

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Faculdade de Direito



**A FORMAÇÃO E A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE
FRANQUIA**

RAÍSSA MENDES TOMAZ

**COIMBRA - PORTUGAL
2015**

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Faculdade de Direito

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**A FORMAÇÃO E A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE
FRANQUIA**

RAÍSSA MENDES TOMAZ

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre) na área de especialização em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção: Direito Empresarial
Orientador: Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira.

COIMBRA - PORTUGAL
2015

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são muitos, e pelos mais diversos motivos, mas acredito que devo primeiramente agradecer à minha família, João Tomaz, Jerzuí Torres e Sofia Tomaz, por terem, cada um à sua maneira, acreditado neste grande e importante projeto. Sem a credibilidade de vocês nada teria começado, obrigada por proporcionar a realização desta fase tão importante na minha vida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Libório, pela paciência, disponibilidade e profissionalismo que me dedicou no período de aulas e posteriormente durante o processo de elaboração deste trabalho.

Aos meus mestres Professor Doutor Nogueira Serens e Professora Doutora Suzana Tavares, pelos importantes ensinamentos e por me introduzirem pacientemente ao direito português e europeu.

Aos colegas que conheci em Coimbra, Karenina Tito, Gilvardo Filho, Raíssa Gambarra, Fernanda Fidalgo, Melanie Gomes, Guilherme Melo, Lia do Valle, Raíssa Pacheco, Pedro Marques, Mariana Gusmão, Rodrigo Nóbrega, Gabriela Segarra, Miquele Luce e Maria Vaz, meus queridos companheiros nessa imersão acadêmica e que sem os quais a estadia com certeza teria sido muito mais árdua.

Por fim, e não menos importante, aos amigos Nathalie Gazanneo, Mirna Nunes, Ingrid Soares, Nara Thamyres, Ludmila Sampaio, Rafael Barbosa e Moacir Pinto, que mesmo a distância se tornaram tão presentes e prestativos nestes últimos dois anos.

RESUMO

Este trabalho busca fazer uma análise da legislação aplicável ao contrato de franquia no âmbito pré e pós-contratual. Busca-se, primeiramente, definir o conceito de contrato de franquia, que se trata de um contrato de dependência e adesão, além de elencar algumas das suas principais características e classificação. Após essa análise, passa-se a verificar a fase da formação do contrato, discutindo a aplicação da culpa *in contrahendo* e da boa-fé como bases para a exigência da obrigação de *disclosure*. Faz-se também um breve comparativo com o direito comparado. Posteriormente, é analisada a fase pós-contratual em conjunto com a legislação referente ao contrato de agência, verificando pontualmente cada modalidade de cessação contratual e sua adequação ao contrato de franquia. Além desta análise pormenorizada, levantam-se outros pontos de discussão doutrinária na fase pós-contratual, tais como a retomada de bens em *stock*, a indenização de clientela e a cláusula de não concorrência. A atipicidade do contrato de franquia em Portugal torna estas situações intrigantes devido à multiplicidade de soluções que um contrato complexo como este pode apresentar. Conclui-se, após o estudo dos temas supracitados, que a análise casuística dos conflitos referentes à formação e à cessação do contrato de franquia se configura, devido à atipicidade do contrato no direito nacional, como o meio mais adequado para dirimir conflitos referentes a este tipo de contrato em Portugal.

Palavras-chave: *Franchising. Disclosure. Contrato de distribuição. Concorrência. Indenização de clientela. Stock.*

ABSTRACT

This study aimed to analyze the law applicable to the franchise agreement in the pre scope and contractual post. It sought to first define the concept of franchise agreement, that it is a dependency agreement and adhesion, and list some of its main features and their classification. After this review, we started to check the phase of contract formation, discussing the implementation of culpa in contrahendo and good faith as the basis for the requirement of the disclosure, also making a short comparison with foreign law. After that, the post-contractual phase was analyzed, with the regulations concerning the agency contract, occasionally checking each type of contract termination and their suitability to the franchise agreement. In addition to this detailed analysis, we discussed other points of doctrinal discussion in the post-contractual phase, such as the return of goods in *stock*, compensation clientele and the non-competition clause. The atypical nature of the franchise agreement in Portugal makes these intriguing situations due to multiplicity of solutions that a complex contract as the franchise can present. It was concluded after analyzing the aforementioned issues, the case by case analysis of conflicts regarding the formation and termination of the franchise agreement, appears as the most appropriate means to resolve conflicts over franchise agreement in Portugal.

Key words: Franchising. Disclosure. Contract of dependence. Competition law. Clientele indemnity. *Stock*.

LISTA DE ABREVIATURAS

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEE – Comunidade Econômica Europeia

ESCE - Entrave Significativo da Concorrência Efetiva

FTC – Federal Trade Commission

LCCG – Lei das Cláusulas Contratuais Gerais

OHADA - Organização para Harmonização do Direito de Comercial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

UNIDROIT – International Institute for the Unification of the Private Law

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1 O CONTRATO DE FRANQUIA | 13 |
| 1.1 Histórico | 13 |
| 1.2 A franquia como um contrato de distribuição | 14 |
| 1.3 A franquia como um contrato de adesão | 16 |
| 1.4 As características do contrato | 19 |
| 1.5 Conceituação | 25 |
| 1.5.1 Conceituação em Portugal | 28 |
| 1.6 Classificação | 30 |
| | |
| 2 A FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA | 33 |
| 2.1 <i>Culpa in contrahendo</i> | 33 |
| 2.2 A boa-fé nos contratos | 35 |
| 2.3 Dever de informação | 37 |
| 2.4 Características da fase pré-contratual no contrato de franquia..... | 40 |
| 2.4.1 <i>Disclosure</i> no direito comparado | 42 |
| 2.4.2 <i>Disclosure</i> em Portugal | 47 |
| 2.5 Tipos de contratos preliminares..... | 50 |
| | |
| 3 A FASE PÓS-CONTRATUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA | 53 |
| 3.1 Modalidades de encerramento do contrato de franquia..... | 58 |
| 3.1.1 Acordo mútuo..... | 61 |
| 3.1.2 Caducidade | 62 |
| 3.1.3 Denúncia..... | 67 |
| 3.1.4 Resolução | 73 |
| | |
| 4 RETOMADA DE BENS EM <i>STOCK</i> | 80 |
| 4.1 A retomada de <i>stock</i> no direito comparado | 82 |
| 4.2 A retomada de <i>stock</i> no direito português | 84 |
| 4.3 Obrigação alternativa quanto ao destino do <i>stock</i> | 88 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 5 | INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA | 92 |
| 5.1 | A origem da indenização de clientela no teor do contrato de agência | 92 |
| 5.2 | Definição | 95 |
| 5.3 | Indenização de clientela em Portugal | 97 |
| 5.3.1 | Requisitos positivos..... | 98 |
| 5.3.2 | Requisitos negativos..... | 102 |
| 5.4 | Analogia da indenização de clientela com o contrato de franquia... .. | 103 |
| 6 | A OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA E DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA | 109 |
| 6.1 | Histórico | 109 |
| 6.1.1 | A escola de Chicago | 112 |
| 6.2 | A concorrência no direito da União Europeia | 113 |
| 6.2.1 | Acórdão de Pronuptia | 115 |
| 6.3 | Direito da concorrência em países lusófonos | 116 |
| 6.4 | A concorrência no contrato de franquia e a cláusula de não concorrência..... | 119 |
| 6.4.1 | A tipificação da cláusula de não concorrência no direito comparado | 121 |
| 6.4.2 | A compensação pela não concorrência..... | 122 |
| | CONCLUSÃO..... | 125 |
| | REFERÊNCIAS | 128 |

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo analisar as fases de formação e cessação do contrato de franquia, elencando alguns problemas recorrentes nestas etapas e que acabam por ocasionar muitas discussões e impasses doutrinários devido ao fato de o contrato de franquia ainda se afigurar como um contrato atípico na legislação portuguesa. Para tanto, faz-se um levantamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial dos ordenamentos jurídicos dos outros contratos de distribuição – assim como o direito comunitário –, no intuito de contribuir na solução de possíveis questionamentos que surgem nas fases pré e pós-contratual do contrato de *franchising*, sendo tal análise em conjunto indispensável para que se promova uma visão completa sobre o tema.

O referido tema tem grande relevância porque trata da dinâmica de um dos tipos contratuais que mais se expandem na economia global. Atualmente, a franquia é responsável por boa parte das expansões de mercado de empresas dos mais diversos ramos. A versatilidade, aliada com a redução de custos, populariza esta modalidade de contrato. No entanto, ele é considerado como um contrato complexo, em que o feixe de relações que incorpora merece uma análise individualizada.

O contrato de franquia tem sua ascensão nos Estados Unidos, logo após o período da Segunda Guerra Mundial. Naquela época, há uma diversificação vultuosa nos serviços que recorrem a esse tipo de investimento, a sua grande maioria atraídos pelo relativo baixo custo de expansão que o contrato promove. Todo este crescimento é claramente influenciado pelo *boom* publicitário que ocorre no período, fortalecendo o poder das marcas e gerando interesse de consumidores por todo o mundo. Em consequência desses fatos, o contrato de franquia é considerado uma das modalidades contratuais mais utilizadas atualmente, sendo um grande captador de novos empresários e novos mercados.

No entanto, devido a sua atipicidade em Portugal, o que se observa é que a jurisprudência por muitas vezes não dedica especial atenção ao contrato estudado, utilizando pura e simplesmente a analogia com o Dec-Lei n. 178/86. Tal apreciação equivocada acaba por descaracterizar o contrato de franquia, que apesar de ser, assim como o contrato de agência, considerado um contrato de distribuição, possui características singulares que não podem ser objeto de analogia com qualquer outro

contrato. É um contrato socialmente típico, responsável pelo crescimento econômico de muitas empresas, além de se configurar como uma modalidade democrática de acesso ao mercado. Apesar disso, não possui uma legislação específica que solucione os seus possíveis impasses contratuais.

Justamente devido à popularidade do contrato é que o estudo da fase pré-contratual deve ser observado, com o intuito de promover uma maior segurança no momento de contratar, evitando, dessa forma, abusos por parte tanto do proprietário da marca quanto do candidato a franqueado. Trata-se de um contrato em que confiança e lealdade entre as partes se configuram como elementos fundamentais para o seu sucesso; sem esta cooperação não há como ter sucesso neste modelo de empreendimento. A obrigação pré-contratual do fornecimento das informações, por meio do documento de *disclosure*, materializa os princípios que integram o contrato de franquia, que também devem ser verificados durante a fase de negociação. É indispensável que a fase pré-contratual seja efetuada com a mesma responsabilidade e seriedade observada na execução do contrato.

Além disso, o contrato de franquia tem no conhecimento, também definido como *know-how* ou saber-fazer, a configuração de um dos seus elementos essenciais. Sem ele não haveria tal modalidade contratual, é o núcleo do contrato, é o objeto central que permite a expansão da rede. Devido à subjetividade e à importância do conhecimento, constatam-se diversas dificuldades na sua efetiva proteção no momento do término do contrato. A proteção do *know-how* é um dos maiores desafios enfrentados pela doutrina no âmbito dos contratos de distribuição. Justamente devido a estas complicações na proteção do saber-fazer transmitido, é que o estudo sobre a cessação dos efeitos do contrato de franquia, com base no direito comunitário da concorrência, demonstra-se necessário como forma de evitar abusos por parte do franqueado e do franqueador. Mesmo após o término do contrato, é importante a verificação da confiança e a lealdade entre as partes, que se revelam fundamentais para a constituição de qualquer contrato de franquia e devem continuar presentes mesmo na fase pós-contratual.

Também decorre da exigência da boa-fé e da lealdade na fase pós-contratual a análise referente à obrigação ou não da retomada de bens em *stock*. Discute-se, com base nas características próprias do contrato de franquia, se esta obrigação pode ou não ser exigida pelo franqueado. Outro debate importante é a possibilidade da aplicação da indenização de clientela, legalmente prevista aos contratos de agência, de forma analógica

ao contrato de franquia. Essa é uma questão importante porque discute individualmente as qualidades do contrato de agência e franquia, no sentido de se constatar se a analogia tradicionalmente feita tem realmente fundamento prático. A intenção da análise destes pontos é a de investigar o momento da formação e da cessação do contrato de *franchising*, no intuito de elencar algumas obrigações pré-contratuais (referentes à fase de negociação) e pós-contratuais (exigidas no momento de cessação do negócio jurídico).

Nesse contexto, para responder aos questionamentos anteriormente formulados, o presente trabalho é estruturado em seis capítulos: 1) O contrato de franquia; 2) A fase pré-contratual do contrato de franquia; 3) A fase pós-contratual do contrato de franquia; 4) Retomada de bens em *stock*; 5) Indenização de clientela; 6) A obrigação de não concorrência e o direito da União Europeia.

No primeiro capítulo se busca conceituar o contrato de franquia, objeto de estudo deste trabalho. Com base na legislação portuguesa, no direito comparado e no direito comunitário, demonstra-se o histórico, a conceituação e classificação do tipo contratual. Tal análise é significativa porque justifica, com base na sua própria origem e natureza, o tratamento diferenciado que o contrato de franquia demanda.

No segundo capítulo se detalha a formação do contrato ou, em outras palavras, a fase pré-contratual, e são analisadas as obrigações pré-contratuais e os tipos de contratos preliminares aplicados ao contrato de *franchising*. O estudo é feito com base na boa-fé nos contratos e no desenvolvimento da *culpa in contrahendo* no direito europeu, e de que forma isto inclui a obrigação de *disclosure* prevista ao contrato de franquia. Além disso, é feita uma breve menção sobre os tipos de contratos preliminares adotados, que se configuram em instrumentos cada vez mais utilizados pelas partes.

No terceiro capítulo são verificadas as modalidades de cessação do contrato de franquia, como o acordo mútuo, caducidade, denúncia e resolução. É feita uma análise individual de cada modalidade e suas características com o intuito de demonstrar em quais pontos pode ser verificada uma analogia à legislação prevista no contrato de agência.

Já no quarto capítulo, adentra-se nas problemáticas referentes ao tema da retomada de bens em *stock*, fazendo uma análise da tipificação no direito comparado em conjunto com o pensamento de parte da doutrina portuguesa. Com base nestes argumentos,

observa-se a questão referente à possibilidade da verificação de uma obrigação alternativa referente ao destino dos bens em *stock* após o término do contrato de franquia.

Uma análise similar é feita no quinto capítulo sobre o instituto da indenização da clientela, com base nas características dos contratos de agência e franquia dos contratos. Demonstra-se se é possível ou não uma analogia, verificando a legislação portuguesa no que diz respeito aos requisitos positivos e negativos para a observância deste instituto.

Já o último capítulo discute a possibilidade da inclusão de cláusulas de não concorrência, e em que termos isto seria possível, tudo com base na própria natureza do contrato de franquia, que parece a fonte mais confiável para a solução destes impasses apresentados. As questões discutidas nos últimos quatro capítulos pretendem elaborar uma síntese de algumas adversidades que são frequentemente discutidas pela doutrina, no sentido de demonstrar a importância que a fase pós-contratual possui nesta classe específica de contratos comerciais.

1 O CONTRATO DE FRANQUIA

1.1 HISTÓRICO

O crescimento populacional, associado ao capitalismo e às inovações tecnológicas, são os grandes responsáveis pelo surgimento da economia de massa.¹ Este novo modelo econômico exige uma demanda de bens e serviços em maior escala com o intuito de ampliar geograficamente o mercado. Devido a essa ampliação de mercados, o transporte passa a ser um ponto de interesse dos empresários, o objetivo é encontrar um modo de promover o escoamento dos bens a custos reduzidos. Os Estados Unidos, devido a suas dimensões continentais, é inovador ao elaborar formas menos onerosas de distribuição e encurtamento de distâncias. É neste contexto que, segundo Isabel Maria de Oliveira², em 1870, logo após a Guerra de Secessão, a empresa de máquinas de costura *Singer Sewing Machines Co.* instala uma rede de distribuição semelhante ao modelo de franquia atual. A adesão de outras grandes empresas a este modelo de rede se dá por volta de 1920, ocasião na qual a *General Motors* cria as suas primeiras concessionárias de veículos, e a *Coca-cola* passa a transferir não somente as vendas, mas o envasamento dos seus produtos aos integrantes da rede.

Contudo, não se pode afirmar que os Estados Unidos são pioneiros na criação da figura do contrato de franquia. A expressão *franchising*, segundo Vasconcelos³, vem de franco ou livre, caracterizando-se como um termo que remonta à Idade Média inglesa e que consiste, basicamente, na concessão de um privilégio. É prática comum dos possuidores de terra da época, com o objetivo de desenvolver as cidades, conceder certos benefícios dos quais são titulares para outros sujeitos, mediante pagamento. No entanto, mesmo com a concessão e o pagamento, o terceiro não pode agir de forma contrária aos desejos do proprietário e este ainda conserva sua hegemonia.

¹ DA ROSA, Alberto Lopes. **A evolução do contrato de franquia no direito brasileiro e soluções para um desequilíbrio congênito.** Disponível em: <https://www.academia.edu/6569748/A_EVOLU%C3%87%C3%83O_DO_CONTRATO_DE_FRANQUIA_EMPRESARIAL_NO_DIREITO_BRASILEIRO_E_SOLU%C3%87%C3%95ES_PARA_UM_DESEQUIL%C3%8DBRIO_CONG%C3%8ANITO> Acesso em 10 de mar de 2015.

² ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. **O contrato de franquia: *Franchising*.** Lisboa: o direito, 1991, p. 324-325.

³ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **O contrato de franquia: *Franchising*.** Coimbra: Almedina, 2010, p. 15.

Mesmo com uma fisionomia diversa da aplicada atualmente, a franquia surge na Europa e logo é suprimida pelas teorias inglesas liberalizantes. Mas, inegavelmente, é nos Estados Unidos, durante o século XIX, a ocasião em que a franquia volta a ocupar um papel de importante destaque na economia global. Maria de Fátima Ribeiro⁴ afirma que é durante a década de 1980 que o fenômeno do *franchising* se espalha pela Europa, impulsionado pela criação do mercado comum europeu caracterizado pela liberdade de circulação de fatores de produção. Contudo, como salienta a referida autora, não é constatada uma simples e pura transposição do modelo americano para o continente europeu. Os estados europeus adaptam a franquia para a sua realidade específica, por isso é comum a distinção feita por alguns autores entre a franquia americana e a franquia europeia⁵.

1.2. A FRANQUIA COMO UM CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Assim como o contrato de agência e o de concessão, o contrato de *franchising* é classificado como um contrato de distribuição. O surgimento dos contratos de distribuição se dá devido a uma necessidade de busca de novos mercados inspirados pelo surgimento da economia de massa. Segundo António Pinto Monteiro⁶, o surgimento desses contratos se dá pela necessidade de procurar novos mercados e um meio menos oneroso do que a figura da empresa. Casos em que o interesse do contratante não residiria no ato de entrega final do produto ao consumidor, e sim na atividade desenvolvida durante o ato de intermediação. São contratos que representam uma demonstração evidente da ligação entre o direito e a realidade econômica, o produtor deseja vender o seu produto, mas acha pouco rentável difundi-lo com seus próprios recursos⁷.

Outro motivo que impulsiona o desenvolvimento dos contratos de distribuição é a onerosidade que recai sobre a criação de uma nova filial ou sede distante dos centros de produção. Por meio dos contratos de distribuição é facultada às empresas a escolha de se

⁴ RIBEIRO, Maria de Fátima. **O contrato de *Franchising***. Lisboa: direito e Justiça, 2005, p. 79.

⁵ O termo franquia nos Estados Unidos tem uma acepção muito mais ampla do que na Europa, porque apresenta vários conceitos diversos entre si, muitas vezes considerando uma mera concessão de marca comercial ou um contrato de distribuição puro, como contratos de franquia (VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 33).

⁶ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina. 2002, p. 38.

⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia (*Franchising*)**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1984, p. 325.

servir de pessoas já estabelecidas nos novos mercados, evitando, dessa forma, despesas fixas como salários, despesas de organização etc.⁸ O contrato é, pois, uma forma de aproximar o produtor do processo distributivo.

Inicialmente, a autonomia dada aos colaboradores da empresa é feita de uma forma recuada, mais tímida e limitada, por meio dos contratos de comissão. O contrato de comissão, assim como o contrato de agência e franquia, até hoje é definido como contrato de dependência⁹, como afirma George Virassamy¹⁰. O contrato de *franchising* também possui esta dependência, como qualquer outro contrato de distribuição, mas concomitantemente se caracteriza como um contrato de distribuição relacional. Contratos de distribuição relacionais, segundo António Pinto Monteiro¹¹, são aqueles contratos em que se percebem relações duradouras e de estreita colaboração, o que aparentemente parece antagônico à característica geral de dependência cabível aos contratos de distribuição.

⁸ No que diz respeito à relação entre a franquia e o contrato de distribuição, Maria de Fátima Ribeiro afirma que a franquia não pode ser classificada essencialmente como uma operação de distribuição de mercadorias, mas antes uma operação de difusão de serviços adaptável a uma finalidade suplementar: a distribuição de produtos. Na franquia, assim como na concessão comercial, existem sujeitos que vendem produtos por seu próprio nome e conta, mas a concessão não se destina à produção de bens e prestação de serviços, como acontece com a franquia, Ela se destina exclusivamente ao escoamento. Enquanto no contrato de agência, o agente não chega nem a ostentar a marca do contratante, visto que muitas vezes ele representa os interesses de vários industriais (ver RIBEIRO, Maria de Fátima. *Op. Cit.*, p. 82-85). Pinto Monteiro sintetiza esse posicionamento ao afirmar que o contrato de agência se refere à “promoção” dos negócios, ao passo que a franquia e a comissão se tratam de contratos de distribuição propriamente ditos. A diferença central entre a franquia e a comissão é a ingerência da contraparte na atividade e no método de comercialização do contratado (Ver MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia (Franchising)**, p. 317-320). Já na Itália, o contrato de franquia (*affiliazione*) tem o mesmo ponto de partida do contrato de concessão de venda (*concessione di vendita*) e é classificado como um contrato de distribuição integrada (BORLOTTI, Fabio. **Il contratto di Franchising – la nuova legge sull’affiliazione commerciale**. Padova: SEDAM, 2004, p. 23).

⁹ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia (Franchising)**, p. 53 Os contratos de dependência são contratos que exigem uma estreita colaboração entre as partes, com laços que estabelecem uma relação duradoura e estável, nos quais se cria uma forte interdependência. Assim, qualquer ruptura provoca dificuldades de toda ordem, principalmente na necessidade de se encontrar um novo parceiro comercial ou na busca de uma nova alternativa à atividade desenvolvida.

¹⁰ VIRASSAMY, George. **Les contrats de dépendance**. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique. Paris: Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, 1986, p. 45.

¹¹ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição negocial**, p. 49.

1.3 A FRANQUIA COMO UM CONTRATO DE ADESÃO

A classificação do contrato de franquia como um contrato de adesão se justifica devido à grande desigualdade jurídica entre as partes, no caso o franqueador em relação ao franqueado. As cláusulas contratuais que este tipo contratual possui são denominadas pelo direito português como cláusulas contratuais gerais e são inicialmente introduzidas por meio do Decreto Lei n. 446/85, mais recentemente atualizado pelo Decreto Lei n.323/2001. As cláusulas contratuais gerais consistem em situações típicas do tráfego negocial de massas, em que as declarações negociais de uma das partes se caracterizam pela pré-elaboração, generalidade e rigidez, configurando-se em um tipo de impossibilidade fáctica de uma das partes exercer a sua liberdade de negociação¹². A falta de participação do aderente na elaboração das cláusulas e nas negociações, ou o seu afastamento nestes momentos, justifica o combate ao seu teor abusivo. Cabe ao legislador intervir neste momento para compensar essa falha e coibir eventuais abusos.

O surgimento deste tipo contratual, segundo Pinto Monteiro¹³, é uma das características mais marcantes do direito contratual contemporâneo e se trata de uma das modalidades contratuais mais importantes da vida económica moderna. O fato de as cláusulas serem previamente redigidas, aliadas com o fato de se endereçarem a um número indeterminado de pessoas, tudo feito com uma clara intenção uniformizadora, demonstram as características de generalidade, racionalização, celeridade e planejamento que este modo de formação contratual possui.¹⁴ A rigidez, junto com a generalidade, também são características importantes, porque além destas cláusulas se endereçarem a destinatários indeterminados, elas também devem ser acolhidas em bloco por quem as subscreve ou aceita, não sendo possível, neste caso, a modelação do seu conteúdo por parte do aderente. Não se exige, para tanto, que as cláusulas efetivamente tenham sido aplicadas de fato a uma série de negócios, bastando somente que tenham sido elaboradas

¹² LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. Vol.1. Coimbra: Almedina, 2013. p. 32-35.

¹³ MONTEIRO, António Pinto. **O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais**. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2002, p. 115-118.

¹⁴ O autor ainda complementa que o termo contrato *por adesão* não é muito utilizado pela melhor doutrina, e que prefere a expressão contratos *de adesão* ou meramente cláusulas contratuais gerais. Os contratos de adesão têm uma acepção mais ampla, porque podem incluir casos em que o requisito da generalidade não está presente.

com a pré-disposição de se endereçarem a uma generalidade de sujeitos, o mero propósito de utilização plural já basta para a caracterização do tipo.

As referidas cláusulas surgem como um instrumento à sombra da liberdade contratual¹⁵. Numa perspectiva jurídica, ninguém, em tese, é obrigado a aderir a esquemas negociais, e fazendo-o, deve assumir todas as consequências do seu consentimento. Contudo, a prática pode demonstrar situações em que, se esta premissa for observada à risca, são verificados diversos tipos de abuso nos casos nos quais a desigualdade entre as partes (seja ela jurídica ou científica) for acentuada, ou até em casos de oligopólios, monopólios ou qualquer outra forma de concentração de empresa.¹⁶

No entanto, não parece adequado adotar uma visão restritiva da proteção que o legislador concede aos contratos celebrados por adesão, eles não devem se restringir tão somente às relações entre empresas e consumidores. O regime das cláusulas contratuais gerais, segundo Pinto Monteiro¹⁷, não se restringe às relações de consumo. Apesar de se perceber que a necessidade de proteção destes tipos é mais acentuada que nos outros casos, o fenómeno discutido é muito mais amplo. O legislador português, atento a tal necessidade, estabelece no art. 17 da LCCG que as relações entre empresários também estão tuteladas pelo Decreto Lei das cláusulas contratuais gerais.¹⁸ Os artigos 18 e 19 vão além ao elencar as cláusulas absolutamente e relativamente proibidas nas relações entre empresários. A justificativa para estas modalidades é a tentativa de vedar graves desequilíbrios contratuais no conteúdo das cláusulas contratuais gerais como, por exemplo, a vedação, presente no art. 18, de se atribuir exclusivamente a uma das partes a faculdade exclusiva de interpretação das cláusulas do contrato celebrado. Contudo, não se trata de uma norma taxativa, nada impede que o juiz no caso concreto adote outra proibição, fundado no princípio da boa-fé, situação que obviamente depende das

¹⁵ SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 164-165.

¹⁶ Apesar dos pontos críticos, António Cordeiro afirma que as cláusulas contratuais gerais são necessárias porque a realização efetiva das negociações pré-contratuais em todos os contratos, particularmente em contratos realizados com consumidores, representa um retrocesso na atividade jurídica econômica geral. Geralmente estas cláusulas cobrem com minúcia todos os aspectos contratuais, incluindo a determinação da lei aplicável e foro competente na apreciação de litígios, não deixando espaços para eventuais lacunas, o que garante a celeridade do processo de negociação (Ver CORDEIRO, António Menezes, **Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 20012, p. 576-578).

¹⁷ MONTEIRO, António Pinto. **O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais**, p. 118.

¹⁸ Nada mais adequado à realidade econômica portuguesa, pois não são poucas as grandes empresas que adotam esta modalidade de formação contratual com pequenos empresários. A ausência de tutela a estes últimos se configura numa grande desigualdade.

circunstâncias e só se aplica no caso em questão. Toda esta manobra se demonstra possível graças ao Código Civil vigente, que consagra o princípio da boa-fé em suas múltiplas dimensões, como um instrumento que habilita os tribunais a efetuar intervenções relativas ao conteúdo dos contratos¹⁹.

Após a exposição de todas estas características dos contratos com cláusulas contratuais gerais, facilmente se percebe que o contrato de franquia, no caso concreto, pode se adequar nesta modalidade. Este tipo de contrato tem sofrido uma evolução, o que a princípio é mera autorização para o uso de marcas, atualmente se configura como uma grande implicação de investimentos e publicidade suportados pelo franqueador e, devido a isto, a sua ingerência na atividade desenvolvida pelo franqueado tem se demonstrado cada vez mais intensa. O contrato de franquia atualmente tem enriquecido com elementos próprios da distribuição de bens e serviços, o que aumenta sua complexidade e, conseqüentemente, o interesse do franqueador de descrever minuciosamente o seu conteúdo. Em decorrência deste processo evolutivo, não é raro encontrar cláusulas contratuais gerais no teor dos contratos de franquia, só que neste caso a desigualdade entre as partes assume um caráter interessante, porque embora o franqueado seja economicamente subordinado ao franqueador, ele goza de autonomia, não se podendo aplicar o regime referente ao consumidor, por exemplo, já que se trata de um contrato entre profissionais. Desta forma, a LCCG se demonstra como o documento hábil para os tribunais controlarem as cláusulas injustas.

A natureza mista do contrato de franquia, além da sua atipicidade em Portugal, claramente ocasiona problemas de interpretação contratual. Esta situação permite que o juiz no caso concreto faça uso da legislação de diversos tipos de contrato, incluindo os contratos de adesão. Na integração das cláusulas contratuais gerais, em situações de conflito de interesses, geralmente se adota o princípio do *in dubio contra stipulorem*, mas isto não significa dizer que o princípio da proporcionalidade está totalmente afastado das demandas que envolvem contratos de adesão. Na contraposição de interesses igualmente legítimos, está reservado um lugar de destaque para o princípio da proporcionalidade, que deve ser aplicado caso a caso, fazendo uma comparação de vantagens, custos,

¹⁹ SÁ, Almeno de. *Op. Cit.*, p.166.

compensações e riscos²⁰. Segundo Almeno de Sá²¹, o que se deve levar em causa nestes casos é se o utilizador, ao elaborar as cláusulas, procura levar a cabo exclusivamente os seus próprios interesses, sem tomar em consideração, ainda que de uma forma minimamente razoável, os interesses da contraparte. Este posicionamento aparentemente se encontra em harmonia com o posicionamento dos tribunais, que afirmam que a tutela referente às modalidades de cláusulas estudadas deve ser analisada em conjunto com as características dos contratos em que se inserem, para que se elabore uma decisão mais próxima da razoabilidade.²²

1.4 AS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO

O contrato de franquia representa o contrato de distribuição com mais elevado grau de integração entre o distribuidor e o novo integrante da rede. Por outro lado, esta estreita cooperação entre as partes é submetida a um intenso controle por parte do proprietário da *brand*. O autor António Pinto Monteiro²³ vem reforçar esta característica ao citar a obra de Friedrich Kessler, Grant Gilmore e Anthony T. Kronman.²⁴ Estes autores americanos afirmam que a dependência a que o franqueado é submetido no contrato de *franchising*, assim como a forte integração que ele, o franqueado, tem com a rede, tornam tal contrato uma espécie de “novo feudalismo”. É justamente neste ponto que se verifica a diferença entre o teor do contrato de franquia e de distribuição, porque o seu conteúdo também inclui outros tipos de obrigação, como a assistência técnica, a prestação

²⁰ O Superior Tribunal de Justiça do Brasil AgRg no AREsp 563993/GO de 2015, com a Ministra Maria Isabel Galloti como relatora, faz uso dessa proporcionalidade ao decidir que a cláusula de eleição de foro no contrato de franquia é válida, a princípio, e que a hipossuficiência e a dificuldade de acesso à justiça devem ser demonstradas no caso concreto, caso se almeje uma alteração. Tal posição é harmônica com o pensamento de comparação de vantagens e custos defendido pela doutrina. Não é adequado atribuir um caráter exclusivamente protetivo ao franqueado devido à própria natureza do contrato de franquia, a ponderação do caso concreto é essencial.

²¹ SÁ, Almeno de. *Op.Cit.*, p. 262.

²² O acórdão RC DE 02.11.2004 – Custódio Costa – Proc. 735/04 – CJ, Ref: 8019/2004 defende uma posição semelhante a do autor Almeno de Sá, porque considera que na interpretação das cláusulas contratuais gerais nos contratos de franquia, deve-se atender ao contexto em que os fatos se inserem, como também às características do tipo contratual. O caso em questão afirma que as cláusulas de não transferência de direitos a terceiros, de exclusividade territorial e os prazos de aceitação e rejeição do contrato devem ser analisadas de acordo com as características do contrato de franquia, para se constatar se efetivamente existe abuso.

²³ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição negocial**, p. 119.

²⁴ KESSLER, Friedrich; GILMORE, Grant; KRONMAN, Anthony T. **Contracts**. Cases and Materials. Boston: Toronto, 1986, p. 634 e ss.

de serviços, além de envolver estratégias de *marketing*, *engineering* e *management*²⁵. A causa típica do contrato é a máxima penetração do mercado por meio de uma cadeia distributiva, em uma atividade de difusão de bens e serviços de um determinado tipo.²⁶

Trata-se de um contrato misto e complexo²⁷, porque engloba prestações de índole muito diversa dos contratos de compra e venda mercantil, de distribuição e de transferência de tecnologia (licença de patente, *know-how* e assistência técnica). Justamente por se tratar de um contrato autônomo e complexo, não há como se falar da cessão da marca ou prestação de serviços de forma isolada²⁸. Todo o conjunto de atividades deve ser analisado, sem que nenhuma atividade tenha preponderância sobre a outra. Caso se permita uma primazia nesta análise, pode-se correr o risco de transformar a franquia em outro contrato, descaracterizando o tipo.²⁹ O diferencial do contrato de franquia, segundo Cordeiro³⁰, reside na natureza essencial do seu conteúdo. Na tripartição clássica entre as prestações de *dare*, *facere e pati*, o contrato de franquia está incluído na última opção, porque cabe ao franqueado suportar a ingerência do franqueador na execução da atividade. Para o autor, o ponto que garante este diferencial é a possibilidade de o franqueado poder utilizar o nome, a marca e as insígnias do franqueador, mediante pagamento.³¹

²⁵ Como destaca Alberto Lopes da Rosa, trata-se de uma espécie de contrato mais especializado. O *engineering* corresponde ao plano e especificações gerais elaborados pelo franqueador, relacionados ao prédio em que o franqueado exerce sua atividade, por exemplo; o *management* diz respeito ao adestramento do pessoal, bem como à organização contábil e administrativa; e o *marketing* se relaciona com os métodos de comercialização, estudo de mercado e publicidade uniforme (Ver DA ROSA, Alberto Lopes. *Op. Cit.*, p. 9).

²⁶ D'ANDREA, Silvio. **Contratti d'impresa : aspetti fiscali e civilistici: manuale**. Milano: IPSOA, Gruppo Wolters Kluwer, 2014, p. 622-624.

²⁷ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. **Contratos de colaboración em el comercio internacional, intermediación, agencia, distribución, transferencia de tecnología, franquicia, joint-venture, agrupaciones**. Barcelona: Bosh, 2004, p. 260.

²⁸ Ver decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, REsp 403.799, julgado em 19/02/2004, DJ 26/04/2004, Relator Ministro Franciulli Netto, que também considera o contrato de franquia como um contrato complexo.

²⁹ Conforme exemplifica Alberto Lopes da Rosa, caso se permita a preeminência à prestação de serviços face à cessão de marcas, transfigura-se o contrato de franquia em contrato de prestação de serviços, ao mesmo tempo em que, ao permitir a primazia da cessão de marca à prestação de serviços, se está diante de um contrato de locação e não de franquia (Ver DA ROSA, Alberto Lopes. *Op. Cit.*, p. 9).

³⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Do contrato de franquia (Franchising)**. Da autonomia privada *versus* a tipicidade negocial. ROA, 1988, p. 73.

³¹ O *oggeto immediato* é a concessão (em troca de uma contraprestação) da possibilidade de o franqueado poder desfrutar, de uma forma continuativa, de direito de marcas, insígnias, *know-how* e licença de direitos da franquia. Já o *oggeto mediato* pode ser um bem, material ou imaterial, ou um serviço a comercializar (D'Andrea, Silvio. *Op. Cit.*, p. 624).

Além dos motivos relacionados à expansão dos mercados a custos menores que os da produção, também se pode claramente afirmar que o crescimento da publicidade é um dos fatores fundamentais para a criação de um mercado mais competitivo e interessante para a instalação do modelo da franquia. António Menezes Cordeiro³² atribui o sucesso da franquia a três fatores: a crescente publicidade televisiva, que permite a difusão das marcas; a crescente mobilidade dos consumidores; e o aumento dos rendimentos. Segundo Marisa Amoroso³³, este novo fluxo de informação torna o consumidor, num âmbito global, mais informado a respeito da oferta e da procura dos produtos. Em resposta a essa questão, percebe-se uma estratégia de defesa por parte do mercado: um forte investimento no vigor das *brands*.³⁴ A marca é um elemento indispensável ao *franchising*, pois desperta nos empresários a vontade de se afiliar, além de promover o efeito rede nas relações entre os contratantes³⁵.

³² CORDEIRO, António Menezes. **Do contrato de franquia (*Franchising*)**. Da autonomia privada *versus* a tipicidade negocial, p. 68.

³³ AMOROSO, Marisa. Il *Franchising* e le strategie di Brand. **Sinergie Journal**, 2012, p. 2. Disponível em: <www.sinergiejournal.it> Acesso em 10 de mar de 2014.

³⁴ As marcas, assim como outros sinais distintivos, embora sejam consideradas “coisas” ou bens susceptíveis de constituir objeto de direito de propriedade, em sentido funcional são bem diversas das coisas e dos bens, porque o *merecimento* da respectiva tutela não assenta nos mesmos pressupostos. (SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. **A monopolização da concorrência e (re-)emergência da tutela da marca**. Coimbra: Almedina, 2007, p.722).

³⁵ Segundo Luís Gonçalves, a marca se torna necessária na medida em que a economia se configura em uma produção relativamente homogênea, derivada da uniformidade da produção em série. Neste contexto, torna-se indispensável a diferenciação dos sinais distintivos, no intuito de identificar a origem de um determinado produto além de prevenir a confusão com produtos similares (Ver GONÇALVES, Luís M. Couto. **A função distintiva da marca**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 25-26). No entanto, atualmente se discute a respeito da função distintiva da marca, abordando a possibilidade de a função clássica de meramente assegurar a identificação de um determinado produto ser alargada para uma função de constância qualitativa. Para Manuel Nogueira, o princípio da verdade da marca em nada tem a ver com a tutela de consumidores, e devido a isto não se pode afirmar que a marca se configura como uma garantia de qualidade de um determinado produto ou serviço (SERENS, M. Nogueira. **A “vulgarização” da marca na directiva 89/104/CEE, de 21 de dezembro de 1988**: ID EST, no nosso direito futuro. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1995, p. 94). Ao abordar o assunto, Luís Gonçalves afirma que, à primeira vista, atribuir à marca a garantia de qualidade de um produto faz ruir toda a base do direito das marcas, que prioritariamente defende a figura do empresário (GONÇALVES, Luís M. Couto, *Op.Cit.*, p. 28). Em sentido contrário se posiciona Murizio Ammendola, que defende que marca, atualmente, não se trata meramente de uma indicação de proveniência de um produto, mas de uma garantia de constância qualitativa (AMMENDOLA, Maurizio. **Licenza di marchio e tutela dell'avviamento**. Padova: CEDAM, 1984). Jorge Abreu também defende esta função qualitativa, mas não em sentido estrito, somente são consideradas ilícitas alterações que diminuam a qualidade de modo a conduzir o consumidor a erro. É uma função autônoma à função clássica de indicação da origem. O autor sustenta seu pensamento no argumento de que a função básica de indicação da origem não pode ser confundida com a função distintiva das marcas, porque aquela é apenas uma parte, nem sempre presente, desta. Os casos de marcas coletivas de certificação previstas no art. 230 do Código de Propriedade Industrial se configura em um exemplo, de segundo o autor, escapa à regra geral da função distintiva da marca residir na indicação da origem do produto ou serviço (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 358-362).

O que facilmente se percebe após a análise dos posicionamentos supracitados é que o objetivo do contrato de franquia não é meramente o escoamento de produtos, o que o franqueado visa é tirar proveito da notoriedade da marca e dos “ingredientes”³⁶ do sucesso da comercialização, tudo isso realizado com a organização econômica em forma de rede e uma aparência de distribuição uniforme e direta³⁷. O fator atrativo é a possibilidade de se obter uma espécie de serviço de organização de empresa com uma conjugação de contratos empresariais.³⁸ A união dos contratos de cessão do uso da marca³⁹, denominação comercial, modelo de utilidade e *design, know-how*, é definida por Ana Dassi⁴⁰ e pelo *Codice della Federazione Italiana del Franchising*⁴¹ como *pachetto di probabilità di successo*, e se constitui como o principal fator de atração para a adoção desta modalidade comercial. Diz respeito ao direito de utilizar um sistema de colaboração, uma rede produtiva e distributiva, baseada em um sistema de cooperação, promovendo uma inclusão com a quebra de obstáculos de entrada, também denominada como quebra da barreira de entrada nos novos mercados.

O fator de atração basicamente consiste na possibilidade de o empresário expandir seu negócio, já dotado de notoriedade pelos consumidores, sem ter que abrir mão de grandes investimentos para tal. Os benefícios também alcançariam a outra parte contratual, que poderia executar uma atividade econômica já dotada de visibilidade por parte dos consumidores, sem ter que necessariamente possuir experiência no ramo.⁴²

³⁶ RIBEIRO, Maria Fátima. *Op. Cit.*, p. 78.

³⁷ Ana Dassi inclui a publicidade homogênea como uma manifestação da obrigação do franqueador de integrar o franqueado na rede. A transmissão das marcas e insígnias é inerente à própria estrutura do contrato neste sentido (Ver DASSI, Ana. **Il contratto di Franchising**, Padova: SEDAM, 2006, p. 28).

³⁸ A atividade empresarial não se organiza facilmente, conforme afirma Fábio Coelho. Empresários sem experiência podem sofrer graves prejuízos se não contarem com aptidão e orientação. Neste contexto, surgem os serviços de organização de empresas, prestados por profissionais que visam suprir essas deficiências. O contrato de franquia é um dos serviços mais eficientes neste sentido, porque se configura em uma conjugação de contratos tipicamente empresariais, como a licença de marca e a prestação de serviços de organização da empresa. A ingerência do franqueador neste caso é extremamente benéfica, sendo uma forma de participação no aviamento (COELHO, Fábio Ulhôa, **Manual de Direito Comercial**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127).

³⁹ Maria de Fátima Ribeiro defende que a cessão da licença da marca é o sinal distintivo que permite ao franqueado angariar a clientela, e que este fato, por si só, justifica a exigência do pagamento dos *royalties* (RIBEIRO, Maria de Fátima. *Op. Cit.*, p. 105).

⁴⁰ DASSI, Ana. *Op. Cit.*, p. 37.

⁴¹ Disponível em: <http://www.fif-Franchising.it/codice-deontologico.html>. Acesso em 03 de mar. de 2015.

⁴² Além desta vantagem, Enrique Guardiola Sacarrera acrescenta que, no caso de adoção das franquias internacionais, os custos com a conversão da moeda são reduzidos, porque o contratado se autofinancia. Tal característica diminui drasticamente o risco e as restrições que o franqueador teria se tivesse que meramente escolher um investidor internacional, além de permitir ao contratante um maior conhecimento do mercado em que vai se inserir por meio do intercâmbio de informações entre as partes, que se constitui no que o autor define como *factor de inovación permanente*. Esta figura contribui para um processo de diversificação e formação de novos comerciantes (Ver GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Op. Cit.*, p.

Além disso, existem benefícios claros aos consumidores e ao mercado com o aumento considerável dos serviços prestados. É uma escolha comum na estratégia de expansão das empresas, já que os gastos são mais moderados e basicamente focados em processos de seleção e recrutamento. Essa vultuosa diminuição dos custos de expansão até hoje se configura como uma característica que atrai novos contratantes, sendo uma das maiores vantagens de quem adota o contrato de *franchising*.

A atração que a marca ou insígnia exerce perante os consumidores não atua de forma isolada. O conhecimento, também definido como *know-how*, *formula di vendita* ou saber-fazer, também representa um dos elementos essenciais do contrato de franquia. Sem ele não tem existir tal modalidade contratual, sendo considerado o núcleo da franquia. O autor Alexandre Libório Dias Pereira⁴³ corrobora essa ideia ao afirmar que a franquia é composta de direitos sobre coisas incorpóreas e de saber-fazer, sendo o seu nexo funcional explorado como um sistema mercantil. Este saber-fazer deve ser identificável e decorre da experiência de franqueador, não podendo ser meramente teórico e proveniente de um domínio no processo.⁴⁴ Ele se constitui no patrimônio de *conoscenze pratiche*⁴⁵ e deve ser secreto, substancial, decorrente da experiência do contratante e individualizado. O *know-how* a ser transmitido é aquele que permite que a marca conquiste notoriedade, incluindo conhecimentos sobre apresentações de produtos, métodos de negociação com clientes e fornecedores, bem como sobre gestão financeira.

A definição do saber-fazer como um pacote de informações práticas resultantes da experiência do fornecedor, que deve ser secreto, substancial, identificável e transmissível, encontra-se prevista no Regulamento n.2790/1999 no art.1, al. f) e também é adotada pela legislação italiana na Legge 6 maggio n.219 de 2004⁴⁶. O termo

272). No entanto, Scott Shane elenca algumas situações recorrentes nos Estados Unidos em que as partes do contrato podem entrar em conflito. Um exemplo é a respeito dos *coupons boost sales*, que beneficiam o *franchisor* e não necessariamente o *franchisee*. Além disto, o autor aponta o problema da *innovation challenge*, ou seja, a dificuldade de inovação quando se adota um contrato de franquia, que exige uma espécie de negociação e convencimento no momento da instalação de uma nova ideia, situação que não acontece caso o *franchisor* esteja empreendendo sozinho (Ver SHANE, Scott. **The pros and cons of Franchising your business**. Disponível em: <<http://www.entrepreneur.com/article/226489>>, acesso em 14 de jun de 2015).

⁴³ PEREIRA, Alexandre Dias. **Da franquia de empresa: Franchising**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 255.

⁴⁴ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia (Franchising)**, p. 346.

⁴⁵ D'ANDREA, Silvio. *Op.Cit.*, p. 623.

⁴⁶ O contrato de franquia na Itália é típico, regulado pela Legge 6 maggio n.129 de 2004 como um contrato bilateral que coloca à disposição de um direito de propriedade industrial, mediante pagamento, em contrapartida da concessão deste direito de *fornitura dei servizi*. Além disto, a lei italiana exige a comprovação de uma rede pré-constituída, experimentada no mercado, para que o contrato se enquadre como franquia. Também classifica a franquia em três tipos: *produzione-industriale, distribuizione e servizi*.

transmissível visa evitar a colocação de características pessoais do contratante no conteúdo do saber-fazer da franquia, no entanto, isso não significa dizer que este deve ser cristalizado e imutável. Pelo contrário, o *know-how* deve ser dinâmico, no intuito de acompanhar as exigências do mercado e se adaptar com velocidade às possíveis variações econômicas. Neste sentido, a assistência técnica, de acordo com Pinto Monteiro⁴⁷, é um complemento da comunicação do saber-fazer, um auxílio que ajuda na interiorização deste *know-how*⁴⁸, justificando o fato de a assistência também ser vista como elemento essencial do contrato de franquia.

Com base nas características expostas e seguindo o entendimento de Vasconcelos⁴⁹, o contrato de franquia consiste na reunião dos seguintes elementos: transmissão de *know-how*; concessão de licença de marca e/ou direito de uso de outros sinais distintivos; prestação de assistência técnica do franqueador e do franqueado; controle da atividade do franqueado pelo franqueador e prestações pecuniárias do franqueado para o franqueador. Maria de Fátima Ribeiro⁵⁰ afirma que o que garante à franquia uma imagem pouco habitual de negócio é justamente a aparência de unidade que

Fabio Borlotti critica a nova lei por achar que a mesma restringe bastante o âmbito da aplicação, excluindo vários tipos de franquia, o que causa perplexidade, porque se o intuito é tutelar os direitos dos franqueados, não há justificativa para se excluir os casos nos quais não se constate pagamento dos *royalties* nem transmissão de *know-how* específico. Tal rigidez acaba por influenciar, na prática, uma evasão desta modalidade contratual, as partes preferem adotar contratos com características vizinhas, no intuito de burlar as restrições impostas pela lei (BORLOTTI, Fabio. *Op. Cit.*, p. 38).

⁴⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia (*Franchising*)**, p. 342.

⁴⁸ Em Moçambique, constata-se um leve conflito entre as legislações que tratam sobre o contrato de franquia, no sentido de considerar (ou não) a assistência técnica como um integrante essencial no feixe de obrigações que o contrato de franquia possui. A lei n.3/93 de 24 de junho, mais conhecida como Lei dos Investimentos, define contrato de franquia no art.1, i) e, curiosamente, não exige a prestação de assistência técnica para que o contrato seja classificado como tal:

Art. 1. i) “*Franchising*” (ou franquia) – modalidade de contrato comercial através da qual o detentor (“*franchisor*” ou licenciador) de um dado “*Know-how*”, marca, sigla ou símbolo comercial os cede, no todo ou em parte, a outrem e em regime de exclusividade, com ou sem a garantia da respectiva assistência técnica e serviços de comercialização, obrigando-se o “*franchisee*” (ou licenciado) à realização dos investimentos necessários, ao pagamento de remuneração periódica e à aceitação do controlo do “*franchisor*” sobre a sua atividade comercial.

No entanto, o art. 632 do Código Comercial de Moçambique, faz referência expressa à figura da assistência técnica como um elemento tão importante quanto o saber-fazer:

Artigo 632 (Noção) Contrato de franquia ou “*Franchising*” é aquele pelo qual uma das partes, o franqueador, mediante retribuição direta ou indireta, concede à outra, o franqueado, em certa zona e de modo estável, o direito de, segundo o seu saber-fazer e com a sua assistência técnica, produzir ou vender determinados bens ou serviços sob a sua imagem empresarial, sujeitando-se ao seu controle.

Desta forma, entende-se que a ausência da assistência técnica na Lei de Investimentos se trata de um descuido do legislador, já que a tipificação do contrato pelo Código Comercial de Moçambique expressamente considera a assistência técnica como elemento essencial do tipo.

⁴⁹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 30.

⁵⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima. *Op. Cit.*, p. 79.

esta possui, como se todos os estabelecimentos franqueados fossem de propriedade de um único titular.

É justamente nesse ponto que reside a especificidade do contrato de franquia, já que cada estabelecimento em questão é de titularidade de um empresário diferente, que assume total responsabilidade individual pelo estabelecimento. O controle por parte do franqueador, no caso, não se trata de um direito, mas de um dever, não só em virtude da satisfação de interesse próprio, mas também devido ao interesse de todos os integrantes da rede⁵¹. É uma forma de controlar o processo distributivo sem ter que arcar com todos os custos, uma configuração muito flexível a todas as realidades de mercado. Os espaços para exercer a livre iniciativa são limitados, porém, a franquia propõe uma clara redução dos riscos financeiros por meio de um processo de intensa colaboração.⁵²

1.5 CONCEITUAÇÃO

Mesmo após a exposição sobre o surgimento e as características do contrato de franquia, a sua conceituação não se torna uma tarefa fácil, principalmente devido à ausência, em vários países, de uma legislação sobre o tema.⁵³ É verdade que a atividade

⁵¹ No entanto, este controle não pode representar uma ameaça na autonomia das partes, sob pena de requalificação do contrato de franquia em um contrato de trabalho (no caso de uma pessoa singular) ou uma participação societária (no caso de uma pessoa jurídica).

⁵² É neste contexto que se define o franqueador como um porto seguro ou *bisogno di sicurezza* (Ver AMOROSO, Marisa. **Manuale di Franchising**. Rimini: Maggioli, 1996, p. 77).

⁵³ A legislação italiana se diferencia neste sentido com a Legge 6 maggio n.219/2004, na qual o contrato de franquia é chamado de contrato de *affiliazione*, que significa filiação, no sentido de que a franqueador é a *madre e la matrice*. O vínculo entre as partes não é meramente societário, está mais relacionado com a imagem da empresa que integra o que a que Ana Dassi chama de *famiglia* (Ver DASSI, Ana, *Op. Cit.*, p. 3). O *franchisee* se despe da sua própria identidade para assumir a identidade da sua *casa madre*. A primeira empresa de franquia na Itália nos moldes atuais é a *Gama d.i.* e oferece uma *licenza di magazzino a prezzo unico*. O sistema de franquia é exclusivamente a única modalidade utilizada pelas empresas de moda italianas nos seus projetos de expansão, trata-se de uma característica muito peculiar da economia do país. Já em Angola, o contrato de franquia também é típico, por meio da Lei 18/03, que além de defini-lo no seu art.37.1, também traz em seu bojo a classificação da franquia, a obrigatoriedade da forma escrita, além de elencar as obrigações do franqueador e do franqueado. Mas no que diz respeito ao contrato de franquia, a legislação angolana assim o define:

Art. 37.1. *Franchising* é o contrato pelo qual uma pessoa, singular ou coletiva (o *franchisor* ou licenciador) concede a outrem (o *franchisado* ou licenciado), mediante contrapartidas, a comercialização dos seus bens ou serviços, através da utilização da marca e demais sinais distintivos do *franchisor* e conforme o plano, método e diretrizes prescritas por ele.

Macau tipificou o contrato de franquia no rol dos contratos comerciais elencados e pelo seu Código Comercial, trazendo no seu art. 679 a definição de contrato de franquia, enfatizando o caráter duradouro e estável que o contrato possui:

Art. 679. Contrato de franquia é aquele pelo qual uma das partes, mediante uma retribuição direta ou indireta, concede à outra, em certa zona e de modo estável, o direito de, segundo o seu saber-fazer e com a

empresarial demanda uma grande engenhosidade por parte dos seus agentes na atuação do mercado, por isso o direito empresarial tem uma origem baseada em costumes e práticas. Com base neste preceito, os fenômenos do direito comercial surgem em razão da prática, ou seja, muito raramente o jurista irá se antecipar ao empresário. A prática empresarial cria o fenômeno, e o direito posteriormente o modela com o objetivo de equilibrar os interesses do mercado com os interesses sociais.⁵⁴ Assim, não é fácil encontrar contratos atípicos, porém socialmente típicos. Até mesmo nos Estados Unidos, onde ocorreu o renascimento da figura contratual do *franchising*, não existe nenhuma definição legislativa federal específica sobre o assunto. O que de fato existe é um conjunto de disposições estaduais acerca do tema, feitas por instrumentos como o “New Jersey Franchise Practices Act”⁵⁵ e o “Washington Franchise Investment”⁵⁶.

O legislador europeu, nestes casos, pode optar por regular ou não regular os contratos, só que curiosamente no caso da franquia, um contrato atípico, porém socialmente típico, isso não é feito. O regulamento 4087/88 (CEE) dá nome ao contrato, identifica suas partes como franqueador e franqueado e traça um conceito de franquia unicamente para identificar quais modalidades se adequam ou não à isenção de categoria do art. 81 n.3 do Tratado de Roma. Ele não inclui a modalidade industrial da franquia, e a define como a união dos seguintes elementos: concessão de licença de exploração de direitos intelectuais com vista à atividade empresarial, a existência de contraprestações

sua assistência técnica, produzir e ou vender determinados bens ou serviços sob a sua imagem empresarial, sujeitando-se ao seu controle.

Em Moçambique, no art. 632 do Código Comercial que define o contrato de franquia, verifica-se o uso da expressão direta e indireta para definir a retribuição cabível ao contrato, além de expressamente atentar para o controle que o franqueador pode exercer sobre o franqueado.

No Brasil, o contrato é descrito por meio do art.2 da Lei n.8.955/94:

Art. 2º - Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

A promulgação da lei brasileira veio como resposta ao grande crescimento do contrato de franquia na década de 90 no Brasil, com o intuito de garantir os direitos dos futuros franqueados, especialmente no que tange à parte pré-contratual. A lei não exaure todos os direitos e deveres das partes. Devido a isto, parte da doutrina considera que o contrato continua atípico na legislação brasileira, devido à falta de profundidade que a lei confere ao tema (COELHO, Fábio Ulhôa, *Op. Cit.*, p. 127). O contrato de franquia também deve ser registrado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI - <http://www.inpi.gov.br/portal/>), por exigência do art. 211 da Lei de Propriedade Industrial n. 9279/96. Mas não se trata propriamente de um requisito de eficácia do ato entre as partes, apenas se exige tal registro para que o ato seja oponível a terceiros, em especial ao fisco e às autoridades monetárias. Sem o devido registro não se permite a dedução fiscal dos *royalties* nem a remessa de valores para o exterior.

⁵⁴ Ver DA ROSA, Alberto Lopes, *Op. Cit.*, p.11.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.jmfnylaw.com/assets/attachments/16.pdf>> Acesso em 15 de mar de 2014.

⁵⁶ Disponível em: <<http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=19.100>> Acesso em 15 de mar de 2014.

relacionadas com esta concessão, obrigação do uso de uma designação ou insígnia comum, obrigação de apresentação uniforme das instalações, comunicação do saber-fazer e assistência técnica durante a vigência do contrato. Em outras palavras, ainda que no âmbito restrito da concorrência comunitária, o contrato de franquia alcança alguma regulamentação legal, no entanto, ele ainda é considerado um contrato atípico, porque esta definição não o esgota. Os elementos desta modalidade contratual são retirados da vida comercial, na linha do que é exposto pelo regulamento 4087/88.

Outra definição também de relevante importância é a feita pelo Acórdão Pronuptia de 28 de Janeiro de 1986 do Tribunal das Comunidades. A autora Isabel Maria de Oliveira⁵⁷ afirma que referido acórdão define o contrato de franquia como uma forma de explorar financeiramente um conjunto de conhecimentos sem investir capital próprio; além disso, o referido tribunal também reputa essencial a assistência técnica prestada pelo franqueador, assim como a concessão da licença de exploração de direitos da propriedade industrial.

Neste sentido, os chamados códigos deontológicos de franquia⁵⁸, apesar de não serem dotados de efeito *erga omnes*, vêm exercer um papel fundamental na conceituação da modalidade. A Associação Portuguesa de Franchising, assim como o Código de Deontologia Europeia da Franquia, adotam o modelo da Federation Française de Franchisage, ao exigir que o contrato de franquia deve promover a transmissão dos sinais e dos usos distintivos de comércio do franqueador, com transmissão do saber-fazer e com colocação de um conjunto de serviços de tecnologia à disposição do franqueado. No entanto, a ausência de uma legislação uniforme com força normativa ocasiona diversos problemas referentes à proteção do franqueado e referentes à publicidade enganosa.⁵⁹

⁵⁷ ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 33.

⁵⁸ A Internacional Franchise Association (IFA - <http://www.franchise.org/>) afirma que a franquia consiste em um contrato em que uma parte deve ter interesse no desenvolvimento do negócio da outra, no qual o franqueado se autofinancia e utiliza as marcas ou métodos que identifiquem o grupo em que se insere. Já a British *Franchising* Association (BFA - <https://www.thebfa.org/>) define a franquia como a permissão de desenvolvimento de negócio com um controle direto sobre a atividade, com a obrigação de prestar assistência técnica, mediante um pagamento periódico entre as partes que são dotadas de autonomia. Por fim, a Federation Française de la Franchisage (FFF - <http://www.franchise-fff.com/>) a define como uma colaboração de empresas, com uso de sinais distintivos e saber-fazer desenvolvido pela experiência do franqueador, com a colocação à disposição do franqueado de um conjunto de produtos e serviços em troca de uma contrapartida financeira. É o conceito adotado pela Associação Portuguesa de Franquia ([APF - http://www.apf.org.pt/](http://www.apf.org.pt/)).

⁵⁹ Fabio Coelho faz uma ressalva importante no que diz respeito à publicidade enganosa. Afirma que somente em anúncios de formato bastante simples não se vislumbra nenhum apelo fantasioso. Ou seja, a publicidade é em sua grande medida fantasiosa, e visa mobilizar as emoções dos espectadores. O consumidor, no caso da propaganda enganosa, deve ser capacitado pela sua experiência de vida a discernir

Além de atípico⁶⁰, António Pinto Monteiro⁶¹ também classifica o contrato de *franchising* como um contrato misto, porque no seu conteúdo observam-se elementos de contratos de gestão de direitos alheios e de licença de exploração de direitos da propriedade industrial. Já no que tange à classificação geral dos contratos, Oliveira⁶² define o contrato de franquia como um contrato não formal, não real, inominado, oneroso, obrigacional, sinalagmático, de execução permanente e de adesão.

1.5.1 CONCEITUAÇÃO EM PORTUGAL

Segundo Cavaleiro Machado⁶³, o contrato de franquia em Portugal vem assumindo uma grande relevância explicada pelo grau de abertura da economia nacional e o correspondente interesse demonstrado pelos mais diversos setores de atividade no mercado. Em 2003, há mais de uma década, o volume de negócios desta modalidade contratual já havia ultrapassado os 2% do PIB do país. O 9º censo de *franchising*, datado de 2004, já aponta o grandioso número de 59.992 empregos gerados direta ou indiretamente pelo contrato de franquia. Este sucesso é explicado por Modesto Bésocos⁶⁴ pela definição de franquia como uma forma de invadir mercados, além de se configurar em uma demanda durável, um negócio transmissível, que se apresenta como alternativa ao desaparecimento dos comércios familiares, engolidos pelo comércio especializado dotado de técnicas avançadas (suporte informático, venda assistida, suporte técnico, etc). Os atrativos desta modalidade contratual são de tal monta que, nos Estados Unidos, estima-se a criação de 184.000 empregos em 2013 de acordo com a Internacional

o verdadeiro do falso. Em outros termos, a coibição da publicidade enganosa deve ser feita sem sacrificar a criatividade de produção. Para uma propaganda ser considerada ilícita não basta que ela contenha inverdades, ela deve ter uma forma de conteúdo, ou uma apresentação capaz de ludibriar as pessoas expostas (Ver COELHO, Fábio Ulhôa, *Op. Cit.*, p. 332).

⁶⁰ A ideia que a empresa tem no Direito Comercial e no Direito em geral é de uma aplicação difusa, que acaba por dificultar (ou impossibilitar) a sua dogmatização. Devido a isto, ao lado dos tipos contratuais legais, existem os chamados tipos sociais, que são um encadeamento de cláusulas habitualmente praticadas, e que mesmo não sendo constituídas em lei, são composições equilibradas e experimentadas na prática contratual. (CORDEIRO, António Menezes. **Direito Comercial**, p. 141-259).

⁶¹ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição negocial**, p. 227.

⁶² ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 371.

⁶³ MACHADO, José Francisco Cavaleiro. **Franchising: coletânea de legislação**. Lisboa: Áreas Editora, 2004, p. 17.

⁶⁴ BÉSCOS TORRES, Modesto. **Factoring y Franchising**. Madrid: Ediciones Piramide, 1990, p. 119-157.

Franchise Association⁶⁵. Nesta ocasião, é feita uma pesquisa na qual se estima que o setor de franquia cresce duas vezes mais rápido que o resto da economia e que é responsável, direta e indiretamente, por mais de 18 milhões de empregos. Em outras palavras, é um contrato extremamente atual e presente na economia global, que apesar de atípico, ainda não tem previsão de desacelerar o seu ritmo econômico.

Também em decorrência da atipicidade da franquia no direito português, constata-se uma liberdade contratual na constituição deste contrato. Segundo Figueiredo⁶⁶, são válidas as cláusulas acordadas pelas partes, desde que lícitas, aplicando-se de forma subsidiária, somente em caso de omissão, as normas do direito civil. Porém, convém lembrar que essa liberdade não é plena; inclusive, autores como António Menezes Cordeiro⁶⁷ defendem que existe uma obrigatoriedade implícita de se reduzir a escrito os contratos de franquia para que estes sejam considerados válidos.⁶⁸ Maria de Fátima Ribeiro⁶⁹ atribui esta conveniência e generalização referente à forma escrita, à defesa do interesse de uniformidade da rede.

A referida autora ainda afirma que, diante da dificuldade em se encontrar um conceito que reúna todas as modalidades de franquia, deve-se regressar para as origens do contrato, voltar para o bem sobre o qual a franquia foi criada: a marca. Ela diz respeito à impressão dada ao consumidor de estar adquirindo bens de um determinado vendedor. O que deve ser transferido ao franqueado é todo o conhecimento que permitiu a marca alcançar o valor que possui atualmente, assim como toda a assistência técnica para manter o prestígio no mercado.

Após a exposição de todos estes posicionamentos, entende-se que o contrato de franquia é aquele em que uma das partes, o franqueador, proprietário de um empreendimento já dotado de notoriedade pelos consumidores de uma forma geral, transfere um conjunto de direitos de propriedade intelectual ou industrial, direitos de

⁶⁵HARRINGTON, Kevin. **The biggest trends in Franchising**. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/kevinharrington/2013/10/31/the-biggest-trends-in-Franchising/>> Acesso em 09 de abr de 2015.

⁶⁶ SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. **O contrato de franquia**. Coimbra, 2009, p. 20.

⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Do contrato de franquia (Franchising)**. Da autonomia privada *versus* a tipicidade negocial, p. 81.

⁶⁸ Tal posicionamento também é encontrado nos países em que o contrato de franquia é tipificado. O art. 3, comma 1. da Legge 6 maggio 129/2004 exige de forma taxativa que o contrato seja escrito, com o exaurimento de todos os seus requisitos essenciais, sob pena de nulidade do contrato. Acrescenta também que, de acordo com a Lei n. 129/2009, qualquer alteração contratual também deve ser reduzida a termo.

⁶⁹ RIBEIRO, Maria Fátima. *Op. Cit.*, p.102.

autor, *know-how*, marcas comerciais e insígnias para um terceiro, denominado franqueado, mediante pagamento. Todavia, apesar de ser incontestável a independência das duas empresas, o franqueado terá que suportar, por parte do franqueador, o controle direto sobre o exercício de sua atividade, com o intuito de promover uma unidade entre os estabelecimentos integrantes da mesma franquia. Esta unidade aparente se configura como uma característica típica e exclusiva desta modalidade contratual, não sendo verificada em nenhum outro tipo de contrato de distribuição. O objetivo principal é a obtenção de um benefício mútuo, combinando recursos humanos e financeiros, sem que se observe nenhuma afetação da independência das partes.

1.6. CLASSIFICAÇÃO

A franquia possui, por parte da doutrina, diversas classificações. Ana Paula Ribeiro⁷⁰ inicia a classificação das franquias em sua obra ao citar a distinção criada pela Federal Trade Commission entre *package*⁷¹ e *product franchise*. O *package franchising* é o caso em que o franqueado assume o estilo empresarial do franqueador, identificado pela marca e fabricando produtos e serviços. Já no *product franchise*, que possui uma classificação mais confusa, o franqueado meramente distribui os produtos fabricados pelo franqueador. No primeiro tipo, o franqueador fornece um *package* e promove um controle e uma assistência mais estreita ao franqueado, que adota um estilo identificado por meio da marca; é o modelo mais aplicado na Europa atualmente. Já as *products*, devido sua conceituação um tanto nebulosa, são constantemente confundidas com concessão comercial devido às licenças para vender uma linha de produtos em exclusividade, em conjunto com outros tipos de produtos.

Já no que se refere à forma de relacionamento entre o franqueado e o franqueador, o contrato de franquia pode ser direto, indireto e associativo. Como a própria nomenclatura sugere, a franquia direta é aquela em que o franqueador fornece diretamente o *package* para o franqueado, sem intermediários.⁷² Por outro lado, essa intermediação

⁷⁰ RIBEIRO, Ana Paula da Costa. **O contrato de franquia: *Franchising*: no direito interno e no direito internacional**. Lisboa: Tempus Editores, 1994, p. 27.

⁷¹ No entanto, a expressão utilizada seria *business format* no lugar de *package*.

⁷² Maria Fátima Ribeiro relembra que o contrato direto de franquia pode ser considerado desvantajoso devido à dispersão dos franqueados, ressaltando que o saber-fazer pode não se adaptar às diversas realidades

será a característica central do contrato de franquia indireto, caso em que o franqueador constitui uma sede, filial, ou até uma sociedade, para que esta efetue o *franchising* diretamente com os franqueados, o que pode não ser tão interessante do ponto de vista da redução de custos, visto que a instituição de uma filial é uma medida relativamente onerosa⁷³. Já o terceiro caso tem sido objeto na doutrina de Isabel Maria Alexandre⁷⁴ ao citar o Dr. Januário Gomes, questionando se se trata ou não de um contrato de franquia. O contrato associativo é aquele em o franqueador institui uma sociedade com o franqueado para que este exerça sua atividade. A discussão a respeito do tema merece destaque, visto que, na maioria dos casos de franquia associativa, a participação societária do franqueado é tão irrisória que acaba por comprometer a sua autonomia e independência. Exatamente por isso é questionável se esta modalidade de atividade econômica diz respeito verdadeiramente⁷⁵ a um contrato de *franchising*. Nos Estados Unidos esta modalidade é bastante comum, com a justificativa de que a participação societária das partes é uma forma mais rápida e eficaz na absorção das alterações que o franqueador terá que efetuar no sistema, ao mesmo tempo em que aumenta o seu interesse no sucesso da rede.

O contrato de franquia também é classificado em franquia de produção, de distribuição ou de serviços. Franquia de produção, também denominada como franquia industrial, é aquela em que os produtos são fabricados pelo próprio franqueado, para que este depois efetue a sua distribuição. Nos contratos de distribuição, o franqueador produz os produtos e os repassa ao franqueado para que este os distribua. Já na franquia de serviços, o fabricante-franqueador treina o franqueado na prestação de serviços de assistência técnica dos seus produtos, fornecendo garantia e peças originais de reposição gratuita. Nos dias atuais, o contrato de distribuição é o mais utilizado na Europa, e assim

econômicas, necessitando de um estudo da clientela local com todas as suas necessidades e características, sob risco de desvalorização (Ver RIBEIRO, Maria Fátima. *Op. Cit.*, p. 116).

⁷³ Luís Miguel Vasconcelos associa a franquia indireta com a figura do *master-franchising*, situação em que o franqueador acorda com a outra parte a instalação de um novo meio de produção, venda ou prestação de serviços, em uma determinada área ou em determinados locais. O contrato de *master-franchising* é internacional, ao passo que os contratos de subfranquia são nacionais (VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 18).

⁷⁴ ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 351.

⁷⁵ Segundo Luís Miguel Vasconcelos, nestes casos, para se descobrir se estamos diante de um contrato de franquia associativo ou diante de um grupo societário, deve-se analisar se, no momento da extinção da empresa franqueadora, a empresa do franqueado continua a existir. Se isto não acontecer, estamos diante de um grupo societário e não de um contrato de franquia (Ver VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 99).

como a franquia de serviços, está incluso na isenção de categoria do regulamento 4078/88 referente ao direito comunitário da concorrência.⁷⁶

Além das modalidades citadas, com o intuito de acompanhar as mudanças do mercado, surgem novos modelos de contrato de franquia que merecem menção especial. Um destes casos é o chamado *master-franchising*, relevante no comércio internacional. Nessa situação existe um contrato de franquia principal e, posteriormente, ocorre a constituição de subcontratos de franquia. Este modelo de contrato dá origem a terminologias como franquia inicial/principal e subfranquia por parte da doutrina, como aborda Santos.⁷⁷ Esta modalidade contratual, segundo Vasconcelos⁷⁸, não é propriamente um contrato de franquia porque o seu objeto é outro: a celebração dos verdadeiros contratos de franquia entre os franqueados selecionados. O franqueador, nestes casos, é um terceiro perante as relações entre o franqueador principal e os sub-franqueados, o principal é que responde pelos danos causados pelos subfranqueados.

Em decorrência da constituição do *master-franchising*, também se constata no âmbito da prática comercial as *plurifranchisings*, modelos em que o franqueador celebra mais de um contrato de franquia com o mesmo franqueado. Apesar de ser considerado, devido às cláusulas de exclusividade, um modelo relativamente raro, as *plurifranchisings* têm sido objeto de estudo. O principal questionamento promovido pelo *International Journal of Economic Business* no artigo de Francine Lafontaine⁷⁹ é se, ao se estabelecerem múltiplos contratos com o mesmo titular, dificulta-se ou se facilita o controle por parte de franqueador. Questiona-se ainda se aplicar este modelo rende uma maior eficiência nas atividades exercidas pela franquia.

Por fim, e não menos importante, em resposta à competitividade do mercado e com o intuito de reduzir ainda mais os custos de expansão, é criado o chamado *franchising-corner*, caso em que o franqueado, um empresário já ativo, não abre mão da sua atividade empresarial e reserva apenas um determinado espaço do seu

⁷⁶ Exemplos de franquia de distribuição: Pronuptia, Cenoura e Benetton; exemplos de franquia industrial: Coca-cola e Pepsi; exemplos de franquia de serviços: serviços de hotelaria como Ibis e Holiday Inn.

⁷⁷ SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 19. Esta modalidade de franquia é prevista, ainda que indiretamente, pela Legge 6 maggio 129/2004 no art. 2:

Art 2. Il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica.

⁷⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 119.

⁷⁹ LA FONTAINE, Francine. *Franchising: directions for future research. International Journal of the Economics of Business*, 2014, p. 22. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/13571516.2013.864124>> Acesso em 15 de mar de 2014.

estabelecimento para a promoção da franquia. Segundo a autora Marisa Amoroso⁸⁰, este novo modelo contratual promove o crescimento de multipontos na Itália, indo de encontro com o que a autora define como “*egoismo imprenditoriale*”, e é considerado extremamente eficaz nos casos em que o local onde a franquia é instalada seja dotado de grande densidade populacional.

Essas novas e recentes modalidades de contrato de franquia demonstram nitidamente como esse modelo contratual se encontra diretamente ligado à economia atual. É um modelo de negócio que vem gerando a inclusão de novos empresários no mercado, sejam eles atraídos pela redução de custos ou pela notoriedade da marca, entre outras características. Além disso, a produção de novos serviços atrai os consumidores e promove um acesso mais fácil a produtos e serviços que não seriam passíveis de expansão se não fosse pelo modelo da franquia.

2. A FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA

2.1 CULPA *IN CONTRAHENDO*

O contrato é um instrumento privilegiado na instituição da dimensão valorativa da margem de liberdade dos particulares, sendo dotado de certo caráter autônomo⁸¹. A ampliação do âmbito dos contratantes em potencial, impulsionada pelo desenvolvimento do *marketing*, da publicidade e da mercadologia, cria a necessidade de uma progressão mais demorada entre o momento da negociação e do acordo definitivo⁸². Neste contexto, surgem contratos, antecedidos por processos cada vez mais complexos, que objetivam a celebração do negócio final. No teor deste *iter negotii* podem ser incluídos estudos individuais, entrevistas, propostas contratuais, de duração, complexidade e custos variados. O conteúdo deste processo, a princípio, está a critério das partes, com base do princípio da liberdade contratual.⁸³

⁸⁰ AMOROSO, Marisa. Il *Franchising* e le strategie di Brand. *Sinergie Journal*, 2012, p.109.

⁸¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 219.

⁸² COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra editora, 1994, p. 46.

⁸³ O princípio da liberdade contratual, previsto no art. 405 do Código Civil Português, tem no negócio jurídico uma manifestação própria de outro princípio correlato, o princípio da autonomia privada. Trata-se de conceder aos particulares o direito de autorregulamentação dos seus interesses e de autogoverno da sua

Contudo, o desenvolvimento da liberdade contratual acaba por originar a modalidade dos contratos de adesão, que paradoxalmente se configuram em uma limitação de ordem prática à liberdade de modelação dos contratos. As finalidades dos contratos de adesão são claras, as empresas se beneficiam deste modelo quando suas atividades são direcionadas a um número elevado e indeterminado de clientes. No entanto, também são evidentes as suas desvantagens. Este tipo contratual restringe drasticamente a liberdade factual de contratar do consumidor individual, além de facilitar uma possível cartelização de setores econômicos. O crescimento da incidência desta forma de contratar exigiu uma ampliação do dever de proteção, antes restrito ao período contratual, para o momento pré-contratual. Esta proteção deve estar presente no momento anterior às negociações formais, bastando que uma das partes atinja uma proximidade negocial.⁸⁴ Também se incluem nesta proteção os valores patrimoniais, além dos terceiros relacionados à ocasião pré-negocial. A liberdade contratual não pode ser confundida com um total afastamento do ordenamento jurídico quanto às regras aplicáveis, deixando tudo a critério das partes envolvidas. Antes, trata-se de uma possibilidade dos sujeitos participarem diretamente da modelação de seus interesses dentro de um quadro de valores jurídicos e econômicos.

A atenção para a responsabilidade, até então pouco explorada na área da formação dos contratos, é denominada por Jhering⁸⁵, em seu célebre ensaio em 1861, como *culpa in contrahendo*. O direito romano é muito insatisfatório nas bases desta responsabilidade pré-contratual, que vai de encontro com o desenvolvimento das atividades econômicas, enquanto estas, cada vez mais, exigem das partes uma maior lealdade e probidade nas transações. É necessária, pois, a instalação de exigências de ordem ética e social,

esfera jurídica. Este princípio se manifesta na *soberania do querer* e encontra nos contratos bilaterais a sua mais ampla dimensão. Ter a faculdade de fixar o conteúdo de um contrato implica em uma maior liberdade no momento da sua celebração. A liberdade contratual supõe o reconhecimento, em maior ou menor escala, do mercado como regulador da atividade econômica, e apesar de não estar expressamente prevista na constituição portuguesa, se constitui em dos princípios integradores da iniciativa privada prevista no art. 61 da Constituição (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 102-108).

⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 547.

⁸⁵ Ainda que Jhering não forneça uma fundamentação muito clara do que é a figura da *culpa in contrahendo*, não se pode negar que sua obra foi pioneira na discussão do tema da responsabilidade pré-contratual, sendo responsável pelo pré-entendimento que se mantém hoje. Em sua obra, o autor defende que o fundamento da ação de indenização em *culpa in contrahendo* não pode ser a *buona fides* do comprador, além de afirmar que a diligência em *contrahendo* não se inicia com a proposta, porque esta, enquanto não aceita, não é capaz de gerar qualquer lesão (JHERING, Rudolf Von. **Culpa in contrahendo ou Indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 33).

traduzida na consagração dos limites da autonomia privada.⁸⁶ O regime dessa responsabilidade pré-contratual tem uma natureza híbrida e mista, condizente com a índole da culpa nas formações dos contratos, localizada em uma região nebulosa entre a responsabilidade contratual e extracontratual.⁸⁷

A culpa *in contrahendo* se refere a contextos particularizados, não é compatível com o direito delitual, pois estabelece uma série de comportamentos genéricos, independentemente de qualquer contexto em concreto. Segundo Manuel Carneiro da Frada⁸⁸, trata-se de uma terceira via da responsabilidade civil, porque não pode ser considerada como uma responsabilidade obrigacional, já que os deveres referentes à formação dos contratos não são obrigações em sentido estrito – por não se adequarem ao conceito de uma obrigação de prestar, prevista no art 397 do Código Civil português. Também vale salientar que a culpa *in contrahendo* não é reconhecida em todos os sistemas jurídicos, como, por exemplo, nos sistemas da *common law*. Nestes sistemas, a mera abertura das negociações não cria, entre as partes, nenhum tipo de relação jurídica passível de responsabilização.⁸⁹

2.2. A BOA FÉ NOS CONTRATOS

Esta preocupação da ordem jurídica com os valores éticos-jurídicos da comunidade demonstrada pela culpa *in contrahendo* encontra clara sintonia com o princípio da boa-fé. A boa-fé, segundo Mota Pinto⁹⁰, consiste no abandono da ideia do direito puramente positivista, permitindo a utilização de princípios extralegais. No âmbito específico dos contratos, a boa fé se configura numa regra de conduta, que impõe aos contratantes um comportamento honesto, correto e leal. O Decreto Lei n. 446/85 de 25 de outubro fixa o princípio da boa-fé como princípio geral de controle relativo às cláusulas

⁸⁶ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Op. Cit.*, p. 34.

⁸⁷ VICENTE, Dário Moura. **Culpa na formação dos contratos**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 275.

⁸⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma "terceira via" no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 95.

⁸⁹ Dário Vicente critica justamente este ponto da falta de homogeneidade entre os ordenamentos, afirmando que a globalização econômica também deve implicar em uma globalização dos princípios jurídicos (Ver VICENTE, Dário Moura. *Op. Cit.*, 275-277). Na Itália, a culpa *in contrahendo* presente no art. 1337 do Código Civil Italiano de 1942 é considerada uma mera recepção formal do pensamento alemão da época, porque o termo *buona fede*, equivalente à boa-fé, não é definido em nenhuma outra lei italiana.

⁹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. Cit.*, p. 124.

contratuais. Configura-se como um critério para determinar o exercício legítimo da liberdade contratual e está presente durante toda a existência do contrato, sendo uma espécie de matriz dos deveres laterais. Sua violação, conseqüentemente, pode ocasionar uma responsabilidade contratual, pós-contratual ou pré-contratual, a depender do caso concreto⁹¹.

A culpa *in contrahendo* ou culpa na formação dos contratos, encontra-se prevista na legislação portuguesa no art. 227 do Código Civil⁹² e pauta a conduta das partes nos princípios da boa-fé, entendida pelo seu sentido ético, tanto na parte negociatória como na fase decisória. O dano que o artigo deseja reparar é o dano da confiança, desejando colocar o lesado na posição que estaria caso não tivesse depositado sua confiança no sujeito em questão. Ela permite controlar o conteúdo do contrato, com o intuito de evitar abusos e injustiças. Apesar de teoricamente se dirigir à fase pré-contratual, a culpa *in contrahendo*, em Portugal, atua de maneira independente da figura do contrato. Em outras palavras, ela não depende da validade ou até da conclusão do contrato para ser verificada. Contudo, o legislador não indica no art. 227 quais são estes deveres pré-contratuais, apenas consagra o preceito ético da boa-fé na fase negocial do contrato.

Este preceito ético deve estar presente na ruptura das negociações e também nos casos em que o contrato se conclui e se torna nulo e ineficaz. A boa-fé atua como um mecanismo de integração do conteúdo vinculativo da relação obrigacional, fundando deveres acessórios entre as partes, uma espécie de instrumento operativo que visa fixar as cláusulas contratuais, atuando como modelo limitador⁹³. Este posicionamento já se encontra amadurecido na legislação angolana sobre os contratos de franquia, por exemplo, que estabelece no art.41 da Lei 18/03⁹⁴, um artigo específico referente à boa-fé,

⁹¹ Mario Júlio Costa afirma que a violação da obrigação de informação pode conduzir inclusive ao abortamento das negociações, impondo à parte que, sem demora, preste a devida informação. Se deste atraso decorrer algum tipo de prejuízo, a parte autora responde com base na responsabilidade pré-contratual. Deste posicionamento se percebe o quão impactante é o dever lateral de informação no momento da negociação, visto que ele influencia diretamente na declaração negocial da aceitação (Ver COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op. Cit.*, p. 60).

⁹² Art. 227. 1. Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder culposamente pelos danos que causou à outra parte.

2. A responsabilidade prescreve nos termos do art. 498.

⁹³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Op. Cit.*, p. 542-562.

⁹⁴ Art. 41. No cumprimento das suas obrigações contratuais, o *franchisado* e *franchisor* devem proceder de boa-fé, em ordem à realização plena do fim contratual.

exigindo a sua observância durante toda a relação contratual, com o objetivo da realização plena do fim contratual.

2.3. DEVER DE INFORMAÇÃO

Segundo Menezes Cordeiro⁹⁵, a culpa *in contrahendo* prevê deveres de proteção, esclarecimento e lealdade. O dever de proteção sofre uma extensão contínua e é aplicado até no momento que antecede as negociações formais. Já o dever de esclarecimento recai sobre as partes contratantes, prevendo uma série de sanções como a conclusão ou anulamento do contrato, caso este se baseie em falsas informações ou até devido a ameaças ilícitas. Segundo o autor, independentemente do regime dos vícios na formação da vontade, tal situação implica no dever de indenizar, e em casos nos quais um contratante exigir uma proteção especial, este dever é intensificado. O terceiro grupo, que é bastante similar ao dever de esclarecimento, é o dever de lealdade, que não reside propriamente no âmbito informativo, mas no comportamento subjetivo das pessoas. Estes deveres de informação obrigam os contraentes à prestação de todos os esclarecimentos necessários para a aceitação da proposta contratual, já os deveres de lealdade obrigam as partes a não adotarem comportamentos que desviem a negociação de um viés honesto. Incluem-se neste, além dos deveres de informação, os deveres de sigilo, por exemplo. O que se procura vedar, no caso, é qualquer comportamento que frustre o escopo da formação válida do contrato por meio da declaração negocial.

Dentre esses deveres acessórios relacionados à culpa *in contrahendo* e à boa-fé, destaca-se o dever de informação. Informação, segundo Sinde Monteiro⁹⁶, em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma situação de fato, seja ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outro tipo de relação. Diferentemente do conselho e da recomendação, a informação se esgota na pura exposição objetiva dos fatos, estando ausente qualquer proposta de conduta. A informação é um dever lateral importante em casos em que a relação jurídica é mais duradoura, os indivíduos que carecem de conhecimentos técnicos ou factuais indispensáveis para a tomada de uma decisão recorrem a quem supostamente possui esses dados. A violação dos deveres de atuação impostos pela boa-fé na fase pré-

⁹⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**, p. 549-551.

⁹⁶ MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 15.

contratual referentes à informação pode ser verificada tanto por omissão, silenciando elementos que a contraparte tem interesse de conhecer, como por ação, no fornecimento de informações inexatas. Se as negociações envolvem profissionais no desempenho do seu ofício, cabe as partes observar obrigações particulares de competência e honestidade que não são exigíveis de um leigo. Tudo isto decorre das próprias características da parte envolvida.

Os ditames da boa-fé consistem em um complexo feixe de deveres, no qual o dever de informação se encontra incluído como parte integrante da ideia de proteção da confiança⁹⁷. A *culpa in contrahendo* se configura em uma legitimação do processo de formação do contrato, compreendendo que este não se traduz num ato simples, mas sim em um conjunto de atividades complexas que objetivam a decisão definitiva de contratar, assim como posteriormente a sua conclusão. Nos casos de danos patrimoniais provocados por informações deturpadas, quando se comprova que o autor tem consciência do dano que pode causar e, mesmo assim, induz terceiros a erro, não é equivocado afirmar que há uma ofensa também aos bons costumes.

O *Misrepresentation Act*⁹⁸, elaborado em 1967, é um importante passo referente ao dever legal da *duty of disclose*, porque prevê um regime mais favorável para parte lesada no caso da violação do dever de informação. Segundo Sinde Monteiro⁹⁹, a indenização só não é válida nos casos em que se comprove que a parte autora acredita que os fatos fornecidos são verdadeiros.

Tal posição se constitui em um grande avanço no ordenamento dos países da *common law*, porque abandona a ideia de que, para se exigir uma indenização, deve se comprovar uma *special relationship* entre as partes. O termo *misrepresentation* consiste em uma falsa afirmação de um fato atual ou passado, feita por uma das partes e dirigida a outra parte, que de alguma forma a induza a contratar. Precisa ser uma afirmação objetiva, não podendo recair sobre publicidade e nem se constituir como uma declaração ambígua. Além disso, deve ser material e contar com o elemento da confiança. Devido a todas estas exigências, o silêncio não é considerado uma *misrepresentation*, segundo o direito inglês, o que se exige no caso é ação positiva, uma conduta que implique em uma

⁹⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Op. Cit.*, p. 96.

⁹⁸ Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1967.tb01149.x/pdf>> Acesso em 07 de mai de 2015.

⁹⁹ MONTEIRO, J. Sinde. *Op. Cit.*, p. 145-154.

declaração. Segundo Vasconcelos¹⁰⁰, a *misrepresentation* não é uma ação dolosa, porque não é feita com o intuito de enganar, mas consiste em afirmações prestadas à contraparte sobre perspectivas do negócio, que elaboradas de forma negligente, acabam por não corresponder à realidade.

Porém, é importante pontuar que por mais abrangentes que as exigências de informação e boa-fé sejam, elas não podem se confundir com uma garantia de sucesso empresarial. É o que afirma Maria Santos¹⁰¹, quando diz que as partes devem sempre agir com boa-fé, mas nem por isso pode ser o franqueador responsabilizado pelo fracasso da empresa do franqueado. Sinde Monteiro¹⁰² corrobora essa ideia ao afirmar que a contraparte não pode exigir a inexistência de risco na escolha do seu parceiro contratual; este risco é inerente a todo e qualquer negócio, faz parte da natureza do investimento. Moura Vicente¹⁰³ complementa ao afirmar que não existe na ordem jurídica portuguesa nenhum dever geral de informar ou esclarecer à contraparte acerca da totalidade de circunstâncias de fato e direito determinantes na hora de contratar. O dever de informar para o autor se dá somente no padrão de diligência exigível ao comum das pessoas.¹⁰⁴ Também não é errado exigir que o dever de atuar com probidade, lealdade e com base na boa-fé deve ser observado por ambas as partes contratantes. A obrigação de sigilo quanto às negociações é outra obrigação, que assim como o direito à informação, decorre deste posicionamento legislativo.

Mesmo com essas ressalvas feitas pela doutrina, é inquestionável que a imposição da necessidade de esclarecimento na fase pré-contratual dos contratos se constitui em um grande avanço no sentido de se alcançar uma igualdade material entre as partes no momento da contratação. Reconhece-se que, com a vida em comunidade, é necessário que o interesse individual seja por vezes sacrificado em favor do interesse coletivo, e a

¹⁰⁰ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 81.

¹⁰¹ SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁰² MONTEIRO, J. Sinde. *Op. Cit.*, p. 357.

¹⁰³ VICENTE, Dário Moura. *Op. Cit.*, p.270.

¹⁰⁴ Sinde Monteiro relembra que a responsabilidade por informações deturpadas não pode ser considerada irrestritamente como danosa, não se pode deixar de levar em consideração que a vontade do próprio lesado influi no momento da contratação. A responsabilidade do informante deve ser confrontada com a do sujeito que decide. Se toda informação incorreta fornecida der aso a uma indenização, se ocasiona uma extrema reserva social devido ao que o autor define como *responsabilidade por declarações*. O dever de esclarecimento ou explicação restringe-se drasticamente em casos que o risco é conscientemente assumido, neste âmbito se inclui boa parte dos negócios jurídicos bilaterais, como é o caso dos contratos (Ver MONTEIRO, J. Sinde. *Op. cit.*, p. 24).

imposição da responsabilidade no momento da formação dos contratos, sob a figura da *culpa in contrahendo*, constitui-se como mais um importante passo neste sentido.

2.4. AS CARACTERÍSTICAS DA FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA

A fase negocial do contrato de franquia se inclui no grupo de contratos que demandam atenção na fase pré-contratual. Ela é composta de obrigações especiais para as partes signatárias, no sentido de promover uma melhor adequação ao negócio jurídico que pretendem constituir. Conforme se disse anteriormente, o contrato de *franchising* é uma modalidade de investimento econômico muito mais democrática de acesso ao mercado, e em decorrência de todas essas vantagens que o contrato possui – e também devido aos investimentos de grande monta que podem ser feitos no caso concreto – constata-se a necessidade de uma regulação prévia à constituição do contrato, com o objetivo de evitar abusos por parte do franqueador ou franqueado. A necessidade de regulação também pode ser justificada pelo princípio da lealdade que envolve o contrato de franquia, decorrente do posicionamento de parte da doutrina ao afirmar que este se configura como um contrato *intuitu personae*¹⁰⁵, aquele em que a confiança se constitui em um elemento inerente ao tipo.

Segundo Marisa Amoroso¹⁰⁶, um estudo de mercado deve ser feito antes da instalação de uma rede de franquias, sendo responsabilidade do futuro franqueador promover uma análise do seu projeto, verificando a originalidade do produto ou serviço, a adaptação da fórmula às diversas condições regionais, a concorrência e se a transferência do *know-how* é possível¹⁰⁷. Em suma, o franqueador tem que demonstrar a validade do seu negócio antes de criar uma rede de franquias. Para isto também é necessário estabelecer um perfil dos seus franqueados, se estes podem ou não ser pessoas

¹⁰⁵ Este posicionamento é defendido por Ana Paula Ribeiro (Ver RIBEIRO, Ana Paula, *Op.Cit.* p. 47), com base na teoria de Phillipe Bessis, **Le contrat de Franchisage** – Notions Actuelles et Apport du Droit Européen. Paris, 1986, p. 57-58.

¹⁰⁶ AMOROSO, Marisa. **Manuale del Franchising**, p. 103.

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal Da Relação de Lisboa Processo n.1601.11.7TVLSB.L1-7 de 01-27-2015 decide que esse dever não pode ser confundido como uma garantia de excelência do negócio. O estudo prévio de viabilidade não tem poder de garantir se as projeções previstas vão se concretizar. Desta forma, entende-se que o direito de informação que o franqueador possui não pode ser confundido com a garantia de sucesso do negócio, eliminando o risco empresarial inerente a qualquer empreendimento.

jurídicas, se devem ter experiência no ramo, qual o capital exigido para dar início a atividade, entre outras características. Estes estudos precisam ser realizados para que o franqueador possa apresentar os elementos que qualificam a empresa e o contrato por meio da oferta de franquia aos seus candidatos, também denominada *package* ou *portfolio*.

A exigência do dinheiro de entrada ou *front Money* se refere ao capital que o candidato deve desembolsar para ter acesso ao *know-how*, ao uso da marca e à assistência técnica por parte do franqueador, como uma espécie de contraprestação pelos benefícios prestados¹⁰⁸. Nos Estados Unidos, esta taxa inicial é muito comum, geralmente se trata de um valor elevado, e em muitos casos não se constata o pagamento de *royalties* após o pagamento do *front money*. Já na Europa, o fenômeno é inverso, a exigência de *front-money* é pouco observada, sendo mais comum o uso do pagamento dos *royalties*. Em Angola, a prestação do *front money* é prevista no art. 44¹⁰⁹ da Lei de Contratos de Distribuição n.18/03, junto com as remunerações referentes à publicidade e *royalties* periódicos, sob o título de direito de entrada. A natureza desse capital de entrada é de um investimento a longo prazo, que só tem o seu retorno de acordo com o desenvolvimento do próprio negócio.

O surgimento de problemas durante o período negocial vem exigir do legislador uma posição mais direcionada para esta fase delicada do contrato. O problema mais comum enfrentado por parte dos franqueadores é referente à comunicação de informações que integram o saber-fazer. Além de outros elementos essenciais, os franqueadores demandam um mecanismo de proteção de saber-fazer que inclua a fase pré-contratual. O conhecimento adquirido na fase negociatória, assim como o da fase contratual, também exige proteção. Já os franqueados enfrentam problemas relativos às informações prestadas pelos franqueadores que, muitas vezes e de forma arbitrária, omitem elementos importantes do negócio, comprometendo o real consentimento da contraparte, além de colocar o franqueado em uma posição completamente desfavorável no momento da

¹⁰⁸ AMOROSO, Marisa. **Manuale del Franchising**, p. 135.

¹⁰⁹ Art. 44 A remuneração da franquia é a estabelecida no contrato, podendo incluir:
a) o pagamento de um direito de entrada;
b) o pagamento de uma *royaltie* – remuneração periódica, fixa ou variável, que pode ser calculada em função do volume de negócios, das receitas brutas ou da quantidade de bens fornecidos pelo *franchisor*;
c) o pagamento de uma taxa de publicidade.

contratação. É necessário tentar coibir práticas ligadas à difusão do slogan *get rich quick*, conforme nos diz Vasconcelos¹¹⁰.

2.4.1. *DISCLOSURE* NO DIREITO COMPARADO

Quem primeiro atenta para a devida regulação desta fase preparatória foi a legislação americana, por meio da lei federal de 1979, que impôs ao franqueador a obrigação de oferecer ao franqueado todas as informações necessárias para uma melhor avaliação do risco do investimento. Os Estados Unidos deram origem a este documento que influencia ativamente a legislação mundial, o chamado *Disclosure Act*¹¹¹. Esta lei entra em vigor em 21 de outubro de 1979 e cria a figura do *basic disclosure document*, que deve fornecer todas as informações necessárias sobre o novo negócio ao franqueado e, em caso de sua não observância, acarreta pesadas sanções ao franqueador. Seguindo este exemplo, o estado canadiano de Alberta também adota medidas no sentido do fornecimento de informações sérias e leis por meio do *Alberta Franchises Act*, que prevê a possibilidade de o franqueado resolver o contrato em caso de não observância.

O dever de informação é logo acompanhado pela legislação francesa por meio da Lei Doubin n. 89-1008 de 31 de dezembro de 1989 que, além de impor ao franqueador a obrigação de prestar informações sinceras sobre as especificações da rede de franquia, também impõe um prazo de entrega para este documento de 20 dias anteriores à celebração do contrato. Por meio deste documento legislativo, a França é considerada como a primeira nação a dar uma disciplina orgânica à fase pré-contratual. A diferença entre a legislação americana e francesa é que a última não exaure os tipos de contratos que são influenciados por esta legislação, enquanto a primeira afirma expressamente que se refere aos contratos de franquia. Além da referida lei, o Decreto Lei n. 91-337 vem especificar as informações que o documento deve ter, como, por exemplo: a identificação do franqueador, seu respectivo domicílio bancário, data de criação da empresa, contas anuais, duração do contrato proposto, suas condições de prorrogação e cessação, entre outras, o que garante a introdução de um importante conceito de transparência no momento das negociações contratuais. Tal exigência

¹¹⁰ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 77-80.

¹¹¹ Disponível em: <www.ftc.gov/> Acesso em 17 de mar de 2015.

encontra-se presente no artigo da Chambre de Commerce et d'Industrie Territoriale de l'Aisne¹¹² sobre o modelo do contrato de franquia francês.

Além da França, a Espanha também adota essa exigência de informação pré-contratual¹¹³ por meio da Lei n. 7/1996 de 15 de janeiro, que impõe a entrega do documento com as referidas informações em um prazo de 20 dias anteriores contados da celebração do contrato ou da entrega pelo futuro franqueado de qualquer prestação pecuniária.

Na Itália, o contrato de franquia é tipificado, devido a isto os deveres pré-contratuais são um pouco mais complexos e não se encerram na exigência de entrega da *disclosure*. O legislador italiano também exige que o franqueador tenha constituído uma rede previamente experimentada¹¹⁴ no mercado para que seja considerado apto a celebrar futuros contratos de franquia e esta exigência é alvo de crítica por boa parte da doutrina italiana¹¹⁵. O art. 4 da Legge 6 di maggio de 2004¹¹⁶ exige que o franqueador deve

¹¹² Disponível em: <<http://www.aisne.cci.fr/>> Acesso em 17 de mar de 2014.

¹¹³ Enrique Guardiola Scarrera afirma que o caráter de contrato de adesão que o contrato de franquia possui é diluído em virtude dessa exigência da entrega do *disclosure document* que, de acordo com a legislação espanhola, deve conter todas as informações necessárias para que o candidato decida se integra ou não a rede (Ver GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Op cit.*, p. 268).

¹¹⁴ Ana Dassi fornece uma breve definição do que é esse contrato de experimentação, denominado contrato de pilotage. O art. 2 do Código da Associazione Italiana del *Franchising* exige que antes de a franquia ter a sua sede, deve ter feito uma experimentação no mercado, com sucesso, pelo período mínimo de um ano, com ao menos uma unidade piloto. É diferente do contrato preliminar, ou *pré-Franchising*, que é aquele em que o franqueador e franqueado experimentam a fórmula por um período determinado (Ver DASSI, Ana, *Op. cit.*, p. 36).

¹¹⁵ Fabio Borlotti afirma que a exigência de prévia atividade não é de fácil constatação na prática devido à ausência de um sistema de registro obrigatório dos franqueadores, não há como se ter um controle efetivo da observância desse pressuposto. Além disso, afirma que a obrigação de *disclosure* não tem força coercitiva completa devido ao fato de o legislador não ter previsto nenhuma sanção específica para o seu descumprimento (Ver BORLOTTI, Fabio. *Op. cit.* p. 80). Aldo Frignani complementa a ideia ao afirmar que a exigência dessa experimentação prévia afasta investidores, que acabam por optar por outros países da comunidade europeia onde esse requisito não seja necessário. Por outro lado, o franqueado tem a plena liberdade no modelo desta experimentação, podendo até optar pelo modelo do *master Franchising*, tal opção não descaracteriza a exigência de experimentação. O contrato de pilotagem ou *contratto pilota* tem o mesmo objeto e conteúdo do contrato de franquia, a distinção no caso é que a transmissão dos bens e do *know-how* tem uma duração limitada (FRIGNANI, Aldo. **Il contratto di Franchising**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 21-33).

¹¹⁶ Art. 4 - 1. Almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto: a) principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività', qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; b) l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà' degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio; c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività' oggetto dell'affiliazione commerciale;

conceder, no período de 30 dias contados da data da assinatura do contrato, todas as informações necessárias de modo exato e completo, ainda que não tenha sido requisitado pelo contratante, posição claramente influenciada pela doutrina americana da Federal Trade Commission. Qualquer mudança no contrato também deve respeitar esta antecedência prevista na lei. No caso de comprovação de um *vizio de consenso*, situação em que as informações concedidas são consideradas inverídicas, a contraparte, com base no art. 8 da mesma lei, pode requerer a anulação do contrato.

A função do período de 30 dias é a de conceder ao candidato um período *di riflessione* para verificar minuciosamente o conteúdo do contrato. Frignani¹¹⁷ não considera este período longo e é taxativo ao afirmar que a obrigação do *disclosure* não deve ser exercida de forma verbal, devido à dificuldade de comprovação documental do ato. Outra exigência interessante apontada pelo autor é referente à necessidade de demonstração da lista de franqueados, que garante ao candidato um melhor poder de escolha quanto à localização do seu empreendimento. Já no que diz respeito às decisões judiciais e arbitrais expostas, entende-se que estas devem ter algum liame subjetivo com a atividade franqueada. Apesar de ser um defensor da obrigação de *disclosure*, o autor faz algumas ressalvas nas informações fornecidas¹¹⁸. A falta de assistência técnica também é considerada como uma violação da comunicação das partes segundo o Tribunal de Veneza na decisão de 01.10.2007, que considera tal atitude como uma “informação falsa”, porque o contrato de franquia tem como um dos seus elementos fundamentais a prestação de assistência técnica pelo franqueador.

Também se encontra na legislação brasileira um instrumento equivalente ao modelo americano, francês e espanhol, a chamada circular de oferta de franquia - COF.

d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante;
e) l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività' dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;

f) la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla privacy.

A lista de afiliantes exigida no artigo na alínea c) pode se limitar aos afiliados da Itália, mas se exige uma indicação de variação na quantidade de franqueados ano a ano, com informações referentes aos novos afiliados nos últimos três anos.

¹¹⁷ FRIGNANI, Aldo. *Op. Cit.*, p. 78.

¹¹⁸ Para uma informação ser considerada incompleta, por exemplo, ela deve ser substancial, de relevância, grave, não pode ser um mero erro numérico, como dizer que existem 199 franqueados quando, na verdade, são 200 (Ver FRIGNANI, *Op. Cit.*, p.129).

Previsto nos arts. 3 e 4 da Lei 8.995¹¹⁹, este documento, que visa dar maior transparência ao contrato, contém todas as informações a respeito da situação jurídica e financeira do franqueador e da empresa, tais como: o total do investimento inicial, o valor estimado das instalações e equipamentos, condições de pagamento, remuneração pelo uso de sistema e marca, além do texto completo do contrato que visa celebrar com a contraparte. Este documento deve ser entregue, em linguagem clara e acessível, no prazo de 10 dias antes da celebração do contrato. O não cumprimento dessa premissa faculta ao franqueado arguir a anulabilidade do contrato e a restituição dos valores já pagos ao franqueador. A responsabilização civil compreende perdas e danos causados ao franqueado em virtude da falsa informação prestada, já a responsabilização penal se encaixa no tipo penal do art. 171¹²⁰ do Código Penal Brasileiro referente ao estelionato.

Macau tem um posicionamento interessante no que diz respeito às informações pré-contratuais referentes ao contrato de franquia. O art.680 do Código Comercial¹²¹ de Macau elenca todas as informações que devem ser prestadas na fase pré-contratual. Não

¹¹⁹ Fábio Coelho afirma que a lei 8.955 não é criada no sentido de tipificar o contrato de franquia, mas apenas com o intuito de garantir que os futuros franqueados consigam acesso ao modelo americano da *disclosure*, no sentido de ter acesso a todas as informações consideradas necessárias para a sua ponderação (COELHO, Fábio Ulhôa, *Op cit.*, p. 127).

¹²⁰ Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

¹²¹ Art. 680.1. O franqueador é obrigado a prestar, por escrito e com a antecedência adequada, informações completas e verdadeiras ao interessado, por forma a que este possa fazer uma ponderação criteriosa e esclarecida das vantagens e inconvenientes da celebração do contrato, entre outras:

- a) Identificação do franqueador;
- b) Contas anuais do franqueador relativas aos dois últimos exercícios;
- c) Acções judiciais em que estejam ou tenham estado envolvidos o franqueador, os titulares de marcas, patentes e demais direitos de propriedade industrial ou intelectual relativos à franquia, e seus subfranqueadores, que, directa ou indirectamente, possam vir a afectar ou impossibilitar o funcionamento da franquia;
- d) Descrição detalhada da franquia;
- e) Perfil do franqueado ideal no que se refere à experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;
- f) Necessidade e extensão da participação directa e pessoal do franqueado no exercício da franquia;
- g) Especificações quanto ao montante estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em funcionamento da franquia;
- h) Valor das retribuições periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, especificando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam;
- i) Composição da rede de franquia, lista dos franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram da rede nos últimos 12 meses;
- j) Rentabilidade das empresas dos franqueados e incidência de falências;
- l) Experiência profissional adquirida, o seu saber-fazer e métodos empresariais;
- m) Serviços que o franqueador se obriga a prestar ao franqueado durante a vigência do contrato.

2. O franqueador deve também facultar ao interessado, com a antecedência adequada, o modelo do contrato tipo e, se for o caso, também do pré-contrato de franquia adotado, com o texto completo, inclusive dos respectivos anexos.

se trata de uma lista taxativa por certo, mas de uma boa referência que o franqueado tem na fase de negociação. Informações como as contas anuais do franqueador referentes aos dois últimos exercícios, ações judiciais em que a franquia está envolvida, perfil do franquiado ideal, especificações quanto ao investimento inicial, valor dos *royalties* periódicos, lista de franqueados e franqueadores, serviços que o franqueador se dispõe a prestar ao franqueado, rentabilidade de empresas e incidência de falências são algumas das informações que podem ser exigidas pelo franqueado no momento da contratação. É um rol completo e bastante amplo, um pouco semelhante ao modelo italiano, mas mais detalhado porque inclui, na sua segunda parte, regulação referente aos contratos preliminares de franquia, o que não acontece na Itália devido à exigência de experimentação prévia da fórmula. Além disto, também vale ressaltar a obrigação de informação prévia sobre qualquer alteração na apresentação dos bens ou na sua composição conforme prevê o art.688¹²², o que mais uma vez demonstra a preocupação do legislador de Macau com a devida prestação de informações durante o contrato de franquia.

Já em Angola, apesar da tipificação do contrato de franquia efetuada por meio da já citada Lei n.18/03, este diploma não fala expressamente na exigência da *disclosure*, no entanto inclui no art.41.1.c)¹²³, referente às obrigações do franqueado, a obrigação de guardar o devido sigilo sobre todas as informações fornecidas pelo franqueador. O referido artigo prevê que é obrigação do franqueado guardar sigilo sobre todas as informações recebidas, sejam elas sobre processos de fabricação, *know-how*, publicidade, técnicas de venda, etc. O legislador angolano visa incluir todo tipo de informação concedida e garantir a devida tutela legal do seu sigilo, por um lapso de tempo que perdure enquanto existir o controle pelo franqueador e até após o seu termo.

No âmbito internacional, a UNIDROIT – Internacional Institute for the Unification of the Private Law, publica em setembro de 2002, em Roma, um modelo de legislação uniforme sobre a franquia, denominado Model Franchise Disclosure Law¹²⁴.

¹²² Art.688. O franqueador é obrigado a informar antecipadamente o franqueado de toda e qualquer alteração introduzida na composição e apresentação dos bens, nas condições de venda ou na prestação do serviço ou quaisquer outras que digam respeito à exploração da franquia.

¹²³ Art.41.1. 1. Constituem obrigações do *franchisado*, nomeadamente:

c) guardar segredo sobre toda a informação que lhe seja transmitida pelo *franchisador*, incluindo sobre processos de fabrico e *know-how*, durante todo o período de duração do controlo e após o seu termo.

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf> > Acesso em 06 de mai de 2015.

O art 6 do documento enumera as informações que devem ser fornecidas no contrato, além disto, o Model Franchise estabelece uma sanção no caso do não cumprimento da obrigação de *disclosure*, o franqueado pode optar por resolver o contrato ou obter a sua anulação. Trata-se de importante modelo de referência para outros países, porque fornece detalhes precisos das exigências específicas que a modalidade contratual possui.

2.4.2. DISCLOSURE EM PORTUGAL

Em Portugal, não se encontra expressamente na legislação tal vedação legal, entretanto, como afirma Alexandre Libório¹²⁵, não se pode admitir que exista um total vácuo legislativo no que tange a essa disciplina. A comunidade portuguesa é signatária de dois instrumentos que regulam a disciplina, o Model Franchise Disclosure Law e o European Code and Ethics for Franchising. Tais instrumentos preveem a aplicação da figura do documento de *basic disclosure*, que deve ser entregue ao candidato no período de 15 dias a um ano antes da data da celebração do contrato. Além disto, o já citado art. 227 impõe as partes um dever de boa-fé nas preliminares do contrato e estabelece que a parte contratante deve se responsabilizar por eventuais abusos que efetuar nesta fase.

A legislação portuguesa referente às cláusulas contratuais gerais, que não raro são incluídas nos contratos de franquia, também atenta para a necessidade de informação integral e adequada, além de atribuir à parte que fornece as informações o ônus de provar que as mesmas são devidamente prestadas. Atenta-se para a característica presente do art.5 da LCCG de que a informação deve ser prestada na sua íntegra, sob pena de ser considerada inexistente de acordo com o art. 8, b) do mesmo diploma. O dever de informação se encontra consagrado no art.6 e admite variações na sua extensão, mas em suma prevê que se deve tornar acessível ao aderente todas os esclarecimentos necessários para a real compreensão do conteúdo contratual¹²⁶. Menezes Cordeiro¹²⁷ exemplifica que

¹²⁵ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Transparency in business networks** – pre-contractual disclosure obligations in *Franchising* agreements. Coimbra, 2014, p. 17.

¹²⁶ MONTEIRO, António Pinto. **O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais**, p.118-138.

¹²⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**, p. 589.

as situações de remissões para cláusulas não existentes ou colocadas em lugares não visíveis, devem ser equiparadas como falta de informação. Já Pinto Monteiro¹²⁸ equipara a informação em excesso com a falta de informação em determinados casos, porque o consumidor ou o aderente, a depender do caso, não consegue analisar com cuidado contratos muito extensos. Assim, os contratos de adesão também devem ser atentos a este tipo de situação, caso contrário podem considerados inexistentes de acordo com o DL 445/85 de 25 de outubro.

Vasconcelos¹²⁹ defende que, devido à complexidade do contrato de franquia, o dever de informação deve ser ampliado a ponto de permitir que o franqueado visualize todo o sistema em funcionamento. Ao visualizar a fórmula em funcionamento, o candidato pode propor questões que atendam aos seus interesses, sendo esta uma forma eficaz de superar o déficit de informação entre as partes. Joerges¹³⁰ complementa a ideia afirmando que as bases legais para o *disclosure* fazem parte da natureza legal do contrato, que por se tratar de um contrato de longo prazo, a figura do franqueador deve inspirar segurança ao franqueado. Toda esta proteção ao direito da informação¹³¹ visa equalizar o claro desequilíbrio que envolve as partes no momento da contratação visto que o franqueador possui exclusividade no acesso de muitas informações do novo empreendimento. Se não há regulação própria a respeito, facilmente se pode conduzir o franqueado a erro. Além do dever de informação, Santos¹³² também defende que essa legislação também exige um dever de lealdade e esclarecimento.

Mesmo depois dessa clara exigência legislativa do dever de lealdade no momento da celebração do contrato de franchising, podem-se constatar casos em que uma das partes fornece informações distorcidas e falsas sobre o negócio discutido. Este é o caso da *misrepresentation*, que segundo Césare Vaccá¹³³, pode ter sido feita com o objetivo de

¹²⁸ MONTEIRO, António Pinto. **O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais**, p. 115-119.

¹²⁹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 80.

¹³⁰ JOERGES, Christian. **Franchising and the law: theoretical and comparative approaches in Europe and the United States**, Baden-Baden: Nomos, 1991.

¹³¹ Fabio Borlotti assinala que a proteção ao direito de informação dos contratantes está presente até em países que recentemente introduziram a matéria de contratos na sua legislação, como, por exemplo, a Federação Russa. O art. 1027 do Código Civil Russo descreve o contrato de concessão de venda de uma forma muito similar ao contrato de franquia. Outros exemplos são a Armênia (Código Civil, Capítulo 53, art. 969 e seguintes) e a Geórgia (Código Civil, art. 607 e seguintes) (Ver BORLOTTI, Fabio. *Op. Cit.*, p.15-17).

¹³² SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op.cit.*, p. 25.

¹³³ VACCÁ, Césare. **Gli accordi di Franchising, il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto**. Genova: Diritto del Commercio Internazionale, 1990, p. 255.

dolo ou por negligência, caso em que será chamada de *negligent misrepresentation*. O autor italiano coíbe este comportamento com base na legislação italiana, que por meio da Legge 6 Maggio 2004 n.129, também impõe ao franqueador a entrega do documento no qual constem as informações sobre o futuro negócio no prazo de 30 dias antes da celebração do contrato. O contrato de *affiliazione commerciale* deve adotar um bom comportamento contratual de acordo boa-fé, sendo absolutamente vedadas tentativas de enganar ou tentar induzir o contratante a erro. Já em Portugal, caso seja constatada uma *misrepresentation*, o candidato adquire o direito de anular o contrato e a ser indenizado com base no art.227 do Código Civil.

Vale salientar que, apesar de se supor que o dever de lealdade e informação recaia somente sobre o franqueador, também se defende que estes mesmos deveres devem ser observados pelo franqueado. Se isso não for exigido por parte do franqueado, este pode facilmente, dotado de má-fé, conduzir o franqueador a erro somente para adquirir conhecimento de *know-how*, por exemplo. Segundo Ana Paula Ribeiro¹³⁴, a escolha do franqueado deve estar sujeita aos mesmos deveres, porque o franqueador precisa sempre prezar pela continuidade uniforme da sua rede, e para isto necessita de informações claras e precisas de quem pretende contratar.

A obrigação de informação deve ser mútua durante toda a formação do contrato, independentemente de qualquer cláusula expressa. Segundo Pinto Monteiro¹³⁵, tal fato decorre da própria concepção do contrato de franquia, que é um contrato de colaboração. Trata-se do fenômeno de *feed-back*¹³⁶ ou fertilização cruzada, que surge a partir das obrigações decorrentes do conteúdo essencial do contrato de franquia. Frignani¹³⁷ elenca algumas informações que não devem ser consideradas integrantes do dever de *disclosure*: nome de fornecedores, com intuito de evitar que os candidatos lidem diretamente com eles, e o nome de clientes, em respeito à *privacy*, entre outros. Em suma, a norma de transparência, para ser considerada válida, deve ser mútua e bilateral. Isto se justifica justamente pela independência que as partes possuem, já que não comunicar o franqueado sobre qualquer eventual contratempo na atividade da empresa não pode ocasionar a

¹³⁴ RIBEIRO, Ana Paula da Costa. *Op.cit.*, p. 48.

¹³⁵ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia (*Franchising*)**, p. 359.

¹³⁶ RIBEIRO, Maria Fátima. *Op. Cit.*, p. 111.

¹³⁷ FRIGNANI, Aldo. *Op. Cit.*, p. 95.

anulação do contrato. A cooperação entre as partes não pode ser confundida com uma dependência.

Desta forma, percebe-se que, antes mesmo da formalização do contrato de franquia, recai sobre ambas as partes o dever de fornecer informações sérias e reais sobre suas qualificações técnicas, sob pena de futura anulabilidade. Essa confiança entre as partes, segundo estudos por parte dos autores Karlijn J. Nijmeijer, Isabelle N. Fabbriotti e Robbert Huijsman¹³⁸, configura-se como um dos elementos que mais influenciam no sucesso empresarial de uma franquia. Contudo, as partes não podem fazer uso desse dever para se furtar ao risco que a participação no comércio implica, conforme diz Vasconcelos¹³⁹. Também se deve evitar o desvirtuamento do dever de informação e lealdade que a fase negociatória do *franchising* possui; este não pode ser estendido de forma irrestrita, também deve ser passível de limites.

2.5. TIPOS DE CONTRATOS PRELIMINARES

Antes da celebração do contrato principal, muitas vezes podem se constatar casos em que seja interesse de uma das partes contratuais – ou de ambas – constituir algum dos tipos de contratos preliminares antes de formalizar o contrato de *franchising* em definitivo. Tal necessidade pode ser justificada por inúmeras razões, tal como a necessidade do franqueado de se familiarizar com a rede, a impossibilidade de constituição do contrato principal por falta de condições materiais provisórias, o interesse de se experimentar a viabilidade econômica de uma franquia, entre muitas outras. Vasconcelos¹⁴⁰ elenca os tipos de contratos preliminares que podem ser aplicados ao contrato de franquia. São eles: o pré-contrato de franquia, o contrato de pré-franquia e o contrato de promessa de franquia.

O contrato de pré-franquia é utilizado nos casos em que o franqueador ainda não se encontra seguro da viabilidade econômica do seu *know-how*, ou seja, ele ainda não se encontra certo a respeito da criação da rede, ainda é uma espécie de aspirante a

¹³⁸ NIJMEIJER, Karlijn; FABBRICOTTI, Isabelle N.; HUIJSMAN, Robbert. Making *Franchising* Work: a framework based on a Systematic Review. **International Journal of Management Reviews**, 2014, p. 63.

¹³⁹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de *Op. Cit.*, p. 81.

¹⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 84.

franqueador. O que o franqueador almeja é um acordo entre um ou mais franqueados, para experimentação e desenvolvimento durante um determinado período de tempo. Segundo Vasconcelos,¹⁴¹ o franqueador, neste caso, quer testar sua fórmula empresarial no mercado; ao final deste prazo deve optar por montar o sistema de franquia ou abandonar o projeto. Se optar pela primeira opção, caberá ao franqueado escolher se vai aderir ao sistema ou não, concedendo à parte um claro direito de preferência decorrente deste acordo preliminar, conforme defende Henrique Mesquita¹⁴². Não há aqui a prestação de *front-money* ou *royalties* a princípio.

O contrato de promessa de franquia será aplicado nos casos em que uma das partes assume a obrigação de celebrar contrato futuro de franquia, que por algum motivo não pode ser celebrado no momento presente, como a ausência temporária do capital necessário, por exemplo. O autor Mário Júlio de Almeida Costa¹⁴³ defende que o fator que diferencia o contrato-promessa dos atos de negociação é a ausência de eficácia contratual específica. Os atos de negociação, apesar de dotados de relevância jurídica, carecem dessa eficácia, ao contrário do que se verifica no contrato-promessa que, segundo o autor, pode ser incluído no processo de elaboração de um negócio jurídico.

Ou seja, esse será o modelo de contrato preliminar adotado quando houver realmente um desejo de contratar já mais amadurecido, apenas por conveniência das partes é que se opta por não formalizar o contrato no momento. Segundo Vasconcelos¹⁴⁴, este modelo de contrato de promessa não é passível de execução específica, por se tratar de um contrato de prestação infungível, não podendo ser substituído por uma decisão judiciária. Segundo Fernando de Gravato Morais¹⁴⁵, se um contrato possui obrigação de natureza pessoal infungível, o contrato-promessa não é submetido à execução específica, porque a natureza da obrigação se configura como uma das exceções legislativas à figura da execução específica; esta seria inviabilizada por completo.

Já o pré-contrato de franquia é a modalidade mais aplicada na prática negocial. É utilizada quando o interesse do franqueador é de dar ao candidato a franqueado um

¹⁴¹ Idem, ibidem, p. 85.

¹⁴² MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 207.

¹⁴³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 15.

¹⁴⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 87.

¹⁴⁵ MORAIS, Fernando de Gravato. **Contrato-promessa em geral, contratos-promessa em especial**. Coimbra: Almedina. 2009, p. 118.

período de tempo para se familiarizar com a franquia, e assim ter mais elementos para a escolha final sobre a titularidade do franqueado. Também são verificados em casos que o franqueado, mesmo após todas as informações prestadas, opte por testar o poder atrativo da marca, a eficiência da assistência, entre outros aspectos¹⁴⁶. Consiste em uma experimentação do saber fazer, conforme diz Maria de Fátima Ribeiro¹⁴⁷. É um contrato preliminar criado com o intuito de contornar o risco de se celebrar um contrato de franquia, pois exige a demonstração prática por ambas as partes de que podem executar as cláusulas contratuais exigidas. Assim, o candidato aprofunda seu conhecimento em uma sucursal ou filial do franqueador, sempre observando os deveres referentes à confidencialidade.

Conforme nos diz Vasconcelos¹⁴⁸, trata-se de uma negociação séria e leal, visto que envolve direitos de confidencialidade. Contudo, não existe qualquer obrigação de se celebrar o contrato definitivo, já que se configura como um prazo de experiência, em que ambas as partes analisam na prática a viabilidade econômica do investimento. Além disso, o seu conteúdo não é cristalizado, imutável e pode variar caso se opte por um contrato definitivo. Caso não seja celebrado, o candidato não pode concorrer com o franqueador durante um determinado período de tempo, em uma determinada área. Para Ana Paula Ribeiro¹⁴⁹, tal acordo sequer dá direito à preferência por parte do franqueado.

Esta modalidade de contrato preliminar é amplamente utilizada por países como a França¹⁵⁰, e tem como objetivo promover certa segurança nas negociações do *franchising*. Mesmo se tratando de uma modalidade socialmente típica de contrato, o risco que cerca as partes é relativamente maior do que em outros tipos contratuais, devido ao desequilíbrio de informações em que as partes se encontram. A existência destas modalidades contratuais preliminares tem clara influência na constituição de um contrato de franquia que resulte em um sucesso para ambas as empresas envolvidas, sendo altamente recomendável a todos os tipos de contrato de *franchising*, principalmente em casos em que o franqueado se considere inexperiente comercialmente.

¹⁴⁶ VASCONCELOS, Luís Pestana de. *Op. Cit.*, p. 84.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima. *Op. Cit.*, p. 123.

¹⁴⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁴⁹ Para Ana Paula Ribeiro, esse pacto de preferência é duvidoso, porque a obrigação em questão não é uma obrigação de igualdade de condições para se escolher determinada pessoa como seu contraente, em caso de celebração contratual (Ver RIBEIRO, Ana Paula. *Op. Cit.*, p. 49).

¹⁵⁰ Disponível em: <<http://www.aisne.cci.fr/>> Acesso em 17 de mar de 2014.

O direito italiano traz uma discussão interessante a respeito dos contratos preliminares que também pode ser ampliada para outras legislações em que o contrato de franquia é tipificado. Frignani¹⁵¹ questiona se os requisitos referentes ao principal contrato de franquia, presentes na Legge 6 maggio de 2004 n.129, devem ser ampliados aos contratos preliminares. O posicionamento do autor, com base em uma discussão do Tribunal de Genova de 15 de janeiro de 2008, é de que o contrato preliminar, assim como contrato principal, também se configura um consenso entre as partes, devendo estar sujeito aos mesmos requisitos. Visto que o objetivo do contrato preliminar é a formação de contrato principal válido, este deve também respeitar as mesmas exigências sob pena de frustração do objetivo da sua existência.

A existência desta variedade de contratos preliminares de franquia se justifica devido à complexidade que este tipo de contrato possui e que é, conseqüentemente, transferida para a sua fase pré-contratual. Os deveres de lealdade, probidade, informação e sigilo decorrem das próprias características do contrato estudado, que demanda uma proteção e tutela mesmo quando as negociações ainda não se configuram em uma aceitação das partes.

3. A FASE PÓS-CONTRATUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA

Os contratos comerciais, assim como todas as outras modalidades de contrato, estão fadados ao desaparecimento, seja por vontade das partes, disposição da lei ou por intervenção judicial. No entanto, o regime dos contratos comerciais, no que se refere ao momento de cessação do contrato, possui características próprias¹⁵². Uma destas características é a relevância que a fase pós-contratual assume nestes tipos de contrato, o que à primeira vista contraria a premissa clássica do direito dos contratos, de que a extinção do contrato necessariamente implica na extinção dos seus efeitos. Tal colocação

¹⁵¹ FRIGNANI, Aldo. *Op. Cit.*, p. 99.

¹⁵² Se a relação é de direito privado e é qualificada como comercial, deve-se, à primeira vista, fazer uso do direito comercial na sua análise, não sendo justificável a aplicação pura e indiscriminada do direito civil. O termo “empresa” no seu sentido objetivo, atualmente abrange o conjunto de atos ou atuação do sujeito, em outras palavras, inclui atos de organização, como o contrato de franquia e concessão, situação que decorre da empresarialização de todos os setores da vida econômica (SANTOS, Filipe Cassiano. **Transmissão e cessação de contratos comerciais: direito comercial e direito civil nas relações comerciais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 283-286).

não se encontra adequada para ser observada na contratação mercantil, em que ambas as fases, pré-contratual e pós-contratual tem enorme relevância prática e negocial.

A premissa citada parece condizente com a ideia do sinalagma, que se refere ao vínculo de reciprocidade que une os deveres e prestações das partes nos contratos bilaterais, constituindo a base negocial deste tipo de negócio jurídico¹⁵³. O sinalagma genético, também chamado de *enchevêtrement* pela doutrina francesa, diz respeito à relação entre o dever da prestação de uma das partes e a contraprestação da outra, a factualidade típica de quem contrai uma obrigação. Este vínculo adquire tal força que pode ser verificado em momentos anteriores ao nascimento da obrigação e posteriores ao seu cumprimento, caso em que se denomina como sinalagma funcional. O sinalagma genético¹⁵⁴ se baseia na ideia de que o contrato não se esgota na mera troca de prestações entre as partes, na verdade, ele possui uma motivação funcional muito mais ampla e se trata da ideia que sustenta os contratos bilaterais.

O código civil seleciona as relações obrigacionais com base nos direitos principais, formando, desta forma, os elementos essenciais do contrato. No entanto, a prática comercial demonstra que, em muitos casos, o interesse do credor nem sempre é exaurido com a mera realização do dever principal. Ao lado das prestações principais, existem os chamados deveres secundários, laterais ou acessórios¹⁵⁵, que têm seu fundamento no próprio contrato social e decorrem da própria relação obrigacional e do tipo de colaboração entre as pessoas.¹⁵⁶ As prestações principais identificam o tipo contratual, mas a função dos direitos laterais é a de promover a completa satisfação dos interesses das partes contratantes. A união destas duas modalidades de deveres estrutura a relação contratual complexa¹⁵⁷.

¹⁵³ FARIA, Jorge Ribeiro de. **Direito das Obrigações**. Vol.1. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁵⁴ Mário Júlio Costa acrescenta que as obrigações nos contratos sinalagmáticos possuem uma relação entre correspectividade e interdependência. Existe um nexa entre as obrigações, em que uma é a razão de existência da outra. Quando este vínculo acontece no momento da celebração do contrato se trata do sinalagma genético, quando se manifesta durante a vida do mesmo, se trata do sinalagma funcional (Ver COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 361).

¹⁵⁵ Antunes Varela classifica os direitos acessórios como aqueles que são destinados a preparar o cumprimento ou assegurar a perfeita execução da prestação principal. Tratam-se deveres típicos decorrentes do direito de mútua colaboração, e devido a isto, são mais facilmente observados em contratos com prestações duradouras do que com prestações instantâneas. Segundo o autor, a violação destes deveres não dá origem a uma ação de cumprimento, mas a depender do caso concreto, pode resultar em uma indenização aos danos causados à outra parte, além de fundamentar uma possível resolução contratual (Ver VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 104-108).

¹⁵⁶ FARIA, Jorge Ribeiro de. *Op. Cit.*, p. 122-123.

¹⁵⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, p. 358-359.

Com base na importante função atribuída aos direitos acessórios, não parece apropriada a aplicação da ideia clássica de que a cessação do vínculo contratual atinge todas as cláusulas do contrato. Pelo contrário, existem casos em que a própria extinção contratual viabiliza a subsistência de certas cláusulas, baseadas nos deveres acessórios, que podem estar previstos contratualmente ou decorrer do caso em concreto. José Engrácia Antunes¹⁵⁸ cita como exemplo a criação de cláusulas, que se referem a direitos e obrigações que só podem ser exercidas e exigidas no momento da extinção do contrato, tais como cláusulas referentes ao destino do *stock*, a devolução da propriedade industrial, restituição de materiais, fórmulas e sinais distintivos, além das cláusulas referentes à proteção da confidencialidade. É o que o autor denomina como eficácia-póstuma nos contratos mercantis, ou *Nachwirkung*, conforme define a doutrina alemã, com o intuito de introduzir uma responsabilidade pós-contratual à margem de qualquer previsão pelas partes, com o argumento da defesa da boa-fé contratual. A cessação do contrato comercial sob essa perspectiva só determina a extinção das obrigações que se refiram à própria cessação do vínculo.¹⁵⁹

Percebe-se claramente que os efeitos do contrato de franquia – que além de bilateral, é um contrato complexo – não se extinguem com a satisfação das obrigações instantâneas. Esta modalidade contratual engloba um amplo e complexo feixe de obrigações que não se exaurem com a mera cessação do contrato. Além dos seus elementos essenciais, o caráter pluriforme do contrato origina uma série de efeitos secundários que podem variar desde a estipulação de *stocks* mínimos, até a cláusulas referentes a não concorrência, indenização de clientela e assistência financeira¹⁶⁰. Estes deveres acessórios assumem especial importância no âmbito do contrato de franquia devido à própria característica da relação obrigacional que o contrato estabelece. É um negócio jurídico que exige uma grande colaboração e confiança entre os sujeitos que dele fazem parte.

Não são raras são as vezes em que a violação destes deveres acessórios resultam em uma obrigação pós-contratual, ocasionando a possibilidade de se obter uma indenização com base em fatos que aconteceram após o término do contrato. Atualmente,

¹⁵⁸ ANTUNES, José Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 320-322.

¹⁵⁹ MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 100.

¹⁶⁰ ANTUNES, José Engrácia. *Op. Cit.*, p. 328-332.

segundo Calvão da Silva¹⁶¹, constata-se o surgimento de uma ideia mais complexa da responsabilidade civil, que não assenta propriamente na culpa, mas dá lugar para se pensar nos direitos aos acidentes. Uma visão que, aliada à solidariedade social e à extensão das tarefas do estado, acaba por impactar o liberalismo clássico com a adoção de novas concepções éticas no âmbito do direito social.

A possibilidade de se observar uma responsabilidade pós-contratual, baseada em fatos que aconteceram posteriormente à extinção do contrato e que podem ensejar uma obrigação de indenizar, é englobada nessa figura da responsabilidade civil complexa, que não inclui somente o contrato, mas as suas respectivas fases pré e pós contratual, legitimando-as como fases efetivamente integrantes da consolidação do contrato. O fundamento da responsabilidade pós-contratual, segundo Mário Júlio de Almeida Costa¹⁶², está na integração do negócio jurídico prevista no art 239 do Código Civil, mas sem sombra de dúvida o autor considera a boa-fé como o grande suporte deste instituto¹⁶³. A boa-fé é considerada, desta forma, como uma espécie de embasamento teórico para a criação de direitos, sejam eles na fase pós-contratual ou pré-contratual.

A análise diversa sobre as fases contratuais decorre da própria especialidade que o contrato de franquia e todos os contratos comerciais possuem. Esta especialidade também se reflete na fase pós-contratual, após os efeitos extintivos do contrato. Algo que é bastante discutido neste sentido é a respeito dos prazos. A atividade comercial demanda prazos diferenciados e adequados a sua atividade, como é o exemplo dos contratos de fornecimento e distribuição, entre eles o de franquia, que devido a sua duração, geralmente indeterminada, demanda um período mais longo para o exercício da denúncia.

Via de regra os contratos comerciais também se encontram vinculados às causas gerais da cessação dos negócios jurídicos, que podem cessar devido a eventos

¹⁶¹ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 104-110.

¹⁶² COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**, p. 359.

¹⁶³ Segundo Christian Joerges, as atribuições de lealdade e boa-fé no momento pós-contratual são denominadas *post contractual competition bans*. Em 1991, já se admitia a possibilidade de limitação da liberdade de conclusão do contrato de franquia (enquanto o investidor não amortizasse seus investimentos) como um claro limite à liberdade contratual do franqueador na época. Tratam-se de *duties of protection – Schutzpflichten* segundo a doutrina alemã – que começaram a analisar a *culpa in contrahendo* e deveres secundários do contrato, como a lealdade e boa-fé no período pós-contratual. O *Franchising Investment Act* de 1977 do Estado de Michigan também acrescentou essas obrigações pós-contratuais, além das obrigações previstas pelo documento de *disclosure*, como por exemplo, a nulidade de cláusulas que provoquem a cessação do contrato de franquia sem uma “*good cause*” (Ver JOERGES, Christian. *Op.Cit.*, p. 42).

contemporâneos à sua formação, como é o caso da nulidade, no caso de inviabilidade insolúvel e insanável, e da anulabilidade, casos em que a inviabilidade é relativa e sanável. A extinção contratual também pode se dar devido a eventos posteriores a sua celebração, que no direito português são as modalidades de revogação, denúncia, resolução, revogação e caducidade. No entanto, devido à própria especialidade que os contratos comerciais possuem, não se pode constatar uma pura transposição legislativa do sistema previsto no direito civil. As características contratuais devem ser levadas em consideração na aplicação desta analogia, e no caso do contrato de franquia isso se demonstra indispensável por ele se configurar como um contrato atípico.

O contrato de *franchising* é classificado, assim como o de agência e o de concessão, como um contrato de distribuição. Contudo, como já se disse, esta modalidade contratual possui características próprias que acabam por diferenciá-la drasticamente dos outros tipos contratuais. Apesar de todas estas características, o contrato de franquia ainda não se encontra tipificado na legislação portuguesa, sendo um contrato atípico. Devido a isto, é que se prevê a possibilidade da aplicação analógica da legislação do contrato de agência materializada no Decreto Lei 178/86 de 3 de julho, em todos os casos em se verifique a adequação à natureza do contrato. Existe uma grande expectativa a respeito da Diretiva n. 86/653/CEE de 1986¹⁶⁴ porque esta diretiva, em tese, vem a regular o contrato de agência, um contrato em que se constata uma grande precariedade na defesa dos direitos do agente. No entanto, o referido documento legislativo se mostra um pouco contido neste sentido, já que basicamente só aborda o regime referente ao pré-aviso, além da sua redação não prezar pela clareza.

A legislação referente ao contrato de agência é importante devido ao que Pinto Monteiro¹⁶⁵ classifica como inércia legislativa relativa aos contratos de distribuição, que apesar de socialmente típicos, ainda não encontram um respaldo jurídico adequado. No entanto, o autor também concorda com a posição de que a diretiva referente ao contrato de agência não veio no sentido de harmonizar as legislações dos estados-membros, ou seja, não atinge os seus objetivos de uma forma satisfatória, pois é relativamente omissa em diversos assuntos importantes, além de oferecer cláusulas alternativas que obviamente

¹⁶⁴ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31986L0653>. Acesso em 09 de mai de 2015.

¹⁶⁵ MONTEIRO, António Pinto. **Sobre a proteção do agente comercial no direito português e europeu**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1995.

favorecem as disparidades entre as legislações da comunidade europeia. Novamente vale salientar que não se trata propriamente de uma transposição legislativa da legislação do contrato de agência para a franquia, as características exclusivas do contrato de franquia irão ordenar esta analogia¹⁶⁶. Em consequência disto, verifica-se que em alguns casos, o contrato de franquia exige uma aplicação diversa da regra dos contratos de agência no que tange às modalidades de cessação do contrato, conforme se demonstra a seguir.

3.1 MODALIDADES DE ENCERRAMENTO DO CONTRATO DE FRANQUIA

A Diretiva n. 86/653/CEE é omissa em diversos aspectos, um dos mais notórios é que ela não trata de todas as modalidades de contrato, especialmente no que diz respeito ao contrato por tempo determinado¹⁶⁷. O único artigo que faz menção a esta modalidade de contrato é o artigo 14, que prevê que, nos casos em que contratos por prazo determinado continuem a ser executados após o seu prazo, eles se convertem em um contratos por prazo indeterminado¹⁶⁸. Vasconcelos¹⁶⁹ justifica tal posicionamento do legislador comunitário com o argumento de que essa premissa visa vedar que se o contrato fosse renovado pelo mesmo prazo que foi estabelecido, e conseqüentemente que pudesse cessar sem a necessidade de pré-aviso. Pinto Monteiro¹⁷⁰ considera essa situação mais

¹⁶⁶ José Antunes classifica o contrato de franquia no grupo de contratos relevantes no comércio internacional, sendo considerado um contrato complexo, duradouro e volátil. Complexos por envolverem vários empresários na sua relação negocial, o que ocasiona um quadro regulatório denso. Duradouros porque são destinados a enquadrar relações econômicas de longo prazo, e devido a isto, a sua ruptura pode ocasionar graves prejuízos à contraparte. E, por fim volatéis, por se tratarem de uma combinação entre complexibilidade e duração do ciclo vital que os transforma em contratos sensíveis às alterações externas. Todas estas características justificam a atenção para a aplicação analógica da legislação da figura da agência para o contrato de franquia. Apesar de serem duas figuras integrantes do quadro dos contratos de distribuição, muitas são as características que as diferenciam, uma aplicação pura e simples poderia ocasionar sérios danos às partes no caso concreto (Ver ANTUNES, José Engrácia. *Op.Cit.*, p. 124).

¹⁶⁷ Tal posicionamento também é adotado no Reino Unido, onde o art. 14 da Regulations 1993 em nada se refere ao fim de contratos por períodos determinados. Já o art. 26 da Lei de Agência portuguesa elenca as possibilidades de expiração do contrato por prazo determinado, sob a figura da caducidade.

¹⁶⁸ Na lei de agência portuguesa esta presunção se encontra consagrada no art. 27 n. 2

Artigo 27.º Duração do contrato

1 - Se as partes não tiverem convencionado prazo, o contrato presume-se celebrado por tempo indeterminado.

2 - Considera-se transformado em contrato de agência por tempo indeterminado o contrato por prazo determinado cujo conteúdo continue a ser executado pelas partes, não obstante o decurso do respectivo prazo.

¹⁶⁹ VASCONCELOS, Luís Pestana de. *Op.Cit.*, p. 108.

¹⁷⁰ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência: anotação ao Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 114.

semelhante a uma renovação do que propriamente uma transformação, porque no contexto discutido se dá origem a um novo contrato, ainda que este prossiga com o contrato inicial. Trata-se de uma presunção *juris tantum* ilidível de prova em contrário, com base no previsto no art.320 do Código Civil, que pode ser afastada caso uma das partes tenha estipulado previamente uma prorrogação por igual período.

Segundo Ana Paula Ribeiro¹⁷¹, tal omissão referente aos contratos com prazo determinado é considerada grave no âmbito dos contratos de franquia, já que a hipótese mais frequente neste tipo contratual é a do contrato com duração determinada. Mesmo com o caráter de ser um contrato duradouro, segundo a autora, o contrato de franquia tem uma duração que varia de acordo com o caso, permitindo que as partes decidam, em comum acordo, se prolongam o contrato por igual período, caso em que o contrato se mantém. A autora também prevê a possibilidade de recondução e prorrogações tácitas nos casos em que as partes continuem a executar o contrato para além do prazo.

A duração do contrato, no âmbito do contrato de franquia, também é um tópico bastante discutido na legislação nacional. A princípio, a lei portuguesa, ao contrário do que acontece na legislação italiana (na qual se verifica um prazo mínimo de duração), não exige das partes prazos mínimos ou máximos de duração dos contratos. No entanto, não se pode afirmar que as partes não sofram limitações no exercício desse direito, a boa-fé sempre pode atuar como medida reguladora destes contratos, além da vedação a vínculos perpétuos estabelecida pelos princípios gerais do Código Civil. Além disto, atendendo às próprias características do contrato de franquia e aos investimentos que este demanda, é razoável que se exija um prazo razoável para que a parte investidora tenha a amortização dos seus investimentos. Este período razoável é uma espécie de exigência correlacionada com a obrigação referente aos investimentos significativos feitos pela contraparte, além de se basear na boa-fé e na causa-função do contrato de franquia.

No entanto, no caso específico da franquia, a tutela legislativa não deve se restringir somente ao franqueado, fato que justifica a não aplicação analógica integral a todas as questões referentes ao contrato de franquia. Como diz respeito a um contrato no qual se percebe uma estreita colaboração e confiança, o franqueador também sofre perdas com o seu fim, tem diminuição das suas receitas, corre um maior risco de ter seus segredos

¹⁷¹ RIBEIRO, Ana Paula. *Op.Cit.*, p. 56.

negociais revelados. O ex-franqueado também pode efetuar uma eventual propaganda negativa do negócio a possíveis novos interessados, entre outros riscos que são inerentes ao conteúdo das obrigações que o contrato possui.

Os contratos de franquia, por serem decorrentes de técnicas de racionalização e eficácia das empresas, são geralmente contratos por tempo determinado com o objetivo de que o franqueador analise na prática a gestão do franqueado. Mas, segundo Pinto Monteiro¹⁷², também se verifica com frequência a renovação contratual automática do referido contrato, sendo as prorrogações sucessivas consideradas práticas recorrentes na constância do contrato. Esta renovação, na ausência de previsão contratual, jamais pode ser analisada como um direito líquido e certo do franqueado e este jamais pode alegar ter direito a perpetuidade do contrato, nem mesmo quando o contrato for por prazo indeterminado.

O artigo 24 do Decreto Lei 178/86 limita-se a enunciar as formas de cessação do contrato de agência, quais sejam: acordo entre as partes, caducidade, denúncia e resolução¹⁷³. Vale salientar que o regime das cláusulas contratuais gerais também deve ser aplicado, já que o regime de contrato de agência, mesmo que não o faça de uma forma expressa, é aplicado a outras modalidades de contratos de distribuição, como o contrato de comissão e franquia, devido à proximidade funcional que possuem. Pinto Monteiro¹⁷⁴ afirma que os problemas referentes à cessação do contrato são comuns a todos os contratos de uma forma geral, no entanto, admite-se que cada um, na grande maioria dos casos referentes aos prazos de pré-aviso e *stock*, possua regime próprio,

O Decreto Lei referente ao contrato de agência também prevê que todas as formas de cessação do contrato devem ser reduzidas a termo por escrito, exceto, devido a sua própria natureza, a caducidade. Trata-se de uma solenidade que não tem base na Directiva 86/653/CEE – já que esta silencia sobre o assunto – e é instituída com o argumento de ser uma formalidade *ad substantiam*, com o intuito de salvaguardar a segurança jurídica e o

¹⁷² MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia**, p. 302.

¹⁷³ Segundo Antunes Varela, os casos de resolução, denúncia e revogação são casos em que a validade do contrato é deixada incólume como acordo de contrato, são formas de reação às vicissitudes da relação contratual. O alvo não se trata do ato negocial, mas os efeitos que dele decorrem (Ver VARELA, Antunes. *Op.cit.*, p. 274-276).

¹⁷⁴ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição**: direito comercial. Coimbra: Almedina, 2009.

agente neste momento delicado.¹⁷⁵ Nos casos em que uma das partes se confronte com alguma situação que se encaixe em mais de uma das modalidades de extinção contratuais citadas, esta deve optar pela que se adeque aos seus interesses. No entanto, no momento em que efetuar esta escolha não pode mais fazer uso posteriormente da opção preterida.¹⁷⁶

3.1.1. ACORDO MÚTUO

A modalidade da extinção contratual referente ao acordo se encontra prevista no art. 25 do Decreto Lei n. 178/86, que trata da lei de agência portuguesa. Não existe nenhum obstáculo legislativo para que as partes convençam em conjunto o prazo de duração do contrato que mais se adeque aos seus interesses. Tal possibilidade decorre da característica inerente ao direito privado, que é a possibilidade de autorregulamentação dos interesses. A princípio, não se visualiza nenhum motivo para se questionar a validade de uma cláusula previamente acordada, esta é uma posição decorrente da própria liberdade negocial das partes. No entanto, a lei de agência restringe a liberdade de forma desta modalidade, exigindo uma forma escrita para que este acordo seja considerado válido, com o intuito de garantir uma segurança jurídica ao que foi acordado.¹⁷⁷

Pinto Monteiro¹⁷⁸ complementa essa ideia ao afirmar que o mútuo acordo, além de constar em um documento escrito, deve reunir todos os requisitos de validade do negócio jurídico, tais como agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, etc. Além disso, o autor ainda considera desnecessária a exigência de pré-aviso nesta modalidade, por considerar que este é contrário à natureza autônoma que o acordo possui. É justamente com base nessa natureza autônoma que se permite ampla liberdade no exercício do mútuo acordo, que pode vir a cessar contratos por prazo determinado antes do prazo inicialmente convençado, por exemplo, produzindo

¹⁷⁵ PINTO, Fernando A. Ferreira. **Contratos de distribuição**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. p. 308-312.

¹⁷⁶ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. Cit.*, p. 309.

¹⁷⁷ Não é equivocado afirmar que esta exigência decorre do que prevê o art. 406 n.1 do Código Civil, que defende que os contratos devem ser pontualmente cumpridos, só podendo ser modificados e extinguidos através do mútuo consentimento dos contraentes.

¹⁷⁸ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição**, p. 133.

efeitos imediatos. O único mecanismo que pode de alguma forma interferir nesta liberdade das partes é a comprovação de alguma violação ao princípio da boa-fé.¹⁷⁹

Apesar das características próprias que o contrato de franquia possui, o acordo neste caso não irá divergir da regra geral. Ele será uma consequência da liberalidade das partes, que podem a qualquer momento acordar sobre o término da relação contratual, bastando que reduzam por escrito o que foi acordado, reunindo todos os requisitos de validade do negócio jurídico em geral, sem necessidade de aviso prévio por ser uma modalidade autônoma de encerramento do contrato. Segundo Vasconcelos¹⁸⁰, trata-se puramente de um contrato extintivo *contrarius consensus*.¹⁸¹

3.1.2 – CADUCIDADE

A caducidade se encontra prevista no art.26 do Decreto Lei 178/86¹⁸² e se refere aos contratos com duração determinada pelas partes, seja por meio da estipulação de um prazo, condição, morte do agente ou a extinção (caso se trate de uma pessoa coletiva). O contrato, no caso, é extinto quando se chega ao fim do prazo convencionado, ou quando se verifica que a condição que as partes convencionam se torna certa ou impossível, conforme ela seja uma condição resolutiva ou suspensiva, ou por morte do agente ou

¹⁷⁹ Fernando Pinto afirma que esta liberdade é decorrente de qualquer contrato bilateral. As partes podem fazer cessar um contrato devido a um acordo posterior, celebrado pelos mesmos sujeitos, com sentido oposto ao inicial. O autor define tal comportamento como uma manifestação da autonomia privada (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. Cit.*, p. 313). Já Carlos Barata diz que o acordo mútuo diz respeito à possibilidade de promover o fim da relação contratual sob a figura da revogação, exigindo nada mais do que a forma escrita para se concretize (Ver BARATA, Carlos Lacerda. **Anotações ao novo regime do contrato de agência**. Lisboa: LEX, 1994. p. 65).

¹⁸⁰ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 107.

¹⁸¹ Na legislação brasileira, o mútuo consentimento se encontra ao lado da figura da denúncia, como modalidades de extinção contratual que podem ser exercidas a qualquer tempo. No entanto, o art. 472 do Código Civil de 2002 afirma que o *distrato*, figura equivalente ao acordo na lei brasileira, deve ser feito sob a mesma forma que o contrato, não exigindo necessariamente que este seja feito sob a forma escrita, como em Portugal. O *distrato* também é denominado como resilição bilateral, porque exige manifestação de ambas as partes para a sua observância. A vontade bilateral das partes é dirigida para a extinção do contrato e possui efeitos *ex nunc*, mas nada obsta que as partes optem por eliminar todos os efeitos produzidos pelo contrato, escolhendo efeitos *ex tunc*.

¹⁸² Artigo 26.º Caducidade

O contrato de agência caduca, especialmente:

- a) Findo o prazo estipulado;
- b) Verificando-se a condição a que as partes o subordinaram ou tornando-se certo que não pode verificar-se, conforme a condição seja resolutiva ou suspensiva;
- c) Por morte do agente ou, tratando-se de pessoa coletiva, pela extinção desta.

extinção da pessoa coletiva. Refere-se a uma modalidade¹⁸³ de cessação automática e que não carece de manifestação de vontade das partes, é exclusiva para contratos por prazo determinado e dotada de um caráter imediato e objetivo. Caso se observem alguns dos eventos previstos, o contrato se extingue por si mesmo. É uma forma do contrato de agência cessar sem a presença de qualquer manifestação de vontade dirigida, bastando apenas a observância de um fato jurídico *strictu sensu*.

Os casos citados pelo art. 26 não são taxativos, também são possíveis outros casos de caducidade. A lei apenas demonstra, a título exemplificativo com a intenção de promover uma adequada conceituação, a lista de alguns casos em que a caducidade é aplicada, nada impede que outros eventos, caso se enquadrem, ocasionem a extinção automática do contrato.¹⁸⁴ Os efeitos da sua observância não são retroativos, ou seja, são *ex nunc* a princípio, acontecendo alguma das premissas previstas, o contrato naturalmente cessa. A principal característica da caducidade é o seu caráter objetivo, que atua de pleno direito e sem caráter retroativo, os efeitos são extintos somente para o futuro¹⁸⁵. É uma modalidade de extinção contratual bastante comum nos contratos portugueses em geral, além da agência, a caducidade também se encontra presente no comodato (art. 1141 Código Civil), na locação (art.1051 Código Civil) e no mandato (art. 1174).

Na alínea a) do art. 26, se prevê a possibilidade das partes pré-determinarem a duração da relação contratual, respeitando os princípios da boa-fé, sem que isto necessariamente se constitua em uma incompatibilidade com a necessária estabilidade do vínculo, elemento tipificador do contrato¹⁸⁶. Já a impossibilidade absoluta ou definitiva das condições em que as partes se subordinam, segundo a alínea b) do mesmo artigo, aniquila imediatamente a obrigação sem direito à indenização, se a impossibilidade não

¹⁸³ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia**, p. 303.

¹⁸⁴ Pinto Monteiro afirma que a falência do agente é um exemplo de caducidade não expresso na lei. A caducidade no contrato de agência tem forte identificação com a caducidade no contrato de locação prevista no art. 1051 do Código Civil, que também elenca os eventos que provocam esta modalidade de cessação contratual, só que adequados às características do contrato de locação (Ver MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição**, p.112-113). Carlos Barata, com base no art.168 do Código de Recuperação de Empresas, concorda com Pinto Monteiro no sentido de que a falência também é uma forma de caducidade não expressa em lei. Além disso, o autor critica que o legislador não tenha equiparado a morte do agente, prevista na alínea c) do art. 26, à sua interdição, situação que segundo ele ocasiona os mesmos efeitos da morte (Ver BARATA, Carlos Lacerda. *Op. Cit.*, p. 67-68).

¹⁸⁵ Pinto Monteiro não se opõe à possibilidade de as partes convencionarem, com base na sua liberdade negocial, a possibilidade de caducidade produzir efeitos *ex tunc*. No entanto, para o autor, tal posição se revela um pouco complicada em contratos de execução continuada, onde se observa alguns conflitos de ordem prática caso as partes optem por este viés (MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição**. p. 107).

¹⁸⁶ BARATA, Carlos Lacerda. *Op. Cit.*, p. 66.

for imputável ao devedor. Caso se constate que esta impossibilidade se deu por culpa, abre-se a opção para o credor de obter a extinção do contrato por meio da resolução. Nos contratos bilaterais, quando uma das prestações se demonstrar impossível e o contrato continuar a ser exercido, será por conta e risco do credor, o que não parece razoável à prática negocial. Neste caso, o contrato deve caducar, desta forma, nenhuma das partes está se arriscando e o risco é eliminado. No entanto, parece razoável que, em contratos duradouros, a mera impossibilidade não pode ocasionar a extinção do vínculo, devido ao caráter da obrigação contraída. Deve-se promover uma análise individualizada de cada caso, somente sendo possível a extinção do vínculo se esta impossibilidade afetar diretamente o objetivo da contratação, não sendo suficiente a constatação da impossibilidade do seu não cumprimento¹⁸⁷.

Esta posição parece razoável no sentido de garantir a estabilidade dos contratos duradouros, além de tentar dirimir possíveis danos acarretados pela extinção do contrato. A ressalva neste caso parece residir em argumentos condizentes com a estrutura dos contratos discutidos. Na extinção do contrato devido à morte do agente, também é cabível certa flexibilização. A extinção do contrato só é prevista se as qualidades pessoais do contratante de alguma forma tenham motivado a contratação, caso contrário, não se justifica a extinção dos vínculos. Somente em contratos com caráter personalíssimo *intuiiu personae*, nos quais a confiança integra o seu núcleo, é que se pode basear a extinção com a morte do agente ou da extinção da pessoa jurídica.

Pedro Romano Martinez¹⁸⁸ faz uma importante ressalva a respeito da caducidade, ao afirmar que não se pode confundir esta modalidade de cessação contratual, em outras palavras, não se pode confundir o prazo de vigência de contrato com o prazo comum para o exercício de um direito. Apesar de apresentarem alguma similaridade, elas não se confundem, a caducidade se verifica na cessação de direitos e de negócios jurídicos, em um sentido amplo, nos casos em que se verifique qualquer fato ou evento superveniente a que se atribui efeito extintivo ou até pela própria extinção do objeto. É uma modalidade

¹⁸⁷ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 317-325.

¹⁸⁸ Ainda a respeito da caducidade, Pedro Matinnez, em outra parte da sua obra, afirma que, ao contrário do que diz Pinto Monteiro, a caducidade se trata de uma forma de cessação legal do vínculo e que as situações que a originam não se encontram na disponibilidade das partes, porque é uma modalidade que não reside na vontade dos contraentes. No entanto, a vontade das partes não está de todo afastada, estas têm a liberalidade de escolher o prazo de vigência do contrato. No entanto, a criação de novas situações, segundo o autor, não é possível (Ver MARTINEZ, Pedro Romano. *Op.Cit.*, p. 41-43).

de cessação que não está necessariamente associada com a extinção devido ao tempo, tem uma conotação mais ampla e completa.

A figura da caducidade também está prevista em países em que o contrato de franquia é um contrato típico, como é o caso de Macau, em que o art. 704 do Código Comercial faz remissão ao art. 674 que trata sobre o contrato de concessão comercial, para a resolução de conflitos referentes ao contrato de franquia. A primeira parte fala da exigência de pré-aviso na caducidade, feita por escrito e ainda fornece uma gradação da antecedência que este aviso deve ocorrer com base na duração do contrato.¹⁸⁹ Além disso, o legislador não obsta que as partes estipulem um prazo de pré-aviso mais longo, contanto que respeitem o mínimo previsto nas alíneas da primeira parte dos artigos. A adoção desse regime vai de encontro com a ideia defendida por Pinto Monteiro de que a exigência de pré-aviso na caducidade deve existir com base na boa-fé. Na legislação brasileira a expressão literal de caducidade é aplicada no âmbito restrito dos contratos administrativos, mas também se considera como a forma de extinção natural dos contratos a expiração do prazo acordado, tratando-se da ocorrência do termo do contrato, que se configura na caducidade, só que sob um novo título.

Sobre a necessidade de aviso prévio, a doutrina portuguesa diverge. Segundo Pinto Monteiro¹⁹⁰, a objetividade que a caducidade possui não exclui o franqueador da obrigação do aviso prévio, que deve respeitar analogia com o art. 26 e 27 da lei dos contratos de agência. Fernando A. Ferreira Pinto¹⁹¹ discorda dessa ideia, apesar de afirmar que alguma doutrina alemã tem defendido o pré-aviso na caducidade baseado nos princípios da boa-fé, o autor entende de forma oposta. Já que o conceito básico do pré-

¹⁸⁹ Art. 674. Caducidade e renovação.

1. O contrato celebrado por tempo determinado caduca no termo do prazo estipulado desde que qualquer das partes comunique à outra, por escrito, a vontade de o não renovar com a antecedência mínima seguinte:

a) Três meses, se o prazo for inferior a cinco anos;
b) Seis meses, se o prazo for de cinco a dez anos;
c) Doze meses, se o prazo for igual ou superior a dez anos.

2. A falta da comunicação referida no número anterior implica a renovação do contrato por período igual ao prazo inicial.

3. No caso de o contrato ter sido objecto de renovação, ter-se-á em conta, para determinar a antecedência com que a vontade de não renovar o contrato deve ser comunicada, todo o tempo decorrido desde a celebração do contrato.

4. O disposto no n.º 1 não obsta a que as partes consagrem prazos de pré-aviso mais longos, mas o prazo a observar pelo concedente não pode ser inferior ao do concessionário.

5. O contrato que tenha sido objecto de duas renovações considera-se renovado por tempo indeterminado, no fim do prazo da segunda renovação, se nenhuma das partes comunicar à outra a vontade de o não renovar, nos termos previstos nos 1 e 3.

¹⁹⁰ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia**, p. 302.

¹⁹¹ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 320-325.

aviso é notificar a contraparte com antecedência da extinção do contrato, para que esta tome as providências que julgar necessárias, se a parte já tem ciência prévia da data ou das circunstâncias em que o contrato finda, ela não pode afirmar que foi surpreendida, já que nenhum dos informantes deve ser comunicado sobre aquilo que deve saber. Em outras palavras, o objetivo do pré-aviso não existe nos casos de caducidade, porque a parte já tem conhecimento do prazo contratual, ou ao menos das circunstâncias em que este se observa. Segundo este posicionamento, cabe às partes a adoção de medidas de precaução quanto aos dados da extinção do contrato, visto que já têm ciência das condições em que ele se observa. Pode-se entender que a posição de Pinto Monteiro se demonstra mais adequada aos contratos de franquia, que demandam uma grande parcela de confiança e dependência entre as partes, o que justifica a exigência de um pré-aviso com base na boa-fé contratual¹⁹².

Outra discussão recorrente no que se refere ao tema é se o franqueado pode exigir do franqueador um prazo mínimo de duração contratual. Esta medida tem em raciocínio os elevados custos que o franqueado arca no momento da instalação da franquia, além da sua dificuldade de reestruturação e aproveitamento dos bens adquiridos. Um prazo demasiadamente curto compromete o retorno dos seus investimentos. Para Inês dos Anjos¹⁹³, a antecedência do aviso prévio é inversamente proporcional à duração do contrato, quanto mais curto este se apresentar, maior deve ser a antecedência do aviso. A legislação italiana se encontra atenta a esta problemática ao elaborar a Legge 6 maggio de 2004 n.129, que estabelece o prazo mínimo de 3 anos para o contrato de franquia, com o intuito de que o franqueado disponha do tempo mínimo necessário para ter retorno dos seus investimentos. Portugal também vem defendendo este posicionamento ao aderir ao

¹⁹² Uma questão interessante se trata da discussão sobre exigência de pré-aviso também nos contratos de licença de marca, como um tipo de analogia ao previsto no contrato de locação. O contrato de licença de marca, segundo Carlos Olavo, é aquele em que se encontram simultaneamente, o benefício do licenciante de poder descentralizar sua produção a custos reduzidos, e a exploração econômica desta marca pelo licenciado. Encontra-se previsto no art. 119 do Código de Propriedade Industrial e esta licença pode ser total, parcial, a título oneroso ou gratuito, exclusiva ou não. Para o autor, a obrigação de explorar a marca pode ser analisada em analogia com o contrato de locação, desta forma é possível exigir um pré-aviso (OLAVO, Carlos. **O contrato de licença de exploração de marca**. Lisboa: Revista dos Advogados, 1999. p. 93). Paula Carvalho também entende que é possível enquadrar a legislação da locação em casos de contratos de licença onerosos, porque em ambos os casos se permite o gozo temporário de um determinado bem, ainda que incorpóreo, como é o caso da marca, mediante contrapartida remuneratória (CARVALHO, Paula Marques. **A violação da licença e o esgotamento do direito de marca**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 p. 104).

¹⁹³ ANJOS, Inês Alexandre Coelho. **O contrato de franquia**. Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Empresariais, Direito de Empresas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010, p. 75.

European Code of Ethics for Franchising que prevê no art. 5.4 que o contrato de franquia deve durar o tempo necessário para que haja um efetivo retorno ao investidor. Com base nisso, conclui-se que o prazo de duração mínima é consequência direta da natureza do contrato, mas que a princípio não deve ser um prazo fixo, cabendo ao juízo, no caso concreto, a análise com base na razoabilidade, modalidade de franquia discutida e nas obrigações atribuídas ao franqueado, para que se chegue num conceito que mais se aproxime da realidade contratual daquelas partes.

3.1.3 – DENÚNCIA

A denúncia¹⁹⁴ é a terceira forma de extinção do contrato de franquia, prevista no art. 28¹⁹⁵ da Lei de Agência e que, em traços simples, configura-se como um autêntico direito potestativo, que assim como a caducidade, é exclusivo de uma modalidade de contrato específica. Só que neste caso se refere aos contratos por prazo indeterminado, ao contrário da caducidade, que trata dos contratos por tempo determinado.¹⁹⁶ Fernando Pessoa Jorge¹⁹⁷ define a denúncia como uma forma autônoma de extinção dos contratos estabelecidos por tempo indeterminado e que se opera por meio da declaração de uma das partes à outra, notificando que não deseja mais a continuação do contrato. As partes *ad libitum e ad nutum*, por meio de uma declaração unilateral receptícia, podem cessar o

¹⁹⁴ Segundo Pedro Martinez, a denúncia no sentido comum se trata de uma acusação ou de uma divulgação de fatos. Contudo, no âmbito dos contratos, significa uma modalidade de cessação que consiste na comunicação à outra parte, o denunciado, da intenção de fazer cessar os efeitos de um contrato de duração indeterminada. Tem o intuito de impedir a prossecução do contrato e impedir a renovação do acordo por igual período (Ver MARTINEZ, Pedro Romano. *Op.Cit.*, p. 58-66).

¹⁹⁵ Art.28- Denúncia

1 - A denúncia só é permitida nos contratos celebrados por tempo indeterminado e desde que comunicada ao outro contraente, por escrito, com a antecedência mínima seguinte:

a)Um mês, se o contrato durar há menos de um ano;
b)Dois meses, se o contrato já tiver iniciado o 2.º ano de vigência;
c)Três meses, nos restantes casos.

2 -Salvo convenção em contrário, o termo do prazo a que se refere o número anterior deve coincidir com o último dia do mês.

3 -Se as partes estipularem prazos mais longos do que os consagrados no n.º 1, o prazo a observar pelo principal não pode ser inferior ao do agente.

¹⁹⁶ Esta modalidade contratual por prazo indeterminado, segundo Luís Miguel Vasconcelos, se trata de uma modalidade rara na prática da franquia. O franqueador faz uso deste modelo em casos específicos, como quando o próprio franqueado não conta com muita experiência no exercício do sistema em rede, por exemplo, sendo os contratos por prazo determinado mais comuns (Ver VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op.Cit.*, p.113-114).

¹⁹⁷JORGE, Fernando Pessoa, **O sistema de recursos em processo civil português apud VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. O contrato de franquia: Franchising.** Coimbra: Almedina, 2010. p. 113.

contrato¹⁹⁸. Não é um meio de impedir a prorrogação, a sua motivação de fato é provocar a cessação privativa dos contratos celebrados por tempo indeterminado, segundo o art. 230 do Código Civil. A notificação da contraparte é pressuposto de eficácia da denúncia, além de ser irrevogável, de acordo com o art.230 do Código Civil, a partir do momento em que o denunciado toma conhecimento do seu teor, a proposta não pode ser alterada.

A denúncia se caracteriza pela faculdade das partes integrantes de um contrato, por prazo indeterminado ou duradouro, de fazer cessar os efeitos do negócio em sentido amplo, mediante uma declaração unilateral, sem que tenha que apresentar uma justa causa para tal, constituindo-se como pura e simples vontade do autor.¹⁹⁹ Esta possibilidade de poder fazer cessar contratos duradouros sem justa causa²⁰⁰, baseia-se na inadmissibilidade de vinculações perpétuas explicitada no art. 28 do Decreto Lei 178/86 por tais vinculações serem consideradas nocivas à ordem pública²⁰¹. Em virtude disto, não se exige uma cláusula específica para que se garanta o direito de denúncia às partes, basta que se esteja diante de um contrato indeterminado e que a comunicação do ato para o denunciado tenha sido efetuada sob forma escrita. Apesar do seu caráter discricionário, a denúncia possui um mínimo de formalidade, no sentido de garantir uma segurança jurídica. Fernando A. Ferreira Pinto²⁰² considera que a denúncia também tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, manifestado na liberdade de escolha da profissão prevista no art. 47/1 da Constituição da República Portuguesa e no livre desenvolvimento da personalidade, também previsto na constituição portuguesa no art.1, em oposição aos vínculos perpétuos. A denúncia se constituiria, pois, em um remédio contra a rigidez²⁰³,

¹⁹⁸ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição negocial**, p. 136.

¹⁹⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op.Cit.*, p. 628-632.

²⁰⁰ Nos Estados Unidos, a possibilidade de extinguir o contrato sem uma justa causa é analisada de uma forma mais delicada, especialmente no que diz respeito ao contrato de franquia. A possibilidade de o franqueador se opor à renovação do contrato sem justa causa, por exemplo, não é vista com muito entusiasmo por alguns estados americanos como Nova Jersey, Virginia, Delaware e Wisconsin. Nestes estados, o franqueador não pode se opor à renovação do contrato sem apresentar uma justa causa, isto se deve à importância social que o contrato de franquia tem na comunidade americana, sendo para muitos a própria materialização do sonho americano, além de se constituir na fonte de renda de muitos cidadãos.

²⁰¹ Jorge Faria define a denúncia como uma forma garantir as partes de um negócio duradouro, a possibilidade de encerrar o contrato, ou seja, a possibilidade de impor um limite temporal. O autor dá como o exemplo a quebra de confiança recíproca, que atinge a natureza dos contratos duradouros, que têm na confiança a sua base contratual (Ver FARIA, Jorge Ribeiro de. *Op.Cit.*, p. 88).

²⁰² PINTO, Fernando A Ferreira. *Op.Cit.*,p. 339-341.

²⁰³ Na legislação brasileira a denúncia é chamada de rescisão, tem os mesmos fundamentos da denúncia portuguesa, mas no Brasil pode ser bilateral ou unilateral. É a faculdade de uma das partes, em um momento anterior à execução de todas as obrigações contratuais, de resilir o contrato, bastando que se notifique a contraparte por escrito. A rescisão unilateral, nos moldes da denúncia, encontra-se prevista no art. 473 do Código Civil brasileiro, tem os limites de seu exercício baseados na boa-fé e, via de regra, não tem efeitos retroativos. Os planos de existência, validade e eficácia do contrato não são desconstituídos.

em decorrência direta do previsto no art. 18 da LCCG, promovendo uma flexibilidade de vínculos. Trata-se de um direito inerente a todo e qualquer contrato de duração indeterminada, o direito à denúncia não pode ser afastado de forma absoluta, já que representa um instrumento de defesa da ordem pública no combate aos vínculos de natureza perpétua. Da mesma forma não são admitidas cláusulas que condicionem a sua observância ou que atribuam penalidades ao seu exercício, sob risco de nulidade.

O Supremo Tribunal de Justiça, no julgado de 17.04.1986, ainda cria a figura da denúncia modificação ou denúncia tácita, que consiste na modificação do contrato, sem a aceitação dos agentes.²⁰⁴ A proposta do denunciante vem acoplada com determinadas condições diversas das estabelecidas no momento da celebração, o autor não tem interesse de prosseguir com a relação contratual caso a parte não aceite as mudanças expostas.²⁰⁵ É uma possibilidade de denunciar o contrato sem a exigência de uma declaração expressa. Esta nova proposta deve ser demonstrada de forma clara, inequívoca e incontroversa, inclusive no que diz respeito ao interesse da parte de não dar continuidade ao contrato caso as mudanças não se verifiquem, assim se demonstra que não se trata meramente de uma alteração contratual ordinária. Entende-se, no entanto, que esta modalidade não se aplica ao contrato de franquia, devido à ingerência que o franqueador tem na gestão empresarial dos franqueadores e que faz parte da própria natureza jurídica do contrato, não havendo fundamento para uma aplicação analógica.

Como uma forma de contrabalancear esta modalidade de extinção contratual que não exige uma justa causa, a denúncia tem no pré-aviso um dos seus requisitos de validade. A denúncia é um elemento inerente aos contratos por prazo indeterminado, e não demanda uma cláusula expressa para o seu exercício. A necessidade de pré-aviso, por outro lado, tem o intuito de combater rupturas bruscas que possam causar prejuízos às partes, e também é uma exigência que decorre da boa-fé contratual, além da confiança presente nos contratos *intuitu personae*.²⁰⁶ A função deste instituto é garantir a estabilidade mínima no período que antecede o fim do contrato, também chamado de

²⁰⁴ O caso trata de um contrato de agência, em que é efetuada uma mudança na remuneração dos agentes, que prontamente recusam a nova proposta. Devido a este quadro, a contraparte considera o contrato denunciado a partir do momento em que as partes se recusam a acatar os novos termos contratuais.

²⁰⁵ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 339-352.

²⁰⁶ Na Itália o pré-aviso deve ser inferior a um ano, com base na aplicação analógica do previsto no art. 1569 do código civil italiano.

cooling-off period.²⁰⁷ Na medida que a denúncia é um elemento natural dos contratos, o pré-aviso é um elemento natural da denúncia.²⁰⁸ Vale salientar que a denúncia não é capaz de desobrigar a contraparte de suas obrigações, não se pode utilizá-la como argumento para uma eventual inadimplência contratual. Durante o período intermediário entre o pré-aviso e a cessação das obrigações contratuais, as partes continuam igualmente vinculadas às obrigações contraídas no momento da celebração do contrato, situação em que o contrato por prazo indeterminado se assemelha a um contrato por termo certo.

O período de pré-aviso deve ser computado na duração total do contrato, mas nada obsta que as partes, por mútuo acordo, decidam antecipar os efeitos da denúncia para um prazo inferior do que o previsto em lei. Tal possibilidade é mais uma decorrência da liberdade de autorregulação de interesses do direito privado. O pré-aviso não defende só os interesses da parte denunciada, o próprio denunciante pode ter interesse neste período para promover a adaptação a sua nova realidade econômica de forma mais eficaz. Caso se comprove que a parte notificada do término do contrato começa a agir com negligência, ou de alguma forma que atente contra a atividade exercida pelo denunciado, a denúncia também pode ter seus efeitos operados de forma imediata, ou em caso de não cumprimento contratual, abre-se a possibilidade de se obter a resolução contratual.²⁰⁹ Os prazos de pré-aviso exigidos no contrato de agência estão previstos na primeira parte do art. 28 e são gradativos, isto é, são proporcionais à duração dos contratos. Em outras palavras, quanto mais longo o contrato, com mais antecedência deve ser dado o pré-aviso à contraparte²¹⁰.

²⁰⁷ Pedro Martinez exemplifica algumas atitudes preparatórias que podem ser desencadeadas no período de pré-aviso: escoamento de produtos adquiridos, cumprimento de negócios pendentes com terceiros e liquidação de dívidas recíprocas. Segundo o autor, não se trata de um período para garantir a amortização dos investimentos, trata-se meramente de um período preparatório, para que o contrato se encerre com todas as suas obrigações cumpridas pontualmente (Ver MARTINEZ, Pedro Romano. *Op.Cit.*, p. 377-340).

²⁰⁸PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op.Cit.*, p. 628-632.

²⁰⁹ No entanto, algumas obrigações contratuais podem ser passíveis de adaptação neste período de pré-liquidação das obrigações que se inicia logo após o aviso-prévio. As cláusulas de compra mínima referentes ao *stock* podem ser passíveis de flexibilização, com o intuito de que a parte não tenha que lidar com uma futura acumulação de bens, além da vedação de que se imponha à contraparte neste sentido à execução de investimentos adicionais, impossíveis de ser amortizados durante o prazo de pré-aviso, sob pena desta situação se configurar em um abuso de direito.

²¹⁰ A Diretiva n. 86/653/CEE referente ao contrato de agência comete uma grave omissão no que diz respeito à denúncia, porque não prevê em seu texto nenhuma sanção própria ao não cumprimento dos prazos de pré-aviso. Ao permitir que os próprios estados-membros legislem sobre o tema, ela acaba por atuar de uma forma contrária à pretensão da uniformização legislativa. No entanto, a faculdade garantida aos estados-membros de alargar os prazos pré-aviso é limitada, no sentido de que mesmo que seja estipulado um prazo de pré-aviso superior, o contrato deve durar, no mínimo, pelo prazo previsto pelo legislador europeu, no sentido de evitar fraudes.

Este é um ponto delicado referente à analogia²¹¹ da legislação dos contratos de agência dentro dos contratos de franquia e de comissão²¹², porque se considera que estes prazos de pré-aviso, até mesmo para os investimentos que o contrato de agência demanda, são demasiadamente curtos. Segundo Pinto Monteiro²¹³, os prazos previstos no artigo 28 se encontram absolutamente inadequados para o tipo do contrato de franquia. Esta impossibilidade de analogia se baseia no fato de que os investimentos que o contrato de franquia exige são muito mais elevados que no contrato de agência, além do fato de a contraparte adquirir a propriedade das mercadorias que comercializa. Devido a estes argumentos, o aviso prévio deve ser dotado de mais antecedência, a fim de se evitar elevados prejuízos ao franqueador.

O pré-aviso da franquia deve se basear na duração do contrato, no vulto dos seus investimentos, nas expectativas das partes, além de outras circunstâncias que podem decorrer do caso em concreto. Não necessita ter nenhuma forma especial, apenas deve notificar a outra parte por escrito do seu objetivo. Na franquia, o pré-aviso adquire especial importância devido à dependência entre as partes. Uma extinção brusca dos efeitos do contrato pode ameaçar a própria existência econômica do franqueado, caso seja este o denunciado. Não sendo respeitado este pré-aviso razoável²¹⁴, ou caso a parte

²¹¹ Mariana David critica a jurisprudência portuguesa por muitas vezes não promover uma analogia, mas uma aplicação direta da legislação prevista no contrato de agência, a todos os contratos de concessão comercial. Leva-se em conta somente o núcleo consensual que estes contratos possuem, sem atentar as suas grandes disparidades, especialmente no que diz respeito à dependência entre as partes. A analogia não é a criação de um direito novo, se trata de um processo de descoberta que deve ser baseada na coerência normativa (Ver DAVID, Mariana Soares. **A aplicação analógica do regime jurídico da cessação do contrato de agência aos contratos de concessão comercial**: tradição ou verdadeira analogia? Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2011 (Jul-Set) p. 893-896).

²¹² O direito alemão no art.15/3 opta por uma estratégia de extensão dos referidos prazos no caso dos contratos de concessão e franquia. Por outro lado, parte da doutrina considera que o art. 89 da HGB É mais aplicável ao regime dos contratos de distribuição, especificamente nos casos em que os outros distribuidores se encontrem integrados na rede do fornecedor, em condições equiparáveis ao da figura do agente. Tal posicionamento acontece de forma similar na Espanha, que adota o prazo da diretiva para os contratos de agências, mas está longe de chegar a um consenso sobre os prazos referentes ao contrato de concessão e franquia. Em Portugal, também existe uma divisão doutrinária sobre o tema. António Cordeiro entende que os prazos não devem ser alargados (Ver CORDEIRO, António Menezes. **Do contrato de concessão comercial**. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2000, p. 517-613.), em contraposição estão Pestana de Vasconcelos e Pinto Monteiro, que defendem que esse alargamento do prazo decorre da boa-fé e das características dos contratos, além de promoverem uma tutela do franqueado. Fernando Pinto defende que além do argumento dos investimentos dependidos, a situação da dificuldade da reconversão da empresa também enseja um prazo mais prolongado de pré-aviso. No entanto, ele contrapõe ao afirmar que os prazos também não podem ser demasiadamente longos, sob pena de obstaculizar a livre iniciativa econômica das partes (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 377-380).

²¹³ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência**: anotação, p. 118.

²¹⁴ Pinto Monteiro afirma que essa razoabilidade do prazo de pré-aviso também deve se estender ao período de duração do contrato. Decorre dos princípios da boa-fé contratual que o contrato só pode ser denunciado após a observância de um prazo mínimo necessário para que o denunciado tenha o retorno dos seus investimentos (Ver MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição**, p. 136-137). Já Fernando

indique um prazo que seja inferior ao mínimo exigido por lei, o denunciante incorre em um abuso de direito, a denúncia é considerada ilícita²¹⁵ e o denunciante contrai a obrigação de indenizar a outra parte pela insuficiência do pré-aviso. Vale frisar que a legislação referente ao mandato comercial se considera mais adequada no caso em que se verifique violação a este aviso-prévio. Nesses casos, o franqueador deve arcar com os prejuízos da parte contratante, que inclui os danos emergentes e os lucros cessantes. Salienta-se, desse modo, que não é porque o direito à denúncia é discricionário, que este não deve observar os princípios da boa-fé, ou seja, também se pode considerar que a parte denunciante age com abuso de direito se for comprovado que esta incentiva o denunciado a efetuar investimentos e gastos extraordinários quando já tem ciência da denúncia do contrato. A denúncia não é só considerada ilícita em casos de violação do aviso prévio razoável, também se deve analisar as circunstâncias do caso em concreto.

No entanto, entende-se ser razoável a aplicação analógica da sanção referente a não observância do pré-aviso, presente no art. 29, que se traduz como uma obrigação de indenizar as partes pelos prejuízos causados. Caso os prazos de pré-aviso não sejam observados, a contraparte cai em responsabilidade contratual, podendo-se aplicar analogicamente o previsto no art. 29 n.2 do contrato de agência. Vale salientar que as indenizações referentes a esta violação só podem abranger os valores referentes à insuficiência do aviso-prévio, os danos da cessação do contrato não podem ser computados no *quantum* indenizatório. A natureza desta indenização não é de propriamente substituir o pré-aviso, tratando-se de uma responsabilidade contratual por

Pinto discorda do posicionamento de Pinto Monteiro, usando como argumento a Diretiva referente ao contrato de agência. Se o legislador comunitário considerar relevante este prazo mínimo de duração do contrato, provavelmente o inclui no bojo das situações tratadas pela lei. Devido à ausência de previsão neste sentido, não é razoável obrigar as partes a contratar por um determinado lapso temporal, isto contraria os seus interesses sem nenhum embasamento legal. O autor conclui seu pensamento ao defender que não cabe à legislação a tutela de meros anseios sociais, deve-se demonstrar o fundamento dessas expectativas para que elas mereçam proteção (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 361-363). O prazo mínimo de duração contratual em relação à denúncia está previsto no Código Comercial de Macau no art. 676, que afirma que o contrato deve ter a duração de no mínimo 3 anos para que as partes estejam aptas a denunciá-lo, que assim como em Portugal, também deve notificar o denunciado por escrito. Na Itália, o prazo de duração mínima é de dois a três anos, e se trata, segundo Ana Dassi, de uma derrogação na liberdade negocial entre as partes. O contrato de franquia especialmente não deve ter uma curta duração, em decorrência da sua própria natureza, o que mais uma vez justifica a exigência desse prazo contratual de duração mínima (Ver DASSI, Ana. *Op.Cit.*, p. 107).

²¹⁵ A denúncia é ilegítima quando o denunciante não estiver legitimado para exercê-la; inválida, quando faltam os requisitos de validade do negócio jurídico; e, irregular, quando for proferida sem as exigências previstas por lei. A denúncia irregular é a única que possuirá o efeito extintivo, cabendo à outra parte a indenização pela violação dos deveres. (MARTINEZ, Pedro Romano. *Op.Cit.*, p. 93-95). De tal posicionamento se deduz que a indenização não obsta o efeito extintivo do ato, o fato de a denúncia ter sido exercida sem os requisitos previstos em lei não irá ser um obstáculo à cessação dos efeitos do contrato.

ato ilícito. Não se pode penalizar a parte denunciante pelo exercício do seu direito à denúncia, já que este é um direito inerente a qualquer contrato por prazo indeterminado, além de não exigir uma cláusula contratual expressa para a sua observância. Embora o legislador não tenha sido claro neste sentido, a obrigação de indenizar está presente em todos os casos em que os prazos legais não são cumpridos, não sendo uma exclusividade da violação dos prazos de pré-aviso.

3.1.4 – RESOLUÇÃO

Por fim, encontra-se a figura da resolução²¹⁶, que ao contrário da caducidade e da denúncia, carece de motivação, gerando efeitos em todos os tipos de contrato de distribuição, incluindo o contrato de franquia. A resolução pode significar a decisão de um determinado órgão, um modo de solucionar conflitos, mas, neste contexto, significa uma modalidade de extinção contratual prevista pela lei para o contrato de franquia. Segundo Antunes Varela²¹⁷, a resolução é a destruição da relação contratual operada pelos contraentes com base em um fato posterior à celebração do contrato, é a modalidade de extinção contratual na qual se constata um abalo na relação sinalagmática²¹⁸. O seu fundamento não é a vedação dos vínculos perpétuos, como é o caso da denúncia, é um instrumento que defende a confiança e boa-fé, considerando-as essenciais para a execução contratual adequada²¹⁹.

A princípio a resolução tem efeitos retroativos, com base no art. 464 do Código Civil, exceto se violar a vontade das partes ou se se tratar de um contrato de execução continuada. É um direito de transformação contratual, podendo ocorrer em contratos por

²¹⁶ A resolução está prevista no Código Civil português nas mais diversas situações, o art. 327 prevê a resolução no caso de uma alteração anormal das circunstâncias do contrato; art. 801 fala da impossibilidade da prestação por culpa do devedor nos contratos bilaterais; art. 1140 trata da resolução do comodato por justa causa, entre outras situações. Como se pode ver, é uma modalidade de extinção prevista em situações da mais diversa natureza e difere da anulabilidade porque não implica em uma ação judicial para o seu exercício, podendo ser verificada apenas com a declaração feita à outra parte.

²¹⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op.Cit.*, p. 117.

²¹⁸ Segundo Fernando Pinto, a resolução não se configura em uma modalidade fisiológica de encerramento do contrato, como a denúncia e a caducidade. Trata-se de um instrumento drástico de rompimento do vínculo e só é utilizado em último caso. As duas outras modalidades de extinção contratual possuem primazia (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira, *Op.Cit.*, p. 398-403).

²¹⁹ Inocêncio Teles defende que o desrespeito de uma das partes ao acordo, dando o direito da outra parte de pôr o contrato a termo, por meio de resolução por inexecução, decorre do princípio da interdependência das obrigações sinalagmáticas (Ver TELES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010, p. 450-452).

prazo determinado ou indeterminado, não tendo o caráter exclusivo que a caducidade e a denúncia possuem e também podendo ser total ou parcial no que diz respeito ao seu teor²²⁰. É uma modalidade de cessação do contrato dotada de condicionalismo justificativo²²¹, na qual se aplica o disposto na lei dos contratos de agência no art. 30 do Dec-Lei 178/86²²². Consiste em um direito imperativo das partes contratuais, não podendo ser afastado por nenhum tipo de convenção das partes.

Por condicionalismo justificativo, entende-se que esta modalidade de extinção de contrato, ao contrário da denúncia, exige uma justa causa para que possa ser utilizada, é um direito potestativo condicionado. O contrato de agência é resolvido toda vez que uma das partes faltar com o cumprimento da sua obrigação, seja pela gravidade ou reiteração, ou casos em que se verifiquem circunstâncias que impossibilitem a execução da finalidade contratual, não sendo razoável que o contrato dure pelo prazo determinado.²²³ Tais premissas são um fundamento objetivo de uma justa causa, que não consiste meramente em uma violação contratual, mas também pode se apoiar em qualquer outro fato ou situação ligada ao comportamento das partes ou ao funcionamento do contrato²²⁴. Devido a esta interpretação ampla da justa causa, as condições previstas nas alíneas do art. 30 não exaurem todas as possibilidades de resolução. As partes podem criar as suas próprias hipóteses que ocasionem a resolução, baseadas nos seus próprios interesses, situações que são denominadas como cláusulas resolutivas expressas. Estas se configuram como um instrumento diverso da responsabilidade civil porque não possuem um caráter sancionatório.

É recorrente na modalidade contratual dos contratos duradouros a estipulação de cláusulas resolutivas²²⁵ expressas, mas mesmo não havendo menção específica, ainda

²²⁰ A resolução é considerada total quando a totalidade do vínculo é atingida, a parcial será observada somente quando parte do vínculo é extinta, e essa última forma não enseja a extinção do contrato.

²²¹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op.cit.*, p. 119.

²²² Artigo 30.º - Resolução

O contrato de agência pode ser resolvido por qualquer das partes:

a) Se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual;

b) Se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se mantenha até expirar o prazo convencionado ou imposto em caso de denúncia.

²²³ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência**: anotação, p. 124.

²²⁴ Além da resolução, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.1201/09.1TBMAL.P1 de 06-22-2009, atribui a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de situações abusivas que ponham em risco a boa-fé contratual e coloquem em risco a harmonia do sistema.

²²⁵ Antunes Varela diferencia resolução de cláusula resolutiva da seguinte forma: a estipulação que dá as partes o poder de extinguir a relação contratual, com base na verificação de um fato futuro e incerto, tem o

assim é possível a exigência da resolução contratual. Cláusulas resolutivas expressas são a elaboração de uma série de situações que, segundo os interesses das próprias partes, ensejam a resolução contratual, sendo uma espécie de justa causa criada pelos próprios interessados. Devido às consequências nefastas que a resolução do contrato pode causar, estas cláusulas resolutivas tácitas podem ser analisadas como cláusulas contratuais gerais legisladas pelo Decreto Lei n.446/85.

Dito de outro modo, apesar de ser uma liberdade das partes a instituição de situações específicas para a resolução do contrato, elas não são elaboradas discricionariamente, devendo respeitar a legislação referente à agência e às cláusulas contratuais gerais, assim como os princípios referentes à boa-fé.²²⁶ Estas cláusulas também servem como uma ótima fonte para o juiz, porque demonstram em seu teor quais são as prioridades e motivações das partes no contrato discutido, aproximando-o, dessa forma, de uma decisão mais justa no caso em concreto. Vaz Serra²²⁷ ainda lembra que a extinção da relação contratual deve dizer respeito somente às partes contratantes, não a terceiros. Terceiros não devem ter seus direitos atingidos por resoluções estipuladas que só obrigam as partes. Pedro Romano Martinez²²⁸ conceitua estas condições resolutivas criadas pelas partes como cláusulas contratuais típicas nas quais as partes condicionam a eficácia da sua declaração negocial, que é comumente observada em contrato de execução continuada, configurando-se como uma solução híbrida entre a resolução e a caducidade. O teor destas cláusulas, a princípio, está na liberalidade das partes, que podem inclusive

nome de cláusula resolutiva. Já a resolução carrega consigo a imediata extinção da relação contratual, ao passo que a cláusula resolutiva confere apenas uma faculdade à parte de encerrar o contrato. A própria parte, com base nos seus próprios interesses, fará a opção do lhe é mais vantajoso (Ver VARELA, Antunes. *Op. Cit.*, p. 274-281).

²²⁶ A Diretiva n. 86/653/CEE permite que os estados-membros possibilitem às partes a elaboração das modalidades de justa causa aplicadas na resolução, se é por inexecução total ou parcial, da obrigação principal ou não, culposa ou dolosa etc. Ou seja, as partes devem qualificar precisamente as suas hipóteses de rescisão. No direito alemão, o art. 89, al.1 do HGB admite que na verificação de um justo motivo, podendo o contrato ser de duração determinada ou indeterminada, a parte lesada pode exercer seu direito de resolução a qualquer tempo, sem respeitar o direito de pré-aviso. Tal premissa se aplica a todo e qualquer agente, incluindo aqueles que exercem esta atividade de forma acessória. Na Suíça, de acordo com o art. 418 CO, é considerado justo motivo a divulgação do agente a respeito dos segredos de fabricação do seu contratante, assim como a falência do agente ou a violação da abstenção de não trabalhar para os concorrentes e até os maus resultados econômicos. Como se pode perceber, a liberdade que o legislador comunitário concede aos estados-membros promove uma heterogeneidade na conceituação de justa causa, que pode apresentar grandes variações de uma legislação para a outra.

²²⁷ SERRA, Adriano Paes da Silva. **Resolução do contrato**. Lisboa: Boletim do Ministério de Justiça, n.68, 1957. p. 51.

²²⁸ MARTINEZ, Pedro Romano. *Op.Cit.* p. 47.

associá-las a sanções penais ou indenizatórias, de acordo com o que for mais adequado aos seus interesses no caso concreto.

A declaração da resolução está prevista no art. 31 do Decreto Lei 178/86²²⁹ que estabelece que a forma deve ser escrita, com um prazo de caducidade de 30 dias após o conhecimento do fato que a ensejou, além de postular a necessidade de a contraparte ser notificada do fato que motivou a resolução. O prazo de caducidade, no caso, visa à preservação da segurança jurídica, impedindo que as partes desvirtuem o caráter da resolução, utilizando o instrumento de má-fé. É um período de reflexão para que a parte lesada pondere se deseja ou não continuar na relação contratual específica. No caso de incumprimentos reiterados, este prazo começará a correr a partir do momento em que a situação atingir um patamar considerável de gravidade²³⁰. A motivação exigida também deve ser objetiva, não se aceitando declarações com conteúdo genérico ou impreciso. Além disso, a motivação deve ser exteriorizada de forma clara e inequívoca. O contrato cessa a partir do momento em que ocorre esta declaração, cabendo à contraparte o direito de ser indenizada se este for o caso. Pode ser feita por meio judicial ou extrajudicial e tem um caráter retroativo. Os efeitos dos contratos são extintos em definitivo, salvo os referentes à obrigação de indenizar, que devem perdurar mesmo após instaurada a resolução, com base na responsabilidade civil pós-contratual.

Caso a declaração tenha sido efetuada de forma extrajudicial, a parte pode oferecer impugnação, podendo optar pela indenização ou pela manutenção do contrato, caso em que indenização deverá incluir a prestação recebida, assim como a entrega das vantagens alcançadas em decorrência do contrato. No caso de impugnação da resolução e esta, no final, ser considerada válida pelo juiz, o contrato é considerado extinto a partir da data da declaração da resolução e não da data da decisão que profere a validade. Segundo Fernando A. Ferreira²³¹, esta discussão só tem razoabilidade em casos em que for

²²⁹ Artigo 31.º - Declaração de resolução

A resolução é feita através de declaração escrita, no prazo de um mês após o conhecimento dos factos que a justificam, devendo indicar as razões em que se fundamenta.

²³⁰ Antonio Pinto também complementa que nada obsta que as partes optem por um prazo mais longo, desde que baseadas na boa-fé, para que se observem os efeitos da resolução (Ver PINTO, Antonio A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 408-409). Carlos Barata tem um posicionamento diverso no que diz respeito ao início da contagem do prazo em situações de incumprimentos constantes. Para ele, o prazo de caducidade deve iniciar após a cessação do fato continuado, sob o argumento de que o prazo de caducidade pode beneficiar o infrator (Ver BARATA, Carlos Lacerda. *Op.Cit.*, p. 78).

²³¹ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 402-403.

imputado à parte algum fato não verdadeiro, situação em que se verifica a necessidade de uma impugnação que possua a descrição completa dos fatos.

A resolução referente ao incumprimento, prevista na alínea a) do art. 30, baseia-se nos três princípios que as partes contratantes se encontram adstritas no que diz respeito às obrigações contraídas: o respeito à boa-fé e o cumprimento pontual (art. 406 do Código Civil) e integral (art. 763).²³² A princípio, toda violação de uma obrigação pode ensejar uma resolução, mas atendendo à proporcionalidade, o legislador prefere que este incumprimento – para ser apto de promover uma extinção contratual – seja analisado de acordo com a gravidade e reiteração, para que desta forma assuma um caráter de justa causa, garantindo assim a segurança jurídica dos contratos.

Já as circunstâncias discutidas na alínea b) do art. 30 se tratam de uma motivação mais psicológica do que as previstas na alínea a). O legislador trata dos casos mais amplos, em que se comprove que a motivação da contratação não está mais presente na relação entre as partes, sem que essa situação enseje necessariamente um incumprimento das obrigações contratuais. Por óbvio, esta circunstância deve ser algo anormal, não podendo estar incluída nos riscos do contrato, já que em um negócio jurídico uma parte não pode alegar a ausência de riscos como requisito para contratar com quem quer que seja, já que o risco é inerente a qualquer atividade econômica. A resolução também pode ser convencional, situação em que ambas as partes concordam em resolver o contrato, sem necessidade de um conteúdo expresso, apenas baseadas nas suas próprias vontades. Todos os casos citados têm efeitos retroativos a princípio, que atendem a ficção jurídica de que o contrato nunca existiu, a não ser que haja expressa declaração entre as partes.

A analogia da resolução do contrato de agência no contrato de franquia é plenamente possível, os direitos discutidos após a extinção do contrato podem divergir, mas a essência do instrumento é a mesma. Só que pelo fato de a franquia se tratar de um contrato de execução continuada, a resolução a princípio não terá efeitos retroativos. No contrato de franquia, pode-se afirmar que a perda da confiança entre o franqueador e o franqueado se configura como uma motivação passível de resolução do contrato. Isto se justifica pela própria estrutura do contrato, que é considerado pela melhor doutrina como

²³² MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição**, p. 127.

um contrato *intuitu personae*²³³, essencialmente dependente da relação de confiança e boa-fé entre as partes. Outro motivo justificável se trataria da perda de mercado, caso em que o franqueador ou franqueado, percebendo a existência de um sério risco de execução contratual futura, o que constituiria uma espécie de justa causa que não se fundamenta propriamente no inadimplemento das obrigações contratuais. O desinteresse na manutenção do prestígio da marca e da rede também pode se configurar como um motivo de resolução por parte do franqueador, vistos os enormes danos que podem advir deste comportamento, muitas vezes danos irreversíveis e de difícil quantificação quanto ao seu valor indenizatório.

Do lado do franqueado, pode-se considerar como motivo plausível de resolução a não transmissão adequada do saber-fazer, a prestação de assistência técnica precária, ou em um termo mais amplo, casos em que o franqueador, de forma negligente, não cumpra as suas obrigações. Tal comportamento é plenamente capaz de ensejar uma resolução contratual. Tanto no caso do franqueador como do franqueado, muitas vezes não é a gravidade da atitude que enseja a resolução, mas o seu caráter reiterado. Isto decorre do caráter *intuitu personae* que o contrato de franquia possui, que não leva somente as qualidades técnicas ou financeiras das partes contratantes.

Outro ponto importante é a respeito da resolução poder ser exercida de forma extrajudicial, com o franqueado considerando que está perante uma situação de resolução abusiva, e ainda desejar fazer uso dos logotipos e da marca, usando como argumento que o contrato não se encerrou propriamente por não ter sido emitida uma decisão judicial sobre o assunto. A doutrina francesa baseada em Philippe Bessis²³⁴ entende que as insígnias podem ser mantidas até que o juiz profira uma decisão definitiva sobre o assunto, mas caso se decida que o franqueador não agiu de forma abusiva, o franqueado tem que indenizá-lo pelo período que fez uso dos seus sinais distintivos.

Em um caso semelhante, o Tribunal de Milão entende de uma forma diversa. O franqueador entra com um pedido de resolução com o argumento de que os pagamentos dos *royalties* estão em atraso, o franqueado contesta a resolução, mas continua a fazer uso

²³³ Este posicionamento é defendido por Ana Paula Ribeiro com base na teoria de Phillippe Bessis, **Le contrat de Franchisage** – Notions Actuelles et Apport du Droit Européen. Paris, 1986, p. 57-58 (Ver RIBEIRO, Ana Paula. *Op. cit.*, p. 47).

²³⁴ BESSIS, Phillippe. **Le contrat de Franchisage** – Notions Actuelles et Apport du Droit Européen. Paris, 1986, p. 25.

dos sinais distintivos. Diante deste quadro, o franqueador entra com um pedido de *provimento d'urgenza*, que é atendido pelo Tribunal, no sentido de fazer cessar este comportamento com efeitos imediatos.²³⁵ Vale salientar que as resoluções que se baseiam no não cumprimento do contrato são sempre judiciais na legislação italiana (art. 1453 - Código Civil italiano) e francesa (art. 1184 - Código Civil francês), no entanto, as duas doutrinas possuem um posicionamento diverso no que diz respeito à manutenção dos sinais e logotipos em caso de uma contestação a uma resolução extrajudicial.

Por outro lado, a manutenção dos logotipos não é suficiente para afirmar que o contrato de franquia continua efetivamente a ser executado, já que este é um contrato complexo, que engloba a transmissão do saber-fazer, assistência técnica, entre outras obrigações. A imposição da manutenção da marca contra a vontade do franqueador desnatura a figura do contrato, sem a assistência mútua e a confiança entre as partes, o contrato não existe. Com base nisto, não parece razoável a possibilidade de permitir que o franqueado continue a fazer uso da marca do franqueador mesmo quando este manifestar sua vontade de encerrar o contrato, devido ao caráter pessoal da situação contratual²³⁶.

Mas também não se recomenda a banalização deste instrumento jurídico. O mero não cumprimento não pode ser alegado como motivação suficiente que enseje a cessação dos efeitos do contrato. Deve ser feita uma análise da gravidade da conduta do agente, além do caráter reiterado da atividade.²³⁷ O puro não cumprimento de uma obrigação não pode ser considerado motivo plausível para que o contrato seja extinto na sua totalidade por meio da resolução. A gravidade, as características do contrato, e o próprio contexto em que se insere, devem ser analisados para que se verifique uma justa causa. A falta de

²³⁵ Luís Miguel Pestana entende que não se deve condicionar a via judicial à observância do exercício pleno da resolução, porque isto converteria todas as resoluções em judiciais, indo de encontro com o previsto no art. 436, além de comprometer a agilidade do processo, podendo causar graves danos as partes. A ação judicial não pode constituir o direito de resolução. Além disto, a manutenção dos sinais distintivos é um grande risco que o franqueador corre, porque caso a resolução discutida seja realmente ilícita, o franqueador tem como indenizar o franqueado, o colocando na exata situação em que se encontraria caso o contrato fosse cumprido. Já no caso inverso, isto pode não ser possível, já que os danos causados à marca ou à imagem de uma empresa são muitos amplos e imateriais, sendo impossível a restituição da parte prejudicada à situação anterior (Ver VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op Cit.*, p. 121-124). No caso de uma resolução sem fundamento, parece mais razoável exigir uma indenização e não a manutenção do contrato. Porcontrariar a sua finalidade, ela seria equiparada a uma denúncia sem observação do pré-aviso, na qual seria mais cabível a exigência da indenização do que a manutenção do contrato.

²³⁶ Pinto Monteiro também considera que a resolução, mesmo que seja ilícita, dá origem somente ao direito de indenizar, não à manutenção do contrato, que no caso da franquia tem um caráter pessoal (Ver MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência**: anotação, p. 127-129).

²³⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição negocial**, p. 142.

cumprimento deve adquirir uma relevância na execução contratual. Nestes casos, o inadimplemento pode não dar origem a uma resolução, mas meramente a uma indenização, uma situação não necessariamente invalida a outra.

Na situação da franquia, a questão do cálculo das indenizações no âmbito das resoluções, previsto no art. 32²³⁸, é um tanto peculiar. Aparentemente, não parece adequada a utilização do valor do lucro obtido pelo franqueado – como se faz com o agente, só que sob o termo de remuneração – como critério para o cálculo das indenizações sob pena de se criar indenizações com valores muito exageradas, devido ao fato de o lucro obtido no contrato de franquia ser geralmente bem mais elevado que a remuneração dos agentes. Tal fato decorre da própria independência contratual entre as partes da franquia, sendo uma característica que vem da sua natureza. Em virtude disso, é importante que o juízo na situação concreta, caso se depreenda com a necessidade de uma indenização, tente encontrar outros critérios que sejam mais proporcionais aos danos causados. Também no que diz respeito às indenizações, a analogia do contrato de agência deve ser vista com restrições. O lucro obtido só deve ser usado como critério para o cálculo nos casos extremos, nos quais se constate um verdadeiro abalo no sinalagma, que necessite que uma das partes arque com todos os prejuízos, por exemplo, não sendo razoável a sua utilização em todo e qualquer caso que se constatar a necessidade de uma indenização pós-contratual.

4. A RETOMADA DE BENS EM *STOCK*

A retomada dos bens em *stock* se trata de mais uma discussão recorrente no momento da cessação do contrato de franquia. A transmissão do saber-fazer e o uso dos sinais distintivos do franqueador, características inerentes a qualquer contrato de franquia, nem sempre poderão ser restituídos de uma forma objetiva²³⁹ após o término do contrato, o que pode gerar uma série de situações que suscitam embates por parte da doutrina. O questionamento da retomada de bens reside na possibilidade de se exigir do franqueador

²³⁸ Artigo 32.º - Indenização

1 - Independentemente do direito de resolver o contrato, qualquer das partes tem o direito de ser indenizada, nos termos gerais, pelos danos resultantes do não cumprimento das obrigações da outra.

2 - A resolução do contrato com base na alínea b) do artigo 30.º confere o direito a uma indenização segundo à equidade.

²³⁹ ANJOS, Inês Alexandre Coelho. *Op. Cit.*, p. 96.

que este efetue a recompra dos bens adquiridos pelo ex-franqueado. E se, caso não se verifique a possibilidade desta recompra, o ex-franqueado pode ter direito a utilizar os sinais distintivos do franqueador para efetuar o escoamento dos produtos em seu poder. Assim como a cláusula de não concorrência, mostra-se uma cláusula considerada não essencial ao contrato de franquia.

Dentro do negócio de franquia, existem princípios implícitos que devem ser observados. Devido à natureza atípica do contrato em Portugal, demanda-se uma maior preocupação em se estabelecer cláusulas elucidativas além de promover o diálogo e a negociação na resolução de eventuais conflitos. As cláusulas contratuais que impõem uma normalização de condutas, no sentido de promover a homogeneidade da rede, são consideradas compatíveis com a autonomia das partes, conforme já foi demonstrado. O franqueado, mesmo que vinculado a uma política de mercado, sempre tem autonomia jurídica e administrativa na gestão da empresa, dos lucros, investimentos, custos e *stock*.

No caso referente à retomada do *stock*, uma das cláusulas impostas pelo franqueador é a fonte do problema discutido neste tópico. Refere-se à cláusula de compra mínima ou mínimo de compra obrigatório. Fernando Pinto de Almeida²⁴⁰ define a cláusula de compra mínima como a estipulação que obriga o franqueado a adquirir do franqueador (ou do fornecedor por este indicado) um determinado volume de compras. Trata-se de uma imposição extremamente benéfica para o franqueador e para a rede, porque garante um escoamento mínimo de produtos e um abastecimento sem rupturas²⁴¹. No entanto, pode significar um dano ao franqueado ficar em sua posse com uma quantidade exorbitante de bens para poder escoar, uma quantidade que não se adapta à realidade de mercado, além de muitas vezes estar comprometido com as cláusulas de não concorrência, que o impede de escoar os bens após a cessação dos contratos.²⁴² Isto mais

²⁴⁰ ALMEIDA, Fernando Pinto de. **O contrato de franquia**. Disponível em: <http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/pintodealmeida_contratofranquia.pdf> p. 40.

²⁴¹ A Lei referente ao contrato de franquia na legislação angolana não se refere literalmente a uma cláusula de compra mínima, no entanto, no art. 43.2. se refere a obrigação do franqueado de adquirir os bens que o franqueador produz, que em termos práticos muito se assemelha à cláusula de compra mínima. Nestes termos, pode-se afirmar que Angola possui a tipificação desta cláusula em termos práticos, equiparando-a a uma obrigação por parte do franqueado.

Art.43.2. O Contrato de *Franchising* pode, também, incluir a obrigação de o *franchisado* adquirir ao *franchisador* os produtos que distribui.

²⁴² A cláusula de compra mínima em Macau é denominada obrigação de venda mínima e está prevista no art.701 do Código Comercial, com remissão para o previsto no art. 663. Segundo este artigo, a exigência de uma compra mínima se justifica em virtude da necessidade de penetração dos mercados. Mas o legislador foi atento neste ponto porque ao passo que permitiu a cláusula de compra mínima, impôs ao franqueador

uma vez reflete a necessidade de um estudo prévio feito pelo franqueador antes da instalação da rede de franquias. A possibilidade de instituição de cláusulas como a de compra mínima não deve ser utilizada de forma irrestrita, ela deve procurar se aproximar com a realidade do mercado em que a empresa se insere, caso contrário pode causar sérios prejuízos aos franqueados e, conseqüentemente, à rede como um todo.

Em tese, uma vez verificado o término do contrato, o franqueado não tem mais a liberdade de utilizar as insígnias e os sinais distintivos relativos à marca, e essa exigência por si só já compromete o escoamento dos produtos de acordo com a sua finalidade original. Observa-se, no caso, uma redução substancial nos preços para que o suposto escoamento ocorra. Além disso, em muitos casos o ex-franqueado encontra-se proibido de vender os bens na sua antiga área durante um determinado período devido à exigência de uma cláusula de não concorrência a favor de ex-franqueador. Contudo, se estas normas são utilizadas de forma irrestrita, isto ocasiona elevados prejuízos ao ex-franqueado, principalmente se for verificado no contrato a cláusula de compra mínima, que exige que o franqueado compre uma determinada quantia de produtos fixa e estabelecida pelo franqueador. Para o franqueador, esta cláusula é uma forma de escoamento dos produtos produzidos. Já para o franqueado, trata-se de uma onerosa obrigação que pode ocasionar a acumulação de bens.²⁴³

4.1. A RETOMADA DE *STOCK* NO DIREITO COMPARADO

A jurisprudência francesa se encontra sensível ao tema do stock, autores como L. Peters e M.Schneider²⁴⁴ têm defendido a criação de uma cláusula resolutiva tácita de recompra dos bens armazenados por parte do franqueador. Os juízes franceses têm optado por adotar uma espécie de cláusula resolutiva tácita nos diversos contratos de compra e

que o teor desta obrigação não poderia ser generalizado, deveria se adequar com a dimensão do mercado daquele franqueado. Trata-se de posicionamento bastante razoável.

Art. 663.1. O concessionário, por convenção reduzida a escrito, pode obrigar-se a, periodicamente, vender uma quantidade mínima, adquirir uma determinada quota de bens ou atingir um determinado coeficiente de penetração no mercado.

2. Na fixação da quantidade mínima a vender, da quota a adquirir ou do coeficiente de penetração referidos no número anterior, devem ser levadas em conta, entre outras circunstâncias, a dimensão empresarial do concessionário e do mercado.

²⁴³ COELHO, Fernando Francisco Morais. **A retomada dos bens em *stock* nos contratos de distribuição comercial.** Coimbra, 2011, p. 35.

²⁴⁴ L.PETERS/M. SCHNEIDER *apud* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p.139.

venda incluídos dentro do contrato de franquia ou de estabelecer a obrigação de retomada devido ao caráter exclusivo do contrato. A exclusividade na relação entre as partes justifica essa retomada de bens por parte de franqueador, com o intuito de promover a integridade da rede. Outra corrente defende a concessão de uma indenização ao ex-franqueado pelo prejuízo sofrido caso o franqueador não retome o *stock*. Além disso, se o contrato não durar o tempo suficiente e a ruptura não for feita com a antecedência necessária, o franqueado deve escoar os bens usando os sinais distintivos, mesmo após o término.²⁴⁵

Segundo Ana Paula Ribeiro²⁴⁶, as decisões da jurisprudência francesa sobre o tema, além de permitirem a possibilidade do ex-franqueado promover o escoamento dos bens após a extinção do contrato – fazendo uso das marcas e insígnias, caso este tenha ocorrido sem pré-aviso –, ainda demandam a concessão de um período de tempo adequado para promover o referido escoamento. Não basta a permissão do uso dos sinais distintivos após a extinção do contrato, esta deve ser concedida por um período razoável para que o franqueado minimize os danos sofridos, promovendo o escoamento dos bens que tem em seu poder. Trata-se de um tipo de sanção imposta ao ex-franqueador por não ter exercido o pré-aviso adequadamente. O pré-aviso deve ser suficiente para que a outra parte se reestruture economicamente. No caso de contratos que configuram uma dependência econômica, este prazo ganha um caráter mais especial, ocasionando sanções mais onerosas no caso da sua não observância.

Nos Estados Unidos, o Washington Act só permite a não renovação do contrato pelo franqueador se este adquirir todo o *stock* do franqueado, como uma espécie de pré-requisito. No início, a jurisprudência italiana clássica afirma que não existe nenhuma obrigação de recompra do *stock*, o que se permite é algo semelhante ao modelo francês de ruptura sem observância de aviso prévio²⁴⁷. O que é fornecido é um período de tempo

²⁴⁵ De acordo com Fernando Coelho, esta posição está de acordo com o art. 1156 do código civil francês, que admite que o franqueado não é o proprietário dos bens em *stock*, atuando mais como um mandatário, só é o proprietário aparente perante o consumidor (Ver COELHO, Fernando Francisco Morais. *Op. cit.*, p. 39-41).

²⁴⁶ RIBEIRO, Ana Paula. *Op. Cit.*, p. 59.

²⁴⁷ Ana Dassi afirma que a lei italiana, em parte, suprime a liberdade negocial entre as partes, ao exigir um período mínimo de duração do contrato, de dois a três anos, e no caso de violação desta premissa, ela não entende que a melhor saída seria a nulidade e sim o prolongamento *ex lege* do contrato, até o período mínimo, salientando que o referido prolongamento não exclui a indenização devida. Trata-se da cláusula de duração mínima, que é aplicada aos contratos por tempo determinado (Ver DASSI, Ana. *Op. Cit.*, p. 107). Fábio Borlotti defende que a não observância da referida cláusula nos contratos por tempo indeterminado se trata de uma grande falha na proteção do legislador aos franqueados (Ver BORLOTTI,

para que o ex-franqueado utilize os sinais distintivos de comércio da rede que integra, com o intuito de vender os bens que ainda tem em seu poder, ainda que com uma diminuição de preço, como uma forma de amortizar os seus investimentos. Constitui-se, pois, em um modo de tentar dirimir os possíveis prejuízos que o ex-franqueado possa vir a sofrer, além de uma atitude condizente com a cláusula de duração mínima²⁴⁸ que o direito italiano aplica aos contratos de franquia. No entanto, recentemente alguns autores mais modernos, como Silvio D'Andrea²⁴⁹, vêm defendendo que mesmo em casos de ausência de previsão contratual sobre o destino do *stock*, existe uma regra de que o *affiliante* ou franqueador deve comprar de volta os bens em *stock* (*merci in giancenza*) do *affiliato* com o argumento de que, após a cessação contratual, o ex-franqueado não pode utilizar os sinais distintivos e o *know-how* para não causar confusão perante os consumidores.

4.2. RETOMADA DE *STOCK* NO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, devido à atipicidade do contrato, o caso exige uma maior reflexão. Devem-se analisar todas as características do contrato para que se promova a elaboração de uma solução razoável. O princípio da boa-fé acaba se refletindo em um critério de controle das cláusulas contratuais gerais e até das negociadas, como nos casos de omissão contratual. Tal princípio exige que o utilizador considere os direitos, bens jurídicos e interesses das partes no momento em que se constata um impasse ou uma omissão contratual.²⁵⁰ A ponderação de interesses está prevista no art. 335 do Código Civil português e é um claro limite ao direito ilimitado da personalidade, sendo indispensável para a determinação dos fatos ou para a sua justificação. Em outras palavras, o juiz deve

Fábio. *Op. Cit.*, p. 83). Em Macau, também se exige uma duração mínima para o contrato de franquia, prevista no art. 684, com remissão para o art. 658 do Código Comercial, que não deve ser inferior ao período de três anos, além de estabelecer que, caso as partes não tenham convencionado um prazo contratual, este será presumido como um contrato por tempo indeterminado.

²⁴⁸ Art.3.3 - 3. Qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni. È fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti.

Trata-se do art.3. comma 3 da Legge 6 maggio 129/2204 que diz expressamente que o contrato de franquia não deve durar um tempo insuficiente para que se configure a amortização dos investimentos efetuados pela contraparte, não inferior a três anos, salvo resolução antecipada por inadimplência de uma das partes.

²⁴⁹ D'ANDREA, Silvio. *Op.Cit.*, p. 631.

²⁵⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Princípios de direito dos contratos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 245.

estar atento a todas as circunstâncias do caso concreto nas situações em que se constate um eventual conflito de interesses²⁵¹, e esta exigência é mais forte nos casos de contratos atípicos, como é o caso do contrato de franquia.

Neste tipo de relação contratual que, por sua própria natureza, contém obrigações complexas, é perfeitamente natural que após o cumprimento da prestação principal, verifique-se a necessidade de se sustentar deveres acessórios que durem para além do término da relação. É o que Menezes Cordeiro²⁵² define como pós-eficácia das obrigações, situações em que a extinção de um contrato não obsta a existência de uma série de deveres que, se violados, geram uma responsabilidade que se intitula como *culpa pos factum finitum*. O autor chega a se referir à consagração da culpa *pos factum finitum* como uma aplicação análoga da proteção referente ao período pré-contratual, mas acaba por concluir que tal defesa não é possível devido às diferenças entre as duas fases. A exigência de tal modalidade de responsabilidade depende do conteúdo das obrigações, casos em que se constata a sobrevivência de deveres mesmo após a extinção da prestação principal.

O cerne desta modalidade de culpa reside nos deveres acessórios – como o dever de proteção, lealdade, informação, prudência – que acompanham as partes mesmo após o término do contrato e não precisam estar expressamente previstos nos contratos para que sejam observados na prática, porque não estão na esfera da disponibilidade das partes. Configuram-se como prestações de ordem acessória, mas que se transformam em obrigações legais independentes, caso se constate a sua violação.²⁵³ Segundo Menezes Leitão²⁵⁴, a culpa *post factum finitum* é uma responsabilização das partes após a extinção do contrato, pelos danos causados à outra parte, em consequência de comportamentos que lhe são vedados por força da boa-fé. Não se trata de uma responsabilidade nem contratual nem pós-contratual, é parte integrante da terceira via da responsabilidade civil junto à responsabilidade pré-contratual.

²⁵¹ CARVALHO, Orlando de. **Teoria do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 205.

²⁵² CORDEIRO, António Menezes. **Da pós-eficácia das obrigações**. Coimbra: Gráf. de Coimbra, 1984, p. 10-39.

²⁵³ Claus Canaris defende a existência de um poder de proteção unitário, de natureza legal, fundado na boa-fé, que surge nas negociações preliminares e continua durante toda a existência do contrato, o que inclui, obviamente, a fase pós-contratual (Ver CANARIS, Claus Wilhelm *apud* CORDEIRO, António Menezes. **Da pós-eficácia das obrigações**. p. 52-53).

²⁵⁴ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Op. Cit.*, p. 363.

O que então se pretende discutir no momento é se a exigência de recompra também pode ser indicada como uma decorrência do fim de uma relação contratual complexa. Para Vasconcelos²⁵⁵, isto é perfeitamente condizente com os deveres acessórios que o contrato de franquia possui, podendo estes perdurar após a extinção do contrato, tratando-se da vontade conjectural das partes limitada pela boa-fé. No entanto, o autor não considera tal premissa suficiente para que se institua uma obrigação de recompra por parte do franqueado, deve-se analisar a modalidade de cessação contratual para que se possa exigir a recompra. Se o contrato for encerrado por acordo, caducidade por decurso do prazo, denúncia do franqueado e resolução por não cumprimento das obrigações contratuais da outra parte, não há que se falar em recompra porque o término decorre de um acordo entre as partes ou o franqueado tem meios suficientes para gerir a sua reserva, já que tem uma noção da data final do contrato.

Somente se pode discutir a questão da retomada nos casos de caducidade do contrato por morte do franqueado, resolução pelo franqueado por incumprimento da outra parte, resolução por justa causa objetiva e denúncia pelo franqueador. Além disso, também se deve verificar a existência ou não de cláusula de compra mínima, porque se o *stock* for decorrente única e exclusivamente da vontade do franqueado, não há que se falar em recompra porque, se isto for possível, se está penalizando o franqueador pela má gestão do franqueado, que deve arcar com as consequências das suas escolhas²⁵⁶. Antes de se estabelecer uma obrigação de retomada, deve-se determinar a razão da existência do *stock* e a forma de cessação do contrato. Tais pressupostos significam dizer que estão excluídas da análise em questão situações em que o franqueado não está sujeito a nenhuma pré-determinação por parte do franqueador. Só é justificada uma intervenção externa nos casos em que a razão da existência do *stock* seja, ainda que minimamente, influenciada pelo franqueador. Se o franqueado não é responsável pela delimitação dos bens que lhe são confiados para venda, não é razoável que arque sozinho com os custos no momento da cessação do vínculo contratual. No entanto, se o franqueador não tem nenhuma ingerência na determinação do *stock*, atuando o franqueado por conta das

²⁵⁵ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op cit*, p. 144.

²⁵⁶ Pinto Monteiro afirma que a obrigação de retomada, referente aos contratos de concessão comercial, se demonstra por demais severa, principalmente se tem que ser observada nos casos em que a cessação do contrato é devida à culpa do franqueador. Para o autor, no caso de falta de regulação deve-se resguardar um especial cuidado na hermenêutica e integração deste ponto, sempre se fazendo uso do princípio da boa-fé na análise das circunstâncias de cada caso (Ver MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. p. 172-171).

próprias percepções do mercado em que atua, não pode ser considerado exigível que o franqueador seja responsabilizado pelas consequências da não comercialização.

Também se pode sustentar a obrigação de recompra nas situações em que a cessação do contrato faça o franqueador incorrer em responsabilidade civil. No caso em que a quantidade do *stock* é determinada pelo franqueador e quando o contrato terminar em uma das formas previstas – caducidade do contrato por morte do franqueado, resolução por incumprimento, resolução por justa causa objetiva e denúncia pelo franqueador – a exigência de que o franqueado suporte o prejuízo referente ao *stock* pode se configurar como um abuso de direito. Antunes Varela²⁵⁷ se refere ao abuso de direito como não propriamente a violação do direito de outrem, mas sim uma situação em que o titular de um determinado direito o exerce com manifesto excesso aos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social²⁵⁸. Segundo o autor, para a sua verificação, deve-se constatar uma contradição entre o meio e fim do direito que o titular possui. Não se analisa, pois, a intenção do agente propriamente, mas as consequências. Se a lei concede determinado direito subjetivo, certamente o faz para que os titulares o exerçam, isto nada tem de ilícito. No entanto, também se deve atentar para o correto exercício deste direito, para que não se desvirtue contrariando as estruturas básicas da legislação portuguesa, como a boa-fé e os bons costumes.

Desta forma, os bens em *stock* são considerados como um dos danos sofridos pelo ex-franqueado, no sentido de que o dano²⁵⁹ é o pressuposto indefectível de toda responsabilidade civil, sem ele não haveria o que indenizar.²⁶⁰ Mario Júlio Almeida Costa relembra que a determinação da reparação dos prejuízos deve guardar um nexo de causalidade com o dano, sob pena de se configurar uma injusta responsabilidade civil²⁶¹.

²⁵⁷ VARELA, Antunes. *Op. Cit.*, p. 544-545.

²⁵⁸ O legislador prevê o abuso de direito no art. 334 do Código Civil português, adotando a concepção objetiva, mas não aponta as consequências deste abuso, atribuindo ao juiz a determinação, caso a caso, do posicionamento perante aos casos abusivos. Trata-se de um caso referente à justiça e à equidade no sentido de que cada direito tem a sua função instrumental própria (COSTA, Mário Júlio Almeida Costa. **Direito das Obrigações**. p. 83-89).

²⁵⁹ O dano é o elemento incontornável no estudo da responsabilidade civil, é o elemento constitutivo dos pressupostos necessários à operatividade jurídica, sem dano não há hipótese de haver indenização, nestes casos não se consegue verificar os pressupostos de existência da obrigação (MARQUES, António Vicente. **Direito das Obrigações**. Luanda: Polis Editores, 2012, p. 236).

²⁶⁰ JUNIOR, Eduardo dos Santos. **Direito das Obrigações**. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 339.

²⁶¹ O autor define o dano como qualquer ofensa aos bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica, assim como a classificação em danos emergentes e lucros cessantes. Danos emergentes se tratam da diminuição de um patrimônio já existente no patrimônio do lesado, ao passo que os lucros cessantes são aqueles valores que o lesado deixa de adquirir por conta da lesão, é um acréscimo patrimonial frustrado. Já

Lembrando que o ressarcimento é feito dentro de limites de acordo com o art. 566. n.1²⁶² do Código Civil, que afirma que o referimento ressarcimento deve se fazer pela via natural, só sendo admissível a sua conversão em indenização pecuniária nos casos em que a reconstrução natural dos fatos não seja possível ou não repare integralmente os danos, ou seja, mostre-se excessivamente onerosa para o devedor.²⁶³

4.3. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA QUANTO AO DESTINO DO *STOCK*

Contudo, a obrigação de recompra não é a única forma encontrada para se lidar com o impasse referente aos bens em *stock* no momento da cessação contratual. Conforme foi brevemente citado nos parágrafos anteriores, também é possível que o franqueador permita que o franqueado faça uso das suas insígnias e sinais distintivos, mesmo após o término da relação contratual, como forma de amortizar os prejuízos. Segundo Pinto Monteiro²⁶⁴, a utilização dos sinais distintivos após o término do vínculo contratual tem uma conotação negativa porque causa uma confusão com a antiga rede que o ex-franqueado integra. Silvio D'Andrea²⁶⁵ corrobora a ideia ao afirmar que nos contratos de franquia italianos, após a sua cessação, o ex-franqueado não pode mais utilizar os sinais distintivos e o *know-how*. Fernando Francisco Morais²⁶⁶ também concorda que é arriscado permitir que o ex-integrante da rede faça uso dos sinais distintivos após a cessação do contrato, por achar que neste momento a ingerência que o franqueador tem sobre a atividade do ex-franqueador é bastante reduzida, o que pode ocasionar danos à rede caso este venha a colocar os produtos a preços e condições que depreciem a imagem da marca, sendo mais prudente que o franqueado exerça a retomada.

No entanto, o autor não afasta totalmente a possibilidade de utilização dos sinais distintivos e da marca, caso o titular desta ache necessário, com base nos princípios da

o dano patrimonial é aquele que incide sobre interesses de natureza econômica ou jurídica do lesado. (COSTA, Mário Júlio Almeida Costa. **Direito das Obrigações**, p. 760).

²⁶² Art. 566. 1. A indenização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstrução natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.

²⁶³ De acordo com Luís Miguel Vasconcelos, o preço dos bens no caso da recompra deve ser avaliado de acordo com o momento da extinção do vínculo contratual e não do momento em que foi adquirido (Ver VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op cit*, p. 142).

²⁶⁴ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de agência, de concessão e de franquia**, p. 369-372.

²⁶⁵ D'ANDREA, Silvio. *Op.Cit*, p. 631.

²⁶⁶ COELHO, Fernando Francisco Morais. *Op.Cit.*,p. 39-43.

integração previstos no art. 239 do Código Civil português²⁶⁷. Rui Alarcão²⁶⁸ defende que as circunstâncias referentes à integração podem ser contemporâneas ao negócio, mas também anteriores a sua conclusão, incluindo neste rol as negociações prévias e os modos de conduta e sempre atentando para a prudência ao elaborar disposições reguladoras do exercício da atividade interpretativa. No âmbito negocial, deve-se sempre tentar se aproximar da vontade hipotética das partes utilizando o critério da razoabilidade, a integração deve estar em harmonia com a vontade das partes. No entanto, existem situações em que esta vontade irá de encontro com a boa-fé e os bons costumes e cabe ao juiz retificá-las no caso concreto²⁶⁹. Vale salientar que os dois requisitos referentes à verificação da forma da cessação do contrato e da razão da existência do *stock* também devem ser observados no caso do uso dos sinais distintivos para um período posterior à cessação do contrato.

Se verificados estes dois pressupostos, entende-se que o franqueador terá diante de si uma obrigação alternativa: ou promove a recompra dos bens (fato positivo), ou permite que o ex-franqueado utilize a marca por um período posterior ao contrato (pati) com a finalidade de escoamento dos seus produtos. Esta é uma obrigação decorrente do princípio da boa-fé pós-contratual presente no art. 229 e no art. 762 do Código Civil. Porém, ela só pode ser exigida se realmente se comprovar a responsabilidade do franqueador no caso concreto, em casos que o *stock* tenha alcançado níveis razoáveis e se for constatada a gestão responsável por parte do lesado, atendendo a cláusulas *stock* mínimo.

²⁶⁷ Art. 239 - Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

²⁶⁸ ALARCÃO, Rui de. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**: anteprojecto do Código Civil. Lisboa, 1959, p. 9-15.

²⁶⁹ Luís Miguel Vasconcelos relembra que o contrato de franquia é por muitas vezes composto exclusivamente de cláusulas contratuais gerais, e que se a vontade hipotética do franqueador for sempre observada no preenchimento das lacunas, isto ocasiona graves injustiças ao franqueado. Devido a isto, no caso de lacunas em contratos como os de franquia, deve-se observar sempre o princípio da boa-fé mais do que a vontade hipotética das partes (Ver VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p.143). Esta posição encontra-se de acordo com a jurisprudência, como no caso do Ac. STJ de 22.01.2009 (Santos Bernadino) Proc. 3310/08, CJ, Ref. 101/2009, que afirma que a responsabilidade contratual e a boa-fé também devem estar presentes nos deveres acessórios do contrato. A responsabilidade *in contrahendo* inclui um feixe de fenômenos complexos que não são compatíveis com a ideia de um dever único. Os deveres fundamentais de informação, segredo, restituição e proteção devem ser observados durante toda a relação contratual, podendo ser violados até por atos omissivos.

Entende-se por obrigações alternativas aquelas que são indeterminadas porque no momento da sua constituição²⁷⁰ não se tem conhecimento sobre qual delas irá de fato se cumprir²⁷¹. Elas compõem interesses futuros, mas a sua incerteza reside na prestação e não no vínculo²⁷². As obrigações alternativas encontram-se no art. 543 do Código Civil²⁷³ que impõe que a obrigação escolhida é indivisível²⁷⁴ e, em caso de omissão contratual, será do devedor. Carlos Ferreira de Almeida²⁷⁵ complementa a questão ao afirmar que só podem ser consideradas obrigações alternativas aquelas que pressupõem escolhas entre as prestações, excluindo-se os casos em que só existe uma prestação e somente se altera o modo ou prazo de execução. O direito da escolha se constitui como um direito modificativo. Antes da escolha, a obrigação é composta; depois da escolha, ela se transforma em uma obrigação simples, comportando apenas uma obrigação.²⁷⁶ No caso do *stock*, a escolha nas cessações dos contratos de franquia se dá sobre duas prestações: promover a recompra dos bens ou permitir que o ex-franqueado faça uso das marcas e insígnias para promover o seu escoamento.

Fernando Francisco Morais²⁷⁷ afirma que não cabe a obrigação alternativa caso se comprove que o franqueado é notificado do término do contrato e, após esta notificação, passa a adquirir bens de forma anômala. Mais uma vez relembra-se que só cabe a recompra se for comprovado que o estoque é integralmente ou parcialmente determinado pelo franqueador. Na ausência dessa determinação, não deve se falar em obrigação

²⁷⁰ A determinação do objeto da obrigação alternativa se efetua por meio da escolha. Se não for este o modo de determinação, não se está diante de uma obrigação alternativa e sim diante de um negócio condicional. As prestações discutidas podem ser do mesmo gênero ou não, mas o devedor se encontra limitado ao escolher uma ou outra. (COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das Obrigações**, p.727). A escolha converte a situação provisória de uma pluralidade disjuntiva na determinação de um único objeto obrigacional. (MARQUES, Antonio Vicente. *Op. Cit.*, p. 281). É justamente na indeterminação do seu objeto que a obrigação alternativa se diferencia de outra modalidade análoga : a faculdade alternativa. Na faculdade alternativa não há indeterminação no momento da constituição, o objeto é certo, só que o devedor tem a faculdade de optar por substituir o objeto da obrigação por outro, é o exemplo clássico das obrigações valutárias, definidas no art. 558 do Código Civil, que tem por objeto moeda com curso legal apenas no estrangeiro.

²⁷¹ JUNIOR, Eduardo dos Santos. *Op. Cit.*, p.115.

²⁷² VARELA, Antunes. *Op. Cit.*, p. 830.

²⁷³ Art. 543.1. É alternativa à obrigação que compreende duas ou mais prestações, mas em que o devedor se exonera efectuando aquela que, por escolha, vier a ser designada. 2. Na falta de determinação em contrário, a escolha pertence ao devedor.

²⁷⁴ Por indivisível se entende que o devedor não pode escolher executar uma parte de cada obrigação, deverá escolher uma e executá-la por completo, com base no art. 544 do Código Civil.

Art. 544 - O devedor não pode escolher parte de uma prestação e parte de outra ou outras, nem ao credor ou a terceiro é lícito fazê-lo quando a escolha lhes pertencer.

²⁷⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 150.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Op. Cit.*, p. 344-346.

²⁷⁷ MORAIS, Fernando Francisco. *Op. Cit.*, p. 41.

alternativa referente ao *stock*. Para o autor, não é possível a utilização da marca após o término do contrato, porque isto pode pôr em risco a credibilidade da rede perante o consumidor. Ângela Maria Figueiredo²⁷⁸ defende que, se comprovada a culpa do franqueador no término do contrato, cabe a ele a da, caso contrário, o franqueado deve arcar com os prejuízos da sua má gestão.

Para Vasconcelos²⁷⁹, caso o franqueador opte por adotar cláusulas de não concorrência no contrato de franquia, está presumidamente escolhendo a obrigação de recompra, devido à impossibilidade fática entre a não concorrência e uso da marca após o término do vínculo contratual para escoamento. Inês dos Anjos²⁸⁰ promove uma diferenciação quanto ao destino dos bens adquiridos pelo ex-franqueado. Se os equipamentos são comprados, não há o que se falar em devolvê-los ao franqueador, se são cedidos, têm que ser necessariamente devolvidos. Contudo, no caso da compra dos equipamentos pelo franqueado, este só pode utilizá-los sem expor as insígnias nem os sinais distintivos referentes à marca da franquia. O uso destes bens só é válido se observado esse pressuposto.

Nos casos de silêncio do contrato, a retomada de bens em *stock* – desde que verificada a responsabilidade do franqueador na estruturação do referido *stock*, seja pela presença ou não de cláusula de compra mínima –, parece adequada à obrigação alternativa. O franqueador pode optar pelo método que entender mais adequado aos seus interesses, com base nos princípios da boa-fé contratual, promovendo a recompra ou permitindo a uso da marca por um período limitado após a cessação do contrato, como defende a jurisprudência francesa e italiana. Essa margem de escolha do franqueador não parece abusiva, pois decorre justamente da liberdade contratual das partes, possibilitando que estas escolham o meio mais favorável ao seu método de gestão.

²⁷⁸ SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op.cit.*, p.63.

²⁷⁹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.* p.142-143.

²⁸⁰ ANJOS, Inês Alexandre Coelho. *Op.cit.*, p. 97.

5. INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA

5.1 – A ORIGEM DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA NO TEOR DO CONTRATO DE AGÊNCIA

A indenização de clientela é um tema polêmico referente ao contrato de agência, porque além da grande recorrência de acórdãos dirimindo conflitos referentes ao assunto, também é polêmica a questão da aplicação analógica da figura da indenização da clientela às outras modalidades de contrato de distribuição. A própria conceituação e natureza jurídica sobre o tema é controvertida, já que se constata um grande embate de teorias europeias acerca do assunto, que por vezes atribuem à indenização de clientela um caráter social²⁸¹, para depois estruturar um conflito entre o modelo alemão, que afirma que se trata de um instituto com pretensão compensatória, em contraposição ao modelo francês, que defende que o valor discutido tem a função de reparação de danos. Todo o debate que cerca o tema se deve ao fato de a indenização de clientela ser uma especialidade do direito comercial, que não possui nenhum princípio ou regra geral que a sustente à primeira vista, pelo contrário, é uma clara exceção à regra de que o próprio contrato é suficiente para remunerar as suas partes.²⁸²

A primeira referência à indenização da clientela é feita pela lei austríaca de 24-06-1921 no seu parágrafo 25, que atribui dois tipos de limitações para a sua observação: o contrato deve ter a duração máxima de três anos e a indenização deve ter um limite

²⁸¹ Inicialmente defende-se que a indenização de clientela tem um caráter social, de proteção do agente, adquirindo quase uma característica previdenciária, como aconteceu inicialmente na Itália. É um momento em que autores como Peter Kindler (KINDLER, Peter *apud* VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. p. 214) defendem a posição de que a indenização tem um caráter social, de não deixar a parte contratual mais fraca desamparada após o término do contrato. Na Itália o surgimento da indenização de clientela é resultado de um acordo econômico coletivo em 25/5/1935, que permite a atribuição ao principal de conceder ao agente o valor de 3% sobre o montante das comissões recebidas no período em que o contrato esteve em vigor, mas sempre com uma característica previdenciária de que este valor atribuído tem uma relevância social. Atualmente esta visão se encontra superada, porque no vasto âmbito de relações contratuais do contrato de agência, a hipossuficiência do agente não é um fator sempre observado (PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.cit.*, p. 678-679). Manuel Barrocas se posiciona neste sentido ao afirmar durante a análise de um acórdão, que a indenização de clientela não tutela nenhum interesse geral da coletividade, ou seja, da ordem pública. Dessa forma, não há argumento para justificar a sua inderrogabilidade (Ver BARROCAS, Manuel Pereira. **Arbitrabilidade da indemnização de clientela do agente comercial**: comentário ao acórdão da Relação de Guimarães, de 16 de Fevereiro de 2005. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2009, p. 1009). Mariana David engrossa o posicionamento de que o caráter social ou previdenciário da indenização de clientela deve ser abolido ao dar o exemplo de que se assim o fosse, as grandes sociedades não poderiam ser agentes com direito a ressarcimento pela sua atividade de angariação de clientes. O fundamento da indenização reside na dependência técnica e econômica que o agente apresenta em confronto com a sua contraparte (Ver DAVID, Mariana Soares. *Op. Cit.*, p. 900).

²⁸² PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. Cit.*, p. 685-686.

quantitativo, que a redação original do artigo define como *adequada*. Uma reforma feita em 1960 modifica o regime aplicável e passa a usar como critério para a definição do *quantum* a média de remunerações dadas ao agente nos últimos três anos de contrato. Não tarda para que a indenização de clientela seja também adotada pela legislação alemã, que a introduz no HGB pela Lei 06-08-1953, na consagração do art. 89 b. A indenização da clientela na Alemanha vem com uma forma de proteção social dos agentes fragilizados no momento da cessação contratual. No entanto, Fernando A. Ferreira²⁸³ considera que a legislação alemã comete o *pecado original* referente à indenização da clientela: atribui este direito a todos os contratos de agência, não só àqueles em que o agente apresenta fragilidade.

A indenização da clientela no modelo germânico se baseia nos benefícios que o principal obtém após o término do contrato, com base no valor da clientela angariada e estabilizada pelo agente, ou seja, ela tem uma característica meritocrática e tem o futuro como base para a sua definição. Configura-se como um puro direito à compensação sob o título de *Ausgleichsanspruch*. A indenização da clientela é um contraestímulo ao enriquecimento sem causa²⁸⁴ do principal, aproximando-se mais deste tipo do que da própria responsabilidade civil. Constitui-se em uma forma de reequilibrar o contrato no momento posterior à cessação dos seus efeitos, com o fundamento no mérito do agente, que conquista aquela clientela com base nos seus próprios esforços. A demonstração destes benefícios é essencial para a constituição do direito, sendo manifestada como uma forma de retribuição suplementar pelos benefícios auferidos pelo principal²⁸⁵, que só existem graças à atuação da outra parte. Ainda que o agente não sofra danos concretos, o enriquecimento do principal com base nestes benefícios auferidos justifica a indenização. São fenômenos independentes.

Já na França, a indenização de clientela é introduzida pela lei 91.953 de 25-06-1991 e estabelece no seu art.12 que, após a verificação da cessação do vínculo, se constata o direito do agente de ser indenizado pelos prejuízos decorrentes da cessação, e este direito só não é verificado nas situações em que o contrato tenha cessado com base em

²⁸³ Idem, ibidem, p. 544-545

²⁸⁴ Pinto Monteiro entende que a indenização de clientela tem uma natureza mista. Não é essencialmente uma representação do enriquecimento sem causa porque nem sempre este se verifica. Além disto, o enriquecimento sem causa, ao contrário da indenização, não comporta limitações quantitativas ao seu valor (Ver MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição**, p. 159).

²⁸⁵ VASCONCELOS, Joana. **Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela**. Lisboa: Direito e Justiça – Universidade Católica Portuguesa, 2002. p. 244.

alguma violação grave imputável ao agente comercial. A *indemnit  de rupture* tem como objetivo a reparação dos danos causados ao agente, de forma autom tica e direta, sem exigir nenhuma demonstra o de benef cios auferidos pelo principal conforme defende o modelo alem o. Tal posi o decorre do fato de o contrato de ag ncia ser considerado de interesse comum de ambas as partes. Neste contexto, a ruptura da rela o ocasiona um preju zo pass vel de indeniza o. O art. L. 134-12 do *Code de Commerce* exige apenas dois requisitos para a sua verifica o: a cessaq o do contrato e a verifica o dos danos causados. O valor desta indeniza o ser  baseado nas remunera es recebidas pelo agente e, ao contr rio do modelo alem o, mostra-se como uma indeniza o voltada para o passado e de cunho igualit rio.²⁸⁶

No  mbito do direito comunit rio, a Diretiva n. 86/653 traz em seu teor a figura da indeniza o de clientela, prevista pelo art. 17. Mas ao contr rio do que se imagina, ela n o promove a t o desejada uniformidade legislativa referente   indeniza o de clientela, porque faculta aos estados-membros a escolha da ado o entre o modelo franc s e o modelo alem o. O modelo alem o   observado na maioria dos estados-membros europeus, como Espanha (art. 28 da Ley 12/1992), Holanda (art. 740 do C digo Comercial), It lia²⁸⁷ (art.1751 do Codice Civile) e Portugal (art. 33 e ss da Lei de Ag ncia 178/86). A Franqa, por outro lado, fica relativamente isolada com seu posicionamento, tendo somente ades o da Irlanda do Norte, Rep blica da Irlanda e Reino Unido, que basicamente toma posi o semelhante   diretiva, ao permitir a possibilidade de escolha entre os dois modelos. A diretiva entende que, independente do modelo de indeniza o de clientela adotado, o agente est  sendo protegido no momento da cessaq o contratual e o seu direito est  respeitado em ambas as situa es.²⁸⁸ A indeniza o da clientela, segundo a diretiva, s    poss vel se s o observados os requisitos positivos previstos no art. 17 e, conjuntamente, a n o interven o dos requisitos negativos previstos no art.18.

²⁸⁶ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.cit.*, p. 548.

²⁸⁷ A transposi o da diretiva para a legisla o italiana   infeliz, porque devido   m  redaq o do art. 1.751 do *Codice Civile*, ocorre o equ voco de transformar os referidos requisitos cumulativos para a observa o da indeniza o de clientela, em alternativos.

²⁸⁸ Curiosamente a indeniza o de clientela n o   um objeto de discuss o da doutrina americana, apesar da grande import ncia que a modalidade contratual dos contratos de distribui o tem. No entanto, no continente africano, a Organiza o para harmoniza o do direito comercial (OHADA - <http://www.ohada.com/>) criada em 1993, composta por 14 pa ses, faz men o   indeniza o da clientela, no art.197, sob o t tulo de *indemnit  compensatrice* e adota o modelo franc s.

5.2. DEFINIÇÃO

Assim como a discussão sobre a natureza jurídica da indenização de clientela, que ainda é atual e apresenta diversas controvérsias, a conceituação referente ao tema também se configura controvertida e com diversas nuances. A clientela é um benefício comum para as partes durante a execução do contrato²⁸⁹. Do lado do principal, materializada na expansão dos produtos e serviços além do aumento do volume de negócios. Já pelo lado do agente, a clientela se constitui no aumento da própria remuneração, em outras palavras, no aumento do lucro da atividade desenvolvida por esta categoria profissional²⁹⁰. Pinto Monteiro²⁹¹ classifica a indenização de clientela como uma compensação de mais valia devida após a cessação do contrato, visto que o principal continua recebendo benefícios sobre a atividade exercida pelo agente. Ao contrário do que a nomenclatura sugere, não é propriamente uma indenização, porque não se exige a demonstração dos danos sofridos pelo agente²⁹². Analisam-se os benefícios proporcionados ao principal pelo agente, que durante a execução do contrato são comuns e, após a cessação, são exclusivos. Tal posição leva à conclusão que o autor compreende o modelo germânico como o mais acertado na definição deste instituto. Desta forma, os benefícios auferidos devem ser demonstrados de forma concreta²⁹³.

Vasconcelos²⁹⁴ concorda com esta característica de que, ao se debruçar sobre a indenização da clientela, se está diante de uma compensação devida por benefícios auferidos por esforço de terceiros, não se tratando de uma autêntica indenização por se

²⁸⁹ Luís Manuel Leitão atribui à indenização de clientela a característica de crédito futuro no momento da execução do contrato. Devido a isto, não se permite uma renúncia antecipada a este direito, já que ele só existe de fato no momento da extinção contratual. A cessação contratual é, nesse caso, um pressuposto da forma (Ver LEITÃO, Luis Manuel Teles de Meneses. **A indemnização de clientela no contrato de agência**. Coimbra: Almedina, 2006. p.43).

²⁹⁰ VASCONCELOS, Joana. *Op.Cit.*, p. 244.

²⁹¹ MONTEIRO, Pinto Monteiro. **Contratos de agência, de concessão e de franquia**, p. 320.

²⁹² MONTEIRO, Pinto Monteiro. **Contratos de distribuição**, p.150.

²⁹³ Fernando Pinto também faz uma importante definição da indenização da clientela ao afirmar que a referida figura tem a função de compensar vantagens, de recuperar o equilíbrio rompido, mas que ao mesmo tempo não pode decorrer de uma fatalidade, tendo que apresentar motivos densos o bastante para se justifique a sua observância. Ela será observada sempre que houver um aproveitamento censurável de uma situação de risco, a proteção discutida não é essencialmente social, mas adquire um caráter muito mais amplo (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. Cit.*, p. 685-686).

²⁹⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op.Cit.*, p. 215.

aproximar mais do combate ao enriquecimento sem causa.²⁹⁵ Martínez Sanz²⁹⁶ considera os benefícios discutidos como um ativo comum, que deve ser demonstrado pelo agente, mas, além disso, também exige que o benefício não tenha sido remunerado pelo principal, sujeito à pena de acumulação de vantagens.

A diferenciação entre a clientela²⁹⁷ objetiva e subjetiva é essencial para a compreensão do tema discutido. A indenização reside sobre a clientela subjetiva, que segundo Carolina Cunha²⁹⁸, é a gama de clientes atraídos pelas qualidades pessoais do agente, tais como a honestidade, competência e simpatia. Em contraposição, encontra-se a clientela objetiva, que se refere às características do produto, diversidade do *stock*, marca, localização do estabelecimento, dentre outros fatores impessoais que atualmente têm se expandido devido à massificação das relações com os clientes, ao *boom* publicitário e à expansão de mercados. Em outros termos, o valor da clientela objetiva é consideravelmente superior ao da clientela subjetiva. Segundo a autora, a clientela subjetiva se encontra atualmente confinada em setores de venda e retalho, nos quais o fluxo de procura é constituído por consumidores e, devido a isto, a constatação de um possível benefício auferido pelo principal, que possa dar fundamento a uma indenização de clientela, é um fenómeno cada vez mais raro na atual situação em que o mercado se encontra. A clientela, além de subjetiva, deve ser considerada habitual, para que se configure o direito da indenização, que deve ser interpretado de uma forma ampla e não restritiva.

²⁹⁵ Carlos Barata considera que a indenização referente à clientela está essencialmente ligada ao direito de retribuição do agente, devido a resultados provenientes da sua atividade, que repercute na fase pós-contratual. Caso o contrato estivesse em execução, a compensação por estes benefícios se efetuará pela remuneração, conseqüentemente, no momento em que o contrato é extinto, o agente deve ter direito de ser remunerado pela sua atividade, só que dessa vez por meio da figura da indenização de clientela (Ver BARATA, Carlos Lacerda. *Op.Cit.*, p. 83-84).

²⁹⁶ MARTÍNEZ SANZ, Fernando. **La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión**. Madrid: Editora Civitas, 1995, p. 109-110.

²⁹⁷ Jorge Abreu não considera a clientela um elemento da empresa, mas antes uma situação conseqüente ao funcionamento da máquina produtiva (Ver ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 52). Em Portugal configura-se um bem não coisificável, de uma situação econômica não autônoma, que tem uma forte ligação com a titularidade do estabelecimento, tratando-se de uma pura situação vantajosa para o exercício da atividade comercial (CUNHA, Carolina. **A indemnização de clientela do agente comercial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 61). A mesma autora define a clientela como um fluxo de procura dirigido a um ponto de oferta de bens e serviços, constituindo-se em um fenómeno de mercado que não gera somente um valor imediato e não é privativo das relações comerciais (p. 62-63).

²⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 70-71

5.3 INDENIZAÇÃO DA CLIENTELA EM PORTUGAL

Portugal transpôs para o seu ordenamento a indenização da clientela, com base na diretiva europeia sobre a agência, inicialmente pelo Decreto Lei 118/93 de 13 de abril, mas atualmente os requisitos cumulativos da indenização de clientela no contrato de agência se encontram previstos no art. 33, n.1 do Decreto Lei 178/86. Estes requisitos são: a) que o agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume dos negócios com clientela já existente; b) a outra parte venha a se beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato da atividade desenvolvida pelo agente; c) o agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a). A lei exige a cumulação de todos estes requisitos para que se possa verificar a indenização de clientela no contrato de agência, ela não poderá ser verificada em todo e qualquer caso em que houver cessação do contrato. Além destes requisitos positivos, a parte 3²⁹⁹ do referente artigo traz os requisitos negativos que, se são verificados, excluem a exigência da indenização da clientela. Esta compensação não é devida toda vez que o contrato cesse por motivos imputáveis ao agente ou quando este cede sua posição contratual. A indenização de clientela também pode ser exigida pelos herdeiros do agente, desde que comuniquem o interesse dentro do prazo de caducidade de um ano contado da cessação do contrato. As partes 3 e 4 do referido artigo são inseridas com o intuito de promover a harmonização legislativa entre a legislação portuguesa e a diretiva europeia que versa sobre o contrato de agência.

²⁹⁹ Artigo 33.º-Indemnização de clientela

1 - prejuízo de qualquer outra indemnização a que haja lugar, nos termos das disposições anteriores, o agente tem direito, após a cessação do contrato, a uma indemnização de clientela, desde que sejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos seguintes:

- a) O agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente;
- b) A outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da actividade desenvolvida pelo agente;
- c) O agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a).

2 - Em caso de morte do agente, a indemnização de clientela pode ser exigida pelos herdeiros.

3 - Não é devida indemnização de clientela se o contrato tiver cessado por razões imputáveis ao agente ou se este, por acordo com a outra parte, houver cedido a terceiro a sua posição contratual.

5.3.1 REQUISITOS POSITIVOS

No que diz respeito aos requisitos positivos expressamente previstos pela legislação, percebe-se que o legislador faz uso de diversos conceitos indeterminados, que ocasionam discussões na doutrina no intuito de melhor adaptar o texto legislativo à realidade do contrato de agência. A cessação do contrato³⁰⁰ é o único momento em que a indenização de clientela pode ser exigida, todas as discussões a respeito de alteração de zonas de comércio, de comissões, entre outras mudanças referentes ao contrato, só têm relevância no âmbito da indenização de clientela se o contrato estiver extinto.³⁰¹ Para tal, a lei não exige que o contrato se encerre somente por uma determinada forma, este poderá cessar por todas as modalidades de cessação de contrato de agência estudadas no tópico anterior. No entanto, o legislador restringe as modalidades de cessação que tenham sido causadas pelo próprio agente ou com fundamento na justa causa objetiva.

Parte da doutrina alemã discute se a extinção parcial do contrato, chamada de *Teilbeendigung*, pode, em alguns casos específicos, ensejar a indenização de clientela. Estes casos são alterações contratuais nas condições de trabalho do agente, como a redução de zonas de comércio ou a diminuição dos produtos disponíveis, que indiretamente ocasiona a diminuição da posição de angariação de clientela em que o agente atua. Carolina Cunha³⁰² questiona esta possibilidade com base no argumento de que a motivação da indenização de clientela tem como pressuposto o fato de o agente ter se privado de toda a sua clientela, e não somente de parte dela, e afirma que admitir tal posição é ir de encontro com a própria natureza do instituto estudado.

Luis Menezes Leitão³⁰³ entende que alterações que modifiquem substancialmente o contato do agente com a clientela, como a diminuição da zona geográfica, por exemplo, podem ser passíveis de indenização sobre a clientela, mas que em nenhuma hipótese se poder considerar a diminuição das comissões como uma dessas alterações. No entanto,

³⁰⁰ Fernando Pinto considera a extinção do vínculo como um pressuposto formal, ao passo que os outros requisitos previstos no art. 33 são pressupostos substanciais, antes da cessação do contrato não há como se falar da pretensão em causa (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. Cit.*, p. 573-574).

³⁰¹ Carolina Cunha defende que a cessação do contrato é propriamente de um pressuposto, mas que assinala o momento em que os três requisitos positivos presentes nas alíneas podem ser preenchidos. Não se configura como um pressuposto porque a sua verificação conduz meramente a uma possibilidade e não a uma certeza. Após a extinção contratual se verifica se cabe ou não a extinção de clientela naquele caso concreto (Ver CUNHA, Carolina. *Op.cit.*, p. 29).

³⁰² Idem, ibidem, p. 40.

³⁰³ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **A indemnização de clientela no contrato de agência**, p. 38.

pode-se entender ser mais acertada a posição de Pinto Monteiro³⁰⁴ de que a cessação do contrato é o pressuposto inicial da verificação da indenização da clientela, não sendo possível a sua observância em meras alterações contratuais. A possibilidade de atribuir a indenização de clientela em alterações contratuais, ainda que substanciais, acaba por banalizar o instituto, além de aumentar consideravelmente, sem base legislativa, o seu âmbito de atuação.

Sobre a conceituação de benefício, considera-se benefício como qualquer vantagem com relevo econômico, que o aumento de procura ocasionado pela atuação do agente concedeu ao seu principal, se tratando de uma análise puramente casuística.³⁰⁵ O conceito de benefício, neste contexto, não deve ser analisado de forma ampla, a mera chance de um benefício não configura o requisito da indenização da clientela, porque isto a transforma em uma quase fatalidade a todo e qualquer cessação referente ao contrato de agência.³⁰⁶ Os benefícios devem ser demonstrados de forma concreta, com base em fatos presentes e futuros, deduzidos através do juízo de prognose. Pinto Monteiro³⁰⁷ entende que estes não precisam ser pessoalmente auferidos pelo principal, que a mera recepção indireta por meio de outros agentes contratados pela mesma parte já preenche o requisito exigido na alínea b) do art. 33.

O benefício deve ter algo de substancial, analisado de acordo com a extensão e duração dos negócios do principal em contraposição aos mesmos critérios no momento posterior à participação do agente.³⁰⁸ Estes benefícios não devem ser analisados de forma instantânea, até porque, a depender da duração do contrato, os frutos da atuação do agente muitas vezes só podem ser observados no futuro. O agente deve fazer prova dos benefícios que concede ao principal, ele deve demonstrar que maximiza as relações, ao passo que cabe ao principal a eventual demonstração de que estes benefícios não ocorrem.³⁰⁹ O agente deve demonstrar de forma inequívoca que os referidos benefícios

³⁰⁴ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência**: anotação, p. 152.

³⁰⁵ CUNHA, Carolina. *Op.Cit.*, p. 148.

³⁰⁶ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 599.

³⁰⁷ MONTEIRO, António Pinto. **O contrato de agência – anotação**, p. 139.

³⁰⁸ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Meneses. **A indemnização de clientela no contrato de agência**, p. 52.

³⁰⁹ Um exemplo clássico a esse respeito é quando o principal alega uma mudança no ramo dos seus negócios, desconstituindo a figura do benefício referente à clientela, conseqüentemente, inviabilizando uma possível indenização neste sentido. Pinto Monteiro entende que também não cabe a indenização de clientela quando se comprova que o agente cria uma empresa em concorrência com o agente e transfere a clientela angariada para o seu novo empreendimento (Ver MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência**: anotação, p.154). Carolina Cunha contrabalança esta posição de Pinto Monteiro ao exigir que o principal no contrato de agência, quando afirma que promoverá o encerramento da sua atividade, deverá apresentar

que atribui a si decorrem diretamente da sua atividade e não de fatores externos, como flutuação de preços ou câmbio. Cabe ao juiz do caso concreto, caso constate a presença de um benefício, fazer um juízo de prognose³¹⁰ sobre o seu valor, com base em uma projeção de fatos futuros, conforme defende o modelo alemão de indenização de clientela.

Outro termo importante que está presente nos requisitos positivos do art. 33 é a expressão *novos clientes*. O referido artigo considera a angariação de novos clientes como um requisito para a concessão do benefício estudado. Esta angariação, de acordo com o legislador, concretiza a ideia de benefícios, formando o nexos causal da relação. Na angariação de novos clientes – com base nas suas características pessoais e não com base nos elementos referentes à clientela objetiva, como a marca e a variedade de produtos – o principal deve auferir benefícios decorrentes da ação do agente. No entanto, Fernando A. Ferreira³¹¹ entende que, ao contrário do que acontece na interpretação do conceito de benefícios, a expressão *novos clientes* deve ser interpretada da forma mais ampla possível, já que se trata de um conceito inovador sem nenhuma expressa previsão na diretiva referente ao tema. Nos clientes novos devem-se incluir as situações em que se constata um aumento no volume dos negócios com os clientes antigos, e também nos casos em que se constata a estabilização dos negócios em momentos de crise financeira³¹². Além de casos em que um único cliente possa assumir tal vulto que caracteriza a ampliação substancial dos negócios, todos estes exemplos devem ser computados na satisfação do requisito referente aos clientes novos.³¹³ No cálculo do valor da clientela devem-se analisar em conjunto diversos fatores, como a quota do mercado, volume dos negócios,

uma justificação empresarialmente plausível. Com base em tal exigência, se vedaria o uso de manobras dotadas de má-fé no sentido do principal se furtar ao pagamento da indenização da clientela (Ver CUNHA, Carolina. *Op.Cit.*, p. 169).

³¹⁰ Fernando Pinto considera a equidade como essencial no estabelecimento do equilíbrio das posições contratuais entre as partes, sendo muito útil neste juízo de prognose sobre os desdobramentos futuros que as ações do agente irão desencadear. Não é um critério estático, mas o autor considera essencial que este se apoie em critérios objetivos para que se obtenha uma decisão mais adequada à realidade daquele contrato específico (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 612).

³¹¹ Idem, *ibidem*, p. 584.

³¹² MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência**: anotação, p. 153.

³¹³ Luís Manuel Leitão entende que esta angariação não deve ter ocorrido *exclusivamente* pela ação do agente, basta que ele seja um dos elementos para que se configure o preenchimento deste requisito (Ver LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **A indemnização de clientela no contrato de agência**, p. 45). Já Carolina Cunha não considera a marca como um obstáculo na angariação de novos clientes, por mais conhecida que ela possa ser, se a colaboração do agente não fosse absolutamente necessária, o principal não teria celebrado o contrato, logo, a atuação do mesmo também configura um elemento essencial no desenvolvimento da atividade (Ver CUNHA, Carolina. *Op.cit.*, p. 140).

rentabilidade do ramo da atividade comercial, para que se possa efetuar uma previsão da evolução futura deste fluxo.³¹⁴

Já a alínea c) vem no intuito de vedar uma acumulação de benefícios ao exigir que a indenização de clientela só seja possível, devido ao seu caráter compensatório, nos casos em que o agente não tenha sido remunerado pela sua atividade. Caso se tenha convencionado previamente um acordo referente à clientela pelas partes, a indenização não é mais exigível. A diretiva europeia veda expressamente a renúncia antecipada de um eventual direito de indenização de clientela no art. 19, no entanto, nada impede que, com base em seus interesses, as partes acordem sobre uma possível remuneração de clientela no seu próprio contrato. Caso se constate que o principal já efetua contraprestações ao agente ao fim do contrato, também não há que se falar em indenização de clientela, porque a característica remuneratória já está sendo exercida, e o que se visa, no caso, é o restabelecimento do equilíbrio contratual, restaurar o sinalagma. Importante frisar que estas contraprestações devem ser especificamente referentes ao valor da clientela, não podendo o principal se eximir do pagamento por alegar que já está arcando com outras obrigações pós-contratuais, como a compensação de não concorrência, por exemplo³¹⁵. Apesar de ambas as prestações se tratarem de obrigações que só podem ser verificadas na fase pós-contratual, não há como confundi-las devido às diferentes motivações que envolvem: uma visa compensar a ação do agente que trouxe benefícios ao principal, enquanto a outra visa compensar o agente, mas referente ao ônus que este arca por não poder fazer concorrência com o principal durante determinado prazo.³¹⁶ Além desta limitação, caso a estipulação feita pelas partes não seja razoável ao caso em concreto,

³¹⁴ CUNHA, Carolina. *Op.Cit.*, p. 80-81.

³¹⁵ Joana Vasconcelos critica a jurisprudência portuguesa neste ponto, ao afirmar que a mesma atribui o termo indenização da clientela a toda e qualquer indenização referente à fase pós-contratual, ou a meras comissões por negócios efetuados, sem realmente atentar para a natureza do ato. A retribuição pela relação profissional é completamente diversa da indenização de clientela, não existindo nenhuma base teórica para a sua suposta equiparação, muitas vezes feita pelo tribunal (VASCONCELOS, Joana. *Op.Cit.*, p. 252).

³¹⁶ Sobre a questão da cláusula da não concorrência, Carlos Pinto tem um posicionamento que merece destaque. O autor institui como requisito positivo tácito para a observação da indenização da clientela, a obrigação de não concorrência na fase pós-contratual. Tal posição tem como base a natureza do contrato na legislação angolana, que garante à obrigação de não concorrência um caráter obrigatório e essencial, e não residual. A presença da obrigação de não concorrência não é suficiente para a exigência da indenização de clientela, deve ser observada em conjunto com os outros requisitos positivos e negativos referentes ao tema, mas no âmbito da legislação de Angola, o autor a considera como um requisito tácito (Ver PINTO, Carlos Eduardo Ferraz. **O direito a indenização de clientela no contrato de franquia em Angola**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.128).

tendo um mero caráter simbólico, o juiz pode desconsiderar o que foi estipulado e rever os valores referentes à clientela no caso em concreto.

5.3.2 REQUISITOS NEGATIVOS

Já no âmbito dos requisitos negativos, existe uma grande oposição da doutrina no que diz respeito ao conceito indeterminado de razões imputáveis ao agente³¹⁷, que são capazes de impedir a exigência da indenização da clientela. Tal posição também se encontra presente na diretiva europeia e, segundo Pinto Monteiro³¹⁸, é uma distorção, porque introduz um elemento sancionatório em uma figura que tem um caráter remuneratório. De fato, parece que existe certa confusão no que diz respeito a este requisito negativo, visto que no caso de uma má atuação do agente, de uma forma que seja contrária aos termos contratuais, o principal pode requerer a indenização pelas vias convencionais, não sendo justificável a “sanção” da impossibilidade da indenização da clientela, que tem uma natureza diversa. São duas situações com motivações diversas, não se encontrando nenhuma justificativa para sancionar o agente por ações que não se referem ao fundamento da indenização de clientela, que versa sobre os benefícios auferidos pelo principal devido a uma ação do agente. Também não se considera apropriada a exclusão da remuneração devida pelos benefícios auferidos pelo principal. Nos casos em que seja o agente o autor da denúncia que enseja o fim do contrato, as motivações também são diversas, não havendo substrato para este nexo causal criado pelo legislador comunitário, além de se configurar em uma clara restrição ao direito da livre denúncia.³¹⁹

³¹⁷ Segundo Fernando Pinto, os casos de razões imputáveis ao agente seriam: quando o próprio agente toma a iniciativa da cessação, quando a cessação decorre do não cumprimento voluntário das obrigações, ou da sua impossibilidade culposa (o que o torna inexigível, dando substrato a sua resolução). Segundo o legislador comunitário, ao se verificar algumas dessas hipóteses, o agente perderia automaticamente o seu direito a peticionar a indenização de clientela (Ver Segundo PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. Cit.*, p. 638-639).

³¹⁸ Pinto Monteiro considera tal atitude tão grave, que lhe atribui um caráter inconstitucional, porque este elemento sancionatório limita de forma direta a liberdade de escolha de profissão. A decisão do agente de por fim ao contrato tem como sanção a não observância da indenização da clientela. Sem dúvida, tal sanção limita a atuação do profissional, além de restringir o seu o direito de livre denúncia, que por via de regra se trata de um direito de encerrar contratos por tempo indeterminado, sem precisar apresentar motivação para o seu exercício (Ver MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência: anotação**, p.155-156).

³¹⁹ Luis Manuel Leitão não entende desta forma, já que considera o modelo adotado pelo legislador comunitário uma forma de impedir o agente de agir unilateralmente para pressionar o principal ao pagamento da referida indenização. A denúncia só não impediria a indenização da clientela se fosse

5.4 ANALOGIA DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA COM O CONTRATO DE FRANQUIA

É uma questão tormentosa na doutrina a possibilidade da aplicação da indenização à clientela por analogia ao contrato de franquia, desde que observados os requisitos previstos no art. 33. A dificuldade inicial reside na própria designação da indenização de clientela, que se constitui em uma situação singular nos contratos comerciais, por não se conceber nenhuma outra situação no ordenamento jurídico em que a lei atribua um direito de compensação a uma das partes em um momento pós-contratual (sem a necessidade da comprovação de danos devido a fatos ocorridos durante a execução do contrato).³²⁰ Devido a esta particularidade que envolve o tema, é razoável que se analise a possibilidade de analogia com um maior cuidado.

A parcela da doutrina que argumenta que não é possível a referida analogia ao contrato de franquia afirma que o principal obstáculo reside no fato de a empresa franqueada ser uma empresa em potência³²¹, ou seja, no momento do seu surgimento, já existe uma rede de clientes, fornecedores e financiadores e uma posição perante o mercado e o consumidor. Em decorrência desta dificuldade, torna-se complexa a diferenciação da clientela subjetiva, ligada ao franqueado, e da clientela objetiva, ligada à marca. A proteção da clientela tem uma ligação direta com o crescimento do alcance das marcas e dos produtos no mercado global. Segundo Nogueira Serens³²², o produto atualmente não é somente dotado de uma composição química, carrega consigo uma série de elementos intangíveis e de uma carga psíquica. É neste ponto que se apresenta o questionamento da proteção da clientela em contratos como o de *franchising*. É possível a demonstração de um nexo de causalidade entre a ação do franqueador e o aumento de

referente a fatores como idade ou doença, nos outros casos isto não seria possível (Ver LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **A indenização de clientela no contrato de agência**, p. 58).

³²⁰ Joana Vasconcelos entende que esta especialidade da indenização da clientela, aparentemente, garantiria um caráter excepcional à indenização, que em tese vedaria a sua analogia às outras modalidades de contrato de distribuição. No entanto, a autora reintera que tal posição seria extrema, devido ao nexo funcional que une os contratos discutidos, estar-se-ia diante de uma norma não excepcional, mas de caráter residual ligado ao enriquecimento sem causa (Ver VASCONCELOS, Joana. *Op.Cit.*, p. 899).

³²¹ PEREIRA, Alexandre Dias. **Da franquia de empresa: Franchising**, p. 272.

³²² SERENS, M. Nogueira. **A tutela das marcas e a liberdade de concorrência**. Coimbra, 1990, p.155.

clientela da marca³²³, que no caso das franquias, mesmo que de forma pressuposta, já se encontra sólida diante o consumidor.

Menezes Cordeiro³²⁴ e Ana Paula Ribeiro³²⁵ entendem que a analogia não é possível em nenhuma situação, devido às próprias características do contrato de franquia, que se baseia na aparência de que vários estabelecimentos são de titularidade de um só sujeito. A forte ingerência do franqueador no sentido de promover a uniformidade da rede obsta o desenvolvimento das características pessoais do agente na captação de novos clientes, o controle exercido transforma o estabelecimento do franqueado em uma espécie de filial aos olhos dos consumidores. Para esta parcela da doutrina, o que influencia na captação de clientes não é a ação do franqueado, mas o poder e prestígio da marca. Os clientes que o franqueado tem acesso só existem devido ao contrato de franquia, ou seja, não são clientes do franqueado, mas da própria rede distributiva.³²⁶ O franqueado, como se vê, integra uma rede já estruturada, ele não consegue ser um fator de criação ou aumento de clientela, a marca é que é responsável por estabelecer uma comunicação direta com o consumidor³²⁷. Na legislação italiana não tem se admitido a indenização de clientela no contrato de franquia devido à ausência de posicionamento sobre no tema no teor da lei que trata sobre este tipo de contrato³²⁸, além de ser uma forma de interação

³²³ Enrique Guardiola Sacarrera enfaticamente afirma que dificilmente a clientela acompanha o franqueado nos contratos de franquia, o peso da marca e seu prestígio é que justificam a clientela, além de se constituírem como parte indispensável do contrato de franquia (Ver GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Op.Cit.*).

³²⁴ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Do contrato de franquia (Franchising), da autonomia privada versus a tipicidade negocial**, p. 33.

³²⁵ Ana Paula Ribeiro defende que as insígnias seriam capazes de conquistar a clientela, nunca o franqueador. O *selling power* das marcas nos contratos de franquia seria mais forte que qualquer atividade que o franqueado pudesse exercer, visto que a sua própria atuação é adstrita a recomendações do franqueado, que tem o poder de ingerência na gestão do estabelecimento (Ver RIBEIRO, Ana Paula. *Op.Cit.* p. 54).

³²⁶ Fernando Pinto traz um novo argumento na defesa deste sentido, ao afirmar que o franqueado já teve sua remuneração no momento em que lhe foi concedido, mediante pagamento, o acesso ao uso dos sinais distintivos e do *know-how*. A possibilidade de acesso ao mercado, em conjunto com uma empresa que já é dotada de prestígio pelo consumidor, já se configura em uma remuneração mais do que devida. Foi somente em virtude da celebração do contrato, que o franqueado teve acesso à clientela do franqueador ou, em outros termos, à clientela da rede (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. Cit.*, p. 734).

³²⁷ SERENS, M. Nogueira. **A tutela das marcas e a liberdade de concorrência**, p.148.

³²⁸ No entanto, não se pode afirmar que a doutrina é unânime no sentido de que a *indennità di cliente* não pode ser aplicada ao contrato de franquia na Itália, Roberto Baldi é um dos defensores na doutrina italiana de que o poder da marca não é suficiente para se afirmar que o franqueado não teve nenhuma influência na captação da clientela (Ver BALDI, Roberto. **Il contratto di agenzia, di concessione di vendita, il Franchising apud** PINTO, Carlos Eduardo Ferraz. **O direito a indenização de clientela no contrato de franquia em Angola**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 53).

sobre uma organização que já existe, sendo difícil a demonstração do desenvolvimento da clientela subjetiva de forma independente da clientela objetiva³²⁹.

Menezes Leitão³³⁰ genericamente se opõe a observação da analogia com o raciocínio de que no contrato de franquia está em falta o pressuposto da clientela subjetiva, que no caso é totalmente objetiva, com base no poder da atração da marca. Além deste pressuposto, está em falta também o requisito referente aos benefícios auferidos, que segundo o autor não são recepcionados diretamente pelo franqueador, já que este dificilmente entra em contato direto com a clientela do franqueado. Maria de Fátima Ribeiro não se expressa em um sentido tão extremo, mas também é reticente quanto à aplicação da indenização da clientela no contrato de franquia. Para a autora, a dificuldade também reside no cálculo do *quantum* indenizatório³³¹. A dificuldade existe porque, ao contrário dos contratos de agência (em que a retribuição do agente se baseia em negócios já concluídos), no contrato de franquia a remuneração tem que se basear numa ficção, no valor que pareça correspondente ao valor daquela clientela, do trabalho exercido pelo franqueador na angariação etc. Os *royalties* não se configuram como medidas para o cálculo porque incluem em seu bojo a clientela prévia à criação daquela franquia, os valores são pagos com base na angariação da marca e não daquela clientela específica³³². Ainda de acordo com Maria Fátima Ribeiro, a definição do valor de um objeto tão subjetivo é um argumento para que se defenda que, no caso de silêncio do contrato, a indenização da clientela não deve ser aplicada ao contrato de franquia.

³²⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **A indenização de clientela no contrato de agência**, p. 87.

³³⁰ Luis Manuel Leitão também opina no sentido de que, no caso da franquia, não existe efetivamente uma perda da remuneração, já se explora diretamente o negócio, sem nenhuma remuneração efetuada pelo franqueador. No entanto, o autor não é absoluto no sentido de que nenhum contrato de franquia poderá ser passível de indenização de clientela, em casos excepcionais, como no caso de franquia de distribuição de produtos, em que o franqueado for obrigado a adquirir produtos do franqueador, se poderia justificar uma aplicação analógica (Ver LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **A indenização de clientela no contrato de agência**, p. 89).

³³¹ RIBEIRO, Maria de Fátima. *Op.Cit.*, p. 92.

³³² Não há dúvidas que de fato a quantificação do valor da indenização no caso da franquia será uma grande questão devido à falta de parâmetro base para este cálculo, ao contrário do que acontece com os contratos de agência. Fernando Pinto entende que a principal problemática referente ao cálculo é que no contrato de franquia, o franqueado não recebe comissões como o agente, sendo remunerado pela sua margem de comercialização, que jamais poderá ser considerada como remuneração no campo da indenização de clientela. Além disto, o leque de funções exercido pelo franqueador é muito mais amplo do que as exercidas pelo agente, o que mais uma vez justifica a impossibilidade de se igualar o lucro total do franqueador com a remuneração, porque aquele valor engloba muitas outras funções que não se observam no contrato de agência. O risco que engloba as remunerações do agente não se encontra presente no contrato de franquia, o que mais uma vez atesta a necessidade de um juízo de equidade no caso concreto (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 703-704).

Entretanto, entende-se que tal posição absoluta não condiz com a diversidade de relações que o contrato de franquia envolve. Considera-se um pouco extrema a afirmação categórica de que a indenização de clientela não pode em absoluto ser observada em nenhuma modalidade do contrato de franquia. Carlos Eduardo Ferraz³³³ acredita que é falaciosa a afirmação de que a massificação dos mercados, típica da globalização, homogeniza as suas especificidades, tornando a ação do franqueado irrelevante na expansão do volume de negócios. Cada mercado possui suas próprias características socioeconômicas³³⁴, a colaboração do franqueado é essencial para que o franqueador consiga uma penetração mais eficaz. Os estudos e informações fornecidas pelo contratado trazem muitos benefícios à rede distributiva³³⁵, além do fato de os franqueadores atuarem como os sujeitos que efetivamente têm o contato direto com os clientes. Em outras palavras, é por meio deles que é estabelecido vínculo entre o cliente e a marca.

Mesmo com a constatação de que não se pode atribuir à marca e aos sinais distintivos todo o poder de atração da clientela em todos os casos possíveis de franquia, é impossível negar que não se pode atribuir ao franqueado a indenização de clientela em condições idênticas as do agente. Segundo Pinto Monteiro³³⁶, a atitude típica do contrato de franquia e comissão não é capaz de garantir o direito de indenização da clientela, isto somente é possível se for demonstrado no caso concreto que as partes exercem funções em condições análogas às funções do agente. A comprovação destas características deve ser analisada em conjunto com o grau de interação entre as partes. O franqueador, para ter direito à indenização, deve desempenhar funções, cumprir tarefas e prestar serviços

³³³ PINTO, Carlos Eduardo Ferraz. *Op.cit.*,p.114.

³³⁴ Alexandre Pereira dá um exemplo prático do que seriam essas características regionais presentes no contrato de franquia ao citar a empresa Macdonald's. Segundo o autor, em Macau, dentro dos seus principais centros comerciais, se encontram franquias desta determinada empresa, que sob perspectivas estéticas, parecem similares a todo e qualquer estabelecimento da marca no mundo. No entanto, o cardápio de Macau não será igual ao de Portugal, por exemplo, em Portugal se encontrará entre os produtos o pastel de nata, já em Macau se encontra o chá de jasmim e *beans cookies*. Como se pode comprovar, a franquia, se quiser obter um maior grau de penetração, deve atender às características individuais do mercado em que se insere, e é neste ponto que a ação do franqueado adquire uma relevância, porque ele é o ponto de contato entre o franqueador e o novo mercado (Ver PEREIRA, Alexandre Dias. **Business Law: A code study**: The commercial code of Macau. Coimbra: Imprensa de Coimbra Lda, 2004. p.101).

³³⁵ Além do autor citado, Jorge Abreu também considera um equívoco a afirmação de que a marca e os sinais distintivos por si só integram o estabelecimento, sem necessidade da atuação do franqueado. Pelo contrário, estes elementos são conjugados às suas custas, a ação do franqueado, com base no seu próprio esforço e em vultuosos investimentos, é que seria responsável por reunir e colocar estes elementos em funcionamento, sendo um verdadeiro alicerce para o desenvolvimento da atividade econômica (Ver ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Da empresarialidade**, p. 65). O acórdão do STJ de 9/1/2007 visualiza a ação do franqueado como um elemento capaz de captar clientes, ao admitir que o dano de clientela é indenizável caso se comprove a contribuição notória do franqueado para o aumento de fidelização.

³³⁶ MONTEIRO, António Pinto. **O contrato de agência**, p. 143.

semelhantes aos de uma agente, de modo que sua atuação efetivamente se configure como um fator de atração para a clientela, e a integração com a rede é primordial neste sentido.³³⁷

O nexos causal do aumento da clientela, com a atividade do franqueado, deve ser apurado. Este aumento não pode ser de natureza acidental, deve-se demonstrar a causalidade para que não se recaia na ilicitude. As características pessoais do franqueado devem ter uma ligação direta com a referida angariação. A indenização de clientela é plenamente possível, por exemplo, em uma situação em que o comerciante já atue no mesmo ramo da atividade franqueada, mas que resolve aderir ao contrato de franquia por não suportar mais a concorrência. Nesta circunstância, é perfeitamente possível que se verifiquem características exclusivas do franqueado que possam atrair uma nova esfera de consumidores.

Vasconcelos³³⁸ também alega a possibilidade da utilização da indenização da clientela no contrato de franquia, porém não de forma irrestrita, devendo-se analisar as modalidades da franquia caso a caso, a fim de que se verifique se é cabível ou não a indenização da clientela. O autor cita como exemplo a ausência de cláusulas de não concorrência e o fato de o ex-franqueado continuar a atuar no ramo da atividade ex-franquia. Neste caso, perde-se o objeto da indenização da clientela, se o ex-franqueado pode concorrer com o franqueador, a sua clientela, se for realmente subjetiva, o acompanha no novo negócio, não sendo possível se falar em compensação por mais valia³³⁹. O grau de probabilidade da indenização de clientela é proporcional ao grau de autonomia do franqueado³⁴⁰, quanto menor for o controle do franqueador, maior será a chance do desenvolvimento da clientela subjetiva com base nas características do próprio franqueado.

³³⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição**, p. 163.

³³⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op.Cit.*, p. 130

³³⁹ Luís Miguel Pestana, além deste exemplo, considera que a modalidade de *Franchising-corner* também não reúne os elementos necessários para a exigência da indenização de clientela. Também é feita uma ressalva a respeito da franquia de serviços e distribuição, já que nestes casos a atuação do agente é fortemente influenciada pela experiência pregressa do franqueador, ao contrário do que aconteceria nas franquias de produção, em que a atuação do franqueado desenvolve um relacionamento mais direto com os compradores dos produtos, que pode ensejar a criação de métodos regionais de angariação de clientes (Ver VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op.Cit.*, p.127).

³⁴⁰ PINTO, Carlos Eduardo Ferraz. *Op.cit.*, p. 180.

Entretando, no espaço europeu, raros são os casos em que as legislações tratam da aplicação da indenização de clientela aos contratos de franquia e comissão. Na França, mesmo com a oposição doutrinária de Phillipe Bessis³⁴¹, defende-se a analogia entre o contrato de agência e o contrato de franquia, devido à inclusão deste último no bojo dos contratos de interesse comum feito pelo art. 1 da Lei de Doubin. Na Alemanha, a doutrina ainda não chegou a um consenso sobre todas as modalidades do contrato, sendo unânime somente no que diz respeito aos casos de franquia por subordinação, quando é possível a indenização por clientela.³⁴² Em Portugal, conforme foi demonstrado, uma parcela da doutrina admite a analogia a outros contratos com base na identidade estrutural das figuras e na dependência econômica.³⁴³

Entende-se no sentido de que a indenização de clientela não é um instituto facilmente transponível do contrato de agência para o contrato de franquia. No entanto, pela franquia comportar um vasto leque de classificações com relações jurídicas das mais diversas, podem se constatar casos em que se justifique a indenização da clientela. A ação do franqueador não pode ser sempre descartada em função do poder atrativo da marca. Por óbvio, nos contratos de franquia, a referida indenização é um instrumento de menor incidência do que nos contratos de agência, devido à dificuldade de se comprovar o nexo de causalidade da atividade do agente e a existência de uma clientela subjetiva. Mas excluir toda e qualquer possibilidade deste fato ocorrer, no bojo de um contrato tão amplo e dotado de diversidade como se configura o contrato de franquia, também parece um posicionamento extremo e descabido.

O caso concreto deve ser capaz de atribuir a referida mais valia ao contrato de franquia caso sejam constatados os pressupostos do art. 33, não existindo um motivo real para que esta analogia não ocorra neste tipo de situação. E no que se referem ao valor indenizatório, os critérios referentes à equidade são plenamente capazes de nortear este cálculo, ainda que a princípio este tenha que se apoiar em orientações abstratas e indicativas. Mas o que se entende é que a equiparação da remuneração do agente ao lucro

³⁴¹ BESSIS, Phillipe. **Le contrat de Franchisage** – Notions Actuelles et Apport du Droit Européen. Paris, 1986.

³⁴² PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p. 699.

³⁴³ Fernando Pinto critica o modo como a analogia tem sido feita em Portugal, ao afirmar que os critérios para sua verificação em muitos casos são relativamente pobres, o que promove uma desvalorização dos requisitos exigidos por lei. O autor entende que a indenização de clientela não é passível de generalização, trata-se um instituto peculiar, dotado de caráter excepcional (Ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op.Cit.*, p.717-725).

auferido pelo franqueador é uma medida não harmônica com a analogia entre os casos. Se isto for possível, extrapola-se a função da analogia sugerida, caracterizando uma autêntica inovação legislativa. O que o contrato de franquia requisita é a ponderação de fatos e circunstâncias do caso, com o intuito de promover uma individualização de soluções adequada a cada uma das várias modalidades de contrato de franquia.

6. A OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA E O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

O contrato de franquia sempre se configura como fonte de problemas no direito comunitário da concorrência, sobretudo no que diz respeito ao teor do Tratado de Roma. Devido à natureza do próprio contrato de franquia, algumas destas proibições podem suscitar dúvidas, como a exigência de uniformidade da rede franqueada pelo franqueador, por exemplo, se esta pode ou não ser considerada como uma violação ao direito da concorrência. Também são muitas as questões referentes à validade ou não da cláusula de não concorrência, se esta exigência do franqueador se trata ou não de um abuso da sua ingerência. As dificuldades, no entanto, aprofundam-se no contrato de franquia em países como Portugal, devido ao fato deste ainda ser um contrato atípico, mesmo com toda sua complexidade. Devido a isso, ainda são aplicadas as normas gerais do Código Civil e, por analogia, alguns preceitos da Lei dos Contratos de Agência, assim como outros diplomas avulsos, como o Decreto Lei 36/2003 do Código de Propriedade Industrial. O direito comunitário é mais uma fonte para a solução dos conflitos referentes ao contrato de franquia em Portugal, acrescentando valiosas interpretações sobre o seu conteúdo. Exatamente por isso é essencial a análise do surgimento do estudo do direito da concorrência, assim como a ideia da *rule of reason*, para que se compreenda este fenômeno, conforme se demonstra nos próximos tópicos.

6.1. HISTÓRICO

No âmbito econômico, a concorrência se configura em uma situação em que empresas ou vendedores disputam de forma individual a clientela dos compradores, com o intuito de obter lucro ou participação no mercado. Com base neste conceito, pode-se

afirmar que o combate à concentração de riquezas se constitui em um dos principais objetivos do direito à concorrência. Esta concentração, segundo Moura e Silva³⁴⁴, é uma ameaça econômica e política, visto que a sua observância pode acabar por denegrir instituições democraticamente legitimadas. É com este argumento que se justifica o grande interesse do Estado no combate de práticas anticoncorrenciais. Nas sociedades capitalistas baseadas na livre iniciativa econômica e de mercado, o direito à concorrência assume uma posição de destaque, situado entre a liberdade e a concorrência harmoniosa. O capitalismo, muitas vezes, conduz a uma eliminação da rivalidade comercial³⁴⁵, o que acaba por ferir indiretamente a autonomia privada, podendo ocasionar o crescimento de barreiras de entrada e saída de produtos e o aumento da concentração de riqueza.

A dialética entre a concorrência e a autonomia privada é primordial para que se construa um método de intervenção estatal na atividade econômica eficaz, que evite distorções e que não se dirija somente às empresas, mas também aos consumidores³⁴⁶ e a todos os eventuais participantes da cadeia de produção. Em outras palavras, pode-se afirmar que o *consumer welfare* e *allocative efficiency*³⁴⁷ também são objetivos do direito concorrencial. O estudo da concorrência ganha um impulso com a liberalização, já que a abstenção da figura do Estado nas atividades econômicas acaba por fortalecer o seu poder fiscalizatório, que é ampliado para um maior número de bens e serviços, antes de acesso restrito, como é o caso das telecomunicações no Brasil³⁴⁸. O que se espera do Estado atualmente não é a promoção da concorrência em si, mas uma atuação repressiva e preventiva diante dos atos anticoncorrenciais, fornecendo um meio no qual os agentes econômicos possam atuar de forma harmoniosa na oferta e na procura dos seus bens e serviços.

As primeiras discussões a respeito do tema remontam a Atenas e a uma série de medidas reguladoras, criadas no período da guerra contra Esparta em meados de 387-388 a.C., com o intuito de impedir que um cartel de importadores de cereais limite as vendas com subidas de preço. Também merece menção uma decisão inglesa do *Court King's*

³⁴⁴ SILVA, Miguel Moura. **Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 11.

³⁴⁵ HENRIQUE, Miguel Gorjão. **Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 25.

³⁴⁶ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direito da concorrência e liberdade de empresa**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 2013, p. 631.

³⁴⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição comercial: direito comercial**, p. 53.

³⁴⁸ DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226.

Bench, datada de 1602, que recusa a criação de um monopólio de distribuição de cartas de jogo, com argumento de que isto é opressivo do ponto de vista econômico e limita a liberdade de comércio.³⁴⁹

No entanto, é somente na doutrina americana que o direito de concorrência começa a tomar a forma que conhecemos hoje. Durante a guerra civil americana de 1860-1865, constata-se um grande crescimento econômico aliado a uma consolidação de indústrias no país. Os empresários do setor do algodão, açúcar, aço e petróleo tentam minimizar os riscos de seus investimentos, procurando formas de diminuir a concorrência por meio dos *trusts*, que têm a integração favorecida pelas economias de escala. Obviamente tais medidas só beneficiam uma parcela muito pequena da população, o que gera um descontentamento geral, que culmina em uma reação de ambos os partidos, democratas e republicanos, com a adoção de campanhas *anti-trusts* nas eleições de 1888. Isso mais uma vez demonstra que o direito da concorrência não é fruto de uma criação de economistas, mais do que isso, consiste em uma resposta política ao problema crucial do equilíbrio entre a liberdade de iniciativa privada e a necessidade de controle do poder econômico.

É neste contexto histórico que, em 1890, ocorre a promulgação do *Sherman Act*³⁵⁰, que até hoje se constitui em um marco nos ordenamentos jurídicos de defesa da concorrência. Esta lei norte-americana considera ilegal qualquer “combinação ou conspiração no sentido de restringir negócio ou comércio” ou qualquer “monopólio ou sua tentativa”. O sistema de defesa adotado pelo *Sherman Act* é o da concorrência condição, ou seja, todo e qualquer tipo de concentração já é considerada como uma violação do direito da concorrência. A Suprema Corte Americana acompanha a inovação legislativa promovendo a dissolução de grandes corporações empresariais, como *Standard Oil Co* e *American Tobacco*, em 1911. Dando continuidade a esta medida, em 1914 também é promulgado o *Clayton Act*, que proíbe a discriminação de preços, distribuição exclusiva e aquisições de ações que reduzem a concorrência. Para auxiliar o trabalho de prevenção e penalização previsto pelo *Clayton Act*, também é criada a *Federal*

³⁴⁹ MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Um curso de direito da concorrência**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 19.

³⁵⁰ Disponível em < <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>>

Trade Comission – FTC, que recentemente tem suas atribuições alargadas também para a proteção dos consumidores.³⁵¹

6.1.1 ESCOLA DE CHICAGO

Inquestionavelmente, as novas leis americanas são de grande importância para a consolidação do direito da concorrência nos Estados Unidos e no mundo, mas a intransigência no que diz respeito à aplicação do direito da concorrência, de forma irrestrita, a todo e qualquer tipo de concentração, acaba por gerar críticas em parte da doutrina. A Escola de Chicago combate este extremismo legislativo com o argumento de que a concentração, por si só, não é necessariamente negativa, pode ser apenas um mero indicativo da eficiência de uma determinada empresa³⁵², e esta não pode ser penalizada por tal motivo. Somente as barreiras artificiais devem ser combatidas pelo direito da concorrência, deve-se permitir que o mercado se reestruture de forma natural, sem atuação do Estado. Este é o posicionamento da Escola de Chicago nos anos 80, que visa promover a “desconstrução” do direito clássico da concorrência, colocando a análise econômica como um ponto de discussão central nas demandas. Assim, a eficiência econômica se torna o único objetivo e parâmetro de controle do direito da concorrência.³⁵³ O pensamento dos doutrinadores integrantes da Escola de Chicago traz ao direito concorrencial clássico uma ideia de flexibilidade e esta dá substrato para o surgimento da *rule of reason*, que consiste nos motivos socialmente relevantes em que se pode afastar a concorrência no caso concreto, tendo como base o sistema da concorrência meio, na qual a concorrência não é considerada um bem em si mesma. A criação da *rule of reason* é essencial para quebrar o que Miguel Maria Tavares denomina como a *dureza de coração*³⁵⁴ da legislação americana. Segundo o autor, a taxatividade das normas *anti-trust* enfraquece o seu próprio controle e elimina a sua concepção.

³⁵¹ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direito da concorrência e liberdade de empresa**, p. 633.

³⁵² MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Op. Cit.*, p. 26

³⁵³ SILVA, Miguel Moura e. *Op. cit.*, p. 36.

³⁵⁴ HENRIQUES, Miguel Gorjão. *Op. Cit.*, p.,73

6.2. A CONCORRÊNCIA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Com o fim da Segunda Guerra e o apoio dos Estados Unidos (que simpatizam com a ideia liberal da Escola de Friburgo), o movimento referente ao direito da concorrência na Europa ganha força. O pensamento alemão defende o *ordoliberalismo*³⁵⁵, no sentido de que cabe à iniciativa privada, não à pública, a direção da atividade econômica, e também que a liberdade econômica é tão essencial quanto a liberdade política. O projeto consiste em uma relação entre a concorrência e o direito, a concorrência gera a base do sistema econômico, e a constituição econômica cria as condições sobre as quais ela pode funcionar de forma harmoniosa. A adoção destas medidas dá substrato para que sejam criados grupos entre os estados-membros, com estatutos que possuem cláusulas referentes ao direito da concorrência. Um desses grupos foi a CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada em 1951, composta por França, Itália, Alemanha Ocidental, Luxemburgo, Bélgica e Países Baixos, com o objetivo de promover uma integração econômica na Europa pós-guerra.

Outro ponto marcante na história da concorrência é a assinatura do Tratado de Roma de 1957. Este tratado dá origem à Comunidade Econômica Europeia – CEE e traz em seu bojo um conjunto de regras referentes ao direito da concorrência, baseadas nas teorias ordoliberalistas da Escola de Friburgo, mas sem nenhuma menção direta ao controle das concentrações. Os seus fundadores afirmam que os estados-membros possuem os mesmos objetivos, assim como o mesmo interesse pela defesa da liberdade de iniciativa econômica, baseada na teoria de um mercado liberal e, devido a isto, precisam de um instrumento que defenda esta liberdade de forma real. O referido tratado não vem a erigir a defesa da concorrência de uma forma absoluta como ente único de regulação do mercado, mas cria condições para uma concorrência praticável, nem que para isto tenha que promover restrições à liberdade. Uma destas restrições é inicialmente prevista no art. 81 e proíbe acordos restritivos de concorrência salvo se estes, cumulativamente: contribuam para melhorar a produção, distribuição de produtos ou para promover progresso técnico e econômico; reservem aos consumidores as partes equitativas das vantagens resultantes; não promovam imposições as empresas com

³⁵⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Op. Cit.*, p. 30.

restrições a este objetivo e não concedam às empresas a possibilidade de eliminar a concorrência de uma parte substancial do mercado.

O art. 101 n.1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, que inicialmente se trata do antigo art.81 do Tratado de Roma, afirma que são proibidos e incompatíveis com o mercado comum todos os acordos associações, decisões, práticas de empresa que afetem o comércio entre os estados membros, e ainda enumera em seu teor uma série de práticas que seriam nocivas à concorrência, como a fixação de preços, repartição de mercados e de fontes de abastecimento, subordinação do contrato a prestações suplementares estranhas ao objeto, recusa de venda de bens e serviços, etc, que são taxativamente consideradas como anticoncorrenciais. O conceito de acordos, assim como o de empresas, presentes no teor do artigo, é mais amplo que no direito privado. Também se incluem neste rol os *gentleman agreements*³⁵⁶ e decisões de associações de empresa, assim como os cartéis intermarcas ou intrabrand entre empresas independentes ou não, por meio de contratos expressos ou tácitos, verticais ou horizontais. O que somente se verifica é a existência de uma vontade em comum na prática do ato, que também pode ser presumida a depender do caso. O Tratado de Roma visa incluir toda e qualquer situação, que possa prejudicar concorrentes e consumidores, de uma forma taxativa, com uma leve influência da teoria da concorrência, condição presente no momento da promulgação do *Sherman Act*.

Um dos objetivos da legislação da concorrência europeia, segundo Alexandre Pereira³⁵⁷, consiste na defesa dos consumidores ao invés da própria concorrência e, paralelamente à proteção do consumidor, também está a proteção dos pequenos empresários, tudo em prol de um crescimento harmonioso entre os estados-membros. Em outras palavras, a legislação referente à concorrência defende bens jurídicos bem mais amplos do que meramente a liberdade de iniciativa econômica. O desafio é a acomodação das múltiplas normas jurídicas dos estados-membros, baseadas em seus critérios econômicos individuais e culturais, que se desenvolvem em conjunto com a atividade econômica moderna.

Um dos pontos de discussão importantes a este respeito é a possibilidade da verificação, ou não, da ideia da *rule of reason* americana nas decisões comunitárias. O

³⁵⁶ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direito da concorrência e liberdade de empresa**, p. 640.

³⁵⁷ Idem, ibidem, p. 632.

Tribunal, à primeira vista, vem negando a aplicação de motivos socialmente relevantes no afastamento da defesa da concorrência. Contudo, o teor de decisões como o acórdão de Pronuptia (28.1.1986, Proc. 161/84) e Remia (11.07.1985, Proc. 42/84) demonstra uma clara aproximação do direito comunitário com a doutrina americana, além do fato do controle das concentrações da empresa substituir o critério da prevenção da dominância pelo *entrave significativo da concorrência efetiva* – ESCE³⁵⁸.

Na realidade, antes mesmo da promulgação do icônico acórdão de Pronuptia, já se são verificadas decisões do Tribunal³⁵⁹ que admitem processos específicos referentes aos contratos de distribuição, como a distribuição seletiva. A distribuição seletiva consiste na seleção de revendedores com base em critérios criados pelos distribuidores, que à primeira vista pode ser considerada uma violação ao art. 101 n.1 do TFUE, não sendo considerada nociva pelo Tribunal, que somente exige que os critérios adotados sejam objetivos e qualitativos. O Tribunal tem percebido que a aplicação implacável da proibição presente no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a todo e qualquer contrato que possua algum efeito restritivo, acaba por promover justamente uma violação a valores que a própria concorrência visa proteger, como a autonomia privada e a liberdade contratual.

6.2.1. ACÓRDÃO DE PRONUPTIA

O famoso caso de Pronuptia de Paris C. Schillgalis é um acórdão importante porque, além de ser um exemplo claro da flexibilidade do Tribunal na aplicação das proibições do art. 81 n.1, também traz um posicionamento legislativo a respeito da figura da franquia, um contrato socialmente típico, mas que, devido à ausência de um direito global sobre o tema, carece de definições por parte do direito comunitário. O regulamento 4078/88 referente ao caso Pronuptia é de essencial importância para o estudo da franquia, porque traz uma breve definição do que é o acordo, o objeto do contrato e o *know how*.³⁶⁰ O caso se refere a uma empresa que produz vestidos de noiva na França e efetua um contrato com uma subsidiária na Alemanha, cobrando-lhe valores em troca dos serviços.

³⁵⁸ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direito da concorrência e liberdade de empresa**, p. 656.

³⁵⁹ Decisão Kodak, 70/332/CEE, DE 30.6.70.

³⁶⁰ BACCHINI, Francesco. **Le nuove forme speciali di vendita ed il franchising**. Padova: CEDAM, 1999, p.189.

O caso discute até que ponto a ingerência do franqueador na atividade do franqueado pode violar as proibições referentes à concorrência dispostas no Tratado de Roma.

O tribunal, em uma decisão inédita, decide que, no caso de franquias de distribuição, situação da empresa em questão, as cláusulas indispensáveis à manutenção do saber fazer, o fornecimento de preços indicativos, as obrigações exclusivas de fornecimento e abastecimento, o arranjo uniforme dos estabelecimentos, a proibição de vendas em sítios não autorizados, a cláusula de não concorrência, assim como a exigência de uma publicidade uniforme, não são violações ao direito da concorrência comunitário, mas sim decorrentes da própria natureza do contrato de franquia. Todas estas cláusulas são consideradas necessárias para a proteção do *know-how* da franquia, assim como para a preservação da homogeneidade e identidade da rede, ou seja, elas servem, de acordo com Miguel Gorjão³⁶¹, para proteger a concorrência, não para atacá-la. Estas exigências podem ser consideradas como obrigações acessórias, aquelas que são intrínsecas à realização do objeto do contrato e que não podem dele se separar. O que se pretende legitimar no teor dessa decisão é que os contratos sejam executados nos moldes dos fins para que são criados, além de se constituir em um estímulo às pequenas e médias empresas, em harmonia aos princípios norteadores da criação da Comunidade Económica Europeia. No caso da franquia, estas obrigações acessórias protegem a unidade da rede e da imagem empresarial, que são características inerentes a toda modalidade deste contrato, sob pena de descaracterização caso isto não seja observado de forma clara.

6.3. DIREITO DA CONCORRÊNCIA NOS PAÍSES LUSÓFONOS

Já no caso de Portugal, o interesse sobre o estudo referente ao direito da concorrência se dá no período que antecede a entrada do país na Comunidade Económica Europeia. A livre iniciativa económica, por exemplo, só vem a ser reconhecida na Constituição da República de 1976, na ocasião que se entende o mercado como forma de coordenação económica. A integração com este órgão comunitário exige de Portugal a adoção de medidas liberalizantes, que se aproximem mais da realidade económica globalizada. O Decreto Lei 371/93 é um exemplo de documento legislativo criado para promover a reforma jurídica portuguesa. Além deste, também vale ressaltar o Decreto Lei

³⁶¹ HENRIQUE, Miguel Gorjão. *Op. Cit.*, p. 335.

18/2003 que cria a Autoridade da Concorrência, com competência para aplicar as regras relativas à concorrência em conjunto com os órgãos setoriais, trazendo uma imparcialidade e certa autonomia nas decisões referentes ao tema.

Além destas leis, pode-se afirmar que Portugal efetivamente acompanha o posicionamento comunitário, dando um caráter constitucional ao direito da concorrência, que atualmente se encontra previsto no art. 81, f) da Constituição da República Portuguesa³⁶², além da promulgação da Lei da Concorrência 19/2012 que proíbe as práticas restritivas e controla as concentrações. A jurisprudência portuguesa também segue o modelo comunitário ao analisar o conceito de empresa de acordo com o princípio da universalidade, afirmando que todas as atividades econômicas, sejam elas públicas ou privadas, habituais ou ocasionais, dotadas de autonomia ou não, são consideradas empresas para o direito da concorrência, com o claro intuito de incluir o maior número de situações possíveis sob a proteção legislativa. A autonomia jurídica não é um critério determinante para a configuração da empresa, o que demonstra que o legislador está atento aos grupos empresariais, situação extremamente comum na econômica globalizada.

No Brasil, também se constata a ausência de distinção entre as empresas. Seja elas de controle público ou privado, organização em pessoa física ou jurídica, o direito da concorrência se dirige a todos os agentes econômicos atuantes no mercado de bens e serviços no sentido que a concorrência é um fenômeno próprio do mercado, conforme afirma Dutra³⁶³. Segundo o autor, onde há atividade econômica pode se constatar abuso de poder. A defesa da concorrência está presente na Constituição Federal Brasileira 1988, no parágrafo quarto do art. 173³⁶⁴, que autoriza o poder público a coibir qualquer tentativa de dominação de mercados, eliminação de concorrência e aumento arbitrário dos lucros. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil, *a priori*, controla as estruturas de mercado via apreciação de fusões e aquisições entre empresas e também por meio do

³⁶² Art. 81 Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito econômico e social:

f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.

³⁶³ DUTRA, Pedro. *Op. Cit.*, p. 248.

³⁶⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou à relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais. Já o controle *a posteriori* se assemelha ao modelo da União Europeia, atuando na apuração de condutas anticoncorrenciais de empresas que detêm poder sobre determinado mercado, analisando as possíveis vendas casadas, acordos de exclusividade e práticas de cartel.

Tal posicionamento se justifica devido à entrada do Brasil na Organização Mundial do Comércio em 1989, que, aliada com os processos de privatizações iniciado em 1992, e com o ordenamento econômico do Plano Real em 1994, forçou o país a se moldar de acordo com a nova realidade econômica globalizada que se apresentava, eliminando os subsídios e vantagens anticompetitivas dadas aos produtores nacionais. Também se vislumbra na decisão dos tribunais brasileiros uma influência da *rule of reason*, ao se exigir que, para a comprovação da concorrência desleal, demonstrem-se provas materiais, além de comprovar que a prática em questão tenha *unicamente* a função de restringir a livre concorrência. Se for constatada uma *função complexa* desta prática, a análise deve ser casuística, analisando o contexto econômico em que a situação se insere.

O caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11^a CDPriv, Ap. 9187593-20.2003.8.26.0000, é um exemplo desta exigência e se trata da acusação de uma empresa de *software* chamada S.O.S computadores contra o seu franqueado Eisenhower. A empresa alega que o franqueador está transmitindo o seu *know-how*, porque ministra aulas particulares de computação. O tribunal brasileiro entende a não existência de concorrência desleal, por não encontrar o liame subjetivo entre as duas atividades, fortalecendo o posicionamento de que não se deve exigir do franqueado uma dedicação exclusiva, podendo este exercer outras atividades econômicas desde que não viole o disposto no contrato celebrado. A teoria da vedação da concentração em si mesma já não é considerada viável pela jurisprudência brasileira, em consonância com a *flexibilidade* adotada nos Estados Unidos e Europa.

Mediante o que foi exposto, constata-se que existe certa sintonia nas legislações citadas, mesmo que estas se insiram em contextos políticos, econômicos e culturais completamente diversos. O forte caráter transnacional que o direito da concorrência possui justifica esse interesse em comum de defesa da sua harmonia, defendido por todas as nações integrantes do atual modelo econômico globalizado. Como não pode ser diferente, este interesse a respeito da concorrência também incide no desenvolvimento

dos contratos comerciais, assumindo uma especial relevância em contratos de distribuição, como é o caso da franquia, da comissão e do agente, conforme é demonstrado no próximo tópico.

6.4 A CONCORRÊNCIA NO CONTRATO DE FRANQUIA

A importância atribuída ao acórdão de Pronuptia, além do fato de ele definir, ainda minimamente, uma das várias modalidades da franquia, também se verifica porque o contrato discutido é um contrato de dependência, contratos que conhecidamente têm um reflexo muito forte no direito da concorrência. A figura da dependência, segundo Viveiro³⁶⁵, é observada em entidades com estrutura empresarial débil ou precária, quando comparadas com as empresas das quais dependem. A mesma autora afirma que essa desvantagem pode não ser propriamente quantitativa, também pode se dar devido à circunstância do mercado, seja por falta de alternativas equivalentes ou devido à notoriedade da marca. A discussão sobre o tema é importante devido à *inversão de forças* que o desenvolvimento da grande distribuição provoca no comércio e na indústria no período pós-guerra. O grande desafio atualmente não se trata mais de produzir e sim vender os produtos³⁶⁶, os novos métodos de colocação dos produtos no mercado dão origem a diversos tipos de contrato de distribuição, todos dotados, em maior ou menor grau, de características dos contratos de dependência.

O direito português cita um tipo de abuso interessante sobre o ponto de vista dos contratos de dependência, o abuso da dependência econômica presente no art. 12 da Lei da Concorrência 19/2012. Esta proteção se direciona a concorrentes que se encontram em situações mais frágeis, ou que sejam economicamente dependentes, controlando o comportamento do contraente dominante para que este não explore de forma abusiva o posicionamento privilegiado. Além de proteger o próprio dependente, a vedação de tais abusos visa defender o próprio processo concorrencial, e assim como o abuso de poder dominante, também se deve demonstrar que o comportamento da abusadora ocasiona algum dano relevante ao mercado. Estas duas modalidades de distorções à concorrência

³⁶⁵ VIVEIRO, Aura Célia Benevides. **Abuso da dependência econômica: entre direitos dos contratos e direita da concorrência.** Coimbra, 2011, p. 19.

³⁶⁶ HENRIQUE, Miguel Gorjão. *Op.Cit.*, p. 215.

não são exclusivas de contratos de dependência, mas a existência de relações verticais facilita a observância de tais distorções.

Atento a esta característica peculiar, o Regulamento n.19/655 CEE de 2 de março de 1965, alterado pelo Regulamento n.1215/1999, atribui à Comissão a competência para conceder, por meio da emissão de regulamentos de vigência limitada, isenções por categoria direcionadas especialmente ao contrato de distribuição. A isenção que se refere ao contrato de franquia se encontra prevista no Regulamento n. 4078/88³⁶⁷, que concede algumas definições importantes de *know-how*, acordo, produtos do franqueador, mas que por outro lado restringe esses conceitos expressamente, excluindo as modalidades da franquia industrial e a de serviços da proteção desta isenção de categoria.

Vasconcelos³⁶⁸ considera que o Regulamento 4087/88 e o acórdão de Pronuptia são de grande importância no sentido de dirimir algumas dúvidas conceituais referentes ao teor do contrato de franquia, ainda que somente se refiram a um só modelo de contrato. No que diz respeito às proibições do art. 101 n.1, justifica-se a relação entre a proibição de transmissão do saber-fazer e a obrigação de não concorrer. O *know-how* por ser carente de materialidade, não pode ser devolvido³⁶⁹, por isto se justifica a previsão contratual de obrigação de preservação de segredo por tempo indeterminado e também a previsão de não ingresso em alguma rede concorrente à da franquia. Do teor do acórdão de Pronuptia também se pode extrair que as exigências do franqueador (no sentido de uniformizar a rede e as restrições que podem advir disto referentes à publicidade e ao estabelecimento) não são consideradas violações ao direito da concorrência. Estas restrições têm uma justificativa semelhante a não transmissão do *know-how*, o franqueador deve ter o direito de ordenar como a sua marca se apresenta diante o mercado, é uma responsabilidade que decorre da sua posição de gestor e do seu direito de propriedade.

A comissão europeia elabora, com base no acórdão de Pronuptia, o Regulamento n. 4087/88³⁷⁰, que restringe as referidas proibições do art. 81 somente para as franquias de distribuição, excluindo as franquias de serviço e de indústria. Valentine Korah³⁷¹ critica essa restrição ao justificar que as exigências referentes ao *know how* encontram

³⁶⁷ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31988R4087>>

³⁶⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p.157.

³⁶⁹ ANJOS, Inês Alexandre Coelho. *Op. Cit.*, p. 98

³⁷⁰ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31988R4087>>

³⁷¹ KORAH, Valentine. **An introductory guide to EC competition law and practice**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 48.

aplicação em todas as modalidades de franquia, sendo inerente ao contrato em todas as suas manifestações, com a concordância de Vaccá³⁷², que lembra que nenhum dos regulamentos faz menção direta ao fim da relação contratual. Segundo o autor, a ausência de previsão é uma lacuna grave devido aos inúmeros conflitos que o término do contrato de franquia pode gerar, e a abstenção do direito comunitário acaba por aprofundar as dificuldades enfrentadas pela doutrina. Oliver Gast³⁷³ tece críticas ao teor do acórdão de Pronuptia ao afirmar que a proibição de vendas paralelas entre o contrato atinge a liberdade de concorrência e gestão, sendo uma norma demasiadamente intrusiva.

6.4.1 TIPIFICAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

Em Angola, a cláusula de não concorrência é considerada essencial no contrato de franquia. O art.43, d) da Lei 18/03³⁷⁴ faz remissão ao artigo que define a obrigação de não concorrência no contrato de agência³⁷⁵, e inclui esta obrigação no rol de obrigações do *franchisado*/franqueado, junto com as obrigações de suportar a ingerência do franqueador e de remunerar, como se a não concorrência fosse uma característica essencial desta modalidade contratual. Além disto, também está previsto na referida lei outro artigo referente à exclusividade, que estabelece que na falta de convenção escrita, o franqueado se encontra impedido de exercer qualquer atividade que concorra com as exercidas na franquia, além de não poder se aliar com outros franqueados nem utilizar a mesma gama de clientes na mesma zona territorial³⁷⁶.

³⁷² VACCÁ, Césare. *Op. Cit.*, p. 248.

³⁷³ GAST, Olivier. **Les procédures européennes du droit de la concurrence et de la franchise**. Paris: Jupiter, 1989, p. 16.

³⁷⁴ Art. 43 - 1. Constituem obrigações do *franchisado*, nomeadamente:

(...)

d) não fazer concorrência ao *franchisador*, nos termos do artigo 11.º da presente lei;

³⁷⁵ Art.11 - 1. As partes podem convencionar, no contrato, a obrigação de o agente não exercer, após a cessação do contrato, actividades que estejam em concorrência com as da outra parte. 2. A obrigação de não concorrência só pode ser convencionada por um período máximo de dois anos e circunscreve-se à zona ou círculo de clientes confiado ao agente.

³⁷⁶ Trata-se do art. 40 do mesmo diploma, referente à exclusividade no contrato de franquia:

Art. 40. Na falta de convenção escrita em contrário, o *franchisado* não pode exercer actividades que estejam em concorrência com as do principal e este não pode utilizar outros *franchisados* para o respectivo ramo de actividade, dentro da mesma zona ou do mesmo círculo de clientes.

Exemplo semelhante à cláusula de exclusividade³⁷⁷ está presente no Código Comercial de Macau, no art.683³⁷⁸, que prevê que o franqueado está proibido de fabricar ou vender bens com outras empresas concorrentes, bem como de fazer concorrência à rede em determinada zona territorial. Já a obrigação de não concorrência está prevista no art.702, que faz uma remissão aos arts. 629 e 630³⁷⁹, que tratam da obrigação de sigilo e de não concorrência no contrato de agência. Os referidos artigos exigem um documento escrito que represente a obrigação de não concorrer, além de limitá-la pelo prazo máximo de dois anos. Trata-se de uma legislação que demonstra de forma bem detalhada a obrigação discutida, a tipificação do contrato de franquia por muitas vezes ajuda na resolução de impasses referentes ao seu teor e suas obrigações essenciais.

6.4.2. COMPENSAÇÃO PELA NÃO CONCORRÊNCIA

A imposição de uma cláusula de não concorrência na fase pós-contratual, como já se disse, é considerada como uma consequência natural das proibições previstas no art.101 n.1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Também é pacífico que a cláusula de não concorrência deve ser exigida durante a execução do contrato, sob o mesmo argumento defendido pelo referido tratado. O franqueador deve se cercar de mecanismos que protejam a sua marca. Estes mecanismos garantem-lhe segurança, fortalecendo a confiança no momento da transmissão do seu *know-how*. No entanto, não devem ser utilizados de forma irrestrita, sem nenhuma condição temporal ou territorial. Enrique Guardiola³⁸⁰ afirma que a necessidade de exatidão nas cláusulas de não concorrência se deve ao próprio Código Deontológico Europeu de Franquia, que exige

³⁷⁷ A cláusula de exclusividade é um método de defesa da concorrência durante a execução do contrato. Mesmo em legislações em que ela não é prevista, esta defesa é feita por meio dos acordos de confidencialidade. Desta forma, o franqueador se encontra protegido durante a execução do contrato e após o seu término, por intermédio das cláusulas de não concorrência.

³⁷⁸ Art.683 - Dentro da zona determinada no contrato, nem o franqueado pode fabricar ou vender bens ou prestar serviços concorrentes com os do franqueador, nem este pode, directa ou indirectamente, fazer concorrência àquele, salvo convenção escrita em contrário.

³⁷⁹ Art.629. O agente não pode, mesmo após a cessação do contrato, utilizar ou revelar a terceiros segredos do principal que lhe tenham sido confiados ou de que tenha tomado conhecimento no exercício da sua actividade, salvo na medida em que as regras da deontologia profissional o permitam.

Art. 630. 1. Deve constar de documento escrito o acordo pelo qual se estabelece a obrigação de o agente não exercer, após a cessação do contrato, actividades que estejam em concorrência com as do principal.

2. A obrigação de não concorrência só pode ser convencionalizada por um período máximo de dois anos e circunscreve-se à zona ou círculo de clientes confiado ao agente.

³⁸⁰GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Op. Cit.*, p. 277.

que toda medida contratual deste modelo deva ter sua duração e zona de aplicação explicitada com intuito de evitar abusos. Esta ponderação a respeito do limite temporal e da zona geográfica é indispensável na elaboração da referida cláusula, evitando que se cometam abusos.

A exigência referente a não concorrência não é uma imposição de dedicação exclusiva ao franqueado, porque isto se configura numa clara renúncia à liberdade de trabalho, que tem como consequência uma dependência econômica do franqueador. Esta suposta dependência coloca em risco a independência entre as partes no contrato, que é um elemento essencial e diferenciador do contrato de franquia. Vale mencionar que, sem esta independência, pode-se dar origem a contratos de trabalho materiais sob a forma contratual da franquia. Vasconcelos³⁸¹ ainda traz mais um ponto de discussão, a chamada compensação pela não concorrência. Para o autor, é inquestionável a possibilidade de se criar as referidas cláusulas em um contrato de franquia, sem que se verifique, a princípio, nenhuma compensação por parte do franqueador. Porém, esta possibilidade deve ser passível de alguns limites para que seja considerada lícita. Estes limites estariam previstos no art. 5. b) da Lei do regulamento 2790/1999, e resumidamente afirmam que: para a cláusula ser lícita, ela deve ser indispensável para proteção do saber-fazer, tem que estar restrita aos bens, aos serviços contratuais e às instalações nas quais o contrato efetivamente opera e ter prazo máximo de um ano após a cessação do contrato. No Código Comercial de Macau, esta previsão de compensação pela não concorrência já se encontra prevista dentre as obrigações essenciais do franqueador no art. 687. g).³⁸²

Porém, mesmo atendendo a todos estes requisitos, pode-se constatar casos nos quais seja possível uma compensação por parte do franqueador com base no art. 9, n.2 do Decreto Lei 178/86. Segundo o artigo citado, as limitações impostas pelo regulamento, principalmente no que diz respeito à impossibilidade de utilização das mesmas instalações físicas, ocasionam um grande ônus ao ex-franqueado, que tem que arcar com uma limitação espacial grave. Tal posição, segundo o autor, baseia-se na equidade dos

³⁸¹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op.Cit.*, p. 52.

³⁸² A legislação de Macau traz uma descrição completa e inovadora do contrato de franquia. Dentre estas inovações encontra-se a inclusão da obrigação de compensação pela não concorrência entre as obrigações inerentes ao franqueado, que se demonstra em clara harmonia com a tutela dos interesses dos franqueados na fase pós-contratual, visto que esta é uma cláusula extremamente comum nesta modalidade contratual. Art. 687- O franqueador é obrigado, entre outras:

(...)

g) A compensar o franqueado pela obrigação de não concorrência após a cessação do contrato.

usos presente no art. 15 do mesmo Decreto. A diferença entre esta compensação e a indenização da clientela é clara, a primeira se trata de uma inibição de exercer uma atividade econômica de certo tipo, em um determinado local, a não concorrência é necessária para a comprovação da indenização, mas não é suficiente para a sua exigência.

Se, por um lado, a ausência de uma política *anti-trust* global, que permita uma fiscalização internacional, acaba por permitir muitas distorções nos regimes de concorrência (devido ao crescimento ilimitado que empresas possuem por conta da globalização³⁸³), pode-se afirmar que o direito comunitário tem tentado acompanhar o passo destas mudanças econômicas. Acórdãos como o de Pronuptia são essenciais para a compreensão de contratos complexos como o contrato de franquia, no contexto do direito da concorrência, com o claro intuito de assegurar o funcionamento do mercado. O que atualmente se defende nas legislações referentes à concorrência é adoção de um modelo dinâmico³⁸⁴, que não se baseie meramente no número de firmas em concorrência. Mas, caso se encontre preservada a ameaça da concorrência em potencial, a possibilidade da concorrência é o bem a ser tutelado, e não meramente a efetividade. Para isso é essencial que se abandone a ideia pura da concorrência perfeita e do sistema da concorrência condição, acrescentando critérios econômicos na análise dos casos, a fim de que as decisões referentes ao tema se aproximem mais da realidade das empresas e dos consumidores. A mitigação na aplicação da cláusula de não concorrência nos contratos de franquia é um exemplo claro de aplicação deste novo modelo, que mais do que a defesa da concorrência, visa ao adequado funcionamento do mercado.

³⁸³ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Direito da concorrência e liberdade de empresa**, p. 636.

³⁸⁴ HENRIQUE, Miguel Gorjão. *Op.Cit.*, p. 57.

CONCLUSÃO

A intenção do presente estudo é demonstrar a necessidade de uma análise mais específica no que diz respeito ao momento da formação e cessação do contrato de franquia. A atipicidade do contrato em Portugal aumenta as dificuldades desta análise, já que se trata de um contrato complexo e de ampla verificação na prática negocial.

A análise da fase pré-contratual do contrato de franquia feita no segundo capítulo é de extrema relevância pelo fato de esse contrato ser uma das modalidades contratuais mais utilizadas pelos novos empreendedores. Tal popularidade, por outro lado, pode causar abusos por parte dos contratantes, seja o franqueador ou o franqueado. A existência do dever de lealdade, informação e esclarecimento durante todo o período das negociações vêm no sentido de acompanhar a natureza que o contrato de franquia possui, que se refere a uma estreita colaboração entre as partes contratuais, a fim de que consigam transmitir ao consumidor a ideia de unidade que a rede exige. Sem esta mútua colaboração não há como se obter resultados satisfatórios no empreendimento.

O desequilíbrio de qualificação e informação entre as partes torna esse tipo de contrato dependente da confiança entre os envolvidos, afinal, um empresário cede a um terceiro todo o conhecimento adquirido ao longo da experiência profissional, além da sua marca e imagem diante dos consumidores. É compreensível que haja certo receio na escolha do franqueado, o franqueador deve se cercar de todas as informações possíveis para a sua escolha, visto que este terceiro representa a empresa em seu nome. Por outro lado, o franqueado também tem o direito de saber, com seriedade e lealdade, a real situação do negócio a que deseja associar-se, já que invariavelmente esse empreendimento dispõe de custos relativamente elevados. A inexperiência do franqueado não pode ser utilizada como motivo para a má-fé por parte dos empresários franqueadores. A confiança deve ser mútua. A existência de contratos preliminares como o pré-contrato de franquia, contrato de promessa de franquia e o contrato de pré-franquia tem o intuito justamente de fortalecer a confiança entre as partes. O contrato de pré-franquia e o pré-contrato de franquia, por exemplo, são acordos em que não existe

realmente uma obrigação de contratar, um tipo de contrato de experiência, em que as partes testam a viabilidade do empreendimento que pretendem realizar.

A partir da análise da fase pós-contratual do contrato de franquia se deduz que também se devem observar os deveres de lealdade, informação e esclarecimento presentes durante o contrato, com base na boa-fé pós-contratual estipulada no art. 229 do Código Civil. Esta exigência acompanha o caráter *intuii personae* que o contrato de franquia possui, essencialmente baseado na confiança entre as partes contratantes. A analogia com a legislação referente ao contrato de agência quanto às modalidades de cessação do contrato, no entanto, devem ser feitas caso a caso, com uma análise casuística e não de forma automática como tem sido observado nos tribunais. O que é possível deduzir do referido estudo é que a aplicação analógica deve ser feita em conjunto com as características e natureza do contrato de franquia. Somente mediante esta avaliação se pode elaborar soluções mais adequadas à realidade das partes.

Justamente com base nestas premissas e aliada com o direito comunitário da concorrência, é permitida a criação de institutos que correspondam a estes princípios no momento da cessação do contrato. Alguns não são propriamente uma criação, são analogicamente adaptados para a realidade do *franchising* com o intuito de solucionar os muitos conflitos que podem advir no fim do contrato. Um exemplo destes conflitos pós-contratuais se trata da imposição da recompra aos bens adquiridos em *stock*, se o franqueador deve ou não ser compelido a adquirir os bens estocados no momento da cessação dos efeitos contratuais. De acordo com o que é apresentado pelo direito comparado e pela doutrina portuguesa, parece mais razoável a possibilidade de oferecer ao franqueador uma obrigação alternativa no que diz respeito ao destino dos bens em *stock*, com base na boa-fé e na liberdade negocial.

Também se verifica necessária a análise sobre a cláusula não essencial de não concorrência, exigida com base no direito comunitário da concorrência com o intuito de promover a disputa praticável entre os estados membros. Constata-se que a presença da cláusula de não concorrência no contrato não se trata de violação da legislação da concorrência, pelo contrário, decorre justamente da natureza do contrato de franquia, estando incluída nas obrigações referentes à proteção do saber-fazer. Além disto, também se faz uma breve discussão acerca da possibilidade de uma compensação por parte do franqueador sobre a referida premissa. Tal compensação se demonstra viável em

situações em que as partes sofram um ônus, com o argumento de que a proteção do saber-fazer não pode justificar danos materiais que o franqueado pode vir a sofrer, devido à dificuldade de reorganização de empresa que o contrato de franquia possui.

Estes são alguns dos pontos polêmicos discutidos por esta pesquisa, contudo se encontram longe de exaurir totalmente o estudo referente ao tema, que poderá ser aprofundado ou ter seu posicionamento questionado com base em outros entendimentos doutrinários. Contudo, tem-se convicção de que todas as medidas citadas são, sem dúvida, de caráter protetivo e visam tão somente a adequação dos instrumentos pós.-contratuais já existentes para a realidade *sui generis* do contrato de franquia.

No entanto, em todos os casos citados, observa-se a necessidade de uma parcimônia por parte do poder judiciário. Cada situação deve ser analisada de forma objetiva, verificando a necessidade ou não da aplicação de tais medidas. Em outras palavras, as medidas não podem ser consideradas inerentes ao fim de todo e qualquer contrato de franquia, devendo existir uma motivação que justifique a sua exigência. O caráter protetivo não pode ser utilizado de forma irrestrita, senão pode dar origem a novos abusos das partes contratantes. A análise casuística também se justifica pela amplitude de negócios que o contrato de franquia possui, que aliada com a falta de tipicidade do contrato em Portugal, não possibilita a criação de uma regra única de atuação. O julgamento de acordo com os elementos do caso em concreto, no momento, se configura como o meio mais justo e eficaz na solução dos conflitos advindos do término das relações contratuais nos contrato de franquia.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Da empresarialidade**. Coimbra: Almedina, 1996.

ALARCÃO, Rui de. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**: anteprojecto do Código Civil. Lisboa, 1959.

ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. **O contrato de franquia: franchising**. Lisboa: O direito, 1991.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos**. Coimbra: Almedina, 2013.

ALMEIDA, Fernando Pinto de. **O contrato de franquia**. Disponível em: <http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/pintodealmeida_contratofranquia.pdf>

AMMENDOLA, Maurizio. **Licenza di marchio e tutela dell'avviamento**. Padova: CEDAM, 1984.

AMOROSO, Marisa. Il franchising e le strategie di Brand. **Sinergie Journal**, 2012, p. 2. Disponível em: <www.sinergiejournal.it> Acesso em 10 de mar de 2014.

_____. **Manuale di franchising**. Rimini: Maggioli, 1996.

ANJOS, Inês Alexandre Coelho. **O contrato de franquia**. Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Empresariais, Direito de Empresas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010.

ANGOLA. **Lei n. 18/03**, 2003. Disponível em: <<http://www.lexlink.eu/conteudo/geral/ia-serie/55498/lei-no-1803/14793/por-tipo-de-documentolegal>>

ANTUNES, José Engrácia. **Os contratos no código comercial português**. Lisboa: Direito e Justiça, 2011.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE FRANCHISING. Disponível em: <<http://www.apf.org.pt/>>. Acesso em: 11.02.2015

BACCHINI, Francesco. **Le nuove forme speciali di vendita ed il franchising**. Padova: CEDAM, 1999.

BARATA, Carlos Lacerda. **Anotações ao novo regime do contrato de agência**. Lisboa: LEX, 1994.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Arbitrabilidade da indemnização de clientela do agente comercial**: comentário ao acórdão da Relação de Guimarães, de 16 de Fevereiro de 2005. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2009.

BÉSCOS Torres, Modesto. **Factoring y Franchising**. Madrid: Ediciones Piramide, 1990.

BESSIS, Phillipe. **Le contrat de Franchisage – Notions Actuelles et Apport du Droit Européen**. Paris, 1986.

BORLOTTI, Fabio. **Il contratto di franchising – la nuova legge sull'affiliazione commerciale**. Padova: SEDAM, 2004.

BRASIL. **Código Civil**, 2002.

_____. **Código Penal**, 1940.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

_____. **Lei n. 8.955/94**, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Jurisprudências. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 18 dez de 2014.

BRITISH FRANCHISING ASSOCIATION. Disponível em: <<https://www.thebfa.org/>>. Acesso em: 19 de jan de 2015.

CARVALHO, Paula Marques. **A violação da licença e o esgotamento do direito de marca**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CARVALHO, Orlando de. **Teoria do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CODICE DELLA FEDERAZIONE ITALIANA DEL FRANCHISING. Disponível em: <http://www.fif-franchising.it/codice-deontologico.html>. Acesso em 03 de mar de 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa, **Manual de Direito Comercial**, São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fernando Francisco Morais **A retoma dos bens em stock nos contratos de distribuição comercial**. Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Empresariais, Direito de Empresas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Da pós-eficácia das obrigações**. Coimbra: Gráf. de Coimbra, 1984.

_____. **Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Do contrato de concessão comercial.** Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2000.

_____. **Do contrato de franquia (franchising).** Da autonomia privada versus a tipicidade negocial. ROA, 1988.

COSTA, Mário Júlio Almeida Costa. **Direito das Obrigações.** Coimbra: Almedina, 2013.

_____. **Contrato-promessa: uma síntese do regime vigente.** Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato.** Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CUNHA, Carolina. **A indemnização de clientela do agente comercial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

D`ANDREA, Silvio. **Contratti d'impresa : aspetti fiscali e civilistici : manuale.** Milano: IPSOA, Gruppo Wolters Kluwer, 2014.

DA ROSA, Alberto Lopes. **A evolução do contrato de franquia no direito brasileiro e soluções para um desequilíbrio congênito.** Disponível em: <https://www.academia.edu/6569748/A_EVOLU%C3%87%C3%83O_DO_CONTRATO_DE_FRANQUIA_EMPRESARIAL_NO_DIREITO_BRASILEIRO_E_SOLU%C3%87%C3%95ES_PARA_UM_DESEQUIL%C3%8DBRIO_CONG%C3%8ANITO> Acesso em 10 de mar de 2015.

DASSI, Ana. **Il contratto di franchising,** Padova: SEDAM, 2006.

DAVID, Mariana Soares. **A aplicação analógica do regime jurídico da cessação do contrato de agência aos contratos de concessão comercial:** tradição ou verdadeira analogia? Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, 2011 (Jul-Set).

DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESPANHA. **Ley n. 7/1996,** 1996. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/17-1996.t3.html> Acesso em 18 de nov de 2014.

ESTADOS UNIDOS. **Disclosure Act,** 1979. Disponível em: <www.ftc.gov/> Acesso em: 17 de mar de 2015.

_____. **New Jersey Franchise Practices Act,** 1971. Disponível em: <<http://www.jmfnylaw.com/assets/attachments/16.pdf>>

_____. **Sherman Act,** 1890. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>> Acesso em 12 de abr de 2015.

_____. **Washington Franchise Investment**, 1977. Disponível em: <<http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=19.100>>

EUROPEAN CODE OF ETHICS FOR FRANCHISING. Disponível em: <<http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique13>> Acesso em: 05 de fev. 2015.

FARIA, Jorge Ribeiro de. **Direito das Obrigações**. Vol.1. Coimbra: Almedina, 2003.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma "terceira via" no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades**. Coimbra: Almedina, 1997.

FEDERATION FRANÇAISE DE LA FRANCHISAGE. Disponível em: <<http://www.franchise-fff.com/>>. Acesso em 15 de mar de 2015.

FRIGNANI, Aldo. **Il contratto di franchising**. Milano: Giuffrè, 2012.

GAST, Olivier. **Les procédures européennes du droit de la concurrence et de la franchise**. Paris: Jupiter, 1989.

GONÇALVES, Luís M. Couto. **A função distintiva da marca**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. **Contratos de colaboración em el comercio internacional, intermediación, agencia, distribución, transferencia de tecnología, franquicia, joint-venture, agrupaciones**. Barcelona: Bosh, 2004.

HARRINGTON, Kevin. **The biggest trends in franchising**. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/kevinharrington/2013/10/31/the-biggest-trends-in-franchising/>> Acesso em 09 de abr de 2015.

HENRIQUE, Miguel Gorjão. **Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição**. Coimbra: Almedina, 1998.

INTERNACIONAL FRANCHISE ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.franchise.org/>> . Acesso em 22 de jan de 2015.

ITÁLIA, **Codice Civile**, 1942.

_____. **Legge 6 maggio n.219/2004**, 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/041291.htm>>

JHERING, Rudolf Von. **Culpa in contrahendo ou Indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008.

JOERGES, Christian. **Franchising and the law: theoretical and comparative approaches in Europe and the United States**, Baden-Baden: Nomos, 1991.

JUNIOR, Eduardo dos Santos. **Direito das Obrigações**. Lisboa: AAFDL, 2014.

KESSLER, Friedrich; GILMORE Grant; KRONMAN, Anthony T. **Contracts**. Cases and Materials. Boston: Toronto, 1986.

KORAH, Valentine. **An introductory guide to EC competition law and practice**. Oxford: Hart Publishing, 2007.

LA FONTAINE, Francine. Franchising: directions for future research. **International Journal of the Economics of Business**, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/13571516.2013.864124>> Acesso em 15 de mar de 2014.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **A indemnização de clientela no contrato de agência**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Direito das Obrigações**. Vol.1. Coimbra: Almedina, 2013.

MACAU, **Código Comercial**, 1999.

MACHADO, José Francisco Cavaleiro. **Franchising : coletânea de legislação**. Lisboa: Áreas Editora, 2004.

MARQUES, Antônio Vicente. **Direito das Obrigações**. Luanda: Polis Editores, 2012.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Um curso de direito da concorrência**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando. **La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión**. Madrid: Editora Civitas, 1995.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Da cessação do contrato**. Coimbra: Almedina, 2006.

MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 1990.

MOÇAMBIQUE, **Código Comercial**, 2005.

_____. **Lei 3/93 de 24 de junho**, 1993. Disponível em: <http://www.portaldogoverno.gov.mz/Legisla/legisSectores/invest_leg/lei%20investimentos.pdf>

MODEL FRANCHISE DISCLOSURE LAW. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>> Acesso em: 06 de mai de 2015.

MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de agência: anotação ao Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Contratos de agência, de concessão e de franquia (franchising)**. Boletim da Faculdade de Direito, 1984.

_____. **Contratos de distribuição negocial**. Coimbra: Almedina. 2002.

_____. O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, 2002.

_____. **Sobre a proteção do agente comercial no direito português e europeu**. Coimbra: BFDUC, 1995.

_____. **Contratos de distribuição**: direito comercial. Coimbra: Almedina, 2009.

MONTEIRO, Jorge Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1999.

MORAIS, Fernando de Gravato. **Contrato-promessa em geral, contratos-promessa em especial**. Coimbra: Almedina, 2009.

NIJMEIJER, Karlijn; FABBRICOTTI, Isabelle N.; HUIJSMAN, Robbert. Making Franchising Work: a framework based on a Systematic Review. **International Journal of Management Reviews**, 2014.

OLAVO, Carlos. **O contrato de licença de exploração de marca**. Lisboa: Revista dos Advogados, 1999.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **Princípios de direito dos contratos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Business Law: A code study**: The commercial code of Macau. Coimbra: Imprensa de Coimbra Lda, 2004.

_____. Da franquia de empresa: Franchising. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v.73. Coimbra, 1997

_____. Direito da concorrência e liberdade de empresa. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v. 89. Coimbra, 2013.

_____. **Transparency in business networks** – pre-contractual disclosure obligations in franchising agreements. Coimbra, 2014.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

PINTO, Carlos Eduardo Ferraz. **O direito a indenização de clientela no contrato de franquia em Angola**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PINTO, Fernando A. Ferreira. **Contratos de distribuição**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

PORTUGAL, **Código Comercial Português**, 1888.

_____. **Constituição da República Portuguesa**, 1976.

_____. **Código Civil**, 1966.

_____. **Código de Propriedade Industrial**, 2003.

_____. **Decreto-Lei nº 178/86**, 1986. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/4520.pdf>>

_____. **Decreto-Lei nº 446/85**, 1985. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis>

_____. **Lei da Concorrência n. 19/2012**, 2012. Disponível em: <http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Lei_19_2012-Lei_da_Concorrencia.pdf> Acesso em: 15.04.2015.

REINO UNIDO. **Misrepresentation Act**, 1967. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Misrepresentation_Act_1967>. Acesso em: 28 de dez de 2014.

RIBEIRO, Ana Paula da Costa. **O contrato de franquia: franchising: no direito interno e no direito internacional**. Lisboa: Tempus Editores, 1994.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **O contrato de franchising**. Lisboa: Direito e Justiça, 2005.

SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. Coimbra: Almedina, 2001.

SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. **O contrato de franquia**. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2009.

SANTOS, Filipe Cassiano. **Transmissão e cessação de contratos comerciais: direito comercial e direito civil nas relações comerciais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. **A monopolização da concorrência e (re)emergência da tutela da marca**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **A “vulgarização” da marca na directiva 89/104/CEE, de 21 de dezembro de 1988: ID EST**, no nosso direito futuro. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1995.

_____. **A tutela das marcas e a liberdade de concorrência**. Coimbra, 1990.

SERRA, Adriano Paes da Silva. **Resolução do contrato**. Lisboa: Boletim do Ministério de Justiça, n.68, 1957.

SHANE, Scott. **The pros and cons of franchising your business**. Disponível em: <<http://www.entrepreneur.com/article/226489>>

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Miguel Moura e. **Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial**. Coimbra: Almedina, 2008.

TELES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.

UNIÃO EUROPEIA, Comissão das Comunidades Europeias. **Diretiva n. 86/653**, 1986. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:31986L0653> > Acesso em: 13 de mar de 2015.

_____. Comissão Europeia. **Regulamento n. 2790/99**, 1999. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l26060>>.

_____. Comissão das Comunidades Europeias. **Regulamento n. 4087/88**, 1988. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1988.359.01.0046.01.POR>

VACCÁ, Césare. **Gli accordi di franchising, il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto**. Genova: Diritto del Commercio Internazionale, 1990.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2011.

VASCONCELOS, Joana. **Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela**. Lisboa: Direito e Justiça – Universidade Católica Portuguesa, 2002.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **O contrato de franquia: franchising**. Coimbra: Almedina, 2010.

VICENTE, Dário Moura. **Culpa na formação dos contratos**. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

VIRASSAMY, George. **Les contrats de dépendance**. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1986.

VIVEIRO, Aura Célia Benevides. **Abuso da dependência econômica: entre direitos dos contratos e direitos da concorrência**. Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do programa de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2011.