Networks e redes contratuais

As dificuldades de compreensão das fronteiras cada vez mais tênues da empresa

Ana Frazão

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

Na coluna de 04.05.2017 – Networks e redes contratuais: os desafios decorrentes da crescente sofisticação e interdependência funcional entre contratos empresariais –, tive a oportunidade de lançar algumas provocações sobre os desafios que as redes contratuais trazem para a regulação jurídica.

Finalizei o artigo mencionando a preocupação relacionada aos efeitos externos das redes contratuais, especialmente no que diz respeito à responsabilidade, perante terceiros, dos diversos agentes econômicos que as compõem. Naquela oportunidade, salientei que, sob esta perspectiva, “a questão é saber em que medida e em que circunstâncias as redes contratuais podem ou devem ser vistas como novas organizações ou entes econômicos diante de terceiros, especialmente em áreas de “regulação dura” como o Direito do Consumidor, o Direito da Concorrência, o Direito Ambiental, dentre outros”.

É a partir desta preocupação que pretendo dar continuidade ao tema, tendo em vista que, como alguns autores já vêm salientando, as redes contratuais, conforme a sua configuração e a distribuição de poder entre os diversos contratantes, podem ser vistas funcionalmente como modelos análogos aos das empresas. Como aponta Hugh Collins¹:

“Functionally, these arrangements can be viewed as a closely analogous to business associations or firms, even though from a traditional legal perspective they must be understood as falling within the broad category of contracts. These inter-organizational associations could be

¹ COLLINS, Hugh. Introduction to networks as connected contracts. In: TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts* [edição eletrônica]. Oxford: Hart Publishing, 2011.

labelled in all sorts of ways: quasi-organisations or quasi-firms, virtual enterprises, multi-party hybrid business arrangements, or complex economic organisations.”

“A network that is closely controlled by a dominant business hub, as in franchising, acts like the parent company in a group of companies by issuing instructions to the nodes of the network.”

Com efeito, uma network tanto pode funcionar como uma coligação entre empresas independentes quanto como uma organização centralizada. Aliás, pode até mesmo adotar mecanismo híbrido e flexível de organização que possa estimular considerável oportunismo, já que os agentes econômicos, de acordo com os seus interesses, tanto poderão salientar o caráter de unidade da rede ou o caráter de independência dos diversos agentes que a compõem. Mais uma vez, vale a pena recorrer ao ensinamento de Hugh Collins²:

“Depending on the challenges it faces, a network can function alternatively either like a centralized organisation or as a constellation of independent business. This flexible method of co-ordination probably enjoys efficiency advantages in terms of adaptation and innovation, but at the same time it creates the space for opportunism. When it suits the network, as in the case of bulk purchases, it acts as if it were a single business organisation in order to obtain market power, but when it is sued by an external party, such as the workers dismissed by an insolvent franchisee, the network insists that it comprises autonomous business entities, none of which are legally responsible for the actions of the others.”

Como se pode observar pela lição transcrita, normalmente o caráter de independência dos agentes é realçado precisamente quando qualquer dos membros da network é acionado por um terceiro, o que é particularmente preocupante em áreas de regulação dura, diante do risco de que tais arranjos

² COLLINS, Op. cit.

contratuais acabem propiciando uma "irresponsabilidade organizada", receio compartilhado por autores como Hugh Collins e Teubner³.

Aliás, para Teubner⁴, vários dos principais tipos de networks – como é o caso das empresas virtuais, do *just-in-time contracting* e das cadeias de franquias – apresentam fortes elementos organizacionais, especialmente as franquias, em que a maioria é altamente centralizada, apresentando-se como entidade única para efeitos de marketing, imagem e objetivo competitivo.

Ora, se as networks possibilitam uma verdadeira coordenação ou direção unitária entre os diversos agentes que compõem a rede, tem-se que correspondem à situação funcionalmente semelhante ou análoga àquela dos grupos societários ou grupos contratuais – entendidos estes últimos como os contratos associativos, dentre os quais se encontram os consórcios e as joint ventures⁵. Em todas essas situações, tem-se a formação de uma empresa plurissocietária, caracterizada pela direção unitária.

Dessa maneira, as estruturas subjacentes a tais arranjos contratuais deveriam ser tratadas como empresas para as áreas de regulação dura, todas atentas ao princípio da primazia da realidade sobre a forma e à necessária correspondência entre poder e responsabilidade. Se assim não for, são altos os riscos de uma irresponsabilidade organizada ou de preocupantes externalidades negativas sobre terceiros.

Isso ocorre porque as networks, de fato, são fenômenos que desafiam e tensionam as fronteiras da empresa, devendo ser consideradas como “empresa comum” sempre que levarem a efeitos funcionalmente equivalentes às outras formas de associação empresarial.

Verdade seja dita que saber quando uma network contratual pode ser comparada a uma empresa é análise complexa e necessariamente casuística.

³ TEUBNER, Gunther. “And if I by Beelzebub cast out Devils, ...”: An essay on the diabolics of network failure. *German Law Journal*. v. 10, n. 4, pp. 115-136, 2009.

⁴ TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts* [edição eletrônica]. Oxford: Hart Publishing, 2011.

⁵ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

Trata-se, certamente, de um dos problemas mais difíceis da atualidade, como concluem Amstutz, Teubner e Karavas⁶:

“In particular, the risks that networks generate towards third parties have certainly contributed a great deal to their bad reputation as quasi-parasitic social institutions. At the same time, these risks also constitute one of the most difficult problem that the law has to tackle today”

Entretanto, apesar das dificuldades, o desafio de compreender e regular adequadamente as networks precisa ser assumido. É por essa razão que, segundo Teubner⁷, em casos de networks altamente coordenadas e controladas por um *central business hub*, como em muitas franquias, a responsabilidade externa, perante terceiros, deveria ser atribuída ao *hub*, tal como ocorre na desconsideração da pessoa jurídica para o fim de estabelecer a responsabilidade da *parent company*, sob pena de *misuse of the legal form*.

Todavia, somente quando a análise funcional levar à conclusão pela existência de direção única ou centralização entre os membros da network é que se poderia cogitar de empresa comum. Nos demais casos, há que se preservar a autonomia entre os agentes econômicos e a alocação de riscos previamente pactuada entre eles, de forma que cada membro seja responsável perante terceiros ou diante de interesses difusos na extensão e proporção com que seja envolvido na transação com o terceiro ou na violação ao direito difuso.

Com efeito, diante do atual contexto de desverticalização – fenômeno desejável igualmente do ponto de vista concorrencial –, há que se estimular as redes contratuais que mantêm a independência dos agentes e as respectivas alocações de risco.

Entretanto, por mais que o direito precise se preocupar com a manutenção de arranjos e alocações de riscos que criem eficiências e inovação, também não pode fechar os olhos para os resultados concretos de networks que criam verdadeiras empresas e, por essa razão, devem ser tratadas como tal. Se as

⁶ AMSTUTZ, Marc; KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther. Preface. In: AMSTUTZ, Marc; TEUBNER, Gunther. *Networks: Legal issues of multilateral co-operation*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

⁷ TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts* [edição eletrônica]. Oxford: Hart Publishing, 2011.

fronteiras entre a empresa e o mercado estão cada vez mais tênues, há que se estabelecer critérios que possibilitem a compreensão das novas formas de organização empresarial, de forma a evitar a “irresponsabilidade organizada”.

Artigo publicado no portal Jota em 31 de Maio de 2017.

Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/networks-e-redes-contratuais-ii-31052017>