produtividade específica quando é entendida como mera estratégia de preço da empresa focal, que busca apenas minimizar seus custos em detrimento dos fornecedores<sup>52</sup>. Os sistemas *just in time*, inspirados no modelo japonês, podem ser conduzidos pela *idée directrice* de uma repartição de lucros circunstancial entre fornecedores e fabricantes: a empresa focal direciona, no processo global da rede, o lado material (pesquisa e desenvolvi-

---

51 Sobre o *profit sharing* típico de redes da perspectiva econômica, BRICKLEY/DARK. *Journal of Financial Economics*, 1987, p. 411 e s.; NORTON. *The Journal of Business*, 1988, p. 202 e s.; DNES. In: JOERGES (org.). *Franchising and the Law*. 1991, p. 134 e s.

52 Uma análise institucional detalhada das exigências de cooperação intensas nos sistemas *just in time*, chegando à questão da repartição de lucro pode ser encontrada em LANGE (nota 37), p. 43 e s. Observações acertadas sobre juridificação dessas relações de cooperação da perspectiva das Ciências Sociais em CASPER. In: HALL/SOSKICE (org.). *Varieties of Capitalism*. 2001, p. 397 e s.

mento, montagem, garantia de qualidade, logística) e o lado relacionado a valores (condições de fornecimento, preços). Ao mesmo tempo, ela vela por uma repartição justa dos valores produzidos em conjunto, a qual não pode ser fixada *a priori*, devendo ser decidida de acordo com as circunstâncias<sup>53</sup>. "Os fornecedores do sistema precisam trabalhar com uma autonomia tal que lhes permita configurar sua organização da melhor forma, devendo, ao mesmo tempo, a distribuição de lucros ser descomplicada e 'equitativa'"<sup>54</sup>. Esse aspecto de uma distribuição flexível e, ao mesmo tempo, "equitativa" de custos e lucros é salientado de modo categórico, especialmente na literatura sobre ciência da organização, como pressuposto funcional dos sistemas *just in time*<sup>55</sup>. Na realidade, todavia, potenciais de poder influenciam o processo de *profit sharing*. É justamente por isso que a cooperação precisa ser preservada como força produtiva própria, que, através de estímulo ou concessão incremental a produtividade conjunta. Analogamente, a apropriação de lucros, originados de aumentos de produtividade gerados em conjunto, é um processo antagonístico e conflituoso, que se altera permanentemente<sup>56</sup>. Para possibilitar as difíceis mediações do paradoxo entre cooperação antagonística e relações de dependência assimétricas são necessárias institucionalizações jurídicas análogas. Elas têm sua base de autonomia privada nos princípios de obtenção de lucro e preço comuns, que são acordados regularmente e praticados de acordo com as circunstâncias<sup>57</sup>. Diferentemente das relações jurídicas participativas, o fornecedor do sistema ou outros membros da rede costumam ser qualificados juridicamente como parte do

53 BIEBER (nota 20), p. 122 e s.

54 LANGE (nota 37), p. 51.

55 SYDOW/WINDELER/KREBS/LOOSE/VON WELL. *Organisation von Netzwerken*. 1995, p. 80 e s.

56 BIEBER/SAUER. In: MENDIUS/WENDELING-SCHRÖDER (org.). *Zulieferer im Netz*. 1991, p. 228 e s.; BIE BER. In: MALSCH/MILL (org.). *ArBYTE: Modernisierung der Industriesoziologie?* 1992, p. 271 e s.; BIE BER. (nota 20), p. 121 e s.; POHLMANN/APELT/BUROH/MARTENS. *Industrielle Netzwerke*. 1995.

57 A esse respeito, KULMS (nota 15), p. 129, 248, com outras remissões.

23/01

orig  
orig

101

Portaria

CAU



contrato que participa não do faturamento, mas do lucro<sup>58</sup>. Em redes de *just in time*, a fixação jurídica de deveres de distribuição de lucros orientados para a finalidade de rede teria por objetivo essencial contribuir para a preservação da produtividade de relações de cooperação estáveis na organização que engloba toda a empresa<sup>59</sup>. Com isso, garante-se que os fabricantes não possam lançar seu risco comercial unilateralmente sobre os fornecedores. Mas ao mesmo tempo, isso também torna possível ajustar a “participação no lucro” do fornecedor para baixo, caso a situação do mercado se mostre desfavorável<sup>60</sup>.

De volta aos sistemas de franquia: neles, surge a problemática da distribuição de lucros, como fica claro no caso Apollo, especialmente quando a central, em determinadas relações externas da rede, pode usar a vantagem da associação perante partes contratuais externas, conseguindo negociar para a rede como um todo condições melhores, que, então, são concretizadas nos contratos individuais com os franqueados. Trata-se, essencialmente, como mostram os casos dos descontos diferenciados, de condições de compra favoráveis, na forma, por exemplo, de descontos por quantidade. Mas, muitas vezes, sistemas de franquia também obtêm créditos de instituições financeiras em condições mais favoráveis, devido à situação financeira da rede global. Créditos de fornecedores também são oferecidos com maior generosidade quando existe a expectativa de que o êxito do sistema seja realizado por alguns franqueados<sup>61</sup>. Do mesmo modo, é comum fabricantes pagarem ajudas de custo para publicidade à central franqueadora cujas mercadorias tenham sido

---

58 Mack. *Neuere Vertragssysteme in der Bundesrepublik Deutschland*. 1975, p. 143; KULMS (nota 15), p. 248.

59 O fato de isso ser não apenas um desiderato, mas também uma tendência observável na jurisprudência fica demonstrado, especialmente, nas análises de CASPER. In: HALL/SOSKICE (Hrsg.), *Varieties of capitalism*. 2001, p. 397 ff. que salientam a orientação dos tribunais pela produtividade de regimes contratuais inovadores que abrangem setores inteiros, especialmente sistemas *just in time*.

60 KULMS (nota 15), p. 249.

61 WEBER. *JA*, 1983, p. 349; BAYREUTHER (nota 24), p. 380.

comercializadas com sucesso pela totalidade dos franqueados. Nesse caso também se coloca a questão sobre se essas ajudas de custo devem ser transferidas aos franqueados em sua totalidade<sup>62</sup>.

O que significa isso para a vantagem associativa no caso dos descontos diferenciados? Aqui, como já se afirmou acima, basear-se apenas na interpretação das cláusulas correspondentes das Condições Gerais do Negócio faz sentido apenas durante um período de transição. No máximo, quando as diversas Condições Gerais do Negócio são “adaptadas” à nova jurisprudência do *BGH* no sentido de enfraquecer, eliminar por completo ou excluir os deveres de transferência, a jurisprudência vê-se obrigada a decidir a questão baseando-se em estruturas comerciais objetivas. Todavia, uma alteração das Condições Gerais do Negócio em relações de trato sucessivo desse tipo, como é o caso da franquia, apenas será possível com a anuência da parte contrária. Contudo, se existirem relações de poder assimétricas, a central franqueadora poderá impor mais facilmente as alterações desejadas. Na realidade, foi justamente no caso *Apollo* que as cláusulas de transferências foram alteradas em prejuízo das franqueadas, logo após a instauração do processo. Para que os deveres de transferência venham a ser simplesmente eliminados no futuro, haverá que se decidir com base no Direito objetivo se os deveres de lealdade do franqueador incluem um dever de transferência de descontos. Somente então, no máximo, é que o caráter de rede dos sistemas de franquia irá se tornar juridicamente relevantes. Se a prática dos formulários passar a excluir explicitamente até mesmo a transferência de descontos, surgirá o problema do controle judicial das Condições Gerais do Negócio, nos termos do art. 307 do Código Civil alemão. Ao menos, será preciso admitir uma desvantagem indevida, caso o franqueador tenha imposto ao franqueado um dever de aquisição, e, apesar disso, não repasse os descontos de compra integralmente. Como já se afirmou anteriormente, no caso *Apollo*, embora o *BGH* tenha fundamentado a de-

---

62 *Vide* OLG Munique, *WiB*, 1997, p. 1109; OLG Stuttgart de 16-2-2001 – 2 U 218/99; *BGH* de 17-7-2001 – VIII ZR 59/01. A esse respeito, de modo geral, *BÖHNER* (nota 2), p. 109 e s.

cisão na regra das cláusulas ambíguas ao interpretar a cláusula de apoio, ele inaugurou a argumentação na direção das estruturas de rede objetivas. Segundo o *BGH*, o que importa são as expectativas legítimas do franqueado, resultantes de "sua pertença a um sistema de franquia com forte poder de compra".

Por conseguinte, aqui também a finalidade de rede se torna um critério determinante. Como já se mostrou anteriormente, de acordo com a situação, a finalidade de rede impõe à central a obrigação ampliada de apoiar a rede como um todo, contanto que esteja agindo não apenas no âmbito do contrato sinalagmático, mas no âmbito da associação. No caso *Apollo*, o âmbito associativo é duplamente tangenciado de modo imediato nas negociações de compra da central. Primeiramente: a encomenda não é feita para a necessidade própria da central e de seus pontos de venda, mas sim para toda a associação, portanto, para a necessidade de aquisição de cada um dos franqueados. De fato, a central não atua como representante direta dos franqueados. Estes concluem seus contratos de compra de forma autônoma e em nome próprio com os fornecedores. Mas a central convencionou (em nome próprio) um contrato-quadro com os fornecedores para o sistema de franquia. Na decisão sobre o caso *Apollo*, o *BGH* esclareceu que "os descontos diferenciados fazem parte das reduções de preço que a apelada negociou com os fornecedores, inclusive para as compras de suas franqueadas, mas não transferiu para estas"<sup>63</sup>. Com isso, a constelação desloca-se para os arredores da representação indireta. Na qualidade de mandatária dos franqueados, a central conclui em nome próprio, mas no interesse e por conta destes, esse contrato-quadro<sup>64</sup>. Em segundo lugar: a central aproveita-se do efeito associativo próprio – o poder de compra concentrado –, que só passa a existir com a interconexão dos franqueados com as filiais da central. Nas palavras do *BGH*: trata-se de "vantagens de compra..., que ela está autorizada a esperar obter

63 *BGH WRP* 2003, 1448, 1451.

64 De modo geral, sobre a representação indireta de um mandatário, HEINRICH S. *Palandt*. 2003: 62. ed., antes de § 104, nota marginal 25: antes de § 164, nota marginal 6. 65.

em razão  
de compr  
com os ní  
te no âmb  
do com o  
te o OLG  
franquea  
modo ne  
exerce so  
especial  
ções, sã  
reciproca  
direção,

Em  
central j  
abertam  
prática  
rença d  
to das  
sobre o  
os desc  
ela está  
em con  
as exig  
divulg  
possív

65 BC  
66 O  
67 SC  
SC  
68 Er  
ciç  
ve:  
cer  
69 BG

em razão de sua pertença a um sistema de franquias com forte poder de compra<sup>65</sup>. Por conseguinte, na rede, as negociações da central com os níveis comerciais anteriores enquadram-se inequivocamente no âmbito associativo. Logo – e apenas no que se refere ao acordo com os fornecedores –, ela é, como fórmula de modo contundente o *OLG* de Frankfurt, “mandatária subordinada a comando” dos franqueados<sup>66</sup>. Essa dependência hierárquica invertida não está, de modo nenhum, em contradição com o poder de direção que a central exerce sobre os franqueados em outras situações. Como se salienta, especialmente, no conceito de “contrato simbiótico”, em interconexões, são frequentes essas relações de preservação de interesses reciprocamente assimétricas, que podem fundamentar poderes de direção, os quais, conforme o setor, vão num e noutro sentido<sup>67</sup>.

Em princípio, pode-se ver uma violação de dever por parte da central já no fato de ela não ter divulgado os descontos diferenciados abertamente para os franqueados<sup>68</sup>, mas sim, bem nos moldes da prática fraudulenta dos *kick backs*, ter recebido o reembolso da diferença dos fornecedores apenas posteriormente e sem conhecimento das franqueadas. O *BGH* também torna isso claro na decisão sobre o caso *Apollo*, impondo à central um dever de informar sobre os descontos acordados<sup>69</sup>. Como age dentro do âmbito da associação, ela está sujeita aos deveres de informação, claramente intensificados em comparação com aqueles existentes num contrato bilateral. Ora, as exigências da finalidade de rede vão além dos meros deveres de divulgação. Em particular, a finalidade de rede requer aqui que possíveis ganhos de eficiência sejam realizados também *de facto*

---

65 *BGH, WRP*, 2003, p. 1448, 1451.

66 *OLG Frankfurt 11 U (caderno) 55/00*, p. 24 (no prelo).

67 *SCHANZE. In: JOERGES (org.). Franchising and the law*. 1991, p. 69; *SCHANZE. JITE*, 1993, p. 691 e s.; *ZWECKER, JA*, 1999, p. 164.

68 Em um caso semelhante, em que se tratava de ajudas de custo para publicidade da montadora de veículo em relação a uma empresa de locação de veículos franqueada, o *OLG* de Munique (*WiB*, 1997, p. 1109) condenou a central franqueadora a informar sobre as ajudas de custo para publicidade.

69 *BGH, WRP*, 2003, p. 1448, 1450.

entre os membros através de efeitos de rede, pois faz parte do sentido econômico de um sistema de franquia que vantagens de rede obtidas no setor de compras tenham impacto na venda de mercadorias pelos franqueados. Nas palavras do BGH: "... é evidente que para a obtenção 'dos melhores resultados comerciais' na concorrência com os fornecedores, revestem-se de relevância determinante, também e em especial, condições favoráveis de aquisição"<sup>70</sup>. É justamente nessas vantagens de compra que se realizam as chances da associação, que proporcionam aos membros do sistema de franquia vantagens na concorrência em relação a comerciantes individuais que não são membros da franquia. Contudo, os ganhos de eficiência na rede global somente têm impacto quando os franqueados, por sua vez, podem efetivamente oferecer a mercadoria a preços mais baixos, em razão do desconto por quantidade obtido na compra. Aqui podem ser invocados, adicionalmente, os princípios do *profit sharing* nos sistemas *just in time* acima discutidos, que permitem concluir que, em geral, em redes, existe uma obrigação de distribuir entre os membros as vantagens provenientes da interconexão. A central viola essa obrigação, oriunda da finalidade de rede, de promover a eficiência do sistema global quando embolsa grande parte dos descontos.

Nessa regra, a dupla imputação singular acima esboçada realiza-se como consequência jurídica típica da associação contratual<sup>71</sup>. A quem são imputados riscos, condutas, prejuízos e lucros na rede? Ao membro individual, à central ou à rede como um todo, com posterior distribuição proporcional? Diferentemente de um contrato social, que, em geral, prevê uma imputação coletiva, o contrato de franquia impõe, em princípio, uma distribuição da imputação entre central, de um lado, e membro, de outro. Em compensação, a finalidade de rede – como princípio regulador da "colisão contratual"<sup>72</sup> – altera essa imputação "automática" se o âmbito contratual for ultrapassado, atingindo-se o âmbito associativo. Como se mostrou

70 BGH, WRP, 2003, p. 1448, 1451.

71 TEUBNER (nota de rodapé 6), 3º cap., V.

72 A esse respeito, análise elucidativa em AMSTUTZ (nota 12), p. 174 e s.

anteriormente, o desconto por quantidade enquadra-se no âmbito associativo. Portanto, entra em jogo a dupla imputação específica das redes. Por isso, afinal, o desconto não deve ser atribuído automaticamente à rede, mas sim, em primeiro lugar, como "vantagem de rede", à associação como um todo, para depois ser distribuído entre os membros, segundo o princípio do igual tratamento, e entre estes e a central, de acordo com critérios de equidade.

Concluindo, existe, então, um dever de transferência da central de franquia perante os franqueados em relação a todos os descontos que ela houver negociado para o sistema de franquia com os fornecedores do sistema de franquia. Isso não resulta meramente das diferentes cláusulas de apoio contidas nas Condições Gerais do Negócio. O dever de transferência é, antes, um dever associativo do franqueador, que tem seu fundamento na interconexão entre os membros da franquia e que vai além de meros contratos individuais.

## **A crise da teoria contratual e sua reinvenção em novas realidades<sup>1</sup>**

Laura Schertel Mendes\*  
Amanda Athayde\*\*

Enxergar a realidade para além do Direito é um atributo imprescindível ao jurista que pretende refletir com seriedade e consistência os desafios lançados pelo constante embate entre o mundo

---

1 As autoras agradecem a colaboração da pesquisadora Paula Baqueiro.

\* Laura Schertel Mendes é Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade de Brasília (UnB) e professora do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do IDP. É Coordenadora do Centro de Direito, Internet e Sociedade (CEDIS/IDP), Diretora do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) e Diretora da Associação Luso Alemã de Juristas (DLJV). É Doutora em Direito Privado pela Universidade Humboldt de Berlim, Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB e autora de livros, artigos e capítulos nas áreas de Direito Civil, Proteção de Dados Pessoais e Direito do Consumidor.

\*\* Amanda Athayde é Professora Adjunta de Direito Comercial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e Concorrencial no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). É Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Foi aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne, e é autora de livro, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Comercial e da Concorrência.

real e o mundo jurídico. Teubner cumpre com maestria esse atributo. Compreende que a questão do dever de transferência em redes de franquia estende-se para além de mero problema interpretativo quanto a cláusulas contratuais ambíguas e debruça-se sobre a sistemática dos efeitos de rede a fim de delinear as estruturas objetivas da associação multilateral. Assim, Teubner revela o seu olhar atento para os novos fenômenos jurídicos e sociais e evidencia seu comprometimento em resolver problemas dogmáticos e concretos, sempre à luz de uma abordagem interdisciplinar.

A importância dos trabalhos de Teubner relativos ao tema, bem como desta coletânea, em específico, reside justamente na qualidade do autor de fornecer uma compreensão das redes (*networks*) a partir de um amplo arranjo da disciplina das ciências sociais, combinada com uma apreciação sofisticada de como o sistema jurídico apreende e regula atividades econômicas e sociais.

O artigo que agora comentamos, intitulado no português de *"Profit sharing como dever associativo? Da transferência de vantagens de rede em sistemas de franquia"*, toma como base um relevante precedente judicial da Alemanha, envolvendo a rede de franquia das óticas Apollo. A comercialização dos produtos óticos se dava por meio de um sistema dual, no qual havia uma primeira estrutura de vendas formada por 150 filiais próprias e uma segunda estrutura formada por 90 franqueadas. O respectivo contrato de franquia contava com uma cláusula de transferência de vantagens, que assim dispunha: *"A Apollo orientará a parceira no que diz respeito ao desenvolvimento comercial e ao fluxo operacional compatível com o sistema e transferirá vantagens, ideias e melhorias à outra parte, para a obtenção dos melhores resultados comerciais"*.

O sistema da franquia, contudo, integrava as duas estruturas de vendas e efetuava uma compra global de produtos para ambas, no intuito de obter dos fornecedores descontos mais altos. Os fornecedores, então, concediam, sem diferenciação entre estruturas, descontos de até 52% em todas as aquisições decorrentes do sistema Apollo. A Apollo, por sua vez, apresentava uma lista de descontos do fabricante "oficial", na qual constavam apenas descontos de 38%.



Ou seja, a Apollo recebia 52% de desconto em todas as aquisições, sem o conhecimento das franqueadas, uma vez que a diferença dos descontos era repassada pelos fornecedores à central na qualidade de "comissões". A prática veio à tona e as franqueadas acionaram a Apollo para reembolso da diferença dos descontos diferenciados.

O caso alcançou o Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof* – *BGH*), após uma série de decisões contraditórias nas instâncias inferiores. Foram suscitadas diversas questões, mas a principal dizia respeito à suposta obrigação da franqueadora de transferir todas as vantagens de rede às franqueadas. No caso ora analisado, o Tribunal decidiu que havia um direito à transferência de todas as vantagens de compra para as franqueadas, conforme a interpretação mais favorável ao cliente de uma cláusula ambígua presente no contrato de franquia (art. 305, c, II, do Código Civil alemão).

Ocorre que, como Teubner bem argumenta, o caso não se resume a um problema de interpretação contratual que possa ser resolvido por meio da regra sobre cláusulas ambíguas. Decidir de tal maneira, considerando que o problema em questão é meramente interpretativo, gera tão somente o enfraquecimento das cláusulas de transferência, que, muito provavelmente, acabarão sendo abolidas dos contratos de franquia. A questão crucial nesse caso, portanto, diz respeito propriamente às estruturas objetivas da rede franquia e aos efeitos sistêmicos que decorre de tais associações multilaterais.

O ponto de referência, portanto, é o caráter sistêmico das redes contratuais, tais como as redes de franquia, que não se enquadram devidamente nem na categoria de mercado, nem na categoria de sociedade empresária, e que ocupam, em verdade, uma posição intermediária entre os dois polos, de modo a demandar uma categoria dogmática própria. A partir disso, Teubner busca compreender de que modo se estruturam as interações em rede, qual lógica e finalidade lhes embasam e conduzem, bem como os efeitos e as expectativas que delas decorrem.


Essa compreensão, contudo, não pode recorrer à simples subsunção das redes (*networks*) às categorias tradicionais do direito privado, o que estaria fadado ao insucesso, uma vez que as redes

contratuais não são propriamente reguladas no direito contratual, tampouco no direito societário<sup>2</sup>. As redes se desenvolvem como novos sistemas de funcionamento, que congregam vínculos bilaterais em uma autêntica estrutura multilateral da qual emergem incentivos e expectativas inexistentes na doutrina tradicional.

Esse local especial ocupado pelas *networks* – entre mercado e sociedade empresária, ou seja, entre o direito contratual e o direito societário – suscita desafios de coordenação interna e externa, decorrentes da associação multilateral de vínculos bilaterais. Esses novos arranjos são denominados “contratos de entremeio” (Forgioni<sup>3</sup>), “contratos híbridos” (Ménard, Nunes e Silva<sup>4</sup>), “contratos

- 
- 2 TEUBNER, Gunther. *Networks: legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009. Para o autor, os arranjos híbridos desempenham importante papel na dissolução desses paradoxos ao traduzir aparentes contradições que seriam achatadas pelas estruturas inadequadas das formas tradicionais. Hybrid arrangements as de-paradoxifiers: comment. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 152, n. 1, p. 59-64, mar. 1996. Nesse sentido, não seriam os contratos híbridos, portanto, meros intermediários entre contratos e organizações, mas sim arranjos contratuais que ressaltam simultaneamente comportamentos de indivíduos e de empresas. TEUBNER, Gunther; HUTTER, Michael. The parasitic role of hybrids. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 149, n. 4, p. 706-715, dez. 1993. p. 707.
  - 3 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 173-175. Para a autora, os contratos de colaboração surgem da necessidade de “evitar inconvenientes que adviriam da celebração de uma extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários (ou hierárquicos”.
  - 4 MÉNARD, Claude; NUNES, Rubens; SILVA, Vivian Lara dos Santos. Introdução à teoria das organizações. In: MÉNARD, Claude et al. *Economia das organizações: formas plurais e desafios*. São Paulo: Atlas, 2014. Para DE CARVALHO, os aspectos centrais dos contratos híbridos seriam (i) a longa duração dos contratos e (ii) os mecanismos de governança dessas relações. DE CARVALHO, Ângelo Gamba Prata. *Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico: aspectos dogmáticos e a postura do Cade no caso Monsanto*. UnB, 2017.

associativos" (Frazão<sup>5</sup>), "networks" (Teubner<sup>6</sup>), dentre outras nomenclaturas, cuja classificação depende dos seus respectivos autores. Acreditamos que seja possível visualizar tais contratos, em espectro, da seguinte maneira:



Mercado ("buy")	"Fenômeno associativo", "Terceira Via", "Contratos de entremeio", "Networks"		Sociedade empresária ("make")
	Contratos híbridos	Contratos associativos	

Para Teubner, os desafios das *networks* podem ser melhor apreendidos e harmonizados com a utilização do conceito de *finali-*

- 5 FRAZÃO, Ana. *Joint ventures* contratuais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 207, p. 187-211, jul./set. 2015. Nos termos da autora, "o que distingue os contratos associativos dos demais contratos híbridos e mesmo dos contratos de troca não é propriamente a existência de cooperação, mas sim o grau e o tipo desta". Assim, os contratos associativos seriam contratos de fim comum, de empreendimento comum, que mantêm a autonomia e patrimonial das suas partes, mas que passam a assumir conjuntamente os riscos e os lucros daquele negócio.
- 6 TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2011. TEUBNER, Gunther. Piercing the contractual veil? The social responsibility of contractual networks. In: WILHELMSSON, Thomas. *Perspectives of critical contract law*. London: Dartmouth, 1992. p. 211-212. TEUBNER, Gunther. *Networks: legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 98. Pra o autor, nesses tipos de contratos seriam necessárias medidas institucionais que combinassem cooperação e competição, mediante (i) a institucionalização sustentável da competição de mercado mediante a conclusão de contratos bilaterais paralelos e distintos, isto é, sem a criação de organização unitária; (ii) a institucionalização da distinção entre cooperação e competição no âmbito do sistema contratual, de maneira a produzir uma sobreposição entre a competição de mercado e a esfera de cooperação operacional; e (iii) a demarcação interna entre esferas.

*dade associativa* ou *finalidade de rede*. A finalidade de rede, como elemento que alinha a lógica de funcionamento das redes com suas exigências ambientais, é a categoria jurídica que combina os âmbitos contratuais (interesse individual) e associativos (interesse coletivo). Para Teubner, a congregação desses dois âmbitos torna a finalidade associativa o critério global para a constituição de deveres de lealdade ampliados, oriundos da interconexão multilateral entre contratos bilaterais. Os deveres de lealdade ampliados são, portanto, deveres associativos, originados na situação de interconexão gerada na rede. Em rede, por conta das interações multilaterais, da finalidade associativa, do objetivo de cooperação entre partes e dos efeitos sistêmicos, os deveres de lealdade habituais são intensificados em aspecto qualitativo e quantitativo.

Após tal fundamentação, a pergunta que Teubner lança para pensar a resolução do caso Apollo do Tribunal Federal alemão (BGH) não diz respeito à cláusula contratual em si, mas às estruturas objetivas desenvolvidas sobre a rede (*network*). Desse modo, poderia a finalidade de rede gerar o dever da franqueadora de repassar todas as vantagens aos membros da rede? Foi com essa reflexão em foco que o BGH decidiu por priorizar as expectativas sistêmicas e legítimas da franqueada, devido à "sua pertença a um sistema de franquia com forte poder de compra". A questão, portanto, gira em torno da finalidade de rede, tida como critério capaz de impor à central uma obrigação ampliada de apoiar a rede como um todo.

Essa percepção é de crucial relevância e pode antecipar importantes reflexões para o sistema jurídico brasileiro. Os denominados "contratos híbridos", nos termos da legislação brasileira, encontram regulamentação, ainda que em leis esparsas, como, por exemplo, na Lei de Franquias (Lei n. 8.955/94), na Lei de Representação Comercial (Lei n. 4.886/65), na Lei do Contrato de Integração (Lei n. 13.288/2016) e nos artigos do Código Civil sobre comissão e agência. Especificamente quanto às franquias, consiste no "*sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desen-*

*volvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício*" (art. 2º da Lei n. 8.955/94). Trata-se de arranjo contratual híbrido que coletiviza a ação dos agentes sem socializar a responsabilidade<sup>7</sup>.

O nível de autonomia privada entre as partes, nesses arranjos, faz despontar uma importante preocupação quanto à responsabilidade compartilhada em rede, sobretudo quanto aos ramos sensíveis do direito, relativos à proteção de interesses difusos e de vulneráveis, como no caso do Direito da Concorrência e do Direito do Trabalho. Além disso, outros ramos do Direito também permanecem com pontos de dúvidas e regiões de incerteza pela inexistência de conceitos e categorias adequados para lidar com a realidade das *networks*. As normas indicadas, que em alguma medida regulam o fenômeno no Brasil, demandam, portanto, o adensamento e desenvolvimento dos seus conceitos – tarefa que, muitas vezes, fica a cargo do Poder Judiciário.

Ainda que a discussão sobre deveres associativos não tenha alcançado o Judiciário brasileiro de forma direta, julgados que indiretamente se utilizam da premissa das redes de contratos despontaram recentemente, por exemplo, em demandas tributárias nos Tribunais Regionais Federais. Em uma discussão sobre a incidência dos tributos PIS/COFINS nas receitas oriundas de contratos de franquia, por ocasião da declaração de inconstitucionalidade da EC 20/1998 e do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/98, a questão era saber se o contrato de franquia possuía natureza de contrato de prestação de serviço, de modo que as receitas dele oriundas pudessem sofrer a incidência do tributo. Um julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao tratar sobre o tema, assim dispôs sobre o contrato de franquia:

A doutrina e jurisprudência pátria são unânimes em destacar que a franquia é um contato complexo, eis que em um único contrato estão dispostos negócios autônomos, que amoldam diversos direitos e deveres recíprocos, num entrelace de relações jurídicas, cujo desmembramento e análise em separado se torna impossível.

7 TEUBNER, Gunther. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. In: JOERGES, Christian. *Franchising and the law: das Recht des Franchising*. Baden: Nomos, 1991.

Coteja  
tura  
pelo f  
se dis  
ponde  
dorias  
COFI  
são en  
to, ná  
sobre  
perce

A qu  
tida com  
Galgano<sup>8</sup>  
sária, a fr  
ço, caract  
existem i  
as redes  
pendent  
nados, e  
ção advi

O c  
de Recu  
sem ent  
A decis

RE  
D  
FI  
T

8 TF  
de  
9 G  
10 CO  
TE  
shi

Cotejando o conceito dado ao faturamento pela LC 70/91 e a natureza do contrato de franquia, verifica-se que a renda auferida pelo franqueador na consecução do contrato, complexo como já se disse, apesar de não poder ser desmembrado o valor correspondente à prestação dos serviços e ao fornecimento de mercadorias, tal impossibilidade não abala a incidência do PIS e da COFINS, pois todas as parcelas integrantes do valor de franquia são em espécie serviços ou fornecimento de mercadorias. Portanto, não diviso qualquer óbice à cobrança do PIS e da COFINS sobre o faturamento das franqueadoras, neste incluídos os valores percebidos a título de franquia<sup>8</sup>.

A questão, contudo, é bastante controvertida, uma vez que, se tida como exemplo do “fenômeno associativo”, identificado por Galgano<sup>9</sup>, localizada, portanto, entre mercado e sociedade empresária, a franquia não poderia ser tida como uma prestação de serviço, caracterizada, por sua vez, como contrato de intercâmbio, no qual existem interesses contrapostos. É em vista disso que, para Collins<sup>10</sup>, as redes contratuais consistem em um conjunto de empresas independentes que ingressam em um padrão de contratos inter-relacionados, estruturados para conferir às partes benefícios de coordenação advindos da integração vertical em uma única organização.

O debate alçou ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, em sede de Recurso Extraordinário, que findou por decidir em outra linha, sem entrar no mérito da natureza jurídica do contrato de franquia. A decisão ficou assim ementada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITAS ORIUNDAS DE CONTRATO DE FRANQUIA. CONCEITO DE FATURAMENTO E RECEITA BRUTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI N.

---

8 TRF1, 7ª Turma, AP 00205173420054013800, rel. Des. Reynaldo Fonseca, decisão 14-10-2013.

9 GALGANO, F. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano, Guiffrè, 2002. p. 201-202.

10 COLLINS, Hugh. Introduction to networks as connected contracts. In: TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 1.

9.718/98. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA REN. 585.235-QO. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM O JULGADO DESTE TRIBUNAL. 1. A redação do art. 195 da Carta Federal, anterior à EC 20/1998, consolidou-se no sentido de tomar as expressões "receita bruta" e "faturamento" como sinônimas. Precedentes: RE 585.235-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, *DJe* de 28-11-2008, RE 390.840 e RE 357.950, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, *DJ* de 15-8-2006. 2. O conceito de receita bruta sujeita à incidência da COFINS envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas também a soma das receitas oriundas do exercício de outras atividades empresariais. Precedentes: RE n. 585.235-QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, *DJe* de 28-11-2008, RE 444.601-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, *DJ* de 15-12-2006, AI 843.086-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJe* de 13-12-2011. 3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONTRATO DE FRANQUIA. NOVO CONCEITO DE FATURAMENTO. 1. Fazendo o contrato de franquia parte do próprio societário da empresa, de enorme relevância financeira para a parte autora, não há que se falar em sua exclusão do conceito de faturamento. 2. Sendo as receitas financeiras referentes a contratos de franquia intrínsecas à atividade comercial da empresa e elencadas em seu objeto social, há de se reconhecer a configuração de faturamento e, portanto, a incidência de contribuição PIS e COFINS sobre tal atividade". 4. Recurso DESPROVIDO<sup>11</sup>.

O Tribunal, desse modo, deixou de lado o ponto central que estava sendo debatido nas instâncias inferiores, optando por compreender que o conceito de receita bruta, para fins de incidência tributária, envolve tanto a receita decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, quanto a soma das receitas oriundas do exercício de outras atividades empresariais. Assim, a Corte deixou de se pronunciar quanto ao tipo de receita em que estariam inseridas as advindas do contrato de franquia, e não determinou, portanto, sua natureza jurídica como prestação de serviços ou como exploração da atividade empresarial. Em que pese isso, a discussão

11 STF, RE 737.937, rel. Min. Luiz Fux, decisão 16-5-2014.

judicia  
impres  
Brasil,  
tempo  
Teubn

comple  
que es  
casos  
preme  
sua ló  
micos  
ticas  
blema  
rede,  
apena  
reque

Refe

COL

DE

FOE

FR

GA

judicial que indiretamente aborda o tema das redes evidencia ser imprescindível o desenvolvimento de uma dogmática das redes no Brasil, como intentada por Grundmann<sup>12</sup> na Alemanha, ao mesmo tempo em que evidencia a necessidade de se refletir, como sugere Teubner, sobre as estruturas objetivas das *networks*.

Como se percebe, a discussão não é banal, e suscita diversas complexidades que não são facilmente esclarecidas. Entretanto, algo que essa discussão claramente evidencia é: com a emergência de casos judiciais envolvendo redes contratuais, inclusive no Brasil, é premente a necessidade de se refletir sobre a interação nas redes, sua lógica de funcionamento, sua racionalidade e seus efeitos sistêmicos. Somente com o desenvolvimento dessas categorias dogmáticas será possível dar respostas consistentes e coerentes aos problemas reais que despontam. Determinar as estruturas objetivas da rede, como insiste Teubner, significa solucionar problemas não apenas teóricos, mas concretos – e que tenderão, cada vez mais, a requerer nossos esforços para esmiuçar suas complexidades.

## Referências

- COLLINS, Hugh. Introduction to networks as connected contracts. In: TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- DE CARVALHO, Ângelo Gamba Prata. *Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico: aspectos dogmáticos e a postura do Cade no caso Monsanto*. UnB, 2017.
- FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- FRAZÃO, Ana. *Joint ventures contratuais*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 207, p. 187-211, jul./set. 2015.
- GALGANO, F. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano, Giuffré, 2002. p. 201-202.

---

12 GRUNDMANN, Stefan. Contractual networks in German private law. In: Cafaggi, Fabrizio (ed.). *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*. Edward Elgar Publishing, 2011. p. 111-162.



- GRUNDMANN, Stefan. Contractual networks in German private law. In: Cafaggi, Fabrizio (ed.). *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*. Edward Elgar Publishing, 2011.
- MÉNARD, Claude; NUNES, Rubens; SILVA, Vivian Lara dos Santos. Introdução à teoria das organizações. In: MÉNARD, Claude et al. *Economia das organizações: formas plurais e desafios*. São Paulo: Atlas, 2014.
- TEUBNER, Gunther. *Networks: legal issues of multilateral cooperation*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2011. TEUBNER, Gunther. Piercing the contractual veil? The social responsibility of contractual networks. In: WILHELMSSON, Thomas. *Perspectives of critical contract law*. London: Dartmouth, 1992.
- TEUBNER, Gunther. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. In: JOERGES, Christian. *Franchising and the law: das Recht des Franchising*. Baden: Nomos, 1991.
- TEUBNER, Gunther. Hybrid arrangements as de-paradoxifiers: comment. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 152, n. 1, p. 59-64, mar. 1996.
- TEUBNER, Gunther; HUTTER, Michael. The parasitic role of hybrids. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 149, n. 4, p. 706-715, dez. 1993. p. 707.