



MARIANNA ZACHARIAS ROCHA COELHO

O contrato de franquia e a culpa *post pactum finitum*

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico Empresariais,
na especialidade de Direito Empresarial, apresentada à
faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a
orientação do Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira
para obtenção do grau de Mestre

Julho de 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Marianna Zacharias Rocha Coelho

O contrato de franquia e a Culpa *Post Pactum Finitum*

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico Empresariais, na especialidade de Direito Empresarial, apresentada à faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre

Orientador: Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira

COIMBRA-PT
2018

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são muitos e pelos mais diversos motivos. Primeiramente, agradeço à minha família, à melhor mãe que eu poderia ter, Kelly Zacharias, e à minha irmã, Manuella Coelho, por terem, cada uma à sua maneira, acreditado neste grande e importante projeto, fortalecerem-me e fazerem-me tentar, não ser A MELHOR, mas a fazer o melhor de mim. Sem a credibilidade de vocês, nada teria começado, obrigada por proporcionar a realização desta fase tão importante na minha vida.

Ao meu irmão, Antonio, que estará sempre conosco, nos corações e pensamentos, e que sempre se orgulhou de quem me estou tornando e me ajudou a seguir meus sonhos. Hoje me ilumina e acompanha todos os dias.

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

Aos colegas com que Coimbra me presenteou, Ellora Araújo, Luisa Passos, Natália Alves, Karine Cito, companheiras nessa jornada acadêmica, que se tornaram verdadeiras amigas e ajudaram a ser mais leve esta caminhada.

Finalmente, gostaria de agradecer à Faculdade de Direito de Coimbra – PT, por abrir as portas para que eu pudesse realizar este sonho.

Ninguém vence sozinho...

OBRIGADA A TODOS!

*Ao meu irmão,
para sempre meu melhor amigo.*

RESUMO

Este trabalho busca fazer uma análise da legislação aplicável ao contrato de franquia, assim como em sua fase pós-contratual. *A priori*, esclarecer o conceito de contrato de franquia, que, em Portugal, trata-se de um contrato legalmente atípico, mas socialmente típico, o que torna as situações referentes a esse tipo contratual intrigantes, devido à multiplicidade de soluções apresentadas em um contrato complexo como o do caso em tela, além de apontar algumas das suas principais características. Após essa análise, passa-se a verificar os principais regentes deste contrato, como a aplicação da culpa *In contrahendo* e da boa-fé, como bases para a exigência das obrigações principal e acessórias. Posto isso, analisam-se as formas de cessação do contrato, bem como a complexidade interobligacional, observando a analogia ao contrato de agência, quando necessário for, e sua adequação ao contrato de franquia. Após a cessação, adentra-se a fase pós-contratual tendo em vista a aplicação analógica da legislação referente ao contrato de agência. Além desta análise pormenorizada, levantam-se outros pontos de discussão doutrinária na fase pós-contratual ou a culpa *post pactum finitum*, tais como a retomada de bens em *estoque*, a indenização de clientela e a cláusula de não concorrência. Conclui-se, após o estudo dos temas supracitados, que a análise casuística dos conflitos referentes ao contrato de franquia e à cessação do contrato de franquia se configuram, devido à atipicidade do contrato no direito nacional, como o meio mais adequado para dirimir conflitos referentes a este tipo contrato em Portugal.

Palavras-chave: Franquia. Cessação. *Estoque*. Indenização de clientela. Cláusula de não concorrência. *A Culpa Post Pactum Finitum*.

ABSTRACT

This study aims to analyze the legislation applicable to the franchise agreement, as well in its post contract phase. A priori, it seeks to clarify the concept of franchise agreement, which, in Portugal is a legally atypical contract, but socially typical and this make different situations relating to this type of contract somehow intrigant, due to the multiplicity of solutions presented in contracts as complex of this one, besides pointing out some of its characteristics. After this analysis, we verified the main regents of this contract, such as *in contraendo* guilt and good faith application as the basis for the requirement of principal and accessory obligations. So, we analyzed the forms of termination of the contract, as well as the interobligational complexity, observing the analogy to the agency agreement, if it is necessary and its adequation to the franchising agreement. After the termination, the post-contractual stage is introduced with a view to the analogous application of the legislation related to the agency agreement. Beyond this detailed analysis, we raise other points of doctrinal discussion in the post-contractual phase, named as *post pactum finitum* guilt, such as the resumption of goods in stock, customer indemnification and the non-compete clause. We concluded, after this the case-by-case analysis of the disputes relating to the franchise agreement and the termination of the franchise agreement, due to the atypical nature of the contract in national law are the most appropriate means of settling disputes, concerning this type of contract in Portugal.

Keywords: Franchising. Termination. Customer indemnification. Non-competition clause. *Post Pactum Finitum Guilt*.

LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

Art.	Artigo
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> , Código Civil da Alemanha
C.P.P.F	<i>Culpa post pactum finitum</i>
CEE	Comissão das Comunidades Europeias
COF	Circular de Oferta de Franquia (COF)
TFUE	Funcionamento da União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE FRANQUIA	14
1.1 Breve histórico	14
1.2 Conceito e regime jurídico.....	16
2. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DAS PARTES NO CONTRATO	22
2.1 Direitos e obrigações do franqueador	24
2.1.1 A transmissão da licença de exploração e utilização das patentes, marcas, desenhos e modelos pelo franqueado, em função do tipo de produtos ou serviços que são objeto do negócio.	24
2.1.2 Fornecer <i>know-how</i> , assistência técnica e conhecimentos de mercado e tecnológicos para a comercialização dos produtos ou a prestação dos serviços objeto do contrato.	24
2.1.3 Prestação de assistência técnica durante toda consecução do contrato.....	25
2.1.4 Impedir outros franqueadores de exercer, direta ou indiretamente, qualquer atividade em território onde entrem em concorrência com o seu parceiro do contrato.....	26
2.2 Direitos e obrigações do franqueado	26
2.2.1 Suportar o controle exercido pelo franqueador.....	26
2.2.2 Contraprestação financeira.....	28
2.2.3 Não concorrência com a atividade do franqueador.....	28
3 A BOA-FÉ COMO REFERÊNCIA NA EXECUÇÃO DO CONTRATO	30
3.1 A boa-fé no período pré-contratual – culpa <i>in contrahendo</i>	31
3.2 A boa-fé e os deveres acessórios ou anexos e a complexidade intraobrigacional.....	34
3.3 A violação positiva do contrato	38
4 AS FORMAS DE CESSAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA	42
4.1 Acordo entre as partes	43
4.2 A Caducidade.....	44
4.3 A denúncia	48
4.4 A resolução	52
5 O DIREITO DAS PARTES APÓS A CESSAÇÃO DO CONTRATO	59

5.1 A boa-fé objetiva e a eficácia ulterior das obrigações advindas dos deveres laterais	59
5.2 A pós-eficácia - a culpa <i>post pactum finitum</i>	62
5.2.1 Breve histórico	62
5.2.2 Conceito Geral	65
5.3 A pós-eficácia - culpa <i>post pactum finitum</i> - no contrato de franquia	69
5.3.1 indenização de clientela	70
5.3.2 Dever de não concorrência e a compensação pela não concorrência.....	75
5.3.3 Bens em estoque.....	79
BIBLIOGRAFIA	89

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, cuja finalidade é solucionar os questionamentos sobre o contrato de franquia e, também, a pós-eficácia contratual, subdivide-se em cinco capítulos: 1) Aspectos gerais do contrato de franquia; 2) Direitos e obrigações das partes no contrato; 3) A boa-fé como referência na execução do contrato; 4) As formas de cessação do contrato de franquia; 5) O direito das partes após a cessação do contrato.

O contrato de franquia, marcado pelo caráter de colaboração entre ambas as partes, baseado na boa-fé, tanto na fase pré, passando pela execução e na fase pós-contratual, tem-se expandido na Economia global e, assim, tem adquirido grande relevância.

Este tipo de contrato, que teve sua ascensão nos Estados Unidos, logo após o período da Segunda Guerra Mundial, chegou à Europa nos anos 1970 e demonstrou sua importância no meio econômico em âmbito mundial.

Em Portugal, esse instrumento ainda não tem embasamento legal e se configura como contrato atípico na legislação Portuguesa, ainda que típico no âmbito social. A versatilidade aliada à redução de custos presentes nessa modalidade de investimento, populariza essa modalidade de contrato de investimento. A jurisprudência não lhe dedica especial atenção e, embora sua complexidade não se compare a nenhum outro tipo contratual, aplica-se por analogia o contrato de agência, na maioria dos casos.

O Decreto Lei n.º 178/86, ao ser aplicado por analogia a este tipo contratual, descaracteriza tal contrato, uma vez que, não obstante seja considerado um contrato de distribuição, assim como o contrato de agência, possui características próprias e complexas e, por isso, necessita de uma análise individualizada.

Nos dias atuais, não é possível falar-se em comércio ou em distribuição de produtos, bem como em ampliação de negócios, em marcas, sem se falar em franquia. Essa modalidade de empreendimento cresce cada dia mais, com visível e comprovado êxito, e é responsável pelo crescimento econômico de muitas empresas.

As empresas que possuem a marca têm a intenção e necessidade de expandir-se, sem grande investimento; e o franquiado possui o interesse de exercer o comércio. O candidato à franquia, geralmente, não dispõe de grande capital nem de *know-how*, que é

transferido pelo proprietário da marca, o que torna o contrato vantajoso para ambos os lados, motivo pelo qual foi difundido e hoje pode ser observado em todo o mundo.

Cria-se, dessa maneira, a sensação de “encurtamento” das distâncias geográficas e culturais, que passaram a ser relativas, além de se configurar como uma modalidade democrática de acesso ao mercado. As partes, nos termos deste contrato, devem respeitar os limites impostos como baliza da boa-fé, porque, conquanto haja a livre iniciativa e vontade entre elas, existem as obrigações e deveres específicos desse tipo contratual.

Os juristas são unânimes na consideração de certas obrigações e direitos das partes como essenciais ao contrato, que não possui uma legislação específica que solucione os seus possíveis impasses contratuais. Entretanto, caso não ocorresse essa unanimidade, correr-se-ia o risco de, sob a mesma denominação (ou nomenclatura semelhante), tratar-se de realidades distintas.

Esse contrato que é personalíssimo, se baseia na boa-fé, na confiança, na transparência e na lealdade antes mesmo de existir um pré-contrato, ou seja, na fase tratativa, uma vez que tais deveres devem iluminar o vínculo, normalmente duradouro. Tais deveres fazem com que o franqueador seja fiel e concretize o perfeito cumprimento de sua contraparte de informação, por meio da exposição pormenorizada de todos os riscos e encargos que podem comprometer o êxito esperado pelo franqueado.

O franqueador transfere para o franqueado os conhecimentos (*know how*), bem como presta assistência organizacional e transfere o próprio conteúdo agregado à marca, como forma de expandir a sua rede de distribuição — valendo-se do interesse do franqueado — em um investimento de menor risco e com retorno mais imediato.

Posto isso, cabe enfatizar, uma vez mais, que a boa-fé deve mediar a relação contratual desde os seus momentos pré, para além do conteúdo meramente prestacional especificado nas cláusulas de um contrato empresarial, reforçando ao longo da execução, por meio da confiança e da colaboração que devem ser uma constante nas relações bilaterais entre franqueador e franqueado, assim como na fase pós-contratual.

Para além da obrigação principal do contrato, existe, de forma clara, a complexidade intraobrigacional, independentemente da vontade ou de qualquer pactuação específica que os possa prever; são os deveres anexos ou acessórios, dos quais

resulta do princípio da boa-fé, materializados nos imperativos de esclarecimento, de lealdade e de proteção.

Como o contrato de *franchising* é pautado pela confiança e lealdade entre as partes, ao longo de uma relação duradoura e de boa-fé, não tem um conteúdo fixo e invariável, mas varia conforme a duração e a natureza da relação contratual subjacente; o dever de boa-fé, nesse âmbito, tem uma especial intensidade.

Dito isso, os deveres acessórios estão aptos à constituição de obrigações que, deflagradas em sede pré-contratual, não se encerram nos limites prestacionais do contrato, mas projetam seus efeitos para muito além da obrigação da franquia, limitando o comportamento dos outrora contratantes, mesmo após o encerramento do vínculo formal de colaboração empresarial.

A exemplo das demais modalidades de contrato, tende o de franquia a se encerrar. Muitas vezes, a cessação deste contrato decorre de definição prévia dos contratantes, outras vezes ocorre por interesse mútuo manifesto durante a vigência do contrato e, por vezes, em decorrência de descumprimento ou de cumprimento imperfeito de um ou de outro contratante ou até mesmo de ambos. Os resultados advindos dessa extinção do vínculo são variados.

Ocorrem algumas dificuldades de proteção quanto ao *know how* transmitido ao franqueado após a cessação do contrato, devido à subjetividade e à importância do conhecimento. Esse é um dos seus elementos essenciais desse tipo contratual, já que, sem ele, não haveria tal modalidade; é o núcleo do contrato, como o objeto central que permite a expansão da rede.

Outro debate importante é a possibilidade da indenização de clientela, legalmente prevista aos contratos de agência, que se aplica analogicamente ao contrato de franquia. Questão de grande relevância, uma vez que se discutem as individualidades e as qualidades de cada um dos contratos, o contrato de agência e o contrato de franquia, no sentido de se constatar se a analogia tradicionalmente feita tem realmente fundamento prático.

Há a discussão sobre a inclusão de cláusulas de não concorrência e em que termos isto seria possível, tudo com base na própria natureza do contrato de franquia. A maioria da doutrina defende que a aplicação para esse tipo contratual não seria a simples

aplicação analógica do contrato de agência, como normalmente ocorre no contrato de franquia. De igual forma, existe a discussão sobre a aplicação analógica do contrato de agência sobre a compensação da não concorrência.

Justamente devido a estas complicações na proteção do saber-fazer transmitido, na indenização de clientela, da cláusula de não concorrência e na retomada de bens em estoque, é que o estudo sobre a cessação dos efeitos do contrato de franquia demonstra-se necessário, como forma de evitar abusos por parte do franqueado e do franqueador. Mesmo após o término do contrato, é importante verificar a 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.

O escopo do presente trabalho passa, pois, pela investigação das balizas impostas, em sede de contrato de franquia, pelo vetor essencial da boa-fé, com seus deveres anexos e intrínsecos. Deveres que, uma vez que não sejam cumpridos ou sejam mal executados, assumem contornos de ilicitude que gera o dever de indenizar a parte lesada por tais condutas ofensivas, mesmo que ocorridas após a conclusão do vínculo contratual.

Por fim, no âmbito do contrato de franquia, a boa-fé tem grande importância, como elemento específico e norteador da atuação dos contratantes, assim como na projeção de seus deveres anexos, laterais ou acessórios. Atua como fontes de obrigações havidas antes e após o encerramento da avença, por força de sua eficácia pós-contratual.

1 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE FRANQUIA

1.1 Breve histórico

Não se pode afirmar, com segurança, a origem do contrato de franquia; entretanto, a ideia de franquia era muito conhecida na Europa durante a Idade Média¹, com uma fisionomia totalmente diversa da atual. Não obstante, ao que tudo indica, a franquia teria surgido na Inglaterra, na era Medieval, quando certos membros do clero acordaram em pagar determinada quantia e prestar alguns serviços à Coroa, em troca do direito de cobrar impostos locais².

A expressão *franchising*, termo que remonta à Idade Média inglesa, segundo Vasconcelos³, vem de *franco* ou *livre* e consiste, basicamente, na concessão de um privilégio. Esse meio desapareceu da Europa, com o passar do tempo e, no entanto, devido à ampliação de mercados, o transporte passou a ser um ponto de interesse dos empresários que tinham como objetivo encontrar um modo de promover o escoamento dos bens a custo reduzido.

Sendo assim, esse método ressurgiu ao final do século XIX, nos Estados Unidos da América, depois da Guerra de Secessão⁴. Efetivamente, aproximadamente do ano de 1870, a *Singer Sewing Machines Co.* atentou para as limitações existentes à venda entre os Estados federados e instalou uma rede de distribuição de máquinas de costura⁵, um método de franquia que se assemelha ao atual.

Posto isso, a necessidade de expansão da indústria no norte do país, após a guerra civil, levou os empresários a procurar a colaboração dos comerciantes de outras zonas, dando começo à essência do verdadeiro sistema de franquia: a colaboração entre empresários independentes para a obtenção de um fim comum.

¹ ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. O contrato de franquia (franchising). **O Direito**. Lisboa, a. 123, p. 323, abr./set. 1991.

² VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **O contrato de franquia: franchising**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 14. Esses acordos terminaram com o Concílio de Trento, pelo qual se formularam novas exigências à cobrança de impostos.

³ *Ibid.* p. 15.

⁴ O crescimento do modelo de franquia deu-se, nos Estados Unidos, por intermédio da indústria automobilística, como leciona BRITO, Maria Helena. **O Contrato de Concessão Comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 16.

⁵ MUTH, Rodica Elena. **Franchise, export, méthode**. Paris: Chotard: 1986, p. 25.

O contrato de franquia, com o passar do tempo, ganhou adesões nos anos 1920⁶, com as empresas *Coca-Cola* e *General Motors*. Todavia, a sua grande expansão deu-se após a Segunda Guerra Mundial, principalmente na década de 1960, quando ganhou visibilidade no espaço econômico mundial⁷. Foi visto como um contrato que favorecia o associativismo entre a central e os seus distribuidores e propiciava mais colaboração entre as partes, ao mesmo tempo em que ambas mantinham níveis razoáveis de independência.

Dessa forma, diante das leis *antitruste*⁸, tendentes a evitar a integração vertical de distribuidores e produtores, facilitou-se o desenvolvimento efetivo do sistema de franquias, tendo sua expansão em diversos setores da Economia, aumentando, assim, o número de empresas que a ele aderiram. A essa altura, o modelo de franquia então vigente já era difundido por toda a Europa⁹.

Nessa linha de evolução, nos anos 1970, na Europa, devido à saturação dos mercados, o sistema de franquia começou a desenvolver-se. Em verdade, passou-se a buscar maior qualificação, a utilização de uma marca, de uma embalagem personalizada, de um emblema, de uma ideia ou de um formato inovador e atrativo

Assim, à volta da marca como eixo central, tem-se a construção do contrato de franquia nos moldes atuais, configurado, por sua vez, com outros conceitos, como a transmissão do “*Know-how*”, a assistência permanente e a formação.

Ao se notar o sucesso desse sistema em todo o mundo, tornou-se patente a sua razão de existir. Embora seja precoce a exposição de tal pretexto, já que não se aprofundou, ainda, nas características desse contrato, a sua eficiência é notável, uma vez que o franqueador (a empresa) se expande, sem ter de recorrer a significativos investimentos.

⁶ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 13.

⁷ SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. **O contrato de franquia**. 2009. p. 4. Dissertação (Mestrado em Direito das Empresas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra: Coimbra. 2009.

⁸ O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) proíbe o comportamento de infração às regras **antitrust** (anticoncorrenciais) sob a forma de acordos e práticas comerciais suscetíveis de restringir a concorrência (artigo 101.^o); e abuso de posição dominante (artigo 102.^o).

⁹ A título de curiosidade, adotados na tchecoslovaca Bata, empresa de sapatos, e pela empresa francesa Lainiere de Roubaix, de distribuição de romãs de lã.

Em simultâneo, representa uma forma segura de início de uma atividade rentável para o franqueado, que não detém uma imagem conceituada no mercado, nem a devida experiência e usa, dessa forma, a empresa como meio de nele adentrar¹⁰.

1.2 Conceito e regime jurídico

O *franchising* é um contrato misto e complexo¹¹, porquanto 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). É também autónomo e complexo: não há como se falar da cessão da marca ou prestação de serviços de forma isolada, já que todo o conjunto de atividades deve ser analisado, sem que nenhuma atividade tenha preponderância sobre a outra.

Merece aplauso a definição¹² de “contrato de franquia”, segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça do dia 15 de Dezembro de 2011¹³, como:

I -O contrato de *franchising* ou de franquia é definível como «o contrato pelo qual um empresário – o franqueador – concede a outro empresário – o franqueado – o direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respectivos bens imateriais de suporte (mormente, a marca), no âmbito da rede de distribuição integrada no primeiro, de forma estável e a troco de uma retribuição», um contrato sinalagmático e oneroso, ficando o franqueado vinculado ao pagamento de determinadas prestações pecuniárias, usualmente consistentes numa prestação inicial fixa (“*front money*” ou “*initiation fee*”) e prestações ulteriores periódicas proporcionais ao volume de negócios (*royalties, redevances*) (ANTUNES, 2009, p. 451).

¹⁰ DNES, Antony W. **Franchising**: a case study approach. Aldershot: Avebury, 1997. p. 8.

¹¹ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. **Contratos de colaboración en el comercio internacional**: intermediación, agencia, distribución, transferencia de tecnología, franquicia, joint-venture, agrupaciones. Barcelona: Bosch, 2004. p. 260.

¹² A Lei de Franquia no Brasil, em seu artigo 2.º, define franquia como: “Art. 2.º 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 ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”.

¹³ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º1807/08.6TVLSB.L1.S1, Relator Alvaro Rodrigues, Acórdão do dia 15 de dez. de 2011.

Este contrato, caracteriza-se por ser, nas palavras de Pinto Monteiro¹⁴, desde o seu surgimento, em uma linha de evolução, na qual

[...] a crescente ingerência na atividade de distribuição constitui um desenvolvimento do contrato de concessão e representa a mais estreita forma de cooperação entre empresas independentes e o mais elevado grau de integração do distribuidor (o franqueado) na rede da outra parte (o franqueador), em termos de gerar no público a convicção de ser o próprio fabricante, ou uma sua filial, a encarregar-se da distribuição (MONTEIRO, 2009, p. 119).

Com isso, o franqueado executa e surge aos olhos do público com a imagem empresarial do franqueador ao distribuir os bens¹⁵. O franqueador controla e dirige, por meio de novas franquias, que são empresas independentes, a distribuição de seus bens ou serviços, transferindo, dessa forma, os riscos e ônus do crescimento da empresa principal em determinado local e mercado em que o franqueador deseja inserir-se¹⁶.

Devido ao fato de as franquias serem empresas, devem ser regidas, principalmente, no plano jurídico, pelo Direito Comercial, que é especial da atividade econômica do sistema capitalista, surgido a partir da existência delas. Nesse caso, o Direito Comercial destacado seria o Decreto-lei n.º 178/86, que rege os contrato de agência, podendo aplicar-se, por analogia, em alguns casos, ao contrato de franquia¹⁷.

O diferencial do contrato de franquia, segundo Cordeiro¹⁸, reside na natureza essencial do seu conteúdo: na tripartição clássica entre as prestações de *dare, facere e pati*¹⁹. A franquia enquadra-se nessa última opção, haja vista que é composta por um conjunto de direitos sobre coisas incorpóreas e de saber-fazer²⁰, considerando-se caber ao franqueado prestar suporte à a ingerência do franqueador na execução da atividade. O que

¹⁴ MONTEIRO, Antonio Pinto. **Direito Comercial: contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 119.

¹⁵ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Da Franquia de Empresa (Franchising). **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. 73, p. 252-253, 1997.

¹⁶ MONTEIRO, Antonio Pinto. Contratos de agência, de concessão e de franquia: “franchising”. **Boletim da faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, número especial (1984), p. 23, 1989.

¹⁷ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **Direito Comercial Português**, vol. I. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 56 e 57.

¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. Do contrato de franquia (**franchising**): Autonomia Privada **versus**. Tipicidade Negocial. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, a. 48, v. 1, p. 73, 1988.

¹⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 563, nota n.º 2.

²⁰ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da franquia de empresa (franchising)**, *Op. cit.* p. 255.

O contrato de franquia, como referido anteriormente, não tem disciplina legal própria, diferente do contrato de agência, que é também um contrato de distribuição comercial e dispõe de um regime jurídico próprio. Deve-se, primeiramente respeitar as cláusulas lícitas acordadas entre os contraentes, mas aplica-se, por analogia²⁵, em alguns casos, o Decreto-Lei n.º 178/86 referente ao contrato de agência²⁶.

Ainda sobre a aplicação analógica da Lei de Agência ao contrato de franquia, posiciona-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto²⁷:

I - O contrato de franquia é um contrato bilateral ou sinalagmático, atípico, regendo-se pelas disposições gerais que regulam os contratos, aplicando-se, sempre que possível e se revele adequado, por analogia, o regime do contrato de agência (DL n.º178/86, de 02.07), por ser o contrato típico mais próximo. [...]

Nesse enquadramento, refere-se à analogia da aplicação do Decreto-Lei n.º 178/86 do contrato de agência ao contrato de franquia como sendo possível sempre que as cláusulas contratuais e a boa-fé que regem o contrato de franquia não se direcionem ao fato em discussão e essa aplicação seja adequada.

Ao defender a aplicação do Direito Comercial, essencialmente nos casos em que tangem o contrato mercantil, cita-se o artigo 3.º do Código Comercial:

[...] as “questões sobre direitos e obrigações comerciais” que está de acordo com o artigo 3.º do Código Civil, uma vez que estabelece que o uso destes códigos comerciais na medida em que a lei determinem, não podem ser contrários aos princípios da boa-fé²⁸.

Nesta vertente, o artigo 239.º do Código Civil, que faz integração das lacunas dos contratos em geral, ao se referir ao âmbito mercantil, pelo especial relevo, correspondem

²⁵ Pinto Monteiro, se refere, no que tange à aplicação por analogia do Decreto-Lei n.º 178/86, ser necessário considerar as disposições acordadas, uma vez que esta opção seria o processo metodologicamente correto e defende a analogia, desde que utilizada a necessária prudência. (MONTEIRO, Antonio Pinto. *Contratos de agência, de concessão e de franquia: “franchising”*. **Boletim da faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, número especial (1984), p. 26, 1989).

²⁶ MONTEIRO, Pinto Antonio. Revistando a lei da agência 30 anos depois in **Actas do colóquio Distribuição comercial, nos 30 anos da lei do contrato de agência**, Instituto jurídico, Universidade de Coimbra, 2017, p. 64.

²⁷ PORTUGAL. **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto**. Processo n.º 4133/163T8VNG.P1. Relator Carlos Portela, acórdão do dia 08 de fevereiro de 2018.

²⁸ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **Direito Comercial Português**, Vol. I, Coimbra: Coimbra, 2007, p. 58.

por regra o que as partes teriam previsto, se houvessem considerado o ponto ou inscrevem mesmo os ditames da boa-fé²⁹.

O contrato de franquia³⁰ tem como principal característica, sob o ponto de vista do franqueador, a cessão da sua marca, de seu nome e de sinais distintivos – além de outros direitos de propriedade intelectual e industrial, de forma a gerar uma rede de empresas ligadas entre si.

Pela ótica dos franqueados, que são empresários independentes a constituir um negócio próprio por meio da utilização dos elementos do franqueador, destaca-se a possibilidade de adquirirem uma clientela formada, receberem o *know-how* e a assistência técnica – que devem ser transmitidos pelo franqueador ao longo de toda a consecução do contrato.

Além disso, para o franqueado há a vantagem de o modelo de negócio estar previamente acreditado, ou seja, comprovado no mercado, com resultados satisfatórios, o que diminui os riscos empresariais³¹. Ademais, o direito de explorar a imagem da marca do franqueador e a existência de uma contrapartida pecuniária paga pelo franqueado correspondem a outras características importantes e fundamentais quando se está a lidar com o contrato em tela³².

O termo está ligado à ideia de concessão de um privilégio³³, uma vez que, ao franqueado, é conferido o direito de vender bens, produtos ou serviços do franqueador. Para tal desiderato, recebe informações e conhecimentos técnicos, a fim de atuar comercialmente com a fórmula de sucesso desenvolvida pela empresa franqueadora.

O objetivo da utilização dos sinais distintivos do franqueador é produzir uma exata réplica da rede, de forma a fazer com que o público enxergue no franqueado a imagem

²⁹ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **Direito Comercial Português**, Vol. I, Coimbra: Coimbra, 2007, p. 59.

³⁰ Segundo a classificação operada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – Acórdão de 28 de janeiro de 1986, no caso “Pronuptia”, proc. 161/84 cfr. *A Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1986, p. 298 e ss – acolhida pelo Projecto de Regulamento da CEE respeitante ao contrato de franquia, existem distinções dos tipos de franquia: franquia de serviços, em que o franqueado oferece serviço sob o nome comercial, insígnia, ou marca do franqueador, conforme suas diretivas; franquia de produção ou industrial, o próprio franqueado que fabrica, de acordo com as instruções do franqueador e vende esses produtos sob a marca deste último; e a franquia de distribuição, em que o franqueado vende os produtos em um local que usa a insígnia do franqueador.

³¹ BRITO, Maria Helena. *Op. cit.* p. 17.

³² VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 32 e ss.

³³ *Ibid.* p. 13.

uniforme da empresa do franqueador³⁴. O contrato não requer forma especial³⁵, embora admita características próprias e livres; visa a uma relação contratual estreita de colaboração e caracterizada pela confiança entre as partes, desde a fase pré-contratual até a pós-contratual.

Os contratantes, autônomos jurídica e financeiramente, são escolhidos de modo específico, ante as suas qualidades e características, pelo que a cessão da posição contratual está sujeita ao consentimento do franqueador, mesmo em um caso de sucessão *mortis causa*, a despeito da regra geral da livre cessão do estabelecimento comercial. Por esse motivo, as obrigações assumidas pelo franqueado têm de ser cumpridas pessoalmente e não podem ser confiadas a terceiros, salvo mediante acordo entre as partes³⁶.

As vantagens desse processo para o produtor³⁷ são nítidas, uma vez que ele pode controlar, de maneira mais intensa, a fase de distribuição dos bens, sem prejuízo da sua imagem. É, na maioria dos casos, um contrato de adesão, já que há extrema supremacia do franqueador e cabe ao franqueado apenas aceitar as disposições por aquelas estabelecidas.

Destarte, a empresa franqueadora pode fazer prevalecer os seus interesses e retirar do franqueado o direito de influir nos termos ajustados; trata-se de anulação da determinação bilateral do conteúdo do contrato. Há que se registrar, ainda, que esse tipo de contrato possibilita a expansão, bem como a criação da rede do franqueador, sem que ele tenha de recorrer a investimentos próprios ou excessivamente altos para tanto³⁸.

³⁴ CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da. *Op. cit.* p. 24.

³⁵ Em outras palavras, desde que não envolva uma licença de exploração de direitos privativos de propriedade industrial, já que, para esta, é obrigatória a forma escrita, segundo os artigos 31.º, n.º 6, e 32.º, n.º 3, do Código da Propriedade Industrial. Com efeito, é de se registrar que o referido mecanismo implica uma formalização indireta do contrato de **franchising**, pois este inclui a concessão de licenças de uso de sinais distintivos e/ou licenças de uso de marca.

³⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima. **O Contrato de Franquia (Franchising):** Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime. Coimbra: Almedina, 2001. p. 76 e ss.

³⁷ Ou criador de uma fórmula empresarial de sucesso que aparece identificada com os sinais distintivos de comércio, nomeadamente a marca.

³⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 15.

2. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DAS PARTES NO CONTRATO

O contrato de franquia sustenta uma série de obrigações e deveres, principais e acessórias. Como principal, tem-se a autorização do uso da marca do franqueador. Já os deveres secundários objetivam a complementação do dever principal de prestação, podem estar ou não expressamente pactuados, e são necessários para que o contrato de franquia seja executado com êxito.

Aos deveres de prestação – principais e secundários – acrescem os acessórios ou anexos de um dever principal. Isso é nitidamente notável em relações mais duradouras, norteadas pelo princípio da boa-fé, e pelo estabelecimento de deveres de abstenção, a fim de evitar que se venham a frustrar, por meio da quebra dos deveres de confiança e de colaboração, as legítimas expectativas quanto à conclusão do vínculo³⁹. Não é necessário que tais obrigações estejam previstas no contrato, ou seja, reduzidas a termo e especificadas.

As principais obrigações ou deveres prestacionais dizem respeito ao próprio escopo do contrato de colaboração e tocam ao franqueador e ao franqueado – de regra, vêm escritas e pormenorizadas no contrato de franquia⁴⁰. No que se refere a esse contrato, há claro benefício para ambas as partes.

O franqueado adquire uma clientela atraída pelos sinais distintivos do franqueador e exerce a atividade com apoio e estrutura sólida, o que, via de consequência, melhora a sua posição concorrencial no mercado econômico⁴¹. Da mesma forma, o franqueador divulga a sua marca, sem suportar os custos e riscos de um novo negócio, consolida a sua imagem empresarial e recebe contrapartidas financeiras⁴² de todos aqueles que se vinculam à rede como franqueados.

³⁹ BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. “O Contrato de Franquia e a Violação dos Deveres Anexos de Conduta: A Boa-Fé como Fronteira de Atuação das Partes (Da Culpa *In contrahendo* à Culpa Post Pactum Finitum)”. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 3, n. 9, p. 6484, 2014.

⁴⁰ O descumprimento destas cláusulas contratuais, ou mesmo o cumprimento imperfeito de tais obrigações de prestação, tratando-se de contrato bilateral, gravado por sinalagma, rendem ensejo à resolução da avenca, permitida, ainda, pela parte prejudicada. (LIMA, Pires de; VARELA, João Antunes. **Código Civil Anotado**. 4.ed. v. II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 2 e ss).

⁴¹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 16; RIGOL GASSET, Jaume. **La Franquicia: una estrategia de expansión**. Barcelona: EINIA, 1992. p. 109.

⁴² Tais contrapartidas podem caracterizar-se como um pagamento inicial (*front money*) e/ou pagamentos periódicos (*royalties*).

A transmissão do *know-how*, diretamente ligada à utilização dos sinais distintivos de comércio, dá ao franqueado vantagens que não teria sem o contrato respectivo. Esse direito do franqueado gera para o franqueador o direito/dever⁴³ de controle e de fiscalização da atividade, necessários para a manutenção da boa imagem empresarial de toda a rede, uma vez que a ausência de fiscalização poderá torná-lo contratualmente responsável pelos prejuízos causados aos demais franqueados⁴⁴.

Nesse sentido, veja-se o seguinte acórdão do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁵, que se refere às obrigações do franqueado e ao controle do franqueador:

1) No contrato de franquia, o franqueador concede a outrem - franqueado - a utilização, (mediante contrapartidas, normalmente a "*initiation fee*" e as "*royalties*") em certa zona, conjunta ou isoladamente, de marcas, nomes, insígnias, processos de fabrico ou técnicas comerciais, sob o controlo e fiscalização do primeiro.

Apesar de o franqueado ter que suportar o controle e o conjunto de prescrições e regras estabelecidas para conservar a imagem da marca e proteção do *know-how*, ele poderá manter sua independência e autonomia frente ao franqueador. Diante disso, é possível delimitar obrigações do franqueador, assim como do franqueado⁴⁶, para que o contrato seja caracterizado como tal.

Entretanto, essa autonomia não significa a autonomia do estabelecimento: o franqueado é juridicamente independente, visto que atua em seu nome e assume os riscos, mas sua existência está estreitamente dependente do contrato de franquia, portanto, há uma dependência do franqueado, mesmo que exista uma independência dele para com o franqueador.⁴⁷

⁴³ RIBEIRO, Maria de Fátima. *Op. cit.* p. 111. De forma parecida, SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op. cit.* p. 32, afirma que o controle serve para manter a boa “imagem empresarial”.

⁴⁴ ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. *Op. cit.* p. 364.

⁴⁵ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 06A4416, Relator Sebastião Povoas, Acórdão do dia 09 jan. 2007.

⁴⁶ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Transparency in business networks** – pre-contractual disclosure obligations in franchising agreements. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28751/1/Transparency%20in%20business%20networks%20franchising%20disclosure.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018; RIGOL GASSET, Jaume. *Op. cit.* p. 41-107.

⁴⁷ Id. Da Franquia de Empresas (**franchising**), *op. cit.*, p. 275- 1277.

2.1 Direitos e obrigações do franqueador

As obrigações do franqueador começam a incidir antes mesmo da assinatura do contrato ou pré-contrato, por força do dever de informação e transparência. São consideradas, além de meras características, condições *sine qua non* à constituição da franquia⁴⁸. Como principais obrigações do franqueador, citam-se:

2.1.1 A transmissão da licença de exploração e utilização das patentes, marcas, desenhos e modelos pelo franqueado, em função do tipo de produtos ou serviços que são objeto do negócio.

Vista como um dos requisitos indispensáveis à exata reprodução da imagem empresarial do franqueador e, também como o principal componente para a imediata captação da clientela, é por meio dessa licença que o franqueado adquire vantagens concorrenciais⁴⁹ que não existiriam sem o contrato de franquia, já que é notória a semelhança e qualidade entre a original e a franquia. Em razão dessa identificação do público, o franqueador tem o poder e, além disso, o direito de controlar e fiscalizar o franqueado, uma vez que precisa proteger a marca e a rede franqueada, bem como respeitar a exclusividade territorial acordada com aquele.

2.1.2 Fornecer *know-how*, assistência técnica e conhecimentos de mercado e tecnológicos para a comercialização dos produtos ou a prestação dos serviços objeto do contrato.

O *know-how* ou, nos termos do artigo 1.º, n.º 3, f), do Regulamento (CEE) n.º 4087/88 da Comissão das Comunidades Europeias, de 30 de novembro de 1988, o *saber-*

⁴⁸ Assim como no Brasil, a Lei de Franquia – Lei n.º 8455/94 – em seu artigo 2.º, exige que seja entregue, ainda na fase tratativa, de forma clara e acessível, uma circular de oferta de franquia (COF), sob pena de anular o contrato, com as principais informações sobre o negócio, que estão elencadas nas alíneas do referido artigo, para que o candidato a franqueado escolha de forma clara e consciente a opção de franquia.

⁴⁹ GARRUÇO, Elizabete. “O Contrato de Franquia”. **Revisores & Empresas: Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas**. Lisboa, a. 8, n. 34, p. 40, jul./set. 2006, afirma que as vantagens adquiridas pelo franqueado precisam ser significativas, de tal forma que, se não houvesse o contrato, o franqueado jamais teria acesso a elas.

fazer é “[...] um conjunto de conhecimentos práticos não patenteados, decorrentes da experiência do franqueador, e verificados por este que é secreto, substancial e identificável”. Pelo *know-how*, o franqueado recebe informações sobre o funcionamento da rede, além do conhecimento necessário para reproduzir a atividade do franqueador, garantindo a manutenção da qualidade do produto ou serviço prestado.

São ensinamentos com valor patrimonial que levam o franqueado a uma condição de superioridade em relação aos demais empresários que não participam da rede de franquia⁵⁰. Por meio dele, portanto, o franqueado tem a oportunidade de conhecer e aprender a fórmula que levou o franqueador ao sucesso empresarial⁵¹. Para que o *saber-fazer* transmitido seja percebido, precisa ser ele identificável, de forma que o franqueado verifique se preenche os demais critérios, a saber, a confidencialidade e a substancialidade⁵².

2.1.3 Prestação de assistência técnica durante toda consecução do contrato

O franqueador deverá garantir ao franqueado o menor risco de adaptação ao negócio e auxílio na otimização dos resultados⁵³. Por meio da assistência, o franqueador padroniza a rede e garante a uniformidade dos franqueados, colabora com o franqueado e assiste-o nas tarefas de montagem e instalação do estabelecimento, bem como na seleção do pessoal. Presta as informações necessárias para assegurar, com ou sem colaboração do franqueado, a promoção dos bens ou serviços objeto do negócio.

⁵⁰ ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. *Op. cit.* p. 356, afirma que é o conjunto de conhecimentos técnicos necessários para dar vida a uma ideia empresarial. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Da Franquia de Empresa (Franchising), *Op. cit.* p. 258, diz que o saber-fazer é elemento essencial para a existência da empresa, uma vez que esta depende da aptidão para realizar o fim para o qual foi criada.

⁵¹ Ao franqueador, existe a obrigação de fornecer informações reais sobre a franquia em questão, e, se esse requisito não for observado, a Lei de Franquia faz referência, em seu artigo 7.º, que o desrespeito ao dever de informação e de transparência pode gerar a rescisão do contrato de franquia, assim como a inverdade, que é um comportamento contrário a boa-fé, pode gerar a rescisão do contrato de franquia, com as mesmas implicações do art.4.º da referida lei.

⁵² De acordo com o **Code de Déontologie Européen de la Franchise**, o saber-fazer deve ser secreto, substancial e identificável.

⁵³ MORAIS, Sílvia Filipa Borges. “Direito aplicável ao contrato internacional de franquia”. **Themis**. Lisboa, a. 11, n.º 20/21, p. 288, 2011.

Entretanto, a assistência não poderá obstar a independência jurídica do franqueado, sob pena de desqualificação do contrato.

2.1.4 Impedir outros franqueadores de exercer, direta ou indiretamente, qualquer atividade em território onde entrem em concorrência com o seu parceiro do contrato

Cada franqueado tem seu território de atividade e não é autorizado que um interfira no de outro. Por outro lado, tem o direito de interferir na organização comercial e financeira do franqueado, posto que o controle para o bom funcionamento, assim como o resultado negativo de tal atividade, caracterizam responsabilidade do franqueador. Outrossim, caberá ao franqueador estabelecer os planos de atuação comercial e publicitária do franqueado, ao qual assegura a coordenação e a uniformidade das iniciativas nessa área, por disposição contratual.

Poderá o franqueado ser obrigado a investir em publicidade sobre uma percentagem do seu volume de negócios ou a contribuir para as despesas da publicidade promovida pelo franqueador. No entanto, o franqueado estará apto a organizar e promover as suas próprias campanhas publicitárias se tal houver sido estipulado no contrato e desde que aprovadas pelo franqueador.

2.2 Direitos e obrigações do franqueado

Existem igualmente, obrigações que hão de ser cumpridas pelo franqueado para que se concretize tal tipo contratual. Nesse âmbito, têm-se:

2.2.1 Suportar o controle exercido pelo franqueador.

Sendo o franqueado, aos olhos do consumidor, uma extensão da imagem empresarial do franqueador, natural que este tenha o direito de controlar a atividade

exercida, visto que a preservação da marca é a alma do negócio⁵⁴. O controle há de ser exercido como forma de manutenção da qualidade dos produtos que vende e pela eficiência do serviço que presta.

É uma forma de resguardar toda a rede franqueada, uma vez que a má administração de um franqueado pode manchar a imagem dos demais e, como tal, gerar consequências negativas; dito de outra forma, os resultados positivos da rede dependem diretamente da imagem empresarial transmitida ao público.

Mesmo devendo cumprir o conjunto de prescrições do franqueador, desde realizar um volume mínimo de negócios, fornecer as informações úteis sobre a evolução do negócio, manter sigilo sobre o *know-how*, sobre os conhecimentos técnicos e os segredos comerciais do franqueador; manter as instalações, mobiliário, decoração, mostruários e material comercial nas condições estipuladas pelo franqueador; respeitar os métodos, normas de qualidade, também fazem parte do conjunto de prescrições que devem ser respeitadas pelo franqueado.

As prescrições e *standards* de o franqueador até mesmo se submeter ao poder de controle, quer seja, *e.g.*, a apresentação anual ao franqueador do seu balanço e das suas contas, quer seja comunicar-lhe o volume de negócios realizados, permitir as inspeções destinadas à verificação do inventário e da contabilidade, são outras obrigações que o franqueado deve respeitar nesse tipo contratual.

De igual forma, o franqueado não pode vender bens ou serviços não abrangidos pela licença sem o consentimento do franqueador, mesmo para além do termo da licença, já que a franquia deve ser o espelho da principal. Todavia, ainda que haja esse controle, o franqueado permanece autônomo em sua gestão⁵⁵, posto que o controle do franqueador não lhe poderá restringir a sua liberdade empresarial.

⁵⁴ ANTUNES, Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 455; SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op. cit.* p. 32.

⁵⁵ Isabel Maria de Oliveira Alexandre complementa que o controle é fundamental para manter a homogeneidade e reputação da rede: ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. *Op. cit.* p. 363.

2.2.2 Contraprestação financeira

O contrato de franquia tem como característica a sua onerosidade, por meio dele, fica o franqueado obrigado ao pagamento de determinadas quantias pecuniárias. Essas prestações podem ocorrer por meio de uma prestação inicial (*front money, droit d'entrée*) – atribuída à cessão da imagem empresarial do franqueador e à comunicação do *know-how* – e/ou prestações periódicas (*royalties, redevances*), que se destinam à retribuição pela assistência técnica prestada na consecução do contrato.

Comumente é fixada uma remuneração ao franqueador, nos termos do contrato, seja uma importância fixa ou, como é mais habitual, uma percentagem sobre o volume das vendas. Ademais, o franqueado deve também planificar, antecipadamente, as encomendas, mantendo um nível mínimo de existências, e prestar serviços de garantia aos clientes, assegurando-lhes a devida assistência, tal como se fosse o franqueador, para que seja possível o pagamento da quantia acordada no contrato.

2.2.3 Não concorrência com a atividade do franqueador

O segredo do negócio é protegido, sendo ilícita a utilização não autorizada de informações e conhecimentos confidenciais ao negócio, fornecidas pelo franqueador na vigência do contrato de franquia. Essa cláusula impõe obrigações de não concorrência, sendo válida mesmo após o fim do contrato. Sua validade dependerá da sua indispensabilidade à proteção do *saber-fazer* transmitido pelo franqueador ao franqueado, já que tais informações deverão ser secretas, substanciais e identificadas⁵⁶.

Além das informações do *know-how*, caracterizam-se como concorrência quaisquer atividades realizadas pelo franqueado quando este fabrica ou distribui produtos concorrentes dos que são objeto da licença, quer no território da sua licença, quer na região de outro franqueado da mesma rede; adquire participações financeiras (quotas,

⁵⁶ Assim como no Brasil, o artigo 3.º, inciso XIV, da Lei de Franquia, se refere à COF em que deve informar, expressamente, sobre a situação do franqueado, após a extinção do contrato, em relação ao segredo de indústria e o *know how* a que terá acesso em função da franquia, assim como à atividade concorrente. Entretanto, ainda que a lei não faça referência específica a todos os aspectos que são sigilosos, a boa-fé prevista no artigo 422.º do Código Civil Brasileiro predomina intervindo a favor dos deveres acessórios do contrato, a lealdade e proteção, para além dos limites de tempo do contrato que mantém as partes vinculadas.

ações) no capital de concorrentes do franqueador, sempre que esse investimento o envolva pessoalmente na execução de atividades concorrentes, entre outras atividades proibidas no caso de fixação do contrato de franquia.

Como principais direitos do franqueado, é nítida a autorização para utilizar a marca e todos os sinais distintivos do comércio do franqueador, de forma a que o público em geral o identifique com este, por força da utilização da sua imagem comercial, bem como o direito exclusivo de venda dos produtos do franqueador para determinada zona.

3 A BOA-FÉ COMO REFERÊNCIA NA EXECUÇÃO DO CONTRATO

A boa-fé, segundo Mota Pinto e Souza Ribeiro⁵⁷, consiste em abandonar a ideia do direito puramente positivista e permitir a utilização de princípios extralegais. No âmbito específico dos contratos, a boa-fé configura uma regra de conduta, que impõe aos contraentes um comportamento honesto, probo, correto e leal.

Pode afirmar-se que, no âmbito das relações, a atuação em conformidade com a boa-fé impõe, para as negociações contratuais, por exemplo, na execução do contrato, o dever de um dos sujeitos informar, esclarecer ou comunicar, com o intuito de atenuar ou diminuir a desigualdade entre as partes. Isso acontece em situações de concreta relação ou quando o contrato implica diferente nível de informação ou até mesmo quando há uma configuração que justifique uma especial confiança de uma parte na outra. O conteúdo varia de acordo com a relação contratual em pauta⁵⁸.

O Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro de 1985, fixa a boa-fé como princípio geral de controle relativo às cláusulas contratuais. Configura-se como um critério para determinar o exercício legítimo da liberdade contratual, presente durante toda a existência do contrato, sendo uma espécie de matriz dos deveres laterais.

A sua violação poderá ocasionar, como consequência, uma responsabilidade pré-contratual, contratual ou pós-contratual, a depender do caso concreto, em qualquer das modalidades operativas em que haja abuso de direito. No caso do tema em tela, se houver abuso da boa-fé por qualquer das partes ou por ambas, na atuação contratual, está prevista, basicamente, a prevenção de danos que poderiam resultar na afetação dos bens já integrantes da esfera de qualquer dos participantes da relação, assim como da não consecução ou da consecução imperfeita, dos fins que regulamentam a constituição dessa⁵⁹.

⁵⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 124; RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa-fé como norma de validade. **ARS Iudicandi: Estudos em homenagem ao Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 668.

⁵⁸ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **Direito Comercial Português**, Vol. I, Coimbra: Coimbra, 2007, p. 190-191.

⁵⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Op. cit.* p. 668.

3.1 A boa-fé no período pré-contratual – culpa *in contrahendo*

Esta responsabilidade, até então pouco explorada na área da formação dos contratos, foi denominada, por Jhering⁶⁰, no ano de 1861, como culpa *In contrahendo*. Sua obra foi pioneira na discussão do tema da responsabilidade pré-contratual, conquanto não contenha uma fundamentação muito clara sobre essa nova figura jurídica, ele foi o precursor do entendimento que se mantém nos dias atuais.⁶¹

Em seguida, o Direito alemão aprofundou-se na teoria e deu-lhe amplo reconhecimento, aplicando-a também, aos casos em que as tratativas do negócio se davam por meio de um representante, que atuava em nome do possível contratante, e que, ao agir em tal condição, culminava por impor danos à contraparte, ainda na fase pré-contratual, se houvesse causa de responsabilidade, mesmo que fosse do mandante, pelos atos de seu preposto⁶².

No que tange ao contrato de franquia, essa teoria é válida relativamente aos “negócios de confiança”, de acordo com M. Carneiro da Frada. A existência de um amplo dever de informar ou de relevar à outra parte as circunstâncias suscetíveis que interessarem e recaírem no âmbito da relação estabelecida – *duty of disclosure*, um dever que não existe em extensão geral nos contratos, mas importa reconhecer com generosidade⁶³.

A culpa *In contrahendo*⁶⁴ mostra-se mais ajustada, por abarcar as situações de culpa, de dolo e de responsabilidade objetiva. Atualmente se encontra fundada na ideia de que a aproximação e o início das negociações já se mostram suficientes para fazer eclodir entre as partes os deveres de lealdade, de informação e de esclarecimento, valores esses juridicamente tutelados.

⁶⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 527-529.

⁶¹ JHERING, Rudolf von. **Culpa *in contrahendo* ou Indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 3.

⁶² BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. *Op. cit.* p. 6505.

⁶³ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 550.

⁶⁴ Vale ressaltar-se que a culpa *in contrahendo* não é reconhecida em todos os sistemas jurídicos, por exemplo, Na **Common Law**, em que a mera abertura das negociações não cria, entre as partes, qualquer tipo de relação jurídica passível de responsabilização (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 124).

Imperioso considerar-se que, não tendo ainda sido firmado o contrato, tais deveres teriam origem na própria boa-fé objetiva, a incidir em todas as etapas das tratativas, independentemente de vontade ou previsão das partes⁶⁵. Este tipo de contrato, hoje, é um instrumento privilegiado na instituição da dimensão valorativa da margem de liberdade⁶⁶ dos particulares, dotado de certo caráter autônomo⁶⁷ e assume algum peso na Economia.

Pelo fato de haver fraudes e abusos, uma escassa informação geralmente era prestada ao candidato a franqueado, o que podia conduzir a maioria dos Estados europeus e norte-americanos a elaborarem legislações⁶⁸. Ao impor ao franqueador, na fase pré-contratual, a prestação de um conjunto bastante pormenorizado de informações ao candidato a franqueado, essas fraudes seriam diminuídas – no teor desse *iter negotii*, poderiam ser incluídos estudos individuais, entrevistas, além de propostas contratuais, de duração, complexidade e custos variados⁶⁹.

Não obstante, no âmbito do ordenamento jurídico português, não existe legislação específica acerca dessa matéria; assim, recorre-se ao artigo 227.º do Código Civil conjuntamente com o artigo 239.º do mesmo código, que se referem à boa-fé como dever

⁶⁵ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. 10.ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2000. p. 267.

⁶⁶ O princípio da liberdade contratual, previsto no artigo 405.º do Código Civil Português, tem, no negócio jurídico, manifestação própria de outro princípio correlato, o da autonomia privada. Trata-se de conceder aos particulares o direito de autorregulamentação dos seus interesses e de autogoverno da sua 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 maior liberdade no momento da sua celebração. A liberdade contratual supõe o reconhecimento, em maior ou em menor escala, do mercado como regulador da atividade econômica e, apesar de não estar expressamente prevista na Constituição da República Portuguesa, constitui um dos princípios integradores da iniciativa privada do artigo 61.º da Constituição. Entretanto, a liberdade contratual não há que ser confundida com um total afastamento do ordenamento jurídico quanto às regras aplicáveis, deixando tudo a critério das partes envolvidas (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 102-108).

⁶⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 219.

⁶⁸ Os primeiros a impor ao franqueador a obrigação de fornecer ao candidato todas as informações necessárias – que a lei enumera uma a uma, de forma a permitir a este último avaliar as reais possibilidades de sucesso da franquia e tomar a decisão de investimento, foram os Estados Unidos da América. Seguindo esse exemplo, o estado canadense de Alberta, a Inglaterra e a Escócia adotaram, igualmente, tal medida. Em seguida, podem-se citar a Itália (**Legge 6 maggio 2004 n. 219**) e o Brasil, com a Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que regulamenta as franquias (VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. p. 76-78).

⁶⁹ *Ibid.* p. 76.

a ser observado durante o contrato, inclusive nas preliminares de sua formação, e mesmo após sua plena execução⁷⁰.

Durante as tratativas de uma negociação contratual, as partes já devem colocar em marcha todos os substantivos derivados da boa-fé objetiva. Nesse caso, aplicam-se os recursos das cláusulas contratuais gerais, todavia, em certa medida, aplica-se, outrossim, o Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, uma vez que o franqueador deverá apresentar ao candidato uma proposta pré-elaborada de contrato, não suscetível de mudança. Refere-se ao fato de que o franqueador deverá comunicar, na íntegra, de modo adequado e com a antecedência necessária, as cláusulas contratuais, a fim de que à outra parte seja permitido o conhecimento completo e efetivo.

Além disso, incumbir-lhe-á informar ao candidato a franqueado a respeito dos aspectos nelas compreendidos cuja exposição se justifique, bem assim todos os esclarecimentos razoáveis solicitados. Nessa medida, recai ao franqueador o ônus da prova da comunicação dos termos referidos⁷¹.

Consoante o entendimento exarado em certo acórdão do Tribunal da Relação do Porto⁷², este é claro quanto à boa-fé na fase pré-contratual e à utilização análoga das legislações em vigência, *in verbis*:

II – No contrato de franquia, ‘uma pessoa – o franqueador – concede a outra – o franqueado – a utilização, dentro de certa área, cumulativamente ou não, de marcas, nomes, insígnias comerciais, processos de fabrico e técnicas empresariais e comerciais, mediante contrapartidas’: trata-se do contrato ‘pelo qual alguém (franqueador) autoriza e possibilita que outrem (franqueado), mediante contrapartida, actue comercialmente (produzindo e/ou vendendo produtos ou serviços) de modo estável, com a fórmula de sucesso do primeiro (sinais distintivos, conhecimentos, assistência...) e surja aos olhos do público com a sua imagem empresarial, obrigando-se o segundo a actuar nestes termos, a respeitar as indicações que lhe forem sendo dadas e a aceitar o controlo e a fiscalização a que for sujeito’.

⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes. Do Contrato de Franquia («Franchising»): Autonomia Privada versus. Tipicidade Negocial, *Op. cit.* p. 81.

⁷¹ Artigo 5.º, números 1, 2 e 3, e artigo 8.º, a) e b), do Decreto-Lei n.º 445/85, de 20 de outubro. Cfr.: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, *Op. cit.* p. 11 e ss.

⁷² PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º373/07.4TVPR.T.P1, Relator Teles de Menezes, Porto, Acórdão do dia 02 jul. 2009. Grifou-se.

III – Do dever de actuar, segundo as regras da boa-fé, derivam três tipos de deveres pré-negociais: deveres de *protecção*, que determinam que as partes na fase negocial devem evitar qualquer actuação susceptível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais; deveres de *informação*, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte, com especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca; e deveres de *lealdade*, por forma a evitar comportamentos que se traduzam numa deslealdade para com a outra parte, aqui se incluindo a própria ruptura das negociações, quando a outra parte tinha adquirido justificadamente a confiança de que elas iriam conduzir à celebração do contrato. [...]

V – Não há motivo para limitar a responsabilidade do prevaricador ao interesse negativo ou de confiança, devendo ele responder, como manda o art. 227.º, n.º1, do CC, por todos os danos causados, nos termos gerais, tendo em conta, segundo a causalidade adequada (arts. 562.º e segs., do CC), os lucros cessantes, embora descontando, sempre de acordo com os princípios da responsabilidade, as vantagens advenientes da violação para o prejudicado e, designadamente, não havendo contrato válido, o facto de ele não ter de cumprir e de não correr os riscos inerentes às vicissitudes contratuais. [...].

Ao se referir ao contrato de franquia, o acórdão é claro, ao relacionar obrigações às partes na fase pré-contratual, que já atuam com deveres entre elas, ainda que não haja negócio firmado; e conforme o acórdão supracitado afirma claramente, esses deveres são baseados na boa-fé: o dever de protecção, o de informação e o de lealdade.

3.2 A boa-fé e os deveres acessórios ou anexos e a complexidade intraobrigacional

No rol dos princípios fundamentais do direito privado atual, a boa-fé objetiva e os deveres acessórios ou anexos correspondem ao verdadeiro pilar axiológico sobre o qual deve estar alicerçada a formação do contrato, desde as tratativas encetadas (culpa *In contrahendo*), passando pela execução do contrato, com efeitos projetados para além da vigência contratual (culpa *post pactum finitum*)⁷³.

A complexidade intraobrigacional expressa, de forma clara, a ideia de que em um contrato não se encontra o simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia,

⁷³ CORDEIRO, António Menezes. **Violação Positiva do Contrato**. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B3f483a34-2ab7-4629-b7a2-06360260178b%7D.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2018. p. 134.

mas, antes, vários elementos jurídicos dotados de bastante autonomia para fazerem uma realidade composta; são esses os deveres anexos à prestação principal do contrato⁷⁴.

A prestação principal pode, ela própria, envolver várias operações materiais; constitui, porém, uma unidade jurídica constante em todas as obrigações do mesmo tipo que possa surgir. A obrigação, então, implica créditos múltiplos e se diz complexa, com diversas prestações principais ou uma principal e várias secundárias, baseadas na boa-fé, que, nesse caso, se torna imprescindível⁷⁵.

Esta complexidade intraobrigacional se desenvolve a partir do direito e, também, em um segundo nível, no qual, de uma simples contemplação de uma obrigação, há interpretação de sua fonte, um esquema de prestação a efetivar. O direito, todavia, não admite que haja danos a uma das partes ou sacrifício desmensurado a outra, cominando deveres destinados à realização da prestação e, com isso, tudo se torna, de modo derivado, devido⁷⁶.

Nesse sentido, tem-se que a própria interpretação contratual integradora, proposta por Larenz como sendo a mais ajustada ao exame judicial do alcance das cláusulas dispostas nas modalidades contratuais atípicas, que surgiram a partir de uma ideia de conformação harmoniosa das vontades que formaram o contrato, que vai além daquilo puramente dito nos seus dispositivos impressos, caracterizando, assim, os deveres acessórios⁷⁷.

Nesta obrigação complexa diferenciam-se vários elementos, entre eles a prestação secundária de deveres acessórios supracitados. A ideia de deveres acessórios foi desenvolvida pelos teóricos alemães Herholz e Larenz⁷⁸, que transformaram, primeiramente, a boa-fé de conceito psicológico em realidade jurídica e ético-normativa.

Dada a necessidade jurídica de se atarem as obrigações de boa-fé, torna-se aplicável o artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil⁷⁹, que ,ao considerar que as partes estão

⁷⁴ Id. Da Boa-fé no Direito Civil, *Op. cit.* p. 586.

⁷⁵ *Ibid.* p. 591.

⁷⁶ *Ibid.* p. 592.

⁷⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 424.

⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 589.

⁷⁹ *Ibid.* p. 594.

sujeitas a um dever de boa-fé contratual, o vínculo obrigacional não se esgota na execução da pura prestação. Impende sobre uma das partes toda uma série de deveres acessórios destinados a proporcionar à outra o bem que o direito lhe confere⁸⁰. Os deveres acessórios são independentes do dever de prestação principal e, em virtude disso, podem surgir, antes ou depois da extinção formal do negócio, ou até mesmo tutelar a situação de terceiros, estranhos aos limites formais do contrato, que deve ser protegido⁸¹.

Como o contrato de *franchising* é pautado pela confiança e pela lealdade entre as partes, ao longo de uma relação duradoura, o dever de boa-fé, nesse âmbito, terá uma especial intensidade. Todavia, a boa-fé não tem um conteúdo fixo e invariável, mas varia conforme a duração e a natureza da relação contratual subjacente⁸².

Os deveres acessórios são agrupados, tradicionalmente, na classificação tripartida: deveres de esclarecimento, de proteção e de lealdade. Bem condensadas, de modo doutrinário e objetivo, as três principais vertentes de onde provêm os deveres buscam assegurar a perfeita realização da prestação principal⁸³.

Os deveres de *proteção* impõem que, durante a vigência do contrato, ou por força das relações por ele estabelecidas, ainda que extinto o vínculo, ou mesmo quando ainda não formalmente estabelecido, em sede pré-contratual, o respeito ao cuidado e à proteção aos bens jurídicos ou à pessoa da contraparte sejam resguardados. Isto é, cada parte na relação contratual deve cuidar para que a outra não sofra lesões, nem em sua pessoa nem em seu patrimônio⁸⁴.

Como refere Menezes de Cordeiro⁸⁵, “[...] enquanto perdure um fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infringidos danos mútuos, nas suas pessoas e nos seus patrimônios”. Significa dizer que, no contrato de franquia, tais deveres hão de refletir na obrigação, não escrita ou prevista, de evitar quaisquer condutas que possam vir a causar danos à pessoa ou ao patrimônio da contraparte.

⁸⁰ Id. **Violação Positiva do Contrato**. Loc. cit. Acesso em: 04 abr. 2018. p. 131.

⁸¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 8.ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2009. p. 123.

⁸² CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 593.

⁸³ *Ibid.* p. 604.

⁸⁴ STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 110.

⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 604.

Assim, durante as tratativas, ainda na fase pré-contratual, passando pela fase de execução do contrato e com sobrevida à própria extinção formal do vínculo, vigora um imperativo de recíproca proteção e respeito aos legítimos interesses da outra parte, ainda que ela não mais esteja vinculada por contrato.

Também se impõe, por força do dever anexo de proteção, a abstenção, por parte do franqueador, da abusiva utilização de recursos promocionais arriscados, impostos por força contratual, que reduzem substancialmente a margem de lucro, de modo a colocar em risco a própria subsistência econômica do franqueado. Evidencia, outrossim, mesmo após a extinção formal do vínculo, a obrigação de o franqueado abster-se de qualquer conduta que venha a causar prejuízos à marca, ao franqueador ou aos demais franqueados⁸⁶.

Por outro lado, o dever de *esclarecimento*, concedido às partes contratantes antes, durante e após a execução, pelos quais ficam obrigadas, independentemente de previsão contratual específica, a fornecer todos os subsídios necessários à tomada de decisões e ao perfeito funcionamento do ajuste e levar ao imediato conhecimento da contraparte de toda informação ou ocorrência que possa ser tida como relevante ou apta a causar efeitos econômicos ao parceiro comercial⁸⁷.

Portanto, esse dever submete as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, desde as ocorrências que julguem ter relevância para a relação saudável e honesta até os efeitos que lhes possam suceder e aqueles que da execução contratual possam advir⁸⁸.

Por sua vez, o dever de lealdade, no ensinamento do precitado jurista lusitano⁸⁹, obriga as partes, na pendência contratual, a se absterem de comportamentos que possam prejudicar ou ludibriar o objetivo do negócio, bem como desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Segundo o autor, nesse caso, também podem surgir deveres na atuação positiva, ainda que a maioria dos exemplos vigentes seja de deveres

⁸⁶ BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. *Op. cit.* p. 6498.

⁸⁷ Como já explicitado acima quando se discorreu acerca da boa-fé pré-contratual, cfr.: VARELA, João de Matos Antunes *Op. cit.* v. I. p. 267.

⁸⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 605.

⁸⁹ *Ibid.* p. 606.

de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, entre outros.

As partes do contrato devem prestar o dever de lealdade durante a fase pré-contratual, a vigência dele ou até após sua extinção, pois possuem o condão de restringir a prática de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o outro contraente.

Esses deveres de conduta decorrem da boa-fé objetiva⁹⁰ e não do contrato em si, quando não resultem apenas de mera interpretação contratual, mas, antes, das exigências do sistema. O contrato de franquia, nesse diapasão, pode ser enquadrado como um contrato em que tais deveres se enquadram na essência do próprio dever principal, já que a não concorrência, o sigilo de *know-how*, entre outros que necessitem da lealdade e boa-fé quanto à natureza, são deveres laterais da obrigação principal⁹¹.

Ao considerar a especial intensidade da boa-fé no âmbito dos contratos de *franchising*, existem inúmeras situações referentes a tais contratos como exemplificativas de violação aos deveres anexos e jungidos à matriz da boa-fé objetiva, verificadas antes da celebração do contrato (*in contrahendo*), durante a sua execução e após o encerramento formal do vínculo (*post pactum finitum*), que poderá envolver um descumprimento dos seus deveres acessórios, o que se traduz em má-fé e implica a violação contratual. Tais infrações assumem contornos diferenciados, seja sob a forma de uma violação negativa, seja sob como inadimplemento absoluto ou, ainda, revelando-se uma violação positiva do contrato.

3.3 A violação positiva do contrato

A atual concepção do contrato como obrigação complexa não mais se satisfaz com a noção de prestação e contraprestação como requisitos formais e exaurientes dos deveres assumidos pelas partes. O conteúdo da obrigação principal seria dado pela interpretação

⁹⁰ Em relação aos deveres de lealdade, impostos ao franqueado, cita-se, à guisa de exemplo, a vedação do comportamento do franqueado, que, após ser notificado, pelo franqueador, de que não terá o contrato renovado, passa a aliciar outros franqueados, incitando-os a se desligarem da rede de lojas do franqueador.

⁹¹ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 607; STEINER, Renata C. *Op. cit.* p. 117.

das fontes e a boa-fé é chamada a intervir como meio de aferição do cumprimento ou não dos deveres cometidos a cada uma das partes⁹².

Atualmente, exige-se a satisfação material de uma estrutura obrigacional, de modo a atender à sua finalidade, ou seja, à causa motivadora da aproximação das partes e do ajuste de vontades; impõem-se obrigações e deveres de colaboração não apenas ao devedor da prestação, mas também ao credor de uma obrigação.⁹³

A violação positiva do contrato começou com os estudos de Hermann Staub, em 1902, publicados no BGB - O Bürgerliches Gesetzbuch, o Código Civil da Alemanha, refere-se à obrigação do devedor de indenizar o credor cuja prestação se torne impossibilitada e à indenização do credor pelos danos advindos da mora. Entretanto, tal teoria não se refere a quando o devedor viola a obrigação por meio de uma atuação positiva, omitindo ou praticando uma conduta devida, mas, em termos imperfeitos; logo, há uma lacuna nessa lei⁹⁴.

A diversidade ampliou-se gradativamente, de acordo com as investigações posteriores, impulsionadas pelas necessidades práticas; multiplicaram-se as modalidades iniciais e tornaram a violação positiva do contrato uma exclusão de todas as violações culposas de uma vinculação que não pudesse integrar nem a impossibilidade nem a mora do devedor⁹⁵.

Com isso, havia várias diretrizes sobre a lacuna presente⁹⁶, em estudo mais aprofundado, Stoll (1932) distinguiu, na obrigação, um interesse de prestação e um interesse de proteção. Ao serviço do primeiro, resultam deveres do contrato, a

⁹² CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 591.

⁹³ VARELA, João de Matos Antunes. *Op. cit.* v. I. p. 129.

⁹⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 595.

⁹⁵ STOLL, Heinrich. “Abschied von der lehre von der positive Vertragsverletzung”, **AcP** 136 (1932), 257-320 (262 e 314) *apud* CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 597.

⁹⁶ Existiam estudos distintos sobre a lacuna presente nesse preceito; o primeiro deles defendia não haver lacunas, sendo plausível a violação positiva ser reconhecida e reconduzida à impossibilidade; havia outro que sustentava o fato se inserir o problema na violação da boa-fé, uma vez que ela é apontada sempre que se busca um apoio jurídico-positivo; o terceiro deles pugnava, de acordo com os julgados e a convicção da obrigatoriedade da figura, o direito consuetudinário; outro manifestava-se pela inexistência da norma, utilizando-se de analogia para acabar com a lacuna em tela; por fim, o estudo mais avançado referia-se ao dever de proteção, de base legal (CORDEIRO, António Menezes. **Violação Positiva do Contrato**. *Loc. cit.* Acesso em: 04 abr. 2018. p. 142).

interpretação e a complementação segundo a boa-fé, que depende da obtenção efetiva do objetivo da prestação.

O segundo, o dever de proteção, também se assenta no princípio da boa-fé, uma vez que as partes em um contrato se obrigam, naturalmente, a uma relação de confiança, logo, é possível a infração de danos mútuos, e a boa-fé, em sua essência, protege o dever de não o fazer⁹⁷.

Em Portugal, o devedor ligado à efetivação de uma prestação pode violar o seu dever por uma das duas formas, por meio do puro e simples não cumprimento ou impossibilitando a prestação, em que se aplicam os artigos 798.º e 801.º, n.º 1, do Código Civil. Não obstante, vislumbra-se uma terceira possibilidade, a que a legislação civil não refere⁹⁸, qual seja, a do cumprimento defeituoso⁹⁹.

O mau cumprimento da obrigação principal permite ao credor, segundo Menezes de Cordeiro¹⁰⁰, recusar o cumprimento¹⁰¹, aplicando, por analogia, o artigo 763.º, n.º 1, do Código Civil¹⁰². A obrigação acessória a ser aplicada equipara-se à principal, já que o dever acessório se inscreve no conteúdo dela; assim, a obrigação das partes contratantes, vista como um processo, não se mostra completa, senão pela observância do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse que motivou a celebração desse e que se mostra exigível da parte que, voluntariamente, se obrigou¹⁰³.

Os deveres acessórios são reportados à boa-fé e inserem-se na terceira sistemática da evolução juscientífica subsequente: a maneira pela qual um direito é exercido se mostra determinante para a sua licitude e para que possa merecer a tutela jurídica, haja vista a razão de se garantir a tutela residir, justamente, no fato de que o negócio deve ser

⁹⁷ Id. Da Boa-fé no Direito Civil, *Op. cit.* p. 598.

⁹⁸ Vem referida no artigo 799.º, n.º 1, mas só para regular o ônus da prova que incumbe ao devedor.

⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Violação Positiva do Contrato**. Loc. cit. Acesso em: 04 abr. 2018. p. 139.

¹⁰⁰ Id. **Direito das Obrigações**. v. II. Lisboa: AAFDL, 1980. p. 441.

¹⁰¹ Note-se: uma vez aceito – e não sendo do seu conhecimento tal vício – poderá a parte anular, por erro, o ato e seguir, novamente, as regras da impossibilidade ou do não cumprimento; todavia, se souber do vício, caberá verificar-se, de acordo com o caso concreto, se houve dação em cumprimento, remissão ou outra figura, seguindo o regime correspondente. *Ibid.* p. 441.

¹⁰² Se o credor pode recusar a prestação quantitativa insuficiente, pode também fazê-lo em relação à qualitativamente deficitária.

¹⁰³ CORDEIRO, António Menezes. **Violação Positiva do Contrato**. Loc. cit. Acesso em: 04 abr. 2018. p. 144.

celebrado para um fim considerado pelo ordenamento jurídico e, por isso, merecedor de proteção¹⁰⁴.

Portanto, a violação positiva surge, também, como causa de inadimplemento da obrigação, em face do cumprimento imperfeito e da infração aos deveres anexos da boa-fé objetiva, mesmo nos casos em que não se pode afirmar a existência de mora ou inadimplemento absoluto da obrigação.

No contrato de franquia, materializam-se situações em que se verifica, de forma clara, a incidência de uma violação positiva do contrato. Como exemplo, por meio da infringência de deveres acessórios de informação, proteção e lealdade, que é o campo completo para a aplicação do instituto, cabe ressaltar que os danos causados, nessa seara, não decorrem de uma infração contratual típica, visto não haver mora ou inadimplemento absoluto, mas de uma ofensa à cláusula geral de boa-fé a impor aos contratantes a obrigação de zelar pelos interesses e pelo patrimônio um do outro.

Ou seja, verifica-se esse instituto por meio de um cumprimento imperfeito ou de uma violação de um dever de abstenção advindo da boa-fé, que culmina por configurar uma infração contratual positiva, apta a ensejar a indenização pelos danos causados, a rescisão da avença ou a invocação da exceção do contrato não cumprido¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Id. Da Boa-fé no Direito Civil, *Op. cit.* p. 604.

¹⁰⁵ *Ibid.* p. 605.

4 AS FORMAS DE CESSAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

Nesse tipo de contrato, há uma relação obrigacional complexa e duradoura, como já dito anteriormente. Existe uma série de critérios auxiliares não decisivos para a resolução do problema, portanto, ele não se extingue como o contrato que decorre de obrigações com prestações instantâneas, pelo cumprimento delas, mas antes da caducidade, do acordo, da denúncia ou da resolução¹⁰⁶.

As formas de cessação do contrato de franquia são as mesmas existentes para a extinção do contrato de agência¹⁰⁷, na forma do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, que é o contrato típico mais próximo do de franquia, aplicando-se, pois, por analogia, sempre que possível.¹⁰⁸

No entanto, há de se tomar cuidado ao se utilizar a legislação vigente para o contrato de agência por analogia ao de franquia, uma vez que cada um deles tem uma especificidade especial no que tange aos direitos e deveres das partes quando se trata da cessação do contrato¹⁰⁹.

É exatamente esse o posicionamento exarado pela jurisprudência lusitana a respeito do uso da analogia *in casu*, conforme os acórdãos dos dias (i) 24 de abril de 2003 e (ii) 09 de janeiro de 2007, abaixo transcrito:

(i) Regime jurídico aplicável - o do contrato atípico de franchising apenas se podendo recorrer às normas que regulam o de cessão de exploração onde elas não colidam com o regime daquele (CC- 405 e ainda por analogia, ao abrigo do art. 10.º CC, o regime do dec. lei 178/86, de 03.07, por mais próximo ser o do contrato de agência, sem prejuízo de normas que apenas a este se aplicam).

¹⁰⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Op. cit.* v. I. p. 276; VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 105.

¹⁰⁷ Distingue-se do Brasil ao fato que não se tem previsão legal sobre as formas de cessação do contrato de franquia, entretanto, este se baseia nos princípios gerais dos contratos. A forma mais frequente é o fim do prazo convencionado entre as partes. Outra forma de extinção é por meio do Distrato, que é um contrato que tem por objeto extinguir as obrigações estabelecidas em contrato anterior, que ainda não foi executado na sua totalidade (artigo 472.º do Código Civil do Brasil). Outra forma de dissolução do contrato em tela, sobre o qual o artigo 473.º do Código Civil Brasileiro versa, é a rescisão unilateral. A Lei de Franquia Brasileira não se refere quanto ao prazo mínimo para resilir unilateralmente o contrato, sendo necessária análise do caso concreto.

¹⁰⁸ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 115.

¹⁰⁹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 106.

[...]

Se o exercício do direito de resolução, no regime geral (CC- 793-2, 799-1, 801-2, 802 e 808), depende do incumprimento culposo já quer pelo acordado quer pela natureza em si do contrato de franchising quer pela aplicabilidade analógica das normas do contrato de agência pode assentar em factos não culposos (cfr. Maria Helena Brito in O Contrato de Concessão Comercial, p. 227)¹¹⁰.

(ii) O “franchising” é um “species” do “genus” contrato de distribuição indirecta integrada e, sendo atípico, são-lhe aplicáveis, por analogia, as regras que disciplinam o contrato matriz de distribuição – o contrato de agência – sem prejuízo da inaplicação de normas exclusivas desse¹¹¹.

Posto isso, passa-se à análise das formas de cessação do contrato em tela.

4.1 Acordo entre as partes

As partes, ao se ampararem no princípio da liberdade contratual, podem ou não livremente pactuar, nos limites da lei, e fixar o seu conteúdo, de acordo com o previsto no artigo 405.º do Código Civil¹¹². Assim como, a partir disso, inserir uma cláusula que prever a cessação da relação contratual existente, por mútuo acordo, nos mesmos moldes em que estabelecido pelo artigo 406.º, n.º 1, do Código Civil¹¹³. Trata-se, pois, de um contrato extintivo ou *contrarius consensus*¹¹⁴.

Ao optarem pelo acordo mútuo para a cessação do contrato de franquia, a única exigência é que seja feito por escrito, consoante estipulado no artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 178/86¹¹⁵, aplicado por analogia, com vistas a garantir uma segurança jurídica ao que foi acordado, já que não há nenhum obstáculo legislativo quanto às partes

¹¹⁰ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 03A1035, Relator Lopes Pinto, Acórdão do dia 24 abr. 2003.

¹¹¹ Id. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 06A4416, Relator Sebastião Povoas, Acórdão do dia 09 jan. 2007.

¹¹² Artigo 405.º do Código Civil: 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

¹¹³ Artigo 406.º do Código Civil: 1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.

¹¹⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 107.

¹¹⁵ Nos termos de tal dispositivo: “O acordo pelo qual as partes decidem pôr termo à relação contratual deve constar de documento escrito”.

convencionarem um prazo de duração do contrato que se amolde melhor aos seus próprios interesses¹¹⁶.

Pinto Monteiro¹¹⁷ complementa essa ideia, ao afirmar que o acordo recíproco, além de constar em um documento escrito, deve reunir todos os requisitos de validade do negócio jurídico, tais quais: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável etc.

É com base na natureza autônoma do contrato de franquia que se permite ampla liberdade no exercício do mútuo acordo, que pode vir a cessar contratos por tempo determinado antes do prazo inicialmente convencionado – não necessita de pré-aviso nesta modalidade – produzem-se, pois, se assim for o caso, efeitos imediatos, bem como cessação de contratos por tempo indeterminado.

O único mecanismo que pode, de alguma forma, interferir na liberdade das partes é a comprovação de violação ao princípio da boa-fé¹¹⁸, acarretando, assim, a responsabilidade civil.

4.2 A Caducidade¹¹⁹

A caducidade é caracterizada pela extinção do contrato com duração determinada por força do decurso do prazo estipulado, da consecução do fim em vista ou de qualquer outro fato ou evento superveniente – como exemplo, a morte de uma pessoa ou a extinção

¹¹⁶ SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op. cit.* p. 47.

¹¹⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Direito Comercial**: Contratos de Distribuição Comercial. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009. p. 133.

¹¹⁸ Fernando Pinto afirma que essa liberdade é decorrente de qualquer contrato bilateral, não apenas do contrato de franquia. Defende que 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: PINTO, Fernando A. Ferreira. **Contratos de Distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013. p. 313. Todavia, há quem defenda 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 que se concretize (BARATA, Carlos Lacerda. **Anotações ao novo regime do contrato de agência**. Lisboa: LEX, 1994. p. 65).

¹¹⁹ É uma modalidade de extinção contratual bastante comum nos contratos portugueses em geral; além da agência, a caducidade também se encontra presente no comodato (artigo 1141.º Código Civil), na locação (artigo 1051.º Código Civil) e no mandato (artigo 1174.º do Código Civil).

(caso se trate de uma pessoa coletiva) – a que a lei atribua efeito extintivo e não retroativo (*ex nunc*) da relação contratual¹²⁰.

Esta se refere a uma 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 de o contrato de agência cessar sem a presença de qualquer manifestação de vontade dirigida, bastando apenas a observância de um fato jurídico *stricto sensu*¹²¹.

Uma vez decorrido o prazo acordado, o contrato cessa sem mais, assim como todos os contratos por tempo determinado, analogicamente ao que dispõem os artigos 26.º e 27.º do Decreto-Lei n.º 178/86. É certo que o artigo 26.º não é taxativo, também são possíveis outros casos de caducidade,¹²² posto que tal dispositivo não pretende enumerar todos os eventos que determinam a caducidade¹²³.

Em sua alínea (a), é prevista a possibilidade de as partes pré-determinarem a duração da relação contratual, respeitando os princípios da boa-fé, sem que isto se constitua, de modo peremptório, em incompatibilidade com a necessária estabilidade do vínculo, elemento tipificador do contrato.

Já na alínea (b), caso se constate que a impossibilidade absoluta ou definitiva das condições em que as partes se subordinaram se deu por culpa, abre-se a opção para o credor 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 devido ao risco assumido pelo credor, o que não é saudável à prática negocial.

No entanto, sendo os contratos duradouros, a mera impossibilidade não pode ocasionar a extinção do vínculo, devido ao caráter da obrigação contraída. É necessária

¹²⁰ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **O contrato de franquia: franchising**, *Op. cit.* p. 107.

¹²¹ MONTEIRO, António Pinto. Contratos de agência, de concessão e de franquia: “franchising”. **Boletim da Faculdade de Direito**: Número Especial – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Coimbra, v. 3, p. 303, 1984.

¹²² A falência do agente é um exemplo de caducidade não expresso na lei, cfr.: Id. **Direito Comercial: Contratos de Distribuição Comercial**, *Op. cit.* p. 112-113.

¹²³ Id. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 6.ed. p. 117.

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 cumprimento¹²⁴.

Por fim, na extinção do contrato devido à morte do agente, existe uma flexibilidade, uma vez que esta só é prevista se as qualidades pessoais do contratante, de alguma forma, tiverem motivado a contratação, caso contrário, não se justifica a extinção dos vínculos. Somente em contratos com caráter personalíssimo, *intuitu personae*, nos quais a confiança integra o seu núcleo, é que se pode basear a sua cessação na morte do agente ou na extinção da pessoa jurídica, o que, muitas vezes, é o caso do contrato de *franchising*.

Ao se aplicar o que disposto no artigo 27.º da referida lei, as partes, ao continuarem cumprindo o contrato mesmo após o termo desse, promoverão a renovação tácita desse negócio jurídico, ou seja, este se renovará por tempo indeterminado¹²⁵. Sobrevindo a dita transformação por tempo indeterminado, assim como no contrato de agência, o legislador pretende proteger as partes, uma vez que, se renovado por igual período de tempo, poderia uma das partes cessar tal contrato sem aviso prévio, estando a contraparte desprevenida.

Ao transformar em contrato por tempo indeterminado, pode ser relevante para vários efeitos, um dos principais deles é que este contrato só poderia ser extinto por meio da denúncia, a qual necessita de pré-aviso para a cessação¹²⁶. Fala-se em transformação e não renovação, porque, em sentido técnico, trata-se de um novo contrato – o antigo caducou pelo decurso do prazo. Ainda que prossiga a relação contratual, há elementos que mudam, pelo que o contrato deixa de ser por prazo determinado e passa a ser por tempo indeterminado¹²⁷.

Nada impede, contudo, que as partes prevejam, no contrato, sua prorrogação por

¹²⁴ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. cit.* p. 317-325.

¹²⁵ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 108.

¹²⁶ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 6.ed. p. 116.

¹²⁷ *Ibid.* p. 119.

um determinado período de tempo¹²⁸, de igual ou de diferente duração, desde que nenhuma delas notifique a outra, mediante pré-aviso, respeitados os tempos mínimos estabelecidos no artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 178/86, a intenção de se opor ao prazo. Essa oposição à renovação do contrato deve ter uma justa causa, em virtude do prejuízo que pode advir para o franqueado¹²⁹, caso não ocorra nenhuma das duas opções citadas acima, o contrato cessa sem necessidade de pré-aviso¹³⁰.

Sobre o aviso prévio no caso em tela, Fernando Pinto¹³¹ defende não ser ele necessário, apesar de afirmar que existem doutrinas alemãs que sustentam o pré-aviso na caducidade, com espeque no princípio da boa-fé. O autor acredita que deva ser de forma oposta, uma vez que o conceito básico do pré-aviso é notificar a contraparte, com antecedência, da extinção do contrato, a fim de que ela tome as providências que julgar necessárias.

Ora, se a parte já tem ciência prévia da data ou das circunstâncias em que o contrato findará, ela não poderá alegar que foi surpreendida pela extinção do contrato, visto que nenhum dos informantes há de ser comunicado sobre aquilo que deva saber.

Um tema nesse contexto que está em debate diz respeito ao investimento inicial a que o franqueado é obrigado a promover e o tempo durante o qual ocorre a sua rentabilização razoável, ou seja, concerne ao prazo mínimo para o contrato em tela estar em vigor e dele decorrer o retorno mínimo necessário ao franqueado.

Na Itália, a lei sobre *franchising* prescreve que o contrato celebrado por tempo determinado deverá garantir ao franqueado uma duração mínima suficiente à amortização do investimento e, de qualquer forma, não inferior a três anos¹³².

Em Portugal, não há legislação que regule a franquia, mas tem-se defendido este posicionamento ao se aderir ao *European Code of Ethics for Franchising*, que prevê, em

¹²⁸ A quantidade de prorrogações pode ser estipulada no contrato ou não ser estabelecido nenhum limite, prorrogando, assim, o contrato por períodos sucessivos se nenhuma das partes a isso se opuser (*Ibid.* p. 120).

¹²⁹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 113.

¹³⁰ *Ibid.* p. 109.

¹³¹ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Op. cit.* p. 320-325.

¹³² Artigo 3.º da *Legge 6 maggio 4*.

seu artigo 5.º item 4, que o contrato de franquia deverá durar o tempo necessário ao efetivo retorno para o investidor.

A princípio, não deve ser um prazo fixo, caso se verifique e seja demasiadamente curto para que o franqueado possa – atendendo ao tipo de franquia, aos investimentos realizados e à prestação inicial – em condições normais, recuperar o esforço financeiro de investimento, a cláusula contratual geral será nula¹³³.

Cabe ao juízo, no caso concreto, a respectiva análise, com fulcro na razoabilidade, na modalidade de franquia discutida e nas obrigações atribuídas ao franqueado, bem como na boa-fé constatada no contrato, de modo a se chegar a um conceito mais próximo da realidade contratual daquelas partes.

4.3 A denúncia

Quando o contrato é por tempo indeterminado, admite-se¹³⁴ a sua cessação por declaração de uma das partes à outra, comunicando o fim da relação contratual ou obrigacional a que se está vinculado, emergente de um contrato bilateral, por analogia do que insculpido no artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 178/86¹³⁵, que estabelece as condições em que a denúncia é permitida¹³⁶.

Configura-se como um autêntico direito potestativo que, assim como a caducidade, é exclusivo de uma modalidade de contrato específica. Nesse caso, refere-se aos contratos por prazo indeterminado, diversamente do que se passa com a caducidade, que respeita aos contratos por tempo determinado.

¹³³ De acordo com os artigos 12.º, 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, cfr.: VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 111.

¹³⁴ SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op. cit.* p. 54.

¹³⁵ Artigo 28.º (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.

¹³⁶ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 114.

Segundo Luís Miguel Vasconcelos¹³⁷, essa modalidade de prazo indeterminado é menos comum; na prática, faz-se uso desse modelo em casos específicos¹³⁸, e os contratos por prazo determinado são mais comuns no regime de *franchising*.

Ainda que a denúncia apresentasse dificuldades à interpretação, em face do artigo 406.º do Código Civil, deve-se interpretar essa situação de acordo com a regra da inadmissibilidade de vinculações contratuais perpétuas, por contrárias à ordem pública¹³⁹. Essa denúncia tem forma livre e discricionária e não se faz necessário ser justificada¹⁴⁰, e obriga apenas uma das partes que esteja a declarar o fim da dita relação; trata-se de uma faculdade da qual gozam os contraentes como um direito potestativo.

Há doutrinadores¹⁴¹ que defendem ser esse direito um meio de impedir a prorrogação ou a renovação de um contrato celebrado por tempo determinado. Não obstante, a motivação, de fato, é provocar a cessação privativa dos contratos celebrados por tempo indeterminado, consoante dispõe o artigo 230.º do Código Civil. A notificação da contraparte é pressuposto de eficácia da denúncia, além de ser irrevogável; não pode a proposta ser alterada a partir do momento em que o denunciado tome conhecimento do seu teor.

Para a validade da denúncia, ao observar o prazo de pré-aviso, ele deverá ser resultante diretamente do acordo entre as partes e do princípio da boa-fé, confirmado pelo artigo 762.º do Código Civil. Bem assim da proibição do abuso do direito, de modo que o contrato só possa ser denunciado depois de ter decorrido um período de tempo razoável, e não imediatamente após o seu início de vigência¹⁴².

No que diz respeito aos prazos mínimos de pré-aviso, não é possível a aplicação analógica das normas do Decreto-Lei n.º 178/86, posto o contrato de franquia implicar,

¹³⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 114.

¹³⁸ Como exemplo, quando o próprio franqueado não conta com muita experiência no exercício do sistema em rede.

¹³⁹ Expressão clara quando se inclui entre as cláusulas absolutamente proibidas, e conseqüentemente nulas, aquelas disposições que “estabeleçam obrigações duradouras perpétuas” (artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 446/85).

¹⁴⁰ Essa possibilidade de se poder fazer cessarem contratos duradouros sem justa causa baseia-se na inadmissibilidade de vinculações perpétuas, explicitada no artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 178/86, visto tais vinculações serem consideradas nocivas à ordem pública.

¹⁴¹ VARELA, João Antunes. **Das Obrigações em geral**. 7.ed. v. II. Coimbra: Almedina, 2012. p. 280.

¹⁴² MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 6.ed. p. 124.

normalmente, investimentos de ordem superior aos da agência o que impõe que seus prazos sejam mais longos¹⁴³.

Nesse diapasão, aplica-se – caso as partes não tenham convencionado sobre o prazo – a regra do mandato comercial, que impõe o aviso com antecedência conveniente antes da denúncia¹⁴⁴. Esses prazos variam de acordo com a duração do contrato e os investimentos realizados e não devem, na maioria dos casos, ser inferiores a três meses.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça já manifestou entendimento de que não se aplicam os tempos mínimos de pré-aviso fixados no artigo 28.º, por serem muito curtos, haja vista os investimentos que esses contratos de franquia e de concessão envolvem:

V - A antecedência mínima fixada no art. 28.º daquele DL para o caso de denúncia não é aplicável por analogia aos contratos de concessão e de franquia, pois por via de regra importam investimentos de muito maior vulto por parte do concessionário e do franqueado do que os que estarão normalmente a cargo do agente, sendo, por isso de apurar casuisticamente a antecedência razoável em face das circunstâncias, muito especialmente dos investimentos que o distribuidor tenha feito, *maxime* se incentivados ou consentidos, expressa ou tacitamente, pela contraparte, e do tempo necessário para a sua amortização¹⁴⁵.

Posição conservada pela jurisprudência, visto que o Acórdão da Relação do Porto do dia 08 de fevereiro de 2018¹⁴⁶, se manifesta acerca desse assunto da seguinte maneira: “II – O artigo 28.º do mesmo diploma legal não é aplicável ao contrato de franquia, mas os prazos de pré-aviso aí estabelecidos podem ser usados como indicadores e referência”

Caso as partes já tenham pré-definido um período de tempo para o pré-aviso, e este se apresente insuficiente de acordo com os interesses em causa – por exemplo, os investimentos realizados ou o período de duração efetiva do contrato – ele deverá ser

¹⁴³ Id. **Direito Comercial**: Contratos de Distribuição Comercial, *Op. cit.* p. 138.

¹⁴⁴ Esse prazo poderá variar de acordo com a duração do contrato e os investimentos realizados, não devendo, no entanto, na maioria dos casos, ser inferior a três meses. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 115.

¹⁴⁵ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 05B603, Relator Oliveira Barros, Acórdão do dia 21 abr. 2005.

¹⁴⁶ PORTUGAL. Acórdão da Relação do Porto. Processo n.º 4133/16.3T8VNG.P1, Relator Carlos Portela, Acórdão do dia 08 de fevereiro de 2018.

verificado, uma vez que foi inserido em uma cláusula contratual geral¹⁴⁷ ou em uma disposição¹⁴⁸ negociada pelas partes¹⁴⁹.

Com efeito, nada impede que uma das partes denuncie o contrato sob condição suspensiva e o destinatário rejeite a alteração proposta ou, em uma outra formulação, que seja apresentada, ao mesmo tempo da denúncia, nova proposta de contrato e que o conteúdo dela conste¹⁵⁰. A necessidade de pré-aviso tem o intuito de combater rupturas bruscas que possam causar prejuízos às partes, decorrendo da boa-fé e da confiança presente no contrato em tela; a sua função é garantir a estabilidade mínima no período que antecede ao fim do contrato.

À medida que a denúncia é um elemento natural dos contratos, o pré-aviso é um elemento natural seu e, portanto, a denúncia não é capaz de desobrigar a contraparte de suas obrigações, isto é, não se pode utilizá-la como argumento para qualquer 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 sua celebração, situação em que o contrato por prazo indeterminado se assemelha a um contrato por termo certo¹⁵¹.

O período de pré-aviso é computado na duração total do contrato, mas nada obsta que as partes, por acordo recíproco, decidam antecipar os efeitos da denúncia para um prazo inferior do que o previsto em lei: o que não defende apenas os interesses da parte denunciada, mas o próprio denunciante pode ter interesse nisto.

¹⁴⁷ Neste caso, no âmbito do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de outubro, são proibidas as cláusulas contratuais gerais que coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de denúncia, imediata ou com pré-aviso insuficiente, sem compensação adequada do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis, sendo nulas as disposições pactuadas que o violem (vide artigo 12.º do mesmo diploma legal).

¹⁴⁸ No que se refere à cláusula contratual negociada, não há expressa disposição legal a se recorrer. No entanto, apenas nos casos em que não se assume ligação ao princípio da boa-fé na execução do contrato, bem como ao dever de lealdade e colaboração entre as partes, é que as partes poderão recorrer à anulação da cláusula, já que este tipo de contrato se baseia na confiança e liberdade contratual entre as partes; do contrário, terão de cumprir essas cláusulas pontualmente.

¹⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes de. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 1291.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 116.

¹⁵¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 628-632.

Inobstante, uma vez comprovado 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 poderá ter os seus efeitos operados de forma imediata, ou, em caso de não cumprimento contratual, abrir-se-á a possibilidade de se obter a resolução contratual. Tal possibilidade é mais uma decorrência da liberdade de autorregulação de interesses do direito privado.¹⁵²

Não sendo respeitado o prazo de pré-aviso, a parte que assim proceder deve indenizar a outra pelos danos causados pela falta do pré-aviso, tanto danos emergentes como lucros cessantes.¹⁵³

4.4 A resolução

A resolução é a extinção da relação contratual operada pelos contraentes com base em um fato posterior à celebração do contrato¹⁵⁴; é a modalidade de extinção contratual na qual se constata um abalo na relação sinalagmática. Essa forma, em regra, tem efeitos retroativos, exceto se contrariar a vontade das partes. O seu fundamento não é a vedação dos vínculos perpétuos, como é o caso da denúncia, corresponde a um instrumento que defende a confiança e a boa-fé, considerando-as essenciais à execução contratual adequada.

Para a resolução ser eficaz, faz-se mister que seja motivada ou fundamentada, e seu fundamento tem como pressuposto o grave ou reiterado descumprimento das obrigações contratuais, bem como circunstâncias de natureza pessoal ou de ordem objetiva. A princípio, a resolução tem efeitos retroativos, com base no artigo 464.º do Código Civil – exceção feita aos casos de violação da vontade das partes e aos contratos de execução continuada.

É um direito de transformação contratual, podendo verificar-se em contratos por prazo determinado ou indeterminado, não tendo o caráter exclusivo que a caducidade e a

¹⁵² MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 6.ed. p. 129.

¹⁵³ *Ibid.* p. 129.

¹⁵⁴ VARELA, João Antunes. *Op. cit.* v. II. p. 275.

denúncia possuem e também pode ser total ou parcial no que diz respeito ao seu teor, bem como, novamente em oposição àquelas, deve ser motivada.

É uma modalidade de cessação contratual dotada de condicionalismo justificativo, em que a relação de colaboração e confiança entre as partes com interesses estão em pauta, quando não se veem dificuldades na aplicação, analógica, do disposto na lei dos contratos de agência, nomeadamente, o artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 178/86¹⁵⁵. Nesse sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa¹⁵⁶ que se refere à resolução pautada no artigo 30.º do Decreto acima mencionado:

5- A resolução do contrato operada pela Ré face ao incumprimento contratual reiterado da Autora, presente a natureza interdependente dos franquiados e da marca que promovem, com as obrigações assumidas pelo franqueador, e para interesse de todos, pois que, a falha de um afecta necessariamente o negócio piramidal, e dessa forma, considera-se gravoso, verifica-se o condicionalismo previsto na alínea a) do artigo 30.º do DL n.º 178/86.

Quando o contrato de franquia é resolvido, coloca-se em pauta o fato de que uma das partes faltou com o cumprimento da sua obrigação, mas não é qualquer situação de não cumprimento, de uma ou mais obrigações, que legitima a outra parte a resolver o contrato.

A lei exige que a falta de cumprimento assumida especial importância, seja pela gravidade, seja pela reiteração, ou em que se verifiquem circunstâncias que impossibilitem a execução da finalidade contratual e não é razoável que o contrato dure pelo prazo determinado¹⁵⁷.

Nesse sentido, cita-se o seguinte excerto de julgado do Supremo Tribunal de Justiça¹⁵⁸: “6) A justa causa para a resolução do contrato de franchising não se basta com o simples incumprimento mas com uma conduta grave e reiterada que torne inexigível a manutenção do vínculo contratual”.

¹⁵⁵ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 118.

¹⁵⁶ PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 8139/2008-7, Relatora Isabel Salgado do dia 16 de dezembro de 2008.

¹⁵⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 6.ed. p. 131.

¹⁵⁸ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 06A4416, Relator Sebastião Povoas, Acórdão do dia 09 jan. 2007.

Reitera-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto¹⁵⁹ ao se referir aos ensinamentos de Pinto Monteiro na defesa de que “*Não basta um incumprimento ‘tout court’*”:

Diz o Prof. Pinto Monteiro que certas causas ainda que pouco graves podem justificar, em determinadas situações, a resolução, sempre que ocorra "perda de confiança justificada" ("Contrato de Agência", III). Exige-se um incumprimento de especial relevo, quer pela natureza da infração em si e das suas circunstâncias, ou da perda de confiança que cria na contraparte, quer pela sua repetição, ou reiteração, em termos de não ser de exigir à outra parte a manutenção do vínculo contratual.”

No caso do contrato de franquia, ao se utilizar por analogia a legislação do contrato de agência, observam-se as obrigações contratuais cuja violação atinge o equilíbrio do contrato e assumem tal gravidade que constituem, por conseguinte, o adimplente no direito à resolução do contrato.

Ao tornar inexigível a sua continuação, pode destacar-se, relativamente ao franqueador, a obrigação de transmitir e de aperfeiçoar o seu *know-how*, de manter e potenciar a boa imagem da rede, bem como de conceder uma assistência eficaz e atempada à contraparte, entre outras prestações necessárias ao bom andamento da relação contratual.

Já o franqueado, nessas mesmas circunstâncias, deverá realizar, pontualmente, as prestações pecuniárias a que negocialmente se obrigou, seguir as instruções respectivas e respeitar o direito de controle do franqueador, entre outros.

Tais premissas são o fundamento objetivo de uma justa causa, que não consiste meramente em uma violação contratual, mas também pode apoiar-se em qualquer outro fato ou situação ligada ao comportamento das partes ou à subsistência do vínculo do contrato ou que impossibilitem ou comprometam gravemente a realização do escopo visado ¹⁶⁰.

¹⁵⁹ PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Processo n.º 4133/16.3T8VNG.P1, Relator Carlos Portela, de 08 de fevereiro de 2018.

¹⁶⁰ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 119.

Aplica-se, analogicamente, o artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 178/86¹⁶¹, isto é, a gravidade de uma determinada violação contratual poderá derivar, por vezes, do carácter reiterado dessa, de tal forma que não seja exigível a manutenção do vínculo contratual¹⁶².

Em sua alínea (a), reitera que, ainda que o descumprimento, por si só, não prejudique muito o interesse do credor, poderá, tanto pela natureza quanto pelas circunstâncias em que se verificou, confrontar a relação de confiança mútua havida entre as partes. O lesado pode requerer a resolução do contrato, uma vez que este não é um contrato de apenas uma troca, mas, sim, baseado no dever genérico de cooperação, de lealdade e de boa-fé, dada a entrega de confiança entre as partes.

A declaração da resolução está prevista no artigo 31.º do Decreto Lei n.º 178/86, que estabelece que a forma deve ser escrita, com um prazo de caducidade de um mês – 30 dias – após o conhecimento do fato que a ensejou, além de postular a necessidade de a contraparte ser notificada dos fundamentos que justificam a resolução.

O prazo de caducidade, nesse caso, visa a impedir que as partes desvirtuem o carácter da resolução, resguardando a boa-fé, requisito para a vigência do contrato, e é o período para que a parte lesada reflita e pondere se deseja ou não continuar na relação contratual específica.

No caso de não cumprimentos reiterados, esse prazo começará a correr no momento em que a situação atingir um patamar considerável de gravidade¹⁶³ e a motivação, obrigatória, deve ser objetiva, de forma clara e inequívoca e não podem ser meras declarações com conteúdo genérico ou impreciso.

¹⁶¹ 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.

¹⁶² Existe a possibilidade, muito comum em contratos duradouros, especialmente o de franquia, que envolve um tipo de confiança e colaboração entre as partes, de elas estipularem cláusulas resolutivas expressas, baseadas nos seus próprios interesses, ou seja, preverem alguns fatos negocialmente determinados que possam levar um dos contraentes a requerer o direito de resolver o contrato sem mais. Quando resulta de uma cláusula contratual geral, refere-se à análise do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

¹⁶³ Carlos Barata manifesta posicionamento diverso, no que diz respeito ao início da contagem do prazo em situações de descumprimentos constantes; para ele, o prazo de caducidade deve iniciar-se após a cessação do fato continuado, sob o argumento de que tal prazo pode beneficiar o infrator (BARATA, Carlos Lacerda. **Anotações ao novo regime do contrato de agência**. Lisboa: LEX, 1994. p. 78).

Alcança-se o seu objetivo, em regra, extrajudicialmente, por meio de uma declaração escrita à contraparte da intenção de pôr fim à relação contratual¹⁶⁴, embora, por vezes, tenha-se de recorrer à via judicial¹⁶⁵.

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. Esse é um tópico que causa polêmica, uma vez que, caso o franqueado entenda que está perante uma resolução abusiva e que, conseqüentemente, o contrato não cessou, poderá pretender continuar a fazer uso do nome comercial e do logotipo do franqueado.

Diante desse problema, a jurisprudência francesa já se manifestou, no sentido de que o logotipo poderá ser mantido até que exista decisão judicial definitiva, mas, se o tribunal entender favoravelmente ao franqueador, o franqueado que manteve o logotipo durante esse período deverá indenizar aquele, em sentido contrário, a jurisprudência Italiana, mais especificamente o tribunal de Milão¹⁶⁶

Luís Vasconcelos¹⁶⁷ posiciona-se a respeito dessa questão, isto é, da utilização do logotipo enquanto não há decisão judicial definitiva, referindo que, em Portugal, ao resolver uma das partes o contrato, este cessa imediatamente os seus efeitos. Isto independe de a outra parte se dirigir ao tribunal para que se pronuncie pelo caráter ilícito do exercício da resolução; do contrário, esse meio de cessação do contrato acabaria sempre redundando numa extinção por via judicial o que vai de encontro ao artigo 436.º do Código Civil, regra geral nesse ponto¹⁶⁸.

Portanto, ao se referir ao caráter da relação de confiança entre as partes do contrato de franquia e ao tempo que mediará entre o exercício ilícito do direito e a decisão judicial, afigura-se mais correto o entendimento de que o contrato cessa definitivamente quando da ocorrência da declaração de sua resolução.

¹⁶⁴ Artigo 436.º do Código Civil.

¹⁶⁵ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 118.

¹⁶⁶ *Ibid.* p. 121.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 122.

¹⁶⁸ É claro que é possível a parte a quem a resolução é declarada recorrer ao tribunal, uma vez que entende que o direito foi mal exercido ou que não existia; porém, a sentença decidirá sobre a existência do direito e pela natureza, declaratória, correta do seu exercício, e não sobre o caráter de produção do efeito extintivo do contrato.

O forte caráter *intuitu personae* desse contrato se justifica, ainda que a ilicitude da resolução não impeça a extinção do contrato, tendo a outra parte direito de cunho meramente indenizatório¹⁶⁹.

O não cumprimento das obrigações, além da resolução – verificados os respectivos pressupostos, legal e convencionais – e do direito de ser indenizado pelos danos sofridos (danos emergentes e lucros cessantes), se o inadimplemento não constitui fundamento bastante para a resolução, permanece, ainda assim, o direito ao ressarcimento pelos prejuízos causados¹⁷⁰.

Em relação ao montante para a indenização, não deverá ser usado, analogicamente, o artigo 32.º do Decreto-Lei 178/86 de 03 de julho, já que o lucro obtido no contrato de franquia é, de maneira geral, bem mais elevado que a remuneração dos agentes. Não parece adequada a utilização do valor do lucro obtido pelo franqueado como critério para o cálculo das indenizações, sob pena de elas alcançarem valores muito exagerados.

Somente se deverá recorrer a tal critério em casos extremos, nos quais se constate um verdadeiro abalo no sinalagma, como, por exemplo, quando houver a necessidade de que uma das partes arque com todos os prejuízos, não sendo razoável, frise-se, a sua utilização em todo e qualquer caso em que reste constatada a necessidade de uma indenização pós-contratual.

Nesse sentido, o posicionamento do Tribunal da Relação de Lisboa¹⁷¹, visto que se refere à aplicação analógica do contrato de agência ao contrato de franquia:

I – No contrato de franquia o direito à resolução e respectivos termos decorrerá, em primeiro lugar, das estipulações das partes constantes do contrato celebrado e, por outro lado, do modelo da resolução do contrato acolhido na lei para o contrato de agência, aplicável com as adaptações necessárias. [...]

¹⁶⁹ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 6.ed. p. 134.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 135.

¹⁷¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. N. 124822/12.4YIPRT.L1-2, do dia 06 de março de 2013, relatora Maria José Mouro.

Em virtude disso, é importante que o juízo, de acordo com o caso concreto, quando se depreenda a necessidade de uma indenização, tente encontrar outros critérios que sejam mais proporcionais aos danos causados, valendo-se, pois, *in casu*, da analogia do contrato de agência com restrições¹⁷².

¹⁷² TOMAZ, Raíssa Mendes. **A formação e a cessação do contrato de franquia**. 2015. p. 80. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais – Direito Empresarial) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra. 2015.

5 O DIREITO DAS PARTES APÓS A CESSAÇÃO DO CONTRATO

5.1 A boa-fé objetiva e a eficácia ulterior das obrigações advindas dos deveres laterais

A boa-fé objetiva já era prevista no *Code francês*, chamado de Código de Napoleão, em 1804, no século XIX, *in verbis*: “As convenções legalmente formadas valem como lei. Elas só podem ser revogadas por mútuo consentimento ou por causas que a lei autorize. Elas devem ser executadas de boa-fé”. Entretanto, não ocorreu um desenvolvimento maior sobre este tema, sendo o grande marco o Código Civil Germânico (BGB), em 1896, que iniciou a concepção de boa-fé no sentido objetivo¹⁷³.

Em seu parágrafo 242, exprime uma cláusula geral capaz de dar flexibilidade ao sistema fechado em que se insere, dirigida ao juiz, que passa a atuar com maior liberdade, e, em seu parágrafo 157, consagra a boa-fé como meio de interpretação dos contratos: “os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

O BGB foi fonte de inspiração para os sistemas jurídicos de todo o mundo, de modo que o Código Civil Italiano, de 1942, abrangeu a boa-fé em diversos artigos¹⁷⁴, no que também foi seguido em Portugal: o princípio da boa-fé objetiva no direito obrigacional foi regulado, no Código Civil lusitano de 1966, pelos artigos 277.º, 239.º, 334.º e 437.º.

Mais especificamente, a boa-fé assegura o amplo suporte no instituto, em seu máximo¹⁷⁵, no artigo 762.º, número 2, que assim dispõe: “No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé”.

A boa-fé objetiva é um dos princípios fundamentais do direito privado e está diretamente ligada aos deveres que, frequentemente, não são previstos no contrato, mas que decorrem da expectativa existente nas relações sociais e contratuais entre as partes,

¹⁷³ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: LTR, 2008. p. 98.

¹⁷⁴ Como exemplo, citam-se os artigos 1337.º (“As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”), 1366.º (“O contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé”) e 1375.º (“O devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras de correção”). (*Ibid.* p. 99).

¹⁷⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12.ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 359.

denominados deveres acessórios ou anexos¹⁷⁶. Devem, assim, ambas as partes se embasar nele, desde a formação do contrato com os acordos iniciais (*culpa in contrahendo*), passando pela sua execução, ademais, os efeitos desse princípio devem ser projetados para além da vigência contratual (*culpa post pactum finitum*).

Evidente que as prestações principais assumem predominância nos contratos, mas, para a completa satisfação dos interesses das partes, devem ser envolvidos nessas prestações principais os deveres acessórios, secundários e laterais, a fim de estruturar a relação obrigacional complexa¹⁷⁷.

A boa-fé determina e direciona para um padrão ético de conduta, de extrema importância, e deve ser observada e seguida pelas partes, de modo a ser introduzida em todo o âmbito relacional, com os valores da honestidade, lealdade e probidade, inclusive após o término dessa relação.

Os valores supracitados referem-se ao fato de que as ex-partes do contrato continuam vinculadas mesmo após concluído e extinto o processo, com vistas a não provocarem danos mútuos às pessoas e aos patrimônios umas das outras.

Faz-se valer também para o dever de sigilo das informações que só os ex-contratantes detêm e o dever de não adotar atitudes que possam frustrar o objetivo ou que possam implicar a diminuição de vantagens ou até mesmo causar danos ao ex-parceiro, mediante aproveitamento da antiga posição contratual¹⁷⁸.

Ao se referir à boa-fé objetiva, exprime-se o princípio em si, sendo, segundo o direito italiano (*correttezza*), primordial a confiança e o dever de conduta de outrem, o que veda a prática de comportamentos que venham a intentar frustrar ou mesmo a colidir com os objetivos que determinaram a celebração do negócio jurídico¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Nos contratos, existem as cláusulas centrais ou nucleares, que são as principais obrigações das partes ao celebrarem-no, e outras que são chamadas de deveres anexos – muitas vezes, sequer são redigidas, que correspondem a obrigações decorrentes daquela justa expectativa que existe nas relações sociais de sempre lidar com pessoas íntegras e probas – deveres de proteção ao contratante (MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38.

¹⁷⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op. cit.* 12.ed. p. 358.

¹⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 629.

¹⁷⁹ SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Op. cit.* p. 82.

Por esse ângulo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹⁸⁰, ao se referir à boa-fé como princípio de específicos deveres entre as partes, postula:

V- Por outras palavras, encara-se o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados de boa-fé, maxime, convencendo-se de que a manifestação da vontade desse entraria no mundo jurídico tal como esperava, ou que havia entrado correcta e validamente.

Como se vê, o princípio da boa-fé objetiva é criador de novos deveres contratuais, que hão de ser respeitados para o bom cumprimento dos objetivos contratuais, independentemente do princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade: a boa-fé está diretamente conectada aos valores éticos e sempre deverá ser observada¹⁸¹.

Ao fim do prazo de vigência do contrato, pelo simples fato de não mais existir um vínculo contratual com obrigações específicas em vigor, não é aceitável que uma das partes, valendo-se de sua antiga posição na relação obrigacional, exonerar-se, completamente, dos deveres de lealdade e proteção.

Tais princípios, até então eram observados, para agir de modo a impingir prejuízos ou obter vantagem moralmente injustificável¹⁸², uma vez que a violação aos deveres acessórios de conduta em relações duradouras pode levar à indenização dos danos causados à outra parte¹⁸³.

A chamada eficácia póstuma ou ulterior serve de base para a figura jurídica da responsabilidade pós-contratual. Essa parte do princípio que, mesmo operado o cumprimento das prestações formalmente pactuadas, impõe-se aos contratantes o dever de abstenção de qualquer comportamento capaz de colocar em perigo ou prejudicar o objetivo do contrato. Pode, ainda, manifestar-se sob a forma de uma atuação positiva e leal, voltada à informação ou à assistência, de modo a assegurar o negócio¹⁸⁴.

¹⁸⁰ PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 1807/08.6TVLSB.L1.S1, Relator Álvaro Rodrigues do dia 15 de dezembro de 2011.

¹⁸¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op. cit.* 12.ed. p. 113.

¹⁸² *Ibid.* p. 359.

¹⁸³ VARELA, João de Matos Antunes. *Op. cit.* v. I. p. 127.

¹⁸⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Op. cit.* 12.ed. p. 359.

Cabe observar, em arremate, que a eficácia ulterior das obrigações seria o gênero, a abarcar não só as situações em que se verifica a responsabilidade pela violação de um dever acessório ao princípio da boa-fé, hipótese em que se verifica a chamada culpa *post pactum finitum*, ou eficácia em sentido estrito, mas também aquelas em que a projeção das obrigações, para além da conclusão do contrato, estaria a decorrer de previsão legal específica, ou mesmo de uma cláusula contratual estabelecida para estar em vigor após a cessação do vínculo¹⁸⁵.

No contrato de *franchising*, devem as partes ser coerentes com o objetivo de colaboração que originou a formalização do vínculo, afastando-se de qualquer prática que se mostre contrária ou prejudicial a tal princípio. Devem-se ainda, manter fiéis à obrigação como uma realidade complexa¹⁸⁶, e não como um simples dever prestacional.

Surge, perante as partes, uma relação duradoura, pautada por estreita e contínua colaboração, e alcançada por laços de confiança que devem ser observados durante a execução e mesmo após a resolução do pacto, como já dito anteriormente. Esta característica é fundamental para que a *obrigação de promover os interesses da outra parte*¹⁸⁷ seja alcançada com honra.

5.2 A pós-eficácia - a culpa *post pactum finitum*

5.2.1 Breve histórico

Em 1910¹⁸⁸ e em 1912¹⁸⁹, houve casos em que a jurisprudência deveria ter optado pela validação das obrigações pós-contratuais, entretanto isso não ocorreu, tendo-se decidido que, ao fim do contrato, não haveria pós-eficácia, *ipsis litteris*: “Tais pós-efeitos

¹⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 628

¹⁸⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Op. cit.* p. 121.

¹⁸⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Direito Comercial**: Contratos de Distribuição Comercial, *Op. cit.* p. 127-128.

¹⁸⁸ Decidiu-se que, em um contrato de locação, o antigo locador não está obrigado a tolerar um letreiro indicativo do novo consultório do inquilino (um médico).

¹⁸⁹ Fixou-se o entendimento de que, ao término do contrato de prestação de serviços, o empregador não fica contratualmente obrigado a fornecer indicações sobre o antigo empregado.

do contrato que, sem referência a um acordo especial, nasceriam com a conclusão do contrato não podem ser reconhecidos”¹⁹⁰.

Porém, já é antigo o entendimento de que é possível se responsabilizar a parte depois de cumprida e extinta uma relação contratual, uma vez que, após esses casos, a jurisprudência e os doutrinadores alemães desenvolveram a teoria da culpa *post pactum finitum*, a partir de dois casos emblemáticos.

O primeiro, apreciado em 1925 (RGZ 111, 302), decidiu que, consumada a cessão de crédito, o cedente continua obrigado a não impedir a posição do cessionário:

Da particularidade dum contrato (negócio causal) dirigido à venda de um crédito (ou de outro direito) deriva uma obrigação do vendedor pela qual, para além do cumprimento imediato – por meio da execução da cessão efetuada – ele ainda também permanece contratualmente responsável, no âmbito do prosseguimento duma pretensão de cedência¹⁹¹.

Reforçando tal teoria, sobreveio, no ano seguinte, outro acórdão¹⁹², que dizia respeito aos herdeiros Flaubert e asseverou que o titular dos direitos de publicação, ao fim do contrato de edição, por força do dever acessório de lealdade, estava impedido de concorrer com o editor, concorrência que ocorreria por meio de publicação de novas edições, enquanto não se esgotassem as anteriores.

Ambos os casos foram julgados pelo Tribunal Imperial de Justiça (*Reichsgericht*), órgão supremo em matéria de jurisdição civil na Alemanha, sediado em Leipzig¹⁹³. Em ambas as oportunidades, a corte alemã reconheceu a existência dos chamados *deveres de consideração*, impostos lateralmente às partes, deveres acessórios ou anexos àquele principal e que persistem para além da extinção da relação jurídica.

Ainda que tenham existido esses casos iniciais, não se pode falar com clareza sobre uma consagração jurisprudencial firme da culpa *post pactum finitum*, principalmente por ainda faltar apoio doutrinário sério.

¹⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Estudos de Direito Civil**. v. 1. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1994. p. 113.

¹⁹¹ *Ibid.* p. 115.

¹⁹² Id. Da pós-eficácia das obrigações. **Direito e Justiça**: Revista da Faculdade de Ciências Humanas. Lisboa, v. 2 (em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira), p. 149, 1981/1986.

¹⁹³ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil Pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 85-86.

Há de se ressaltar, inclusive, referentemente ao caso de 1931, que o tribunal alemão se manifestou contra a admissão de pós-efeitos do contrato de compra e venda, posição que só foi revista dois anos depois¹⁹⁴.

Após tais julgados, não se verificaram outros casos análogos em que a teoria fosse reafirmada com frequência. Ademais, grande parte da doutrina voltou-se mais intensamente ao desenvolvimento da responsabilidade pós-contratual apenas na seara do Direito do Trabalho¹⁹⁵.

Apesar desse influxo especial, tal corrente de pensamento não deixaria de se generalizar: o próprio contrato promoveria o aparecimento de uma comunidade entre as partes que o Direito não pode ignorar. A comunidade contratual não pode findar abruptamente, ela se mantém mesmo após o encerramento do contrato – ou seja, é a pós-eficácia¹⁹⁶.

Em meados do século XX, na Alemanha, sucederam-se três precedentes que reconheceram a existência de deveres de comportamento passíveis de serem exigidos mesmo após o cumprimento de todas as cláusulas pactuadas, isto é, mesmo depois da extinção, pelo cumprimento, de uma obrigação especificamente contratada.

O primeiro de tais precedentes se refere a um contrato de compra e venda de um imóvel – um terreno –, com vista livre para o monte, em que o vendedor garantiu à compradora que a referida vista dali não seria retirada devido ao plano de urbanização daquela região e, com base nessa informação, as partes concordaram com o negócio.

Entretanto, pouco tempo após a transação, o mesmo vendedor adquiriu a área situada entre o terreno e o monte, culminando, em seguida, na obstrução da mencionada vista pela construção por si erguida. Na espécie, mesmo sem cláusula de vedação, foi reconhecida a infringência de um dever acessório.

O segundo julgado faz referência a uma encomenda de casacos femininos, com modelo específico e escolhido pelo comprador. Cumprida a obrigação de entrega, os

¹⁹⁴ A decisão de 05 de janeiro de 1933 asseverou que “é de se considerar que também os deveres contratuais do vendedor de um prédio não se esgotam na tradição e na transmissão da propriedade. O vendedor tem igualmente vinculação acessória”. CORDEIRO, António Menezes. **Estudos de Direito Civil**, *Op. cit.* p. 115.

¹⁹⁵ DONNINI, Rogério. *Op. cit.* p. 87.

¹⁹⁶ CORDEIRO, António Menezes. Da pós-eficácia das obrigações, *Op. cit.* p. 126.

fabricantes, algum tempo depois, sem a anuência da primeira cliente, ofereceram e venderam o mesmo produto a um concorrente. Ainda que não existisse cláusula expressa de exclusividade, foi atestada a violação dos deveres de lealdade e de proteção.

Por último, tem-se o caso referente à compra de tapetes, que, após a instalação, concluída por terceiros, indicados pela vendedora, apresentaram manchas decorrentes da colagem inadequada, haja vista a cola utilizada não ser compatível com o tipo de tapete, circunstância que os instaladores desconheciam. Nesse caso, não obstante estivesse a relação de compra e venda exaurida, face ao cumprimento da prestação (entrega dos tapetes), reconheceu o tribunal alemão que, por força do princípio da lealdade, deveria a vendedora responder pelos prejuízos¹⁹⁷.

Como verificado, nos três casos aqui narrados ocorrera o cumprimento da obrigação principal assumida nos contratos, extinguindo-se, assim, a obrigação. Não obstante, a corte alemã não se pautou na extinção das obrigações assumidas diante do indigitado adimplemento e guiou-se por um dever de comportamento centrado na lealdade contratual, a comprovar, pois, um efeito posterior – ou pós-eficácia – da relação existente entre os contratantes. Dito de outra maneira, o tribunal optou pela teoria da culpa *post pactum finitum*.

5.2.2 Conceito Geral

Posteriormente aos episódios descritos anteriormente, a jurisprudência alemã construiu a teoria da culpa *post pactum finitum* defendendo que continuavam a existir deveres laterais, acessórios ou anexos que deveriam ser observados e cumpridos, mesmo após o cumprimento das obrigações principais previstas no contrato.

As ex-partes, ao abusarem da posição contratual já assumida, violam os deveres de lealdade e de proteção, impõem prejuízos ao antigo parceiro ou desvirtuam o objeto que se buscou alcançar por meio do contrato já extinto¹⁹⁸.

Esta teoria não se justifica assente na boa-fé como fonte direta da culpa *post*

¹⁹⁷ DONNINI, Rogério. *Op. cit.* p. 87-89.

¹⁹⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 628.

pactum finitum e/ou como base de elemento mediador do qual deriva a pós-eficácia. Ao recorrer à aplicação do artigo 762.º, número 2, do Código Civil (referência expressa à boa-fé), permite considerar-se que as partes, também depois da extinção do contrato, continuam obrigadas, por ação ou omissão, a velar pela não frustração do contrato, bem como a não provocar danos na esfera do ex-contratante. Ainda assim, essa construção teórica se revela insuficiente¹⁹⁹.

Antes de formalizado o vínculo obrigacional, podem ser vislumbrados imperativos de conduta ética que incidem sobre aqueles que se aproximam e iniciam as tratativas (mesmo que não estejam obrigados por um contrato).

Encontram-se os figurantes das negociações ligados a um dever maior que impõe, a quem negocia, a obrigação de atuar conforme o princípio da boa-fé. Esse princípio enfatiza as relações até o pós-contrato, ou seja, ainda que sejam ex-contratantes, e já extinta a relação contratual, subsistem deveres para eles²⁰⁰:

A responsabilidade pós-contratual, também chamada de *culpa post pactum finitum* (c.p.p.f.), caracteriza-se pelo dever de responsabilização pelos danos advindos após a extinção do contrato, independentemente do adimplemento da obrigação. A pós-eficácia das obrigações manifesta-se em sede de incumprimento dos deveres acessórios, assumindo expressão no âmbito dos contratos duradouros. O contrato não é uma relação estática mas sim uma relação dinâmica que se desenrola ao longo do tempo.

A nova visão do vínculo obrigacional como uma relação dinâmica implica considerar que as relações contratuais na fase de execução, no momento de elaboração e mesmo no momento posterior (pós-eficácia) não envolvem apenas a obrigação de prestar, mas também uma obrigação de conduta²⁰¹.

Esses deveres acessórios são destinados à tutela dos interesses pessoais e patrimoniais dos envolvidos, por meio da boa-fé como fundamento primordial para a teoria em tela. Dizem respeito à confiança, à lealdade e à proteção, derivados da

¹⁹⁹ Id. Da pós-eficácia das obrigações, *Op. cit.* p. 132.

²⁰⁰ Id. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 626 e ss.

²⁰¹ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 4/05.7TBMNC.G1, Relatora: Helena Melo, Guimarães, Acórdão do dia 30 mai. 2013.

proximidade socioeconômica dos ex-contratantes e da relação jurídico-obrigacional havida entre eles²⁰².

A confiança na relação do contrato constitui às partes em deveres mútuos, com o intuito de não defraudar a crença pacífica do parceiro contratual. Essa relação de confiança subsiste após a eficácia do contrato como manutenção de determinados deveres acessórios²⁰³. Paralelamente à confiança, há referência aos deveres de lealdade, todavia, quanto maior a vigência do contrato, mais estreitas as relações entre as partes, mais força esse dever adquire.

Assim, no âmbito do dever de confiança, além da obrigação principal, o dever de lealdade também providencia a efetiva obtenção do escopo contratual, que se mantém para além da extinção do contrato. Esse dever é o de não adotar atitudes que possam frustrar o objetivo por ele prosseguido ou que possam implicar, mediante aproveitamento da antiga posição contratual, a diminuição de vantagens ou até mesmo a infringência de danos ao ex-parceiro²⁰⁴.

Nesse sentido, pode-se perceber no indigitado acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de dia 30 de maio de 2013, que pontuou, entre outros inúmeros aspectos, a relevância dos deveres acessórios de lealdade e proteção e sua incidência no período após a extinção do contrato. Como consequência da confiança e das expectativas, advindas do contrato celebrado, referem-se, principalmente, à adoção de um comportamento honesto e de boa-fé depois de sua extinção:

III - A confiança exige a protecção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes, colocando-se a questão da pós-eficácia dos deveres acessórios de conduta. IV - No âmbito da eficácia pós contrato a protecção tem que ter limites diferentes e menores dos que até então existiam. Finda a relação contratual, as partes recuperam a liberdade que se encontrava limitada pelo contrato a que estavam vinculadas e pelos deveres acessórios de conduta dele decorrentes²⁰⁵.

²⁰² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. v. 2. t. II. Coimbra: Almedina, 2010. p. 659.

²⁰³ Id. Da pós-eficácia das obrigações, *Op. cit.* p. 133.

²⁰⁴ Id. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 629; Id. Da pós-eficácia das obrigações, *Op. cit.* p. 133.

²⁰⁵ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 4/05.7TBMNC.G1, cit.

Por fim, ao se concretizar a ideia de confiança, para a culpa *post pactum finitum*, o princípio da proteção defende que, ao fim de uma relação contratual, as antigas partes não permanecem como estranhas entre si. Para as ex-partes existem, além do dever genérico de respeito, as obrigações específicas de não atentar contra os bens jurídicos uma das outras. Atribui-se ao princípio, com a conseqüente formação de dever de proteção, a pós-eficácia²⁰⁶.

Todos esses deveres acessórios derivam da boa-fé, que tem competência suficiente para se tornar convincente, o que se tem chamado de C.P.P.F, Culpa *post pactum finitum* todas as manifestações de pós-eficácia têm essa cobertura e modo de apurar o procedimento.

Ao considerar que as partes se submetem à cláusula geral de boa-fé desde antes da execução do contrato e que tal cláusula continua a produzir efeitos mesmo com o fim da relação contratual, isto é, após o cumprimento das respectivas obrigações, conclui-se que essa teoria da culpa *post pactum finitum* é a “[...] projeção simétrica da culpa *in contrahendo* no período pós-contratual”²⁰⁷.

Com isso, é possível notar que esta situação mostra um paralelismo formal com os deveres acessórios e com a vinculação constituída antes da relação contratual, o que justifica a sua continuidade até após ela: não se pode frustrar o escopo contratual a pretexto de que a obrigação se extinguiu²⁰⁸.

Nesse sentido, “[...] o dever de omitir comportamentos susceptíveis de prejudicar o fim do contrato, ou seja, nesse caso os deveres laterais têm de ser configurados como tendo sobrevivido à extinção dos deveres de prestação”²⁰⁹.

Apesar de já prevista na doutrina e jurisprudência, a teoria da culpa *post pactum finitum* não teve a mesma difusão que a culpa *in contrahendo*²¹⁰. No entanto, da mesma

²⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 628.

²⁰⁷ *Ibid.* p. 625.

²⁰⁸ *Ibid.* p. 630.

²⁰⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da Posição Contratual**. Almedina: Coimbra, p. 354 *apud* PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 4/05.7TBMNC.G1, cit.

²¹⁰ Essa teoria é consequência de uma investigação realizada por Rudolf von Jhering, em 1861; trata-se de uma responsabilidade pré-contratual, prevista no item n.º 1 do artigo 227.º do Código Civil, assentando num conceito indeterminado – o conceito de boa-fé –, tendo lugar quando, na fase preparatória de um contrato, as partes, ou alguma delas, não observam certos deveres de atuação – deveres de proteção, de

forma que incide sobre os atos preliminares, gerando uma relação jurídica e deveres de obrigatória observância, não se pode desconhecer nem deixar-se de observar a boa-fé como fonte de um dever de comportamento posterior, em que essa inobservância enseja responsabilidade.

Cabe verificar se ela se funda na própria ilicitude derivada do descumprimento dos deveres anexos, e não em uma violação de ajuste extinto, ao ensejar a responsabilidade contratual.²¹¹

5.3 A pós-eficácia - culpa *post pactum finitum* - no contrato de franquia

O contrato de franquia, a exemplo de todos os pactos de maior duração, tem como principal fundamento a colaboração e, sobretudo, a confiança recíproca que se estabelece e se consolida ao longo do tempo em que permanecem as partes unidas em torno de um objetivo comum, caracterizado pelo desenvolvimento e pela exploração econômica da marca²¹². Tem sido considerada a C.P.P.F. todas as manifestações de juridicidade que se apresentam depois de extinta a obrigação, porém, existem quatro tipos de pós-eficácia.

Seriam elas, a aparente que é quando a lei associe, de modo expreso, certos deveres à extinção das obrigações; a virtual, que é quando uma situação jurídica complexa prevê, desde o início, deveres a observar no seu termo; a continuada, quando em uma situação, também complexa, o dever principal substitui o restante; e a em sentido estrito, quando se coloca em uma área atinente aos deveres acessórios.²¹³

Com isso, pode-se perceber que das manifestações pós-eficácia extinta uma obrigação podem existir a cargo das antigas partes e dos deveres de proteção, de informação e de lealdade. Nesse contrato, existe um desequilíbrio econômico e técnico notável, que acarreta infrações ao sistema durante a relação de franquia e que se estende

informação, de lealdade, e outros – que sobre elas impendem. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 08b3301, Relator Santos Bernardino, Lisboa, Acórdão do dia 22 jan. 2009.

²¹¹ DONNINI, Rogério. *Op. cit.* p. 85; CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 532-539.

²¹² SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *Op. cit.* p. 54.

²¹³ CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**, *Op. cit.* p. 628.

para além do término contratual.

Dessa forma, por ser princípio e fundamento de muita importância para esse tipo contratual, a sua extinção, não obstante fazer desaparecer as prestações específicas do objeto contratado, não tem o condão de apagar a confiança e a legítima expectativa de que mantenha a ex-contraparte o mesmo comportamento.

- O instituto da pós-eficácia das obrigações ou culpa *post pactum finitum* corresponde a um dever lateral de conduta de lealdade, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do fim da relação contratual, omitam toda conduta mediante a qual a outra parte se veria despojada ou essencialmente reduzida das vantagens oferecidas pelo contrato.

- Se, depois da extinção das obrigações, mas mercê das circunstâncias por ela criadas, surgirem ou se mantiverem condições que, na sua vigência, podem motivar a constituição de deveres acessórios, eles mantêm-se²¹⁴.

Ou seja, a prática honesta e transparente em todas as situações subseqüentes ao término da relação contratual em tela que venham a requerer a observância dos mesmos deveres acessórios, principalmente no que tange à lealdade, boa-fé e proteção²¹⁵.

5.3.1 indenização de clientela

Encontra-se, entre as questões debatidas sobre o contrato de franquia, a indenização de clientela, que o legislador, de acordo com os requisitos apertados, concede ao agente, de acordo com o artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 03 de julho, e poderá, conseqüentemente, ser estendida, por meio da analogia, segundo entendimento da jurisprudência e da doutrina²¹⁶, ao franqueado²¹⁷. Essa indenização pressupõe a cessação

²¹⁴ PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 487/11.6TBMTS.P1, Relator Teles de Menezes, Porto, Acórdão do dia 08 jul. 2015.

²¹⁵ Assim como no Brasil, no artigo 422.º, do Código Civil Brasileiro, faz referência à obrigação dos contratantes a agirem de acordo com a probidade e boa-fé, na execução, assim como, na conclusão do contrato, ou seja, a boa-fé é um princípio que acompanha o desenvolvimento de qualquer contrato desde a negociação até a fase pós-contratual. Bem como, os artigos 113.º e 187.º também do Código Civil Brasileiro, que se referem claramente à boa-fé e bons costumes na execução de um contrato.

²¹⁶ MONTEIRO, Pinto Antonio. Revistando a lei da agência...p. 67 e 68.

²¹⁷ Mesmo com a existência da crítica de Ferreira Pinto, sobre esta analogia, a doutrina e a jurisprudência prevalece apoiando a aplicação analógica da Lei de Agencia (PINTO, Ferreira Antonio. Contratos de distribuição integrada. Universidade Católica, Lisboa, 2013. *apud* LUPPI, Andre Pinto Basto. A lei de Agencia de Portugal e a lei de representação comercial no Brasil: Análise comparativa à luz da

do contrato e tem lugar “[...] sem prejuízo de qualquer outra indemnização a que haja lugar”²¹⁸.

A doutrina divide-se²¹⁹ quanto à aplicação dessa norma ao contrato de franquia, uma vez que o franqueado atua em nome do franqueador, fazendo com que o cliente adquira em primeira vista os bens e serviços de uma filial diretamente ligada àquela principal.

Entretanto, o raciocínio de resolução para a situação mais coerente é o de Pinto Monteiro²²⁰, que, ao classificar este dever como compensação da mais valia, já que o principal continua recebendo benefícios, fruto da atividade desenvolvida pela sua anterior contraparte.

Deve-se ser apurado onexo causal do aumento da clientela, com a atividade do franqueado, que confere se o franqueado desempenha funções, cumpriu tarefas e prestou serviços semelhantes aos do agente, em termos de que o franqueado foi o fator de atração de clientela – esta, obrigação pós-eficácia, ao contrário do que a nomenclatura significa, não é propriamente uma indenização de danos sofridos pela parte.

O agente, mediante a sua atuação, vai criar uma clientela de que o principal continua a beneficiar mesmo após o contrato ter cessado e/ou aumentar substancialmente o volume de negócios com a clientela que já existe, benefício que era de proveito comum e que, ao fim do contrato, se torna lateral ao principal.

Posto isso, o termo mais correto para se referir a essa obrigação seria o de compensação, já que o franqueado não sofrerá danos, mas haverá um enriquecimento do

jurisprudência, in Actas do colóquio distribuição comercial no 30 anos da lei do contrato de agência. Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra, 2017

²¹⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 124; PEREIRA, Alexandre Dias. Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição: resenha de jurisprudência recente do STJ in Boletim de Ciências Economicas. Coimbra. ISSN 0870-4260, p. 2642.

²¹⁹ A maioria da doutrina – e.g., CORDEIRO, António Menezes. Do Contrato de Franquia («Franchising»): Autonomia Privada versus. Tipicidade Negocial, *Op. cit.* p. 83; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Op. cit.* 263 – mostra-se desfavorável à atribuição desta indenização ao franqueado, uma vez que os elementos de criação e fixação da clientela seriam os sinais distintivos do comércio do franqueador, e não uma ação do franqueado, já que este último se beneficia do saber-fazer e é enquadrado por um controle e assistência de forma eficaz, sendo, aos olhos do público, o seu estabelecimento uma filial da contraparte, 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, uma vez que a empresa franqueada é uma empresa em potência (VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 126.

²²⁰ MONTEIRO, António Pinto. Direito Comercial: Contratos de Distribuição Comercial. Almedina, Coimbra, 2009, p. 152.

principal que legitima e justifica essa compensação; não se trata, pois, de autêntica indenização, por se aproximar mais do combate ao enriquecimento sem causa²²¹.

Esta indenização se enquadra também à indenização devida por não cumprimento de obrigações contratuais, nomeadamente o pagamento da retribuição garantida pelo direito à comissão. Nesse caso, pode-se notar na lei de agência, ao se aplicar por analogia ao franqueado, o fato de o principal denunciar o contrato sem respeitar os prazos mínimos de pré-aviso que são legalmente estabelecidos, deve-se indenizar pelos danos causados e nesse caso, o franqueado pode optar por calcular a quantia baseada na remuneração média mensal.

Enquadra-se também no caso em que o franqueador decide por resolver o contrato devido a circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, fazendo com que não seja possível manter o contrato até o prazo convencionado pelas partes ou imposto, se for o caso de denúncia. De igual forma, há a possibilidade de indenização de clientela quando, em termos gerais, existam danos resultantes do não cumprimento das obrigações pela parte do franqueado²²².

Essa indenização de clientela corresponde a uma compensação²²³ devida ao agente após a cessação do contrato, pelo benefício que o principal continua a auferir com a clientela angariada ou desenvolvida por este²²⁴. Essa situação, atualmente, é motivo de divergências²²⁵ na doutrina: a corrente majoritária considera aplicar-se, por analogia, o artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86; esse direito não deve ter como pressuposto a simples cessação do contrato de franquia, devem estar previstos, cumulativamente, os requisitos.

²²¹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 126; MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 6.ed. p. 138.

²²² PEREIRA, Alexandre Dias. Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição: resenha de jurisprudência recente do STJ in Boletim de Ciências Económicas. Coimbra. ISSN 0870-4260, p. 2642.

²²³ Não se está diante de uma indenização, mas de uma “compensação”, uma vez que não depende de prova, por parte do agente, dos danos sofridos.

²²⁴ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 7.ed. p. 132-133.

²²⁵ A corrente que defende não ser possível a referida analogia ao contrato de franquia se baseia no argumento de que o principal obstáculo, *in casu*, decorre do fato de a empresa franqueada ser uma empresa em potência, ou seja, no momento do seu surgimento já existe uma rede de clientes, fornecedores e financiadores, além de uma posição perante o mercado e o consumidor (PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Da Franquia de Empresa (Franchising), *Op. cit.* p. 272.)

Ao depender da modalidade de franquia e do específico conteúdo contratual, entende-se que deve ser observado com maior cuidado, devido às particularidades que envolvem o tema, analisando-se o caso concreto, a fim de que seja atribuída ou não a indenização de clientela à contraparte.

Analisa-se dois aspectos que são essenciais para a solução do problema: primeiro, se a clientela foi angariada pelo franqueado ou se ocorreu um aumento substancial no volume dos negócios e, segundo, apurar se e em que medida o franqueador irá beneficiar-se dessa clientela ou dessa atividade do franqueado²²⁶.

Seus defensores consideram que a clientela não se conquista apenas pela marca, pelo nome ou pela difusão da marca, sendo conexa a atitude do franqueado para a angariação da clientela, já que ele investe significativas importâncias e conquistas no mercado em benefício de si próprio e da marca. Cada mercado possui suas características socioeconômicas, e a colaboração do franqueado é essencial para que o franqueador consiga uma penetração mais eficaz²²⁷.

A diferenciação entre a clientela objetiva e a subjetiva é essencial para a compreensão desse tema; a criação de clientela atraída pelas qualidades da pessoa, seja honestidade, competência ou simpatia, ou ao serviço prestado pelo franqueado, reside na clientela subjetiva.

Em contraposição, encontra-se a clientela objetiva, que se refere àquelas que se encontram ancoradas ao pacote do franqueador, ou seja, aos sinais distintivos, como o produto, a diversidade do estoque, a marca, a localização do estabelecimento, entre outros fatores impessoais que atualmente se têm expandido.

Ao se referir à franquia de prestação de serviços, à franquia de distribuição que abranja a prestação de serviços pós-vendas, entre outras modalidades, como exemplo, é visível o grande ganho do franqueador em relação à clientela adquirida pelo franqueado e às suas características pessoais.

Por consequência, também se refere ao fato de que o grau de probabilidade da indenização de clientela está diretamente ligado ao grau de autonomia do franqueado,

²²⁶ MONTEIRO, Pinto Antonio. Revistando a lei da agência 30 anos..., p. 71.

²²⁷ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 126-131.

quanto menor for o controle do franqueador, maior será a oportunidade de desenvolver a clientela subjetiva, com base nas características do próprio franqueado. Em outros termos, o valor da clientela subjetiva é consideravelmente superior ao da clientela objetiva ²²⁸.

O nexo de causalidade do aumento da clientela com a atividade do franqueado deve ser provado, porém esse aumento não pode ser de natureza acidental: há que se demonstrar a causalidade, analisando-se a realidade econômica, para que não se recaia na ilicitude. As características pessoais do franqueado devem ter ligação direta com a referida conquista.

O Supremo Tribunal de Justiça²²⁹ referiu-se à indenização de clientela no contrato de franquia como:

[...] no franchising existe uma coligação - franqueador e franqueado - com distribuição de tarefas precisas, formando uma nova realidade que capta a clientela, sendo que aqui há dois angariadores distintos que actuam em conjunto. Será de apreciação casuística verificar se a actividade do franqueado foi determinante para atrair a clientela, actuando em termos idênticos aos do agente, não podendo, sem mais, fazer-se a aplicação analógica do artigo 33.º do citado Decreto Lei ao contrato de franquia. No sentido da avaliação caso a caso e ponderação quer da actividade do franqueador (marca, nome, etc.), quer do franqueado (qualidades pessoais e profissionais do comerciante) veja-se o Prof. Coutinho de Abreu in “Da empresarialidade. As empresas no direito”, 1996, 65.

Sendo assim, é necessário ser alegada e provada a contribuição determinante e notória do franqueado, para aumento e fidelização de clientela do franqueador, a fim de caracterizar a indenização em tela²³⁰. Nesse contexto, já asseverou o Supremo Tribunal de Justiça que “[...] no contrato de franquia o dano de clientela só é indenizável se alegada e provada a contribuição determinante e notória do franquiado para aumento e fidelização de clientela do franquizador”²³¹ (*sic*).

Existe, ademais, outro ponto relevante em que aplicável a indenização de clientela, por analogia, ao caso de franquia quando se trata de análise ao caso concreto,

²²⁸ *Ibid.* p. 129-130.

²²⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 06A4416, cit.

²³⁰ Nesse sentido, Vasconcelos também levanta a possibilidade da utilização da indenização da clientela no contrato de franquia, mas não de forma irrestrita, devendo ser analisadas as modalidades da franquia caso a caso, a fim de que se verifique se é cabível ou não a indenização da clientela (VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 130).

²³¹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 06A4416, cit.

como dito no acórdão mencionado. Ainda que a clientela tenha a tendência de seguir o ex-franqueado, principalmente se ele exercer atividade similar em zona próxima, nesse caso, não há sentido em se falar da indenização em tela²³².

Muitas vezes são inseridas em tais contratos cláusulas de não concorrência, que impedem ao franqueado exercer atividade semelhante em local próximo, durante um determinado período de tempo, sendo, assim, plausível que se fale em indenização de clientela, já que o franqueador se beneficiará da mesma que foi adquirida pelo franqueado naquela zona²³³.

5.3.2 Dever de não concorrência e a compensação pela não concorrência

Outro argumento a favor dessa corrente é a cláusula de não concorrência²³⁴, por força da qual não pode o franqueado exercer atividade concorrente após a cessação do contrato por um tempo e/ou território determinado. Por meio dessa cláusula, o franqueado fica desprovido de qualquer clientela, fruto do seu empenho e características pessoais, com a conseqüente “perda” dela para o franqueador, que passa a tirar partido, ao alocar um novo franqueado na mesma zona²³⁵.

Nesse sentido, traz-se à colação o seguinte acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 12 de maio de 2011²³⁶:

III - Por tal razão, o Tribunal a quo não se pronunciou, nem tinha que pronunciar, quanto à verificação, no caso concreto, dos requisitos

²³² Não se fala em indenização de clientela uma vez que a cessação do contrato se deu por uma “razão imputável” ao agente, sendo a falta de cumprimento que, pelo seu caráter grave e reiterado, torne inexigível a subsistência do vínculo contractual. Aplica-se por analogia ao contrato de franquia, já que é um negócio jurídico bilateral, segundo Pinto Monteiro, apud CUNHA, Carolina. Indenização da clientela do agente comercial, **Boletim da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 2003, p. 274 e 275.

²³³ Ao se referir à clientela, é necessário que esta seja habitual e fixa, não apenas clientes “ocasionais”.

²³⁴ Se não prevista no contrato qualquer compensação a se atribuir ao ex-franqueado durante a cessação de atividade, será de se ponderar a aplicação, analógica, do disposto no artigo 13.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 178/86, recaindo sobre o franqueador a obrigação legal de compensar a sua anterior contraparte pela não concorrência durante esse espaço de tempo (VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **O Contrato de Franquia (Franchising)**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 152-153).

²³⁵ VIVEIROS, Aura Célia Benevides. **Abuso de Dependência Económica**: Entre Direito dos Contratos e Direito da Concorrência. Coimbra. 2011. p. 19. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra. 2011.

²³⁶ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 2334/04.6TVLSB.;1.S1, Relator Granja da Fonseca, Lisboa, Acórdão do dia 12 mai. 2011.

previstos no art. 33.º do DL n.º 178/86, e de cuja verificação cumulativa depende a aplicação de clientela, dado que essa questão concreta estaria já então prejudicada, em face da validade, por si reconhecida, de uma cláusula contratual. [...]VI - Tendo-se provado que a recorrente continuou, durante mais de quatro anos e meio já após cessar o contrato dos autos, a prestar serviços e a proceder a vendas relacionadas com a marca LR, actividades que lhe proporcionaram receitas, infere-se que a recorrente continuou, por isso, a retirar proventos por conta de “contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes da marca referida, o que, no caso vertente, é suficiente para que faleça o requisito previsto na al. c) do art. 33.º e, por conseguinte, para que se tenha por afastada a peticionada indemnização de clientela.

Ao ponderar os casos concretos, pela equiparação de determinado concessionário ou franqueado a um agente, estarão removidas as dificuldades à aplicação analógica do regime de agência²³⁷. Ao se referir à cláusula de não concorrência, os contratos de franquia podem determinar tal obrigação para o franqueado, dentro de um determinado período de tempo após a cessação do contrato, sem a necessidade de se estabelecer uma contrapartida à restrição da atividade económica do ex-franqueador.

Essa cláusula, para estar expressa a ponto de limitar a liberdade de concorrência do ex-franqueado, deverá conter-se dentro de certos limites, tendo em vista a proteção de interesses legítimos do franqueador²³⁸. Posto isso, ainda que exista uma divergência na doutrina sobre o prazo para o dever de não concorrência após a cessação do contrato,²³⁹ a maioria da doutrina atual²⁴⁰, defende o que está previsto no Direito da concorrência da

²³⁷ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 7.ed. p.144.

²³⁸ A Lei de Franquia, no Brasil, nada se refere ao prazo e espaço da proibição de não concorrência, entretanto o Supremo Tribunal Federal, reitera “A livre concorrência, como toda liberdade, não é irrestrita; o seu exercício encontra limites nos preceitos legais que a regulam e nos direitos dos outros concorrentes, pressupondo um exercício leal e honesto do direito próprio, expressivo da propriedade profissional: excedidos estes limites, surge a concorrência desleal, que nenhum preceito define, nem poderia fazê-lo, tal a variedade de atos que podem constituir-las” (STF – 2ª Turma – RE n.º 5.232-SP, relator ministro Edgard Costa, j. 09.12.47 – v. U. – publicação DJ 11.10.49, pág. 3.262 RT 184/914) – Ou seja, para tal cláusula ter validade, a jurisprudência entende que ela precisa apresentar uma delimitação temporal (prazo de tempo), espacial (território em que o franqueado não poderá exercer a atividade) e material (ramo de atividade).

²³⁹ Há autores que defendem que este deve ser aplicado por analogia o artigo 9.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 178/86, o qual se refere um período máximo de dois anos e circunscreve-se à zona ou ao círculo de clientes confiado ao agente (PEREIRA, Alexandre Dias. Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição: resenha de jurisprudência recente do STJ. **Boletim de Ciências Económicas**. Coimbra. ISSN 0870-4260, p. 2659.

²⁴⁰ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p.152.

união Europeia, em seu artigo 5.º, alínea b), do Regulamento n.º 2790/1999, de 22 de dezembro²⁴¹.

Essa lei se refere aos requisitos que devem ser obedecidos: são eles, a proteção do saber-fazer transferido para o franqueado, dizer respeito a bens ou serviços contratuais, estar limitada às instalações e terrenos a partir dos quais o franqueado operou durante o período do contrato – pelo que se instalar o seu estabelecimento noutra local já não se aplica – e ter o prazo máximo de um ano. Daí o Supremo Tribunal de Justiça haver asseverado, em certo julgado de fevereiro de 2013²⁴², o seguinte (*sic*):

IV - O art. 5.º, n.º 2, desse Regulamento, dispõe que a isenção prevista no art. 2.º não é aplicável a qualquer obrigação directa ou indirecta que imponha ao comprador, após o acordo, não produzir, adquirir, vender ou revender bens ou serviços, excepto quando tal obrigação: diga respeito a bens ou serviços que concorram com os bens ou serviços contratuais, seja limitada às instalações e terrenos a partir dos quais o comprador operava durante o período contratual, seja indispensável para proteger o saber-fazer transferido pelo fornecedor para o comprador, e desde que o período de vigência dessa obrigação de não concorrência seja limitado a um período de 1 ano após o termo do acordo. V - A jurisprudência do Tribunal de Justiça, a prática da Comissão e os Regulamentos por esta aprovados apontam inquestionavelmente para a isenção das cláusulas de não concorrência pós contratuais, sempre que limitadas no tempo (um ano), no espaço (área franqueada) e indispensáveis para proteger o “saber fazer” transferido pelo franquizador para o franquiado.

Seguindo a mesma linha de raciocínio sobre o fato de esta cláusula estar prevista para limitar o tempo e espaço para a não concorrência, bem como para ressaltar o dever de proteger as informações oferecidas pelo franqueador ao franqueado, uma vem que, nesse caso, esse segundo está em relação de privilégio frente àqueles que entram no mercado atual, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça²⁴³:

II –É lícita a inclusão, num contrato de franquia, de uma cláusula proibitiva de concorrência, desde que limitada no tempo e respeite os

²⁴¹ Defende Pinto Monteiro que, quanto ao direito interno, a Lei de Defesa da Concorrência – Decreto-Lei n. 371/93, de 29 de outubro é que importa ter em conta. (MONTEIRO, Pinto Antonio. Direito Comercial: Contratos de Distribuição Comercial. Almedina, Coimbra, 2009, p. 129).

²⁴² PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 3371/08.7TVLSB.L1.S1, Relator Salreta Pereira, Lisboa, Acórdão do dia 05 fevereiro de 2013.

²⁴³ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 191/10.2TVLSB.L1.S1, Relator Azevedo Ramos, Acórdão do dia 08 de outubro de 2013.

limites e fins da indispensabilidade da protecção e salvaguarda do saber transmitido pelo franqueador.

III - As cláusulas que impõem obrigações de não concorrência, nos contratos de franquia, só são válidas se forem indispensáveis à protecção do “saber fazer”, transmitido pelo franqueador ao franqueado.

IV- As informações transmitidas devem ser: - *secretas*, na medida em que o “saber fazer” não é normalmente conhecido ou de fácil obtenção; - *substanciais*, incluindo informações indispensáveis ao comprador para utilização, venda, revenda de bens ou serviços prestados; - *identificadas*, pois devem ser definidas de forma suficientemente abrangente, a fim de permitir verificar se preenchem os critérios de confidencialidade e substancialidade.

A imposição de uma cláusula de não concorrência²⁴⁴ na fase pós-contratual é considerada como uma consequência natural das proibições previstas no art. 101.º, número 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Ela deve ser exigida durante a execução do contrato, sob o mesmo argumento defendido pelo referido tratado.

Como consequência dessa cláusula, há que se falar em compensação pela não concorrência ao franqueado, no caso de essa não vir fixada no contrato durante a cessação da atividade, deverá ser ponderada por analogia do disposto no artigo 13.º, alínea g), do Decreto-Lei n.º 178/86, de 03 de julho.

Recai sobre o franqueador a obrigação legal de compensar a sua anterior contraparte pela não concorrência durante o espaço de tempo supracitado, mas só se o caso da contraparte for idêntico àquele que se verifica, no âmbito da franquia²⁴⁵. Esse artigo não deve ser visto como uma norma excepcional, uma vez que é a manifestação um princípio geral que a lei plasmou, igual ao que se passa no âmbito do contrato de trabalho, que são o princípio da justiça comutativa ou da equivalência de prestações.

Essa exigência referente à não concorrência não é uma imposição de dedicação exclusiva ao franqueado, já que se configura em uma clara renúncia à liberdade de trabalho, que tem como consequência uma dependência econômica do franqueador. Essa suposta dependência coloca em risco a independência entre as partes no contrato, que é

²⁴⁴ Não confundir a obrigação de segredo com a obrigação de não concorrência: a primeira subsiste com o término do contrato, visando resguardar os ditames da ética profissional e prevenir atuações abusivas e prejudiciais.

²⁴⁵ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p.153.

um elemento essencial e diferenciador do contrato de franquia. Vale mencionar que, sem tal independência, pode-se dar origem a contratos de trabalho materiais sob a forma contratual da franquia²⁴⁶.

Em relação ao montante da compensação, deve-se recorrer ao critério do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 03 de julho, que se refere a ela como cálculo segundo os usos ou, na falta deles, segundo a equidade. Serão, basicamente, ter em conta, quanto a este último ponto do ex-franqueado, a maior ou menor dificuldade de instalação em outro local, a duração de não concorrência e o período de vigência do contrato de franquia que foi extinto.

Não se pode confundir a compensação de não concorrência com a indenização de clientela, uma vez que ambas visam compensar aspectos diferentes. A primeira indeniza sobre a inibição de exercer uma atividade econômica de dado tipo, dentro de uma certa área, durante um determinado período de tempo, ou seja, inibe o exercício de atividades que estejam em concorrência com as do principal.

A segunda, o valor acrescido que o franqueador adquire, uma vez cessado o contrato, traduzido na clientela que o ex-franqueado angariou e que este perde a favor da outra parte. Em outras palavras, parece exigir a descontinuidade de relações comerciais, ainda que relativa às atividades não concorrentes, entre o agente e os novos clientes que angariou²⁴⁷.

5.3.3 Bens em estoque

Por fim, existe, também, uma cláusula de responsabilidade pós-contratual referente aos bens em estoque, que são os produtos da determinada marca que depois vende ao público ou as mercadorias que o franqueador utiliza na prestação de serviços de acordo com a fórmula do franqueador ou as matérias que produz os bens desenvolvidos

²⁴⁶ *Ibid.* p.153 e ss.

²⁴⁷ *Ibid.* p.154 e PEREIRA, Alexandre Dias. Denúncia e indemnização de clientela nos contratos de distribuição: resenha de jurisprudência recente do STJ in **Boletim de Ciências Económicas**. Coimbra. ISSN 0870-4260, p. 2646.

pela contraparte, que são comprados do franqueador ou de terceiros por este indicados no decurso da atividade de franquia para que este exerça da melhor forma sua atividade²⁴⁸.

Ora, extinto o contrato, o franqueado fica impedido de revender os bens, apesar de estes lhe pertencerem, uma vez que se trata de marca registrada pelo franqueador, da qual terá deixado de ser “representante”, em virtude de ter cessado a autorização que o contrato lhe conferia²⁴⁹.

Posto isso, em virtude da cessação do contrato em tela, o ex-franqueado deixará de poder utilizar tais produtos que foram comprados com a finalidade original, que seria de franquia, não sendo possível escoar os mencionados bens. Nesse caso, o franqueado poderá sair gravemente lesado também por causa da cláusula de compra mínima, chamada de “mínimo de compra obrigatório”, que obriga o franqueado a adquirir do franqueador (ou do fornecedor por este indicado) um determinado volume de compras.

Essa cláusula de compra mínima 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 rupturas. A jurisprudência tem-se mostrado sensível à parte mais precária da situação, que é o ex-franqueado, o que leva a utilizar um conjunto de construções jurídicas com vista a lhe mitigar o prejuízo, *in verbis*:

112. A Ré exigia que as empresas da sua rede dispusessem em estoque do número de peças por si considerado o necessário para a assistência técnica aos veículos existentes na área de responsabilidade respectiva e para os que a utilizassem como percurso (resp. ao ques. 147.º da Base Instrutória). [...] 126 . A Autora, aquando do lançamento de novos modelos, adquiria à Ré o estoque mínimo obrigatório que esta indicava (resp. ao ques. 170 , desdobrado, da Base Instrutória). [...] Na falta dessa [previsão contratual], e em princípio, não será de impor ao concedente ao franqueador a obrigação de retoma dos bens em estoque (por ausência de base legal e/ou contratual). Esta posição afigura-se, muitas vezes, particularmente severa, máximo quando a cessação ao contrato é devida a culpa do concedente/franqueador, caso em que a reparação do concessionário/franqueado poderá compreender a obrigação de retoma ou tais prejuízos serem imputados na Indemnização a que ele tem direito²⁵⁰.

²⁴⁸ *Ibid.* p. 138.

²⁴⁹ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 6.ed. p. 149.

²⁵⁰ PORTUGAL. Tribunal de Relação de Lisboa, Processo n.º 8340/2008-7, Relator Roque Nogueira, Lisboa, Acórdão do dia 17 mar. 2009.

IX) Constando dos autos apenas que a Autora tinha em *estoque* produtos da Ré, sem que nada caracterize a detenção dos *stocks*, a sua manutenção ou impossibilidade de escoamento, ou que relacione tais situações com a extinção do vínculo sem pré-aviso, não se verificam os pressupostos da obrigação de indemnizar²⁵¹.

Ou seja, caso ocorra a manutenção ou impossibilidade de escoamento, poderá verificar-se a obrigação de indenizar a contraparte.

Com isso, defende Vasconcelos, nos casos²⁵² em que o franqueado sabia quando o contrato cessaria, a retomada de estoque não deveria ocorrer, uma vez que as partes acordaram sobre o assunto, ou pelo menos tiveram oportunidade de fazê-lo. De igual forma, o franqueado tinha meios para gerir de modo eficaz a sua reserva de produtos, já que sabia que o contrato iria cessar, ou por ele ser o culpado de estar em uma situação precária, já que só há estoque devido ao seu inadimplemento que deu causa à cessação do contrato²⁵³.

Pode-se também, prever no contrato a possibilidade de o franqueado, durante um determinado período de tempo após a cessação do contrato, escoar os bens em estoque. Existe uma discussão sobre qual o suporte jurídico dessa obrigação de retomada de estoque; há quem defenda a via do artigo 239.º, *v.g.*, Pinto Monteiro²⁵⁴, devendo esta retomada de estoque estar prevista em cláusula adequada inserida no contrato.

Ponto omissis nesse, uma vez que a maioria dos contratos de franquia é formulada pelo franqueador, que não regularia uma cláusula que tivesse previsto qualquer eventual encargo futuro para si e, na falta dessa, o princípio será não impor ao franqueador a obrigação de retomada de bens em estoque.

Essa situação ganha relevo, *maxime*, quando a cessação do contrato é devida a culpa do franqueador, hipótese em que a reparação do franqueado poderá compreender a

²⁵¹ Id. Tribunal de Relação de Lisboa, Processo n.º 3054/03.4 TCSNT.L1-6, Relatora Ana Azevedo Coelho, Lisboa, Acórdão do dia 14 nov. 2011.

²⁵² Nos casos de acordo das partes, caducidade por decurso do prazo, denúncia do franqueado ou resolução do contrato pelo franqueador com base na falta de cumprimento das obrigações contratuais pela outra parte.

²⁵³ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Op. cit.* p. 141.

²⁵⁴ MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência**: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de julho 178/85, *Op. cit.* 6.ed. p. 149-150.

obrigação de retomada ou os prejuízos serem imputados na indenização a que ele tem direito.

O aludido autor lusitano, na defesa da aplicação do artigo 239.º do Código Civil, por via da integração à luz do princípio da boa-fé, conclui que as vendas – dos bens que compõem o estoque remanescente – teriam sido feitas sob condições resolutivas.

Todavia, atendendo às circunstâncias ligadas à cessação do contrato e sobre o estoque existente, essa solução contraria o princípio da boa-fé, nos casos citados acima, devem ser solucionados de acordo com o que as partes, segundo a boa-fé, devem querer agora, e não o que deveriam ter querido²⁵⁵.

Pode ser resolvido dentro dos limites do recurso do enriquecimento sem causa, de acordo com o artigo 473.º do Código Civil, entretanto, ao preenchimento dos pressupostos desse artigo, o legislador português concedeu-lhe um carácter subsidiário, uma vez que só nasce a obrigação de restituir quando a lei não facultar ao empobrecido outro meio de indenizar ou restituir, ou seja, esse instituto é muito restrito.

Com isso, a intensificação do papel desempenhado pelos deveres laterais baseados na boa-fé verifica-se, especialmente, nos contratos duradouros que ponham em jogo as especiais qualidades dos contraentes, resultando, então, da melhor solução para o problema da obrigação da retomada de bens em estoque.

Defende Vasconcelos, e reafirma-se, aqui, parecer a melhor solução para a situação presente, que essa obrigação, pós-contratual, recaia sobre o ex-franqueador em decorrência da cláusula geral da boa-fé (artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil).

Visando à obrigação complexa, uma vez extinta pelo cumprimento da prestação principal, isto é, caso, depois da extinção da obrigação principal, mas à mercê das circunstâncias por ela criada, se mantiverem ou surgirem condições que, na sua vigência, podem motivar a constituir os deveres acessórios, é claramente possível perdurarem, mesmo após a cessação do contrato²⁵⁶.

Esses exemplos, assim como as outras obrigações pós-contratuais viáveis do contrato de franquia, só são verificados após o encerramento do contrato em tela.

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

²⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. Da pós-eficácia das obrigações, *Op. cit.* p. 145.

Representam uma “violação” autônoma e independente do conteúdo negocial ou de previsão legal entre os contratantes – ao observarem e fazerem cumprir o princípio da boa-fé objetiva, bem como a honestidade, a lealdade e a confiança previstas para a eficácia do contrato em questão.

As partes, ao refletirem sobre os deveres laterais de lealdade e de proteção que permanecem atrelar os ex-contratantes, ainda que não expressos no contrato entre eles, são obrigados pela responsabilidade pós-contratual, fundada na culpa *post pactum finitum*²⁵⁷.

²⁵⁷ Id. **Estudos de Direito Civil**, *Op. cit.* p. 147-148.

CONCLUSÃO

A franquia emergiu como novo e eficiente mecanismo de distribuição de produtos e serviços; em consequência disso, esse modelo de empreendimento, cada dia mais, demonstra ser um método eficiente de atuação negocial.

Ainda que seja um contrato atípico em Portugal, é socialmente típico e o seu conteúdo essencial já foi profundamente delimitado e definido pela doutrina que, após este estudo, comprova-se que já existe um molde típico do contrato. Consequentemente, qualquer desvio acentuado a esse molde típico, poderá implicar a requalificação do contrato.

Por meio do contrato de franquia é estabelecida uma relação de dependência entre as partes do contrato e essa dependência acarreta uma necessidade de proteger as partes, principalmente, em dois momentos da relação contratual: na fase pré-contratual e na fase após a cessação do contrato.

O contrato de franquia, por ser um pacto de longa duração, marcado pelo dever de colaboração permanente e efetiva entre as partes, tem como importante quesito a manifestação dos deveres acessórios, advindos da cláusula geral de boa-fé, como imperativos de conduta que atrelam os contratantes, independentemente de qualquer manifestação de vontade ou específica determinação legal.

O desequilíbrio de qualificação e da informação entre as partes torna esse tipo de contrato dependente da confiança entre os envolvidos. Um empresário cede a um terceiro todo o conhecimento adquirido ao longo da experiência profissional, além da sua marca e imagem diante dos consumidores, uma vez que, na franquia, não se nota distinção entre a principal e as terceiras.

O franqueador deve cercar-se de todas as informações possíveis para a escolha do franqueado, visto que ele representará a sua empresa em seu nome. Por outro lado, o franqueado também tem o direito de saber, com seriedade e com lealdade, a real situação do negócio a que deseja associar-se, já que, invariavelmente, esse empreendimento dispõe de custos, posto isso, esclarece-se novamente a importância da confiança mútua nesse tipo contratual.

Sendo o contrato de franquia um negócio, no qual a confiança mútua é de extrema relevância, e o principal princípio que rege este contrato é o princípio da boa-fé objetiva,

tem-se a teoria da culpa *in contrahendo*. O direito Alemão, o grande responsável por aprofundar sobre a teoria da culpa *in contrahendo*, elevando a boa-fé como princípio norteador do contrato em tela, mesmo quando o negócio se desse por meio de representante atuando em nome de terceiros.

O conteúdo da obrigação principal desse contrato seria dado pela interpretação das fontes, como já mencionado, a boa-fé como principal meio de aferir o cumprimento ou não dos deveres cometidos pelas partes do contrato.

O estudo sobre a violação positiva do contrato se refere à obrigação do devedor de indenizar o credor cuja prestação impossibilite e à indenização do credor pelos danos advindos da mora. Entretanto, tal teoria não se refere a quando o devedor viola a obrigação por meio de uma atuação positiva, omitindo ou praticando uma conduta devida em termos imperfeitos, o que se nota uma lacuna nessa lei.

Essa lacuna, em Portugal, refere-se ao devedor ligado à efetivação de uma prestação que pode violar o seu dever por uma das duas formas. São elas, por meio do puro e simples não cumprimento ou impossibilitando a prestação bem como uma terceira possibilidade, à qual a legislação civil não faz referência, o cumprimento defeituoso²⁵⁸.

Esse mau cumprimento da obrigação principal permite ao credor recusar o cumprimento. Nesse caso, a obrigação acessória a ser aplicada equipara-se à principal, já que o dever acessório se inscreve no conteúdo dela. A obrigação das partes contratantes, vista como um processo, não se mostra completa, senão pela observância do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse que motivou a celebração desse e que se mostra exigível da parte que voluntariamente se obrigou²⁵⁹.

Os deveres acessórios são regidos pelo princípio da boa-fé e inserem-se na terceira sistemática da evolução juscientífica subsequente, sendo ela, a maneira pela qual um direito é exercido se mostra determinante para a sua licitude e para que possa merecer a tutela jurídica, no fato de que o negócio deve ser celebrado para um fim considerado pelo ordenamento jurídico e, por isso, merecedor de proteção.

²⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Violação Positiva do Contrato**. Loc. cit. Acesso em: 04 abr. 2018. p. 139.

²⁵⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Violação Positiva do Contrato**. Loc. cit. Acesso em: 04 abr. 2018. P. 139 a 144.

Portanto, a violação positiva surge, também, como causa de inadimplemento da obrigação, em face do cumprimento imperfeito e da infração aos deveres anexos da boa-fé objetiva, mesmo nos casos em que não se possa afirmar a existência de mora ou inadimplemento absoluto da obrigação.

Com isso, surge a responsabilidade pós-contratual que representa instituto de inequívoca relevância e atualidade no campo dos contratos comerciais. Principalmente aqueles de longa duração, marcados, tal como ocorre com a franquia, por uma relação complexa e um dever de estreita cooperação e de manutenção de confiança. Sendo a boa-fé, como vetor de base do próprio sistema, baliza de observância obrigatória por parte dos contratantes, desde o momento das tratativas, até depois da extinção formal do vínculo.

O contrato com duração especial não se afasta a possibilidade de sua extinção, que poderá ocorrer por diversas formas. Como o fim do prazo estipulado, pela manifestação dessa intenção pelas partes ou qualquer delas ou pelo descumprimento contratual. Dessa forma, de grande importância o estudo e aprimoramento das formas de extinção da franquia e suas consequências.

Da análise da fase pós-contratual do contrato de franquia se deduz que também se devem observar os deveres de lealdade, de informação e de esclarecimento presentes durante o contrato, com base na boa-fé pós-contratual estipulada no art. 229.º do Código Civil. Essa exigência acompanha o caráter personalíssimo que o contrato de franquia possui, essencialmente baseado na confiança entre as partes contratantes, como ratificado inúmeras vezes durante este estudo.

É possível notar, claramente, nesse tipo contratual a complexidade intraobrigacional que de forma clara, expressa sobre a ideia de que, em um contrato, não se encontra o simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas, antes, vários elementos jurídicos dotados de bastante autonomia para fazerem uma realidade composta; são esses os deveres anexos à prestação principal do contrato.

Os deveres acessórios, laterais ou anexos, doutrinariamente agrupados nas categorias principais dos deveres de informação, lealdade e proteção, incidem desde a fase pré-contratual e projetam sua eficácia, mesmo à míngua de cláusula contratual específica, para a etapa pós-negocial.

Nesse tipo contratual, por sua própria atipicidade, observam-se diversas situações em que a boa-fé pode se apresentar como fonte autônoma de deveres laterais, que prescindem de qualquer previsão contratual específica, a obstar situações de ofensa aos deveres supracitados. Coloca-se como obrigações pós-eficácia aqueles deveres acessórios à prestação principal, que se tem a partir da violação do princípio da boa-fé que rege o contrato em tela.

Pode-se evidenciar a indenização de clientela, que após discussões é possível aplicar analogicamente o Decreto-Lei n.º 178/86, ainda que não se trate de uma indenização em si, mas de uma compensação em face aos clientes angariados pelo franqueado, dos quais o franqueador continuará usufruindo, já que estes consomem os produtos desse segundo.

Essa indenização se dá pela comprovação de que os clientes consomem naquela franquia por características pessoais do franqueado, bem como, que esse foi o responsável por angariar estes clientes e fidelizá-los.

Ao aplicar a analogia com a legislação referente ao contrato de agência quanto ao contrato de franquia devem ser feitas caso a caso, com uma análise casuística e não de forma automática, de acordo com o que se discute. A analogia referida deve ser feita em conjunto com as características e natureza do contrato de franquia para elaborar soluções mais adequadas à realidade das partes.

Não se pode confundir essa indenização com a compensação pela não concorrência, uma vez que a compensação é o fato de que o franqueador exige que o franqueado não atue naquela área, durante um determinado período de tempo, ou seja, inibe o exercício de atividades que estejam em concorrência com as do principal. Já a indenização de clientela se dá pela descontinuidade de relações comerciais, ainda que relativa às atividades não concorrentes, entre o agente e os novos clientes que angariou.

Posto isso, essa compensação pela não concorrência não é obrigatória, uma vez que os contratos de franquia podem determinar a obrigação de não concorrência para o franqueado dentro de um determinado período de tempo após a cessação do contrato, sem a necessidade de se estabelecer uma contrapartida à restrição da atividade econômica do ex-franqueador.

Por fim, sobre os bens em estoque, uma vez que o contrato foi extinto, ao se tratar de marca registrada pelo franqueador, da qual terá deixado de ser “representante”, em virtude de ter cessado a autorização que o contrato lhe conferia, o franqueado fica impedido de revender os bens, mesmo que estes lhe pertencem.

Nesse caso, existe a possibilidade de o franqueado sair gravemente lesado, também em decorrência da cláusula de compra mínima, chamada de “mínimo de compra obrigatório”, que obriga o franqueado a adquirir do franqueador (ou do fornecedor por ele indicado) um determinado volume de compras.

Posto isso, uma vez que após a cessação do contrato em tela, o ex-franqueado deixará de poder utilizar tais produtos que foram comprados com a finalidade original, que seria de franquia, não sendo possível escoar os mencionados bens, ele sairá altamente lesado.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. O contrato de franquia (franchising). **O Direito**. Lisboa, a. 123, p. 319-383, abr./set. 1991.

ANTUNES, Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2014. 875 p.

BARATA, Carlos Lacerda. **Anotações ao novo regime do contrato de agência**. Lisboa: LEX, 1994. 137 p.

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. O Contrato de Franquia e a Violação dos Deveres Anexos de Conduta: a boa-fé como fronteira de atuação das partes (Da Culpa *In contrahendo* à Culpa *Post Pactum Finitum*)". **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 3, n. 9, pp. 6465-6535, 2014.

BRITO, Maria Helena. **O Contrato de Concessão Comercial**: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico. Coimbra: Almedina, 1990. 319 p.

CORDEIRO, António Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997. 1406 p.

_____ Da pós-eficácia das obrigações. **Direito e Justiça**. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas**. Lisboa, v. 2 (em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira), pp. 109-160, 1981/1986.

_____ Do Contrato de Franquia («Franchising»): Autonomia Privada versus. Tipicidade Negocial. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, a. 48, v. 1, pp. 63-84, 1988.

_____ **Estudos de Direito Civil**. v. 1. 2^a reimp. Coimbra: Almedina, 1994. 242 p.

_____ **Violação Positiva do Contrato**. Disponível em:
<<https://portal.oa.pt/upl/%7B3f483a34-2ab7-4629-b7a2-06360260178b%7D.pdf>>.
Acesso em: 04 abr. 2018.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991. 982 p.

_____ **Direito das Obrigações**. 12.ed. Coimbra: Almedina, 2011. 1146 p.

_____ **Tratado de Direito Civil Português**: Direito das Obrigações. v. 2. t. II. Coimbra: Almedina, 2010.

- CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da. **Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição**. Coimbra: Almedina, 1998. 499 p.
- DNES, Antony W. **Franchising: a case study approach**. Aldershot: Avebury, 1997. 321 p.
- DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil Pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. 163 p.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004. 974 p.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 6.ed. v. 4. t. I. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GARRUÇO, Elizabete. O Contrato de Franquia. **Revisores & Empresas: Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas**. Lisboa, a. 8, n. 34, pp. 40-49, jul./set. 2006.
- GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. **Contratos de colaboración en el comercio internacional: intermediación, agência, distribución, transferencia de tecnología, franquicia, joint-venture, agrupaciones**. Barcelona: Bosch, 2004. 578 p.
- JHERING, Rudolf von. **Culpa In contrahendo ou Indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008. 89 p.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. 727 p.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 8.ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 544 p.
- MONTEIRO, António Pinto. **Contrato de Agência: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de Julho 178/85**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2004. 182 p.
- _____. **Contrato de Agência: Anotação ao Decreto-Lei n.º 178-86, de 3 de Julho 178/85**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004. 190 p.
- _____. **Contratos de agência, de concessão e de franquia: franchising. Boletim da Faculdade de Direito: Número Especial – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia**. Coimbra, v. 3, pp. 303-327, 1984.
- _____. **Direito Comercial: Contratos de Distribuição Comercial**. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2009. 210 p.
- MORAIS, Sílvia Filipa Borges. “Direito aplicável ao contrato internacional de franquia”. **Themis**. Lisboa, a. 11, n. 20/21, pp. 279-318, 2011.

MUTH, Rodica Elena. **Franchise, export, méthode**. Chotard: Paris, 1986. 258 p.

LIMA, Pires de; VARELA, João Antunes. **Código Civil Anotado**. 4.ed. v. II. Coimbra: Almedina, 2010. 938 p.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Da Franquia de Empresa (Franchising). **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. 73, pp. 251-278, 1997.

_____ **Transparency in business networks** – pre-contractual disclosure obligations in franchising agreements. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28751/1/Transparency%20in%20business%20networks%20franchising%20disclosure.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 2012. 687 p.

_____ **Contratos de Distribuição**: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo. Lisboa: Universidade Católica, 2013. 909 p.

_____ Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n. 4/05.7TBMNC.G1, Relatora: Helena Melo, Guimarães, Acórdão do dia 30 mai. 2013.

_____ Tribunal de Relação de Lisboa, Processo n. 3054/03.4 TCSNT.L1-6, Relatora Ana Azevedo Coelho, Lisboa, Acórdão do dia 14 nov. 2011.

_____ Tribunal de Relação de Lisboa, Processo n. 8340/2008-7, Relator Roque Nogueira, Lisboa, Acórdão do dia 17 mar. 2009.

_____ Tribunal da Relação do Porto, Processo n. 373/07.4TVPRP.P1, Relator Teles de Menezes, Porto, Acórdão do dia 02 jul. 2009.

_____ Tribunal da Relação do Porto, Processo n. 487/11.6TBMTS.P1, Relator Teles de Menezes, Porto, Acórdão do dia 08 jul. 2015.

_____ Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 06A4416, Relator Sebastião Povoas, Acórdão do dia 09 jan. 2007.

_____ Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 03A1035, Relator Lopes Pinto, Acórdão do dia 24 abr. 2003.

_____ Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 05B603, Relator Oliveira Barros, Acórdão do dia 21 abr. 2005.

_____ Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 08b3301, Relator Santos Bernardino, Lisboa, Acórdão do dia 22 jan. 2009.

_____ Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 3371/08.7TVLSB.L1.S1, Relator: Salreta Pereira, Lisboa, Acórdão do dia 05 fev. 2013.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa-fé como norma de validade. **ARS Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. pp. 667-732.

_____ **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999. 716 p.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **O Contrato de Franquia (Franchising): Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime**. Coimbra: Almedina, 2001. 319 p.

RIGOL GASSET, Jaume. **La Franquicia: una estrategia de expansión**. Barcelona: EINIA, 1992. 188 p.

SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. **O contrato de franquia**. 2009. 69 p. Dissertação (Mestrado em Direito das Empresas) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra. 2009.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: LTR, 2008. 200 p.

STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

TOMAZ, Raíssa Mendes. **A formação e a cessação do contrato de franquia**. 2015. 136 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais – Direito Empresarial) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra. 2015.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. 10.ed. v. I. Coimbra: Almedina, 2000. 962 p.

_____ **Das Obrigações em geral**. 7.ed. v. II. Coimbra: Almedina, 2012. 612 p.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **O contrato de franquia: franchising**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010. 253 p.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos Atípicos**. 2.ed. Almedina: Coimbra, 2009. 522 p.

VIVEIROS, Aura Célia Benevides. **Abuso de Dependência Económica: entre direito dos contratos e direito da concorrência**. Coimbra. 2011. 86 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.