



Maria Vitória Galvan Momo

A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NO CONTRATO DE FRANQUIA ATRAVÉS DO DEVER DE INFORMAÇÃO

Equilíbrio Contratual e Proteção das Partes na Fase Preliminar

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais, com menção em
Direito Empresarial, apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Coimbra / 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Maria Vitória Galvan Momo

**A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NO CONTRATO
DE FRANQUIA ATRAVÉS DO DEVER DE INFORMAÇÃO
Equilíbrio Contratual e Proteção das Partes na Fase Preliminar**

**TRANSPARENCY'S PRINCIPLE MATERIALIZATION IN THE FRANCHISE
CONTRACT THROUGH THE DUTY OF INFORMATION
Contractual Balance and Parties Protection in the Preliminary Phase**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídicas Empresariais, com menção em Direito Empresarial.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira

Coimbra, 2018

AGRADECIMENTOS

Muitos são os motivos e pessoas a agradecer por ter chegado até aqui. A oportunidade de cursar o mestrado na Universidade de Coimbra é a realização de um sonho e fruto do apoio de várias pessoas a quem, nomeadamente, presto os devidos agradecimentos:

A minha família, meu maior suporte. Aos meus pais, Tania e Airton, que não mediram esforços para me fazer chegar até aqui. Que, com todo amor, cuidado e carinho abraçaram o meu sonho e fizeram com que se tornasse também o seu. As minhas irmãs, Ana e Gabi, que me apoiaram em meus momentos mais difíceis e me fizeram ser uma pessoa melhor.

Ao professor Doutor Alexandre Pereira, que aceitou me auxiliar nesse desafio, e, durante todo o tempo, prestou valiosas contribuições para o enriquecimento do estudo, auxiliando no enquadramento do tema, indicação bibliográfica, correção e orientações.

Aos professores que me receberam em Valencia: Doutor Juan Ignacio Ruiz Peris, Doutor Jaume Martí Miravalls; e Doutor Jordi Baño i Aracil, que sempre prestativos e acolhedores me auxiliaram a compreender a complexidade do tema, dividiram comigo conhecimentos e tiveram grande contribuição em meu progresso.

Aos amigos de longe, que souberam entender a distância, a falta de notícias durante os árduos dias de pesquisa e, mesmo na ausência, me apoiaram e estiveram comigo.

Aos amigos que Coimbra me trouxe. Que compartilharam os melhores e piores momentos dessa jornada e que fazem “voltar a Coimbra” ser apenas um pretexto para encontrá-los novamente. Que Coimbra seja só o início.

Aos amigos de Valencia, que trouxeram um novo sentido para a palavra “intercâmbio”, tornaram a adaptação uma tarefa fácil e mostraram que em qualquer lugar do mundo teremos sempre um abrigo ao coração.

RESUMO

Muito se discute, na doutrina e jurisprudência, questões relativas à cessação do contrato de franquia e suas consequências no ordenamento jurídico interno e comunitário. Entretanto, poucos ordenamentos jurídicos consagram normas referentes à fase pré-contratual e a formação dos contratos de franquia. No presente trabalho pretende-se demonstrar que a maioria dos problemas na fase de execução ou na fase pós-contratual estão conexos a vícios que se iniciam na fase pré-contratual. Busca-se evidenciar que a observância de alguns princípios e a iniciativa das partes pela manutenção do equilíbrio contratual, nessa fase, poderá influir diretamente no bom funcionamento da relação negocial subsequente. Por conseguinte, pretende-se analisar alguns ordenamentos jurídicos avançados no que diz respeito à consagração de deveres pré-contratuais no *franchising*, especialmente do dever de informação preliminar, em uma análise comparada entre o sistema Português, Espanhol, Brasileiro, Francês e Italiano. Adicionalmente, será ressaltado o tratamento adotado pela Lei Modelo UNIDROIT, de 2002. Para tanto, serão observados institutos e princípios que norteiam a fase preliminar, com ênfase ao dever de boa-fé, transparência, lealdade e informação, de forma a verificar como poderão servir para garantir uma fase preliminar diligente. Desse modo, pretende-se ressaltar a imprescindibilidade do dever de informação para a contratação válida, uma vez que traduz importante instrumento para compensação de eventual desequilíbrio econômico ou jurídico da parte considerada mais vulnerável.

PALAVRAS CHAVE: Contrato de Franquia; Boa-fé; Transparência; Dever de Informação; Responsabilidade Civil Pré-Contratual;

ABSTRACT

There is a lot of doctrinal and jurisprudential discussion about matters related to the cease of the franchise agreement, and its consequences in the internal and communitarian legal orders. However, few legal orders establish rules concerning the pre-contractual phase and the franchise contract's formation. In this dissertation, we intent to demonstrate that most of the problems in the execution phase or in the post-contractual phase are connected to defects that begin in the pre-contractual phase. It aims to evidence that the observance of a few principles and the initiative of both parties towards the maintenance of the contractual balance can, in this phase, influence directly in the proper functioning of the subsequent business relation. Therefore, the intent is to analyze a few advanced legal orders regarding the pre-contractual obligations' establishment in franchising, specially the preliminary information duty, in a compared analysis between the Portuguese, Spanish, Brazilian, French and Italian' systems. Additionally, the treatment adopted by the Disclosure Law UNIDROIT will be highlighted. To that end, there will be the observation of the preliminary's phase guiding institutes and principles, emphasizing the obligations of good faith, transparency, loyalty and information, to verify how they can serve as guarantee to a diligent preliminary phase. This way, we intent to highlight the indispensability of the information's duty for a valid contracting once it translates as an important instrument to compensate for an eventual legal or economical unbalance to the party considered to be most vulnerable.

KEY WORDS: Franchise Agreement; Good faith; Transparency; Duty of Information; Pre-Contractual Civil Liability;

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABF	Associação Brasileira de Franchising
CC	Código Civil
COF	Circular de Oferta de Franquia
CPI	Código de Propriedade Industrial
DIP	Documento de Informação Pré-Contratual
DL	Decreto-Lei
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
INPL	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
LCCG	Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PECL	Princípios Europeus do Direito dos Contratos
PL	Projeto de Lei
RD	Real Decreto
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
UE	União Europeia
UNIDROIT	International Institute for the Unification of the Private Law
TIEAs	Tax Information Exchange Agreements

Abreviaturas adotadas para referências:

Ace.	Acesso em
Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
C/c	Combinado com
Cap.	Capítulo
Cfr.	Conferir
Disp.	Disponível em
Ed.	Edição

Et. al.	E outro(s) autor(es)
N.º	Número
N.P.	Não paginado
Op. cit.	Obra citada
P./pp.	Página/ Páginas
Ss.	Seguintes
V.	Vide
Vol.	Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
1 O CONTRATO DE FRANQUIA	12
1.1 FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO DE FRANQUIA: VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TIPO NEGOCIAL	17
1.2 OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS.....	20
1.2.1 <i>Obrigações do Franqueador</i>	21
1.2.2 <i>Obrigações do Franqueado</i>	25
1.3 MODALIDADES	29
1.4 REGIME JURÍDICO.....	31
1.4.1 <i>Portugal</i>	33
1.4.2 <i>Espanha</i>	35
1.4.3 <i>Brasil</i>	36
1.5 A FRANQUIA E OUTROS CONTRATOS EMPRESARIAIS	37
1.5.1 <i>Contrato de Agência</i>	37
1.5.2 <i>Contrato de Concessão Comercial</i>	39
1.5.3 <i>Contrato de Know-How</i>	41
1.5.4 <i>Contrato de Licença de Marca</i>	41
1.5.5 <i>Contrato de Prestação de Serviços e Contrato de Trabalho</i>	42
2 O MOVIMENTO DE TRANSPARÊNCIA E A EFETIVAÇÃO DA BOA-FÉ NO SISTEMA DE FRANQUIA	44
2.1 O REGIME DA TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA	46
2.2 A BOA-FÉ E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A FASE PRELIMINAR	52
2.2.1 <i>O Dever de Informação</i>	57
2.2.2 <i>O Princípio da Confiança</i>	59
2.2.3 <i>O Dever de Lealdade e Cooperação</i>	61
2.2.4 <i>O Dever de Confidencialidade</i>	62
2.3 DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL E PROTEÇÃO DA PARTE MAIS FRACA.....	63
2.3.1 <i>A Deficiência Informativa</i>	64
2.3.2 <i>A Dependência Econômica</i>	65

2.3.3 Contrato Formado por Adesão a Cláusulas Contratuais Gerais.....	68
2.4 O EQUILÍBRIO DA RELAÇÃO CONTRATUAL ATRAVÉS DA PROMOÇÃO DA TRANSPARÊNCIA	72
3 A NEGOCIAÇÃO PRELIMINAR E O DEVER DE INFORMAÇÃO.....	76
3.1 AS NEGOCIAÇÕES NO ACORDO DE FRANQUIA.....	81
3.2 A FASE PRELIMINAR E AS PRIMEIRAS REGULAMENTAÇÕES	86
3.3 ENQUADRAMENTO JURÍDICO NO DIREITO COMPARADO: REGULAÇÃO EM ESPANHA, BRASIL, FRANÇA E ITÁLIA.....	91
3.3.1 Prazo de Entrega do Documento.....	93
3.3.2 Informações sobre a Empresa Franqueadora.....	96
3.3.3 Informações sobre a Rede.....	99
3.3.4 Informações sobre a Marca.....	103
3.3.5 Informações sobre o Mercado	105
3.3.6 Informações sobre o Conteúdo do Contrato e Condições para Ingresso.....	107
3.3.7 Informações sobre os Deveres Pós-Contratuais	112
3.4 VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO, DE LEALDADE E DE ESCLARECIMENTO E A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO PORTUGUÊS.....	113
3.4.1 Responsabilidade pré-contratual antes da celebração do contrato.....	120
3.4.2 Responsabilidade pré-contratual após a celebração do contrato.....	124
CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	136
LISTA DE LEGISLAÇÕES, NORMAS, DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADOS.....	146

INTRODUÇÃO

“Informação é poder”. A censura, propagada desde a época da igreja católica primitiva, presente, hodiernamente, em diversos Estados, serve para demonstrar a veracidade do citado adágio. “Democratizada” através do advento das novas tecnologias, a informação ainda enfrenta barreiras em busca da sua concretização em diversos âmbitos sociais. Nas relações negociais, serve como um elemento estratégico na tomada de decisões e tem a expressiva capacidade de propiciar ao seu detentor vantagens significativas na defesa de seus interesses. Em vista disso, iniciou-se o movimento em favor da transparência nas relações contratuais.

Diversos desequilíbrios causados pela assimetria informacional podem ser minimizados por intermédio da transparência, dado que, a partir dela, as partes ficam vinculadas ao dever de agir de boa-fé. A transparência nas contratações se concretiza através da exigência que uma das partes – com maior conhecimento e privilegiado poder econômico – forneça um documento informativo a sua contraparte, de forma que negociem com igualdade de informações sobre o negócio e expressem seu consentimento válido e com conhecimento de causa.

Por conseguinte, fase preliminar tem por objetivo garantir o diálogo entre as partes na busca da conformação contratual. A obrigatoriedade de entrega de um documento de informações desde as negociações corrobora com a busca pela vinculação consciente. Esse documento se apresenta como um dos instrumentos essenciais do moderno direito de transparência contratual, que impera globalmente em todos os mercados¹.

Nesse contexto, a franquia, uma das modalidades empresariais com maior relevo no cenário econômico mundial, apresenta particularidades que justificam a necessidade de proteção da fase pré-contratual. Ao vincular duas partes que naturalmente se encontram em desequilíbrio econômico e informativo, posto que de um lado existe o franqueador, empresário reconhecido no mercado e com conhecimentos sobre a atividade objeto da franquia, e de outro o franqueado, em regra pequeno empresário sem conhecimentos técnicos, o *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) considerou que grande parte dos problemas são originários na fase negocial, e que o

¹ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. *Los Códigos de Conducta en las Redes de Franquicia: el modelo americano versus el europeo*, in *Revista de Derecho Mercantil*. n.º. 269, 2008, p. 20.

eventual desequilíbrio entre as partes pode ser resolvido por meio da observância do dever de informação pré-contratual.

Por ser uma modalidade atípica no direito português, carente de regulação específica, torna-se necessário observar a experiência de outros ordenamentos jurídicos. Assim, objetiva-se com o presente estudo verificar como é tratada essa questão em Estados que regulam a fase formativa do *franchising*, como ocorre, por exemplo, em Espanha, Itália, França e Brasil, comparativamente com o tratamento empregado em Portugal. Serão elencados os principais problemas que podem ocorrer na fase negocial, em especial os que decorrem da não observância dos deveres de conduta, e qual o seu impacto no universo jurídico. Acrescenta-se à presente investigação a análise do tratamento estabelecido pelo direito português para sanar os defeitos da fase pré-contratual.

Para se alcançar os objetivos propostos, o presente trabalho será subdividido em três capítulos.

No primeiro capítulo será realizado um abarcado teórico em busca da definição do contrato de franquia. Através dos estudos realizados por António Pinto Monteiro, Menezes Cordeiro, Alexandre Pereira, Maria de Fátima Ribeiro, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, e outros, serão estabelecidas as principais características do contrato de franquia, a sua função econômica no direito empresarial, e o seu enquadramento como contrato autônomo, diferente de outras modalidades tipificadas no Direito Português.

Ainda, serão definidas as obrigações acessórias e principais das partes que negociam, e, valendo-se da doutrina de Pinto Monteiro, determinadas as regras jurídicas aplicáveis à franquia em Portugal, em particular as semelhanças e diferenças entre essa modalidade contratual e os contratos de agência e locação comercial. Observando-se a divisão reconhecida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no Acórdão *Pronuptia*, serão especificadas as três modalidades de franquia (Produção; Distribuição e Serviços).

No segundo capítulo, pretende-se demonstrar que o imperativo da autonomia privada poderá sofrer limitações quando em confronto com outras normas jurídicas. Evidencia-se, assim, a nova concepção do princípio da transparência para além dos moldes proclamados pelo direito público. Partindo da definição empregada por autores como Ferreira de Almeida, Joaquim de Sousa Ribeiro e Carneiro da Frada, será realizada uma análise teórica dos princípios que regem a fase preliminar, especialmente no que concerne

a boa-fé e os demais deveres subjacentes, definidos como o dever de informação, de lealdade, de confidencialidade e o princípio da confiança.

Para justificar a necessidade de proteção do franqueado, serão analisados os casos de desequilíbrio contratual no *franchising*, subdivididos como: proteção do franqueado ante a deficiência informativa; proteção do franqueado em casos de dependência econômica e proteção do franqueado em contratos formulados por adesão a cláusulas contratuais gerais². Nessa exegese, demonstrar-se-á que essas deficiências podem ser minimizadas através da transparência nas relações negociais. Isso porque, por meio desse dever, efetiva-se a consagração da lealdade e da proteção da confiança, conferindo maior segurança jurídica às relações negociais e a tutela das expectativas legítimas depositadas pelos contraentes.

O terceiro capítulo destina-se ao estudo da fase preliminar de um contrato e a sua evolução até que haja a conformação contratual. Será enquadrada a oferta como pertencente às relações jurídicas pré-contratuais, e estabelecido o fim da fase pré-contratual com a aceitação da oferta e concretização do acordo, ressalvados os casos em que os efeitos jurídicos da vinculação ocorrem por meio de um contrato realizado verbalmente. Seguindo as lições de Almeida Costa, serão descritas as diferenças entre a fase pré-contratual e os casos de pré-contrato ou contrato promessa.

Para verificar de que forma se dá a concretização do imperativo da transparência nas relações negociais, serão examinados alguns Estados que ordenam o dever de informação pré-contratual na franquia, realizando-se um paralelo entre Espanha (Real Decreto n.º 201/2010); Brasil (Lei n.º 8.955/94); França (artigos L330-3 e R330-1 do Código Comercial); e Itália (Lei 129 de 2004). Adicionalmente, serão traçados breves apontamentos a respeito das alterações aplicadas pela *Federal Trade Commission* às regras da *Franchise Rule* Estado-unidense e das inovações trazidas pelo Código Comercial de Macau, Decreto-Lei 40/99/M, de 3 de agosto. Desse modo, pretende-se evidenciar as principais semelhanças e diferenças entre os ordenamentos.

Para finalizar, em concordância com os estudos realizados por Jhering, serão trazidos alguns questionamentos a respeito da responsabilidade civil pré-contratual no direito português e a defesa da teoria da *culpa in contrahendo*. Será posto em questão o controverso entendimento da natureza jurídica da obrigação, a qual poderá ser considerada

² Dever de informação obrigatório por força normativa, v. artigos 6.º e seguintes da Lei de Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG), Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

como contratual, de acordo com Antunes Varela, Galvão Telles, Ana Prata, e outros; extracontratual, defendida por Almeida Costa, Ferreira Cunha, e outros; ou mista, conhecida também como “terceira via da responsabilidade civil”, entendimento de Ferreira de Almeida, Menezes Leitão, Dario Moura Vicente, Moreira da Silva, e outros.

Para que se possa compreender a aplicabilidade da responsabilidade e a extensão dos danos indenizáveis, abordar-se-á a discussão sobre as teorias do interesse contratual negativo e positivo, seguindo a perspectiva adotada por Paulo Mota Pinto. Por fim, serão analisadas as possibilidades de responsabilização do franqueador pelo não cumprimento dos deveres pré-contratuais, subdividindo-se os casos em que a responsabilidade surge antes da celebração do contrato, com a quebra injustificada das negociações; e após a celebração do contrato, pela formação de um negócio inválido ou pelos danos gerados na fase preliminar mesmo com a consecução de um negócio válido.

O estudo ganha relevância em razão da crescente expansão do sistema de franquia na economia mundial, e, em especial, pelos problemas jurídicos que decorrem da não observância dos deveres pré-contratuais, na medida em que a violação de determinadas obrigações pode afetar diretamente a validade do negócio e comprometer todo o sistema.

1 O CONTRATO DE FRANQUIA

O contrato de franquia³ é um contrato de integração vertical⁴ que vincula dois sujeitos: franqueador e franqueado, no qual o primeiro concede ao segundo uma licença de exploração de marca e de utilização dos seus sinais distintivos do comércio, transmite suas técnicas empresariais e presta assistência técnica durante toda execução do contrato. Por meio dessa modalidade contratual, dois sujeitos juridicamente independentes estabelecem um acordo de colaboração, de forma que o franqueado desenvolva a mesma atividade que o franqueador, seguindo as suas orientações, e apareça aos olhos do público como uma exata réplica da empresa franqueadora

A Associação Portuguesa do *Franchise*⁵ define a franquia como um método de colaboração entre franqueador e franqueado(s). Para tanto, precisa o franqueador deter a propriedade de um sinal distintivo angariador de clientela, de uma marca, insígnia, razão social, nome comercial, logótipo e etc. Precisa fornecer ao franqueado o seu *know-how*, ou seja, a fórmula e conhecimentos para execução da atividade com a mesma qualidade e, ainda, um conjunto de produtos/serviços/tecnologias, assistindo a atividade.

³ Para a *International Franchise Association* a franquia é “uma relação contratual entre o Franchisador e o Franchisado na qual o Franchisador ofereceu ou é obrigado a manter interesse no negócio do Franchisado, em tais áreas como *know-how* e formação, na qual o Franchisado opera sob uma insígnia, formato e/ou procedimento comum, propriedade ou controlados pelo Franchisador e, na qual o Franchisado tem ou fará um investimento substancial no seu negócio com recursos próprios”. Já para a *European Franchise Federation*, a qual reúne associações e federações estabelecidas na Europa, incluindo a Associação Portuguesa da Franchise, a franquia “é um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços e/ou tecnologias, baseado numa estreita e contínua colaboração entre empresas, jurídicas e financeiramente distintas e independentes, o Franchisador e os seus Franchisados, através do qual o Franchisador concede aos seus Franchisados o direito, e impõe a obrigação, de explorar uma empresa de acordo com o seu conceito. O direito assim concedido tem por objectivo autorizar e obrigar o franchisado, mediante uma contrapartida financeira directa ou indirecta, a usar a insígnia e/ou marca dos produtos e/ou marca do serviço, *know-how*, e outros direitos de propriedade industrial e intelectual, apoiados por uma prestação contínua de assistência comercial e/ou técnica, no âmbito e durante a vigência dum contrato de franchise escrito celebrado entre as partes, para tal fim”. Em contrapartida, para O Código Deontológico Europeu de *Franchising* a franquia é “um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços e/ou tecnologias, baseado numa estreita e contínua colaboração entre empresas jurídicas e financeiramente jurídicas e independentes, o Franchisador e os seus Franchisados, através do qual o franchisador concede aos seus franchisados o direito, e impõe a obrigação, de explorar uma empresa de acordo com o seu conceito. O direito assim concedido tem por objectivo autorizar e obrigar o Franchisado, mediante uma contrapartida financeira directa ou indirecta, a usar a insígnia e/ou marca dos produtos e/ou marca do serviço, “*know-how*”, e outros direitos de propriedade industrial e intelectual, apoiados por uma prestação contínua de assistência comercial e/ou técnica, no âmbito e durante a vigência dum contrato de *Franchising* escrito celebrado entre as partes, para tal fim”.

⁴ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Cessação de Acordos de Distribuição no Direito Português*: resenha de jurisprudência recente sobre prazos de denúncia e indemnização de clientela, in *Revista Jurídica Portucalense*. n.º. 18, Porto, 2015, p. 14 assim classifica ao afirmar que as partes não estão no mesmo nível de produção ou distribuição.

⁵ Conferir em PORTO, Paulo Lopes; MARIA, Santiago Barbadillo de. *Franchising passo a passo*. n. 1. Julho 2003. Porto: Edições Ipam, 2003, p. 16.

Enquadra-se como uma das mais avançadas modalidades de contrato de distribuição⁶ na qual o franqueador utiliza-se da franquia como forma de organizar e controlar a fase distributiva. Atualmente, não é vista como um método simples de distribuição, mas um sistema universal⁷ cujo objetivo é implantar uma rede de negócios concebida pelo franqueador, e não meramente a distribuição de um produto para o consumidor final. A qualificação como um contrato de distribuição é possível⁸ levando-se em consideração que a franquia é “um sistema que se desenvolve do ponto de vista da estratégia distributiva”⁹.

As primeiras origens do contrato de franquia são atreladas a ideia de privilégio próprio do Direito Público medieval ou absolutista¹⁰. Surgiu na Idade Média, em França, e seu nome deriva do francês *franchisage* ou *franchise*, palavra utilizada para exprimir a concessão e outorga de um privilégio¹¹. Durante o período feudal algumas cidades – denominadas *franche* ou *franchise* – recebiam benefícios em relação às demais, na medida em que seus habitantes não eram obrigados ao pagamento de taxas e impostos ao poder central e à igreja¹². Era considerado um privilégio fiscal¹³ de redução ou isenção de impostos. Em outros casos, o benefício podia se caracterizar como atribuição de monopólios em atividades profissionais¹⁴.

Após a Idade Média, o sistema deixou de ser utilizado, ressurgindo nos Estados Unidos a partir de 1930 com um novo sentido econômico: um sistema de distribuição¹⁵ como consequência da proibição antitruste que impedia os fabricantes de automóveis a

⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito Comercial*. 4. ed. rev. atual. Aumentada. Coimbra: Almedina, 2016, p. 804 e RUIZ PERIS, Juan Ignacio. *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 24.

⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia*, in *Direito e Justiça*. Vol. 19. Tomo 1, 2005, p. 83.

⁸ Há quem discorde desse enquadramento. Sobre isso, MORAIS, Silvia Filipa Borges. *Direito Aplicável ao Contrato Internacional de Franquia*, in *Themis*, Lisboa, ano 11, nº. 20/21, 2011, p. 291. A autora, *Ibidem*, p. 292 afirma que só se enquadra na categoria dos contratos de distribuição se for considerada a função econômica do contrato, que é distributiva, independente do franqueador ser ou não o fabricante do produto.

⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 23.

¹¹ MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de Distribuição Comercial*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 122. No mesmo sentido, CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 804, VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O Contrato de Franquia (Franchising)*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 13 e RIBEIRO, Ana Paula. *O Contrato de Franquia (franchising) no Direito Interno e Internacional*. Lisboa: Tempus editores, 1994, p. 18.

¹² Cfr. PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 13

¹³ Termo utilizado por MANUAL de Franchising: tudo o que precisa saber para escolher uma marca, gerir o negócio ou fazer expandir a sua rede. Porto: Bertrand, 2001, p. 16.

¹⁴ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵ *Ibidem*, p. 14.

vender por si mesmos os produtos aos consumidores finais¹⁶. Ainda que com relevantes raízes anteriores¹⁷, foi nos Estados Unidos que a franquia ganhou visibilidade ao propiciar e facilitar a comercialização através de um sistema semelhante ao da agência e da concessão¹⁸: angariação e distribuição de bens e serviços em uma base hierarquizada. Sua origem está ligada a fatores de tipo mais econômico que jurídico¹⁹.

O *franchisee* vendia os produtos do franchisor, submetendo-se a uma série de técnicas de comercialização²⁰. A ele foi dada a chance de iniciar um negócio com riscos reduzidos, ao reproduzir o sucesso empresarial do *franchisor*, com as suas insígnias, publicidade, técnicas de comercialização e segredo empresarial²¹. Esse sistema entrou em declínio, e voltou a ganhar visibilidade apenas nos anos 20, pelo setor automotivo e de refrigerantes²², tornando-se popular com grandes redes como a Coca-Cola, que passou a permitir que empresários produzissem e distribuíssem seus produtos dentro de uma área geográfica limitada²³. Após a Segunda Guerra Mundial, mais precisamente a partir de 1950, o sistema de franquia ganhou maior visibilidade e importância econômica, e foi incorporado pelo setor alimentício como *McDonald's*, *Burguer King*, *Dunkin' Donuts*, etc.

Considera-se que o marco divisor da franquia, capaz de distinguir o modelo da década de 60 baseada na distribuição de produtos/serviços do modelo atualmente

¹⁶ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 23.

¹⁷ Cfr. CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 805

¹⁸ *Ibidem*, pp. 805-806

¹⁹ *Idem*, *Do Contrato de Franquia (franchising): da autonomia privada versus a tipicidade negocial*, in Revista da Ordem dos Advogados, nº 48, 1988, p. 68.

²⁰ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. *Redes de Franquicia*. Porto: Juruá, 2018, p. 32.

²¹ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 17 afirma que uma das primeiras grandes redes de franquia dos Estados Unidos foi a Singer Sewing Machine Company que em 1862 cedeu licença de marca a outros comerciantes, os quais adquiriam o direito de revender as máquinas de costura com exclusividade em determinado território em troca de uma contrapartida financeira. RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13, afirma que o surgimento da franquia se deu virtude do desejo dos industriais expandirem seus negócios para outras regiões do continente americano sem arcar com os elevados custos, e da aceitação de pequenos comerciantes locais em revender ou utilizar perante o público marcas já reconhecidas e com grande valor de mercado.

²² ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in O Direito. Lisboa, ano 123, abr./set., 1991, p. 324.

²³ Após o processo iniciado a partir da Sewing Machine Company e da Coca-Cola, o modelo “franquia” passou a ser explorado por diversas outras grandes empresas, como em 1921 pela Hertz Rent-a-Car, em 1925 a W Root Beer, destinadas a comercialização de comida rápida. Sobre isso, conferir VILAR, António. *Franchising: a lei e a prática*. Organização António Vilar. Maia: Vida Económica, 2008, p. 9. Após a segunda guerra, houve a grande expansão do *franchising*, sendo adotado por diversos comerciantes dos mais variados setores da atividade econômica (como hotelaria, restaurante, supermercados). Sobre isso, cfr. ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 325 e RIBEIRO, Ana Paula, *op. cit.*, p. 20.

concebido²⁴, foi o surgimento da nova geração dessa modalidade contratual, inspirada na filosofia do *marketing*²⁵. Isso porque introduziu-se à franquia o conceito global de negócio²⁶, na medida em que não tratava apenas da cessão de alguns direitos, mas também promovia a integração entre franqueador e franqueado como uma verdadeira rede, com rotinas de operação, conexão dos elementos publicitários, e repasse de todos os elementos necessários para revenda de uma estrutura negocial testada e bem-sucedida.

Com o novo modelo desenvolvido a partir de 1970, conhecido por “*franchising of the entire business*” ou “*business format franchising*”²⁷, antigos empresários independentes começaram a se juntar a grandes redes de franquia em busca de apoio publicitário e organizacional, desenvolvendo-se esse modelo em áreas como agências imobiliárias e reparação de interiores²⁸. Por último, foi desenvolvido no sistema de distribuição de serviços²⁹. A partir de 1990 a perspectiva mudou, e franqueador e franqueado se uniram em uma relação de interdependência em busca da satisfação do cliente, de forma a atingir objetivos comuns³⁰. Com equipe de *marketing* integrada, os contraentes buscam alcançar uma quota de mercado dominante através da captação e manutenção dos clientes na rede, tornando-se parceiros estratégicos³¹.

O sistema foi adotado na Europa mais tarde³², e, a partir de 1970, começou a ganhar maiores proporções³³. Enquanto o franqueado norte americano visava construir seu próprio negócio através das facilidades oferecidas pela franquia, e se vinculava por meio de um elevado “*front money*”, o franqueado europeu buscava a continuidade da relação com o franqueador por meio da assistência técnica contínua, e se comprometia ao pagamento de *royalties* mensais³⁴. Diz-se que a grande diferença entre os dois sistemas³⁵ é

²⁴ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 774-775.

²⁵ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 24.

²⁶ Conceito incorporado por PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 18.

²⁷ Importa lembrar que foi em 1970 que o contrato de franquia se tornou legalmente típico no ordenamento jurídico norte-americano com o *California Investment Act*, que também foi o primeiro texto legal que regulou o contrato de franquia. Sobre isso, RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 25 e pp. 34-35.

²⁸ Cfr. PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 19.

²⁹ Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 13.

³⁰ CALIXTO, Margarida Mendes; PIZARRO, Sebastião Nóbrega. *Contratos Financeiros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 113 caracterizam a franquia como um “Método de cooperação e colaboração entre empresas, permitindo a otimização do capital e iniciativa empresarial, o *franchising* assume-se como a principal modalidade de negócio do século XXI”.

³¹ MANUAL de Franchising, *op. cit.*, p. 64.

³² Mais precisamente, de acordo com PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 28, no século 20 em França.

³³ Cfr. VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 13.

³⁴ Sobre as diferenças, conferir o que diz RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 14.

que no americano há uma maior preocupação com os elementos relacionados com a defesa do consumidor e do usuário, e as possíveis infrações à lei antitruste, enquanto que na Europa preocupa-se com a integração das empresas, entendendo-se a franquia como um modo de cooperação³⁶.

Em Portugal, o *franchising* foi incorporado apenas em 1987³⁷ e até hoje, assim como em grande parte da Europa, é um contrato legalmente atípico, com base na autonomia privada e na liberdade contratual³⁸, o qual se pauta nas regras gerais do direito civil e utiliza por analogia as regras de outros contratos típicos. Em outros países, como Brasil e Espanha, o contrato é regulado de forma incompleta, uma vez que a lei não abrange todas as suas singularidades, e acaba-se por aplicar também as regras gerais do direito civil³⁹.

É a modalidade comercial que permite que o franqueado atue comercialmente seguindo as diretivas e indicações do franqueador, de forma que surja aos olhos do público com a imagem empresarial deste. Por meio dela, reúne-se um conjunto de empresários juridicamente independentes⁴⁰ que compartilham a exploração – direta ou indireta – de um modelo de empresa⁴¹. As partes devem respeitar o equilíbrio de poderes, o qual garante que franqueador e franqueado atuem em um sistema de ação conjunta, uma vez que o objeto do *franchising* é uma rede com identidade comum⁴², cujo objetivo é o desenvolvimento das empresas pertencentes à rede através da angariação e manutenção de uma clientela.

Para que um contrato se caracterize como franquia, um empresário precisa “vender” a sua vantagem concorrencial a outros empresários que buscam crescimento e êxito em um espaço pequeno de tempo. O franqueador busca repetir o seu êxito ao repassar

³⁵ Cfr. MARZORATI, Osvaldo J. *Franchising*. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 23.

³⁶ Cfr. NÈGRE, Claude. *La Franchise*. 2. ed. Paris: Vuibert, 2004, p. 58.

³⁷ Cfr. PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 29 e CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 808.

³⁸ O artigo 405 do Código Civil disciplina a liberdade contratual e garante que as partes vão eleger as regras de acordo com a sua vontade. Sobre isso, cfr. PEREIRA, *Cessação de Acordos...*, *op. cit.*, p. 6.

³⁹ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 127 afirma que “En múltiples contratos se regulan exclusivamente aquellas cuestiones que plantean mayores problemas, con lo que tal regulación tiene un carácter fragmentario. En ocasiones la regulación de problemas distintos que presenta un contrato se realiza en normas diversas, fruto de plumas que obedecen a planteamientos político-legislativos a veces encontrados o simplemente diferentes”.

⁴⁰ SIMÕES, M. Barata. *Franchising: franquias, inovação e crescimento*. Lisboa: Texto Editora, 1991, pp. 36-37.

⁴¹ MARTÍ MIRAVALLS, *Redes...*, *op. cit.*, p. 27.

⁴² PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Da Franquia de Empresa: franchising*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 73, 1997, p. 256.

seus conhecimentos e fórmula de sucesso aos franqueados⁴³. Não funciona como tentativa de reanimar uma atividade estagnada, como última esperança para que uma empresa alcance o sucesso, pois o alto investimento realizado pelos franqueados depende da boa imagem já adquirida pelo franqueador, posto que o que se procurara na franquia é iniciar uma atividade empresarial com menores riscos e maior probabilidade de êxito⁴⁴. É essencial que haja equilíbrio contratual no intuito de manter as partes da relação comercial autônomas. Dessa forma, estabelece-se um limite ao controle e intromissão do franqueador na atividade do franqueado⁴⁵.

O que está em causa nessa modalidade contratual não é a simples divisão entre as tarefas produtiva e distributiva – uma vez que o próprio franqueado pode exercer ambas – mas a divisão entre a execução de uma fórmula bem sucedida e o controle por parte do franqueador⁴⁶, para garantia do cumprimento do modelo de empresa de forma que o franqueado seja identificado como uma sucursal, idêntica à empresa do franqueador em todos os aspectos. Por conseguinte, a franquia estabelece uma série de elementos essenciais, além de características específicas ao tipo comercial.

1.1 Função Econômica do Contrato de Franquia: Vantagens e Desvantagens do Tipo Comercial

O contrato de franquia possui uma importante função econômica. A sua evolução demonstra que muito mais que a escoação dos produtos, o franqueador nos primeiros moldes tinha por objetivo tirar proveito e expandir a notoriedade de sua marca, havendo não só uma “licença de marca”, mas mesmo uma “licença de imagem da marca”⁴⁷. Algum tempo depois o contrato foi utilizado para efetivamente distribuir os bens fornecidos pelo franqueador, sendo incluído na categoria dos contratos de distribuição através da integração de um empresário em uma realidade econômica pluriempresarial⁴⁸.

É uma modalidade que apresenta vantagens e desvantagens para as partes envolvidas, que vão muito além apenas da perspectiva de franqueador e franqueado, mas

⁴³ Ou como bem explica SIMÕES, *op. cit.*, p. 48 “o franqueador oferece (...) a <<alma do negócio>> que inventou e transformou numa actividade de sucesso”.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁵ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 34 relembra que não existe relação laboral, não se podendo aceitar a subordinação total do franqueado ao franqueador.

⁴⁶ Para maior desenvolvimento, RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 78-79.

⁴⁸ MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. *El Contrato Mercantil de Franquicia*. 2. ed. Granada: Comares, 2007, p. 13.

podem atingir o sistema jurídico, os consumidores e, inclusive, o mercado. Existem dois interesses iniciais: do franqueador, dono de uma empresa consolidada no mercado que busca expansão e visibilidade para adquirir controle de mercado⁴⁹; e do franqueado, que sem perder a sua autonomia e mediante uma contraprestação financeira passa a integrar à rede, adquire uma licença de marca e de exploração de signos distintivos do comércio e desenvolve sua atividade através da utilização de um *Know-How* e assistência técnica recebidos⁵⁰.

O franqueador possui diversas vantagens com o sistema. Em primeiro lugar, consegue expandir a sua marca⁵¹ e ganhar visibilidade no mercado, conquistando e fidelizando clientela em regiões que, se tivesse que agir sozinho, provavelmente não alcançaria. Vai se beneficiar, desse modo, do êxito da sua “imagem de marca”⁵² a um baixo custo, sem recorrer a investimento próprio e risco empresarial⁵³, uma vez que os gastos necessários para criação e manutenção do estabelecimento correm por conta do franqueado⁵⁴.

Uma segunda vantagem é que, ao permitir a exploração de sua fórmula de sucesso, recebe pagamentos a título de *front Money (initial fee)* e/ou *royalties* promovendo um aumento dos recursos de capital⁵⁵. A franquia também traz algumas desvantagens, na medida em que o não cumprimento das obrigações por parte dos franqueados pode trazer problemas para toda a rede e afetar diretamente a estrutura operacional e a boa imagem empresarial do sistema.

A primeira grande vantagem para o franqueado é a possibilidade de utilização de uma marca reconhecida e execução da atividade com maior segurança, pois recebe as informações técnicas necessárias e, ainda, assistência durante a vida útil do contrato⁵⁶. Por meio disso, melhora a sua posição concorrencial⁵⁷ ainda que não possua experiência no

⁴⁹ É o que BESSIS, Philippe. *Le Contrat de Franchisage*. Paris: Montchrestien, 1990, p. 53 classifica como uma "avantage du point de vue du contrôle de la distribution".

⁵⁰ Cfr. CALIXTO; PIZARRO, *op. cit.*, p. 115.

⁵¹ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 18 lembra que quanto maior o volume do negócio e maior a implantação da rede, mais valorizada é a franquia.

⁵² RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 79.

⁵³ BESSIS, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁴ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁵ RIBEIRO, Ana Paula, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁶ CALIXTO; PIZARRO, *op. cit.*, pp. 112-113.

⁵⁷ VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 15-16.

ramo, e aumenta as suas chances de sucesso⁵⁸. Por meio do recebimento do *know-how* considera-se que o franqueado adquire “anos de experiência” a frente dos concorrentes não franqueados⁵⁹ e, dessa forma, maior segurança para investir no negócio⁶⁰. Além disso, o franqueado ingressa com uma clientela inicial atraída pelos sinais distintivos do comércio do franqueador⁶¹ e recebe vantagens na obtenção de créditos e financiamentos⁶².

Uma das desvantagens para o franqueado é ter de suportar um alto investimento para a aquisição da franquia e padronização do estabelecimento⁶³ e, ainda, a submissão ao controle do franqueador, que muitas vezes acaba por suprimir sua autonomia em relação ao próprio negócio. O franqueado também pode sofrer com a dependência operacional, que são as normas de condução do negócio impostas pelo franqueador para padronização da rede⁶⁴, um dos grandes fatores do sucesso desse modelo empresarial. Além disso, o fato de estar interligada pode fazer com que o insucesso de um dos franqueados desestabilize o negócio e cause problemas para outros franqueados⁶⁵.

O consumidor é beneficiado com o sistema de franquia na medida em que, com a multiplicação dos pontos de venda e alargamento do leque de escolhas, permite-lhe que encontre em mais de um lugar o produto/bem/serviço que já conhece e confia⁶⁶. Além disso, os grupos empresariais podem exercer preços mais baixos que a concorrência. Isso se deve ao fato de, pela sua dimensão, conseguirem melhores condições de compra que em relação aos pequenos empresários⁶⁷.

O mercado se beneficia de forma significativa ao permitir que pequenos empresários, muitas vezes sem montante econômico suficiente para concorrer fora de um sistema de franquia, desenvolvam uma atividade e alcancem a expansão de empresas com

⁵⁸ MANUAL de Franchising, *op. cit.*, p. 48 lembra que o franqueado recebe, antes mesmo de firmar o contrato, “uma estimativa de vendas, volume de vendas, estudos de mercado, ponto de retorno do seu investimento, margens de comercialização e investimentos necessários, fruto de estudos realizados e dados fornecidos pelo franchisador, ou que resultam da experiência adquirida com os franchisados mais antigos”.

⁵⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁰ SIMÕES, *op. cit.*, p. 52.

⁶¹ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 59.

⁶² RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 29.

⁶³ Apesar de, nesse sentido, existir a vantagem de conseguir com mais facilidade um financiamento bancário por ser integrante de uma rede. Sobre isso, BESSIS, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁴ PORTO; MARIA, *op. cit.*, pp. 60-61.

⁶⁵ Ao mesmo tempo, a interligação da rede pode se manifestar como uma vantagem. Ao estar ligado em rede o franqueado que se encontra em dificuldades pode melhorar sua situação econômica através do sucesso dos demais franqueados – que, com isso, aumentam a boa imagem empresarial de toda a rede perante o público. Sobre isso, ver PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 61.

⁶⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁷ SIMÕES, *op. cit.*, p. 11.

maior assistência e segurança de êxito. Dessa forma, a franquia evita a formação de oligopólios⁶⁸ ao incentivar pequenos empresários a terem êxito e sucesso empresarial. Com isso, promove também o processo de diversificação, uma vez que o franqueador, ao obter liquidez financeira, poderá investir e financiar novas redes⁶⁹.

Cada vez mais a franquia tem sido reconhecida como uma atividade de crescimento e sucesso, pois além dos riscos financeiros serem diluídos pela rede, ainda são exercidas atividades já reconhecidas e com sucesso comprovado⁷⁰. Para que as vantagens e benefícios possam existir, precisa haver equilíbrio na relação contratual. Os contraentes devem estar em harmonia, agir em colaboração, de forma a promover o desenvolvimento acelerado das empresas contratantes⁷¹ e aumentar os benefícios de toda a rede. É a conjugação de esforços, atrelada à independência das partes, que traz o sucesso da rede.

1.2 Obrigações Contratuais

O *franchising* é um contrato sinalagmático⁷² que produz obrigações mútuas aos contraentes. Assim como outras modalidades contratuais, possui um conjunto de regras jurídico-contratuais que estabelecem obrigações, direitos e poderes de cada um dos contraentes. Essas obrigações são subdivididas entre os elementos básicos que constituem a franquia e os elementos acessórios⁷³, distinção que tem relevância para determinar se na falta de cumprimento há ineficácia do contrato ou se há apenas uma nulidade parcial⁷⁴.

Na relação jurídica precisa haver um franqueador com um negócio empresarial reconhecido pelo público que detenha a propriedade de um nome⁷⁵, marca, ideia, razão social, símbolos, sinais distintivos, processo e equipamento especializado, e que forneça um saber-fazer e preste assistência⁷⁶. O franqueador irá autorizar a reprodução do seu

⁶⁸ Para maior desenvolvimento, ver VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁶⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁷⁰ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 25.

⁷¹ SIMÕES, *op. cit.*, p. 42.

⁷² DELEBECQUE, Philippe; DUTILLEUL, François Collart. *Contrats Civils et Commerciaux*. Paris: Dalloz, 2015, p. 985.

⁷³ Conferir MARZORATI, *op. cit.*, pp. 35-37.

⁷⁴ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 188.

⁷⁵ Em Portugal, desde a alteração do CPI (DL 143/2008, de 25 de junho) o nome e a insígnia deixaram de existir, sendo incluídos no logótipo.

⁷⁶ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 33 acredita que não existe uma franquia sem a cessão desses sinais, uma vez que é obrigatório para o sistema funcionar que o público reconheça o elo entre franqueado e franqueador, e grande parte desse reconhecimento é dado à utilização dos sinais distintivos.

modelo de empresa⁷⁷ ao franqueado, que é quem adquire contratualmente o direito de comercializar o bem/serviço do franqueador dentro de um mercado exclusivo⁷⁸.

1.2.1 Obrigações do Franqueador

O franqueador é detentor de direitos e deveres dentro da relação negocial⁷⁹. Dentre os direitos, encontra-se o poder de fiscalização da atividade, poder de aprovação dos pontos de venda e poder de domínio da cessão da relação contratual. O mais importante dos direitos, e que influi diretamente na relação entre os contraentes, é o direito de controle e fiscalização da atividade do franqueado. Por meio dele permite-se que o franqueador proteja a reputação e imagem da rede, e evite que o erro de um franqueado atinja o prestígio da marca.

O controle exercido no *franchising* não deve ser o mesmo de uma sociedade-mãe com as respectivas filiais, pois não há dependência a nível jurídico e societário⁸⁰ entre os contraentes. Logo, apesar de o franqueador facilitar as possibilidades de êxito do franqueado⁸¹ – ao permitir que este ingresse em uma atividade que já é reconhecida pelo público, recebendo todas as instruções e apoio técnico necessários – todos os riscos do negócio correm por conta do franqueado, que é responsável pelos resultados da sua atividade, positivos ou não.

O direito de controle do franqueador surge como resposta à necessidade de manter a característica básica da franquia, que é a formação de uma rede reconhecida pelo público a partir da padronização das empresas e reprodução de uma exata réplica do franqueador. Também existe para proteger as informações e conhecimentos cedidos pelo franqueador. Apesar de o franqueado ser autônomo e independente, ao receber o *know-how* e exercer a atividade em rede, fica sujeito à aceitação do controle de sua atividade.

Esse controle é feito por meio de orientações prescritas, as quais tem o franqueado a obrigação de respeitar sob pena de desvirtuar o objetivo que o levou a execução de um

⁷⁷ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume; RUIZ PERIS, Juan Ignacio *La Reforma del Régimen de Transparencia en Materia de Franquicia: un Paso Adelante y una Ocasión Perdida*, in *Revista de Derecho Mercantil*. nº. 262, 2006, p. 1358.

⁷⁸ MARZORATI, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁹ Para mais Cfr. CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 809.

⁸⁰ MANUAL de Franchising, *op. cit.*, p. 45.

⁸¹ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, pp. 21-22 afirma que o sucesso é facilitado a partir do momento em que se percebe que o franqueado comercializa bens reconhecidos no mercado e utiliza todos os sinais distintivos de uma grande empresa, poupando investimentos.

contrato de franquia⁸². Caso o franqueador não exerça esse direito-dever, poderá ser responsável por falta de diligência na execução do contrato⁸³ frente ao franqueado ou, solidariamente, perante toda a rede caso um franqueado cometa um ato capaz de gerar prejuízos aos demais franqueados. O direito de controle é, portanto, uma obrigação do franqueador, o qual estabelece os procedimentos necessários para “maximizar a eficiência do seu conceito de negócio”⁸⁴, e, com isso, permite que o franqueado beneficie de um método com êxito provado⁸⁵, mantendo o prestígio da marca, de forma a evitar o fracasso do negócio.

O franqueador possui algumas obrigações principais para que se concretize a existência do *franchising*⁸⁶. Dentre os deveres essenciais, a Comissão da União Europeia⁸⁷ destaca o uso do nome comum e prestação uniforme; a comunicação do *know-how*, e a assistência contínua durante o prazo do contrato. A primeira grande obrigação é a cessão da marca⁸⁸ e dos sinais distintivos. São direitos industriais e de propriedade intelectual indispensáveis em um contrato de franquia⁸⁹. A licença de marca⁹⁰ é um dos principais elementos que garante a identificação do público ao produto/serviço já conhecido, funcionando como um grande propulsor publicitário de angariação e manutenção de clientela⁹¹. Apesar dessa licença não ser obrigatória⁹², quando existe será concedida de forma exclusiva na zona territorial acordada, e dura todo o tempo do contrato⁹³. Para tanto,

⁸² VILAR, *op. cit.*, p. 20.

⁸³ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 198.

⁸⁴ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁵ MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *La Reforma...*, *op. cit.*, p. 1358.

⁸⁶ A transmissão do saber-fazer, marcas, símbolos, nomes, insígnia e demais direitos de propriedade industrial é “a pedra angular sobre a qual se sustenta o sistema de franchising” PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 82.

⁸⁷ Na normativa CE 2790/99, de 22 de dezembro, substituída pelo Regulamento CE 1/2003 de 16 de dezembro.

⁸⁸ BESSIS, *op. cit.*, p. 23 afirma que “*la marque est la garantie*”, pois é através dela que o franqueado se beneficiará da clientela.

⁸⁹ DÍAS, Odavia Bueno. *Franchising in European Contract Law: a comparison between the main obligations of the contracting parties in the principles of European Law on Commercial Agency. Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC) French and Spanish law. European Legal Studies. Vol. 8. Munich: Sellier European Law Publishers, 2007, p. 102.*

⁹⁰ Prevista nos art. 31 e 32 do Código de Propriedade Industrial, Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de julho. A marca “pode ser constituída por uma representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou mesmo a respectiva embalagem. Pode, igualmente, ser constituída por frases publicitárias para o produto ou serviço para que se destinam, desde que possuam carácter distintivo” PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 134.

⁹¹ Cfr. VILAR, *op. cit.*, p. 67.

⁹² Como explica VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 32 “é perfeitamente possível estar unicamente em causa o direito de uso de um logótipo”, como por exemplo na franquia de distribuição.

⁹³ *Ibidem*, p. 34.

o franqueador deve ser titular, proprietário da marca e possuir o direito exclusivo de usar a marca adquirido através do registro⁹⁴. A licença de marca é atrelada à obrigação de o franqueado utilizar os signos distintivos do comércio e seguir as instruções do franqueador⁹⁵.

A redução dos custos para o franqueado é significativa, pois ao receber essa cedência não é necessário criar uma marca ou firmá-la no mercado⁹⁶. O êxito da marca depende da eficácia do método operativo e da recepção do produto/serviço pelo consumidor⁹⁷. Porém, o franqueador não tem a obrigação de ceder o uso de todos os sinais distintivos que for titular, senão aqueles necessários para que possa o franqueado reproduzir, na prática, o modelo de empresa que lhe foi transmitido⁹⁸.

Outra obrigação do franqueador para a concretização da franquia é o fornecimento do *know-how*⁹⁹. Esses conhecimentos são constituídos por uma série de informações e instruções para que possa o franqueado executar a mesma atividade com êxito. Junto com a assistência técnica, é o que permite a uniformidade do produto/serviço e ensina ao franqueado a chegar no mesmo resultado positivo obtido pelo franqueador¹⁰⁰. É uma obrigação inderrogável que se constitui como uma das ofertas com maior valor comercial que pode oferecer o franqueador nesse tipo contratual¹⁰¹. É um conjunto de conhecimentos especializados, não patenteados¹⁰², que decorrem da experiência do franqueador como empresário de sucesso. É o ponto chave do contrato de franquia¹⁰³ e o “*coeur de l’opération*”¹⁰⁴, sem o qual não há o objeto principal do negócio jurídico¹⁰⁵. Não é

⁹⁴ Cfr. artigos 32.º e 224.º, 1 do CPI. O registro da marca “tem duração de 10 anos, contados da concessão, e pode ser renovado indefinidamente por iguais períodos. E de 5 em 5 anos deverá apresentar no Instituto uma declaração de intenção de uso da marca, sob pena de qualquer um poder requerer a caducidade do registro” VILAR, *op. cit.*, pp. 69-71. Nos países latino-americanos a propriedade e a exclusividade de uso de uma marca se obtêm com o seu registro. E há, ainda, a obrigação legal de uso efetivo para evitar a caducidade. A jurisprudência flexibiliza essa regra estabelecendo que “*aunque la marca no haya sido registrada, de todos modos puede ser objeto de protección si se ha hecho notoriamente conocida*” MARZORATI, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 35-36.

⁹⁶ VILAR, *op. cit.*, p. 67

⁹⁷ MARZORATI, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁸ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 190.

⁹⁹ Pelo Regulamento n.º 4087, n.º 3. f) « Saber-fazer », um conjunto de conhecimentos práticos não patenteados, decorrentes da experiência do franqueador, e verificados por este que é secreto, substancial e identificável. Importa salientar que o presente regulamento foi substituído pelo Regulamento (CE) 1/2003, de 16 de dezembro.

¹⁰⁰ MARZORATI, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰¹ DÍAS, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰² VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 35 e PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰³ PEREIRA, Da Franquia..., *op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁴ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 41.

¹⁰⁵ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 87.

necessariamente industrial, uma vez que pode conter instruções e auxílio organizativo de gestão empresarial ou comercial¹⁰⁶.

É um dos elementos principais do contrato e garante ao franqueado melhor posição concorrencial¹⁰⁷, e, por isso, deve ser renovado constantemente¹⁰⁸, de forma a manter a vantagem competitiva dos franqueados integrados à rede em relação aos seus concorrentes, adaptando-se às exigências do mercado para que o modelo não se torne obsoleto. Não pode conter técnicas ligadas à personalidade ou qualidade do agente¹⁰⁹, uma vez que necessariamente precisa ser transmissível para que seja válido.

O Regulamento (UE) n.º 2790/99, relativo a acordos verticais, estabelece alguns requisitos¹¹⁰ para a validade do *Know-how*: deve ser previamente testado, não patenteado, *Secreto*¹¹¹ (só os membros integrantes da cadeia devem possuí-lo, sob pena de perder o seu efeito essencial¹¹²), *Substancial* (conter informações de carácter relevante para a execução de uma atividade de forma diferenciada e única, trazendo vantagem concorrencial e melhorando os resultados do franqueado, auxiliando-o em sua fixação no mercado¹¹³); e *Identificável* (descrito de forma que o franqueado possa verificar se cumpre todos os requisitos).

O franqueado pode exigir do franqueador a constante atualização do modelo de empresa¹¹⁴ – tanto do *know-how* como de atualização dos signos distintivos que distinguem a rede. A contra obrigação, para o franqueado, é o dever de colocá-las em prática, mesmo que isso tenha algum custo adicional¹¹⁵. Para o êxito do franqueado não basta que o franqueador ceda a licença de marca e repasse os métodos operacionais, mas,

¹⁰⁶ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁷ Quando não preencherem esses requisitos, de acordo com VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 34-38, esses contratos não serão de franquia, mas meras licenças de marca ou direito de uso de logótipo, eventualmente com outro tipo de conhecimento de ordem técnica.

¹⁰⁸ AMOROSO, Marisa. *Il Franchising e le Strategie di Brand*, in *Sinergie Journal*, 2012. Disponível em: <www.sinergiejournal.it> Acesso em: 25, abr. 2018, p. 107.

¹⁰⁹ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁰ Art. n.º 1, f, do regulamento n.º 2790/99, que substituiu o artigo 4087/88. No mesmo sentido, art. 1.º, n.º 1, g do Regulamento EU 330/2010, de 20 de abril. Referente ao *know-how*, conferir a nova Diretiva UE 2016/943, publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 15 de junho de 2016.

¹¹¹ não precisa ser totalmente secreto, mas ter carácter global de novidade.

¹¹² ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. *Contrato de Franquia e Direitos de Propriedade Intelectual*, in Lusíada, Direito. Porto, n.º 3. 1.º sem, 2011, p. 57.

¹¹³ SIMÕES, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁴ RUIZ PERIS, *op. cit.*, pp. 190-191.

¹¹⁵ VILAR, *op. cit.*, p. 86.

precisamente, é necessário que exista uma continuidade no apoio prestado¹¹⁶, uma vez que, em regra, o franqueado não possui experiência comercial¹¹⁷.

A assistência técnica pode ser referente a diversos conteúdos¹¹⁸ e níveis, de acordo com a modalidade de franquia e as necessidades do franqueado. Dessa forma, poderá abarcar informações quanto a seleção, localização e arranjo do estabelecimento, projetos de arquitetura para uniformização da rede¹¹⁹, conselhos e informações dos produtos em *stock*, negociação com fornecedores, procura de financiamento, informações de mercado e consumidores alvo – informações sobre dimensão de mercado, poder de compra, concorrência e etc¹²⁰. Ainda que não obrigatórias, poderão ser fornecidas assistências jurídica ou financeira¹²¹. Se o franqueado não encontrar esses elementos diferenciadores, haverá perda de confiança no sistema¹²².

Para além de todas essas obrigações, um dos fatores capazes de garantir o êxito do sistema é o franqueador estabelecer e manter relação positiva com todos os franqueados do sistema¹²³, para que entre eles não haja concorrência, mas cooperação em busca do crescimento de toda rede empresarial. Nesse diapasão, o franqueador deverá unir esforços para garantir a boa imagem do produto e serviço, de forma a manter o sucesso da marca. E os franqueados devem colaborar para que, durante a execução do contrato, atuem em conjunto para melhorar a imagem do produto/serviço.

1.2.2 Obrigações do Franqueado

O franqueado também possui direitos e obrigações no cumprimento do contrato. Tem direito ao uso da marca e insígnias do franqueador, bem como ao recebimento e utilização de conhecimentos e técnicas empresariais – ou modo de fabrico – que pertençam ao franqueador, de forma a auxiliá-lo no desenvolvimento da atividade¹²⁴. As obrigações são subdivididas como principais e acessórias. Dentre as principais estão: a contraprestação pecuniária, obrigação de aceitar o controle exercido pelo franqueador e obrigação de

¹¹⁶ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁷ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 42.

¹¹⁹ É um importante elemento caracterizador e de funcionalidade. Sobre isso, MANUAL de Franchising, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁰ VILAR, *op. cit.*, p. 20.

¹²¹ MARZORATI, *op. cit.*, p. 37.

¹²² SIMÕES, *op. cit.*, p. 28.

¹²³ MANUAL de Franchising, *op. cit.*, p. 62.

¹²⁴ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 809-810

executar a atividade de maneira uniforme, seguindo escrupulosamente as instruções do outorgante sobre produção, comercialização e administração da atividade¹²⁵. São obrigações acessórias as cláusulas de compra mínima, proibição da concorrência pós contratual, cláusula de publicidade, cláusulas de confidencialidade, cláusula de localização, proibição de cessão da posição contratual sem o acordo do franqueador, etc.

O franqueador permite a exploração de sua marca pois recebe contrapartidas de diversas formas. A primeira é a contraprestação financeira devida pelo franqueado, a qual se subdivide em prestação inicial, ou *front Money* e prestações periódicas, ou *royalties*. As partes podem estipular que a remuneração se dê por meio das duas ou apenas de uma forma¹²⁶. O *front Money* é o pagamento pelo recebimento da fórmula comercial para iniciar a atividade, pela licença de marca e logótipo, transmissão do *know-how* e assistência inicial. É um tipo de caução¹²⁷ que busca compensar o risco que sofre o franqueador ao compartilhar informações tão preciosas.

Os *royalties* representam uma contraprestação periódica – estabelecida contratualmente como mensal, trimestral, semestral, etc. – para que a assistência seja permanente durante a consecução do contrato, e pelas atualizações e aperfeiçoamento dos conhecimentos técnicos realizados na fase executória, pesquisa de público e de mercado. Essas últimas estão, em regra, ligadas a uma porcentagem do volume de vendas do franqueado – embora possa ser estipulado um valor fixo, ou um valor mínimo¹²⁸. É a prestação que garante um suporte econômico-financeiro ao franqueador.

O dever de suportar o controle exercido pelo franqueador é outra obrigação. Em nenhuma hipótese o controle pode afetar a autonomia jurídica e econômica do franqueado, que apenas genericamente permite que o franqueador exerça uma vigilância sob o desenvolvimento da sua atividade¹²⁹. O controle pode ocorrer por meio de inspeção nas instalações e na documentação, análise de dados operativos e de contabilidade¹³⁰,

¹²⁵ MARZORATI, *op. cit.*, p. 23.

¹²⁶ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 45 lembra que na Europa é comum o pagamento apenas de prestações periódicas, enquanto que nos Estados Unidos a regra geral é a existência de um pagamento inicial, sem *royalties*.

¹²⁷ SIMÕES, *op. cit.*, p. 53.

¹²⁸ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 43.

¹³⁰ Nesse passo, entende-se por imprescindível o franqueador ter acesso ao rendimento do franqueado para que verifique o valor de *royalties* ou taxas de publicidade. Sobre isso, conferir MANUAL de Franchising, *op. cit.*, p. 51.

aprovação de operações publicitárias, verificação da qualidade da atividade prestada¹³¹, etc. Pode ser realizado por meio de um cliente incógnito, que é um inspetor que se passa por cliente para avaliar a atividade, ou por meio de inquéritos de satisfação dos clientes.

O franqueado tem a obrigação de cumprir todas as disposições do franqueador e padronizar seu estabelecimento de acordo com os elementos comuns de identificação¹³², que visam o reconhecimento físico e psicológico do público ao formar uma mesma imagem corporativa¹³³. Deve aceitar que integra um modelo do qual não foi inventor¹³⁴ e, por isso, toda forma de operação é gerida pelo franqueador. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias admitiu a validade de cláusulas que impõem o cumprimento de métodos operativos e padronização do estabelecimento seguindo as instruções do franqueador¹³⁵.

Outras obrigações são possíveis. Cumpre salientar que o contrato poderá prever cláusulas de compra mínima, que consistem na obrigação do franqueado em adquirir um volume mínimo de bens do franqueador ou, ainda, garantir um determinado número de vendas¹³⁶. O franqueador poderá exigir que o franqueado adquira exclusivamente seus produtos, desde que sejam exclusivos do conceito ou quando não seja possível optar por outros fornecedores sem prejudicar o prestígio dos padrões de qualidade do sistema¹³⁷. Essa cláusula pode ser de exclusividade recíproca, ou seja, quando o franqueado se obriga a adquirir produtos apenas do franqueador e este, por seu turno, se obriga a não instalar outro franqueado concorrente na zona territorial concedida ao franqueado¹³⁸.

Também é válida a cláusula de não concorrência pós contratual. Por meio dela, o franqueado fica proibido de, findo o contrato, exercer a mesma atividade no mesmo limite geográfico, por um tempo contratualmente estabelecido. É uma consequência da obrigação de confidencialidade inerente à transmissão do saber fazer¹³⁹, entendido no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no acórdão *Pronuptia*, como uma cláusula possível, de forma a evitar que o franqueado gere uma confusão no público e capte uma clientela

¹³¹ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 85.

¹³² Como logótipo, insígnia, arquitetura de interior, característica no atendimento e etc. Sobre isso, cfr. SIMÕES, *op. cit.*, p. 30.

¹³³ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 83.

¹³⁴ SIMÕES, *op. cit.*, p. 52.

¹³⁵ BESSIS, *op. cit.*, p. 84.

¹³⁶ VILAR, *op. cit.*, p. 21.

¹³⁷ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 86.

¹³⁸ CALIXTO; PIZARRO, *op. cit.*, p. 118.

¹³⁹ BESSIS, *op. cit.*, p. 82.

que já não lhe pertence mais¹⁴⁰. Em contrapartida dessa obrigação, pode atribuir-se uma compensação ao franqueado pela impossibilidade de exercer a atividade.

Poderá ser prevista contratualmente uma cláusula de publicidade, que consiste em um pagamento periódico e obrigatório de valores destinados à constituição de um Fundo de *Marketing* comum a toda rede para ações publicitárias. Essa cláusula se deve à proteção da imagem do franqueador e do bom sucesso dos franqueados. Por conseguinte, podem ser elegíveis publicidades obrigatórias à cargo do franqueador, do franqueado, ou comum a todos¹⁴¹ a partir do pagamento de uma taxa única ou periódica. Para que exista o fundo comum de publicidade deve haver o aproveitamento equiparável por todos os franqueados¹⁴², tendo o franqueador o dever de informar o destino dado às contribuições¹⁴³.

Por fim, as cláusulas de confidencialidade se relacionam ao dever de segredo que tem o franqueado pelo acesso a informações confidenciais do franqueador¹⁴⁴. Essa cláusula tem por objetivo proteger os segredos do franqueador ao estabelecer que durante a execução do contrato ou após o término deve o franqueado manter confidenciais todos os conhecimentos adquiridos a título da celebração do contrato. São informações confidenciais aquelas – industriais ou comerciais – utilizadas para desenvolver a atividade “sempre que possa trazer vantagens competitivas e benefícios económicos ao seu possuidor”¹⁴⁵. Deve o contrato prever quais são essas informações e quais pessoas podem ter acesso a elas.

A cláusula de localização, também acessória, permite que o franqueador aprove ou não o local da unidade de franquia, bem como lhe dá o direito de proibir que o

¹⁴⁰ “Ainsi, en serait-il en cas de slogan similaire, de publicité comparable, de vente de produits identiques, d’adhésion à un réseau concurrent, ainsi que toutes méthodes démontrant l’utilisation du savoir-faire précédemment transmis” BESSIS, *op. cit.*, p. 83.

¹⁴¹ MARZORATI, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴² PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴³ Nesse sentido, o franqueado pode exigir a aplicação dos valores arrecadados em fundos de *marketing*. Caso o franqueador não repasse essas informações, pode ser responsável pelo recebimento indevido de valores para taxa de publicidade e, ainda, poderá ser responsabilizado pelos prejuízos sofridos pelo franqueado que sejam diretamente decorrentes da ausência de publicidade. Sobre isso, cfr. VILAR, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁴ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 100, em comentário a respeito do Acordo Internacional ADPIC afirma que em vista da proteção contra a concorrência desleal, o acordo estabelece que “são protegidas as informações não divulgadas, no sentido de que as pessoas singulares e colectivas terem a possibilidade de impedir que informações legalmente sob o seu controlo sejam divulgadas, adquiridas ou utilizadas por terceiros sem o seu consentimento de uma forma contrária às práticas comerciais desleais”.

¹⁴⁵ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 84.

franqueado transfira seu estabelecimento sem o acordo do franqueador. Além, o franqueador poderá vedar que haja cessão da posição contratual sem o seu acordo, impedimento possível de acordo com o artigo 424.º do Código Civil¹⁴⁶ Português.

1.3 Modalidades

O sistema de *franchising* é um contrato de natureza única que tem objetivo o direito de usar temporalmente um modelo de empresa em troca de uma contraprestação¹⁴⁷. Apesar de poder ser subdividido em diversas modalidades, consoante o âmbito de análise, o contrato mantém a sua natureza unitária. Nesse trabalho será utilizada a divisão reconhecida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias o qual pronunciou-se sobre o Caso *Pronuptia* de Paris e admitiu três modalidades: Franquia de Produção; Franquia de Distribuição e Franquia de Serviços¹⁴⁸.

A primeira, conhecida como Franquia de Produção, ou franquia industrial, refere-se à modalidade de colaboração entre dois industriais (franqueador e franqueado) na qual o franqueador cede a tecnologia, comercialização e distribuição de produtos para os franqueados, e estes, por sua vez, fabricam o produto de acordo com as indicações e conhecimentos recebidos¹⁴⁹ e depois o distribuem. Para tanto, não basta o fabrico e distribuição através da marca do franqueador, mas que a organização de sua empresa em todos os aspectos segundo o modelo transmitido¹⁵⁰ – incluindo os de comercialização de produtos.

A franquia de distribuição, por sua vez, comporta um modelo no qual o franqueador não é o fabricante do produto, mas o distribuidor, e cede seus canais de distribuição ao franqueado. Como consequência, o franqueado vai vender produtos com o nome e a imagem do franqueador¹⁵¹. Aqui geralmente existe uma cláusula de distribuição

¹⁴⁶ ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 338.

¹⁴⁷ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 118.

¹⁴⁸ Não desmerecendo, porém, a importância de outras subdivisões, como pelo âmbito geográfico e hierarquização da relação, entre: Franquias Diretas – na qual o franqueador celebra contratos com franqueados locais, havendo uma gestão direta da cadeia de franquia – e *Master-Franchising* – é atribuído a um franqueado (ou subfranqueador) o direito de atuarem determinada área como franqueador, ou seja, poderá instalar subfranqueados na área geográfica em que detém o direito de representar o franqueador, assegurando-lhes a assistência e controle necessários para a atividade. Para maior desenvolvimento, cfr. SIMÕES, *op. cit.*, p. 70 e LA FONTAINE, *Francine. Franchising: directions for future research*, in *International Journal of the Economics of Business*, n.º.1. vol. 21, pp. 21-25, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/13571516.2013.864124>> Acesso em: 04, out. 2017, pp. 23-24.

¹⁴⁹ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 807.

¹⁵⁰ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 122.

¹⁵¹ CALIXTO; PIZARRO, *op. cit.*, p. 115 e VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 28.

exclusiva (na qual o franqueado só pode adquirir os produtos do franqueador, quando este for o produtor) e, possivelmente, cláusula de compra mínima. Essa modalidade gera situações de integração vertical mais visíveis que as outras¹⁵² e, de acordo com Ruiz Peris¹⁵³, há uma utilização atípica da marca do franqueador, uma vez que o franqueado utiliza a marca como função de rótulo para distinguir seu estabelecimento, o que não ocorre nas demais modalidades. Outra diferença é que o *know-how* recebido é de caráter meramente comercial, administrativo e financeiro.

Na franquia de serviços, o franqueador cria uma forma de prestação de serviços e todos os elementos essenciais para a execução *bis in idem* são transmitidos ao franqueado¹⁵⁴, que oferece um serviço ao público com a metodologia, insígnia, marca e nome comercial do franqueador¹⁵⁵, conformando-se com as diretrizes deste¹⁵⁶. Mais que os outros, essa modalidade exige a transmissão adequada de um *know-how* específico e testado¹⁵⁷ e assistência comercial contínua para que o serviço prestado pelo franqueado seja idêntico ao prestado pelo franqueador, segundo os mesmos métodos¹⁵⁸.

Para a concretização de qualquer um dos modelos, é necessário que o franqueador tenha iniciado o sistema com um contrato de pré-franquia, ou centro piloto. Por meio deles, um franqueado irá testar o sistema de franquia através de uma unidade piloto, de forma a verificar o poder atrativo dos sinais distintivos, a viabilidade do modelo¹⁵⁹, e todos os demais requisitos e obrigações para que seja uma modalidade contratual apta a ser posta em funcionamento. As obrigações contratuais (como segredo das informações recebidas e, inclusive, cláusula de não concorrência pós contratual, mesmo que o contrato de franquia em si não chegue a se concretizar) também existem nessa modalidade¹⁶⁰. Quando não houver centro piloto, o franqueado poderá assumir o risco da implantação do sistema mediante a concessão de algum benefício, como redução do *front money* ou dos *royalties*. Apesar de ter o pré-franqueado o direito convencional de preferência, não é um contrato-

¹⁵² RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, op. cit., p.17.

¹⁵³ RUIZ PERIS, op. cit., pp. 119-129.

¹⁵⁴ PORTO; MARIA, op. cit., p. 21 e VASCONCELOS, op. cit., p. 29.

¹⁵⁵ MARZORATTI, op. cit., p. 39.

¹⁵⁶ CORDEIRO, *Direito...*, op. cit., p. 807 e SIMÕES, op. cit., p. 64.

¹⁵⁷ PORTO; MARIA, op. cit., p. 66.

¹⁵⁸ RUIZ PERIS, op. cit., p. 122.

¹⁵⁹ PORTO; MARIA, op. cit., p. 38.

¹⁶⁰ VASCONCELOS, op. cit., p. 85.

promessa de franquia, pois, pelo princípio da livre negociação, as partes podem não chegar a nenhum acordo¹⁶¹.

1.4 Regime Jurídico

A análise do regime jurídico aplicável deve levar em conta fundamentalmente dois fatores: se há positividade da norma – e a sua amplitude e suficiência para regular os possíveis conflitos¹⁶² – e, em segundo lugar, como funciona a aplicação das regras gerais do direito e dos regimes jurídicos semelhantes por analogia. Por conseguinte, quando estiver em apreciação um ordenamento jurídico no qual o contrato de franquia for considerado atípico, é preciso conciliar as normas aplicáveis (tanto do regime geral quando de outras modalidades contratuais afins) com a função econômica e finalidade do contrato¹⁶³.

A regulação de um contrato obedece a vários fatores, como a litigiosidade gerada pela atipicidade, a clareza e suficiência da jurisprudência para dirimir os conflitos e o risco daqueles que utilizam a modalidade contratual ausente de regulação. Isso porque a sensação de risco agiliza a normatização do direito¹⁶⁴. O que pode acontecer em diversos ordenamentos jurídicos, como no brasileiro e espanhol, é o contrato ser regulado de forma incompleta, mantendo o caráter esparso e fragmentário da lei¹⁶⁵.

De acordo com o disposto no *Model Franchise Disclosure Law*¹⁶⁶, os Estados legisladores devem considerar uma série de elementos diferentes no processo de regulamentação do sistema de franquia. Em primeiro lugar, devem analisar se já há alguma lei no sistema jurídico que aborde adequadamente a questão, ou se há um sistema de auto regulação eficiente. Após, deve-se analisar os interesses econômicos e sociais da nação, exigindo legalmente um balanço de informações entre as partes. Imprescindível proceder à pesquisa dos problemas que pretende resolver, se há um padrão de conduta abusiva entre as partes ou se a conduta é isolada, limitada a particulares, de forma a concretizar sua efetivação no sistema jurídico como uma legislação que facilite a entrada de novos franqueadores.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 86.

¹⁶² Na Europa possui algumas regulamentações em França, Itália, Espanha e Bélgica, principalmente sobre o dever de informação da fase pré-contratual. Sobre isso, MORAIS, *op. cit.*, p. 285.

¹⁶³ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁴ Sobre risco nas operações, Cfr. RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 127.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 127.

¹⁶⁶ *Disclosure Law*. Ace.: 02, fev. 2018.

Além da regulação legislativa, existem os sistemas de auto regulação, presentes em diversos setores da atividade econômica¹⁶⁷. Por meio dela, um grupo de profissionais da atividade econômica sem previsão legal cria regras mínimas capazes de regular o funcionamento da atividade e criar um padrão para o seu exercício. Existem várias noções de franquia que seguem as regras da auto regulação, disciplinada por associações diversas, como a *European Franchise Federation*, a Associação Espanhola da Franquia, a Associação Portuguesa de Franquia, a Associação Brasileira de Franquia, etc. Os Códigos de Deontologia criados são indicações feitas aos associados, não são vinculativos e sem caráter normativo¹⁶⁸.

Apesar do grande relevo na prática comercial, o contrato de franquia permanece atípico na generalidade das legislações¹⁶⁹. Sobre os Regulamentos Comunitários, o contrato de franquia já foi positivado através do Regulamento (CEE) n.º 4087/88, da Comissão de 30 de novembro de 1988, o qual foi o responsável por atribuir um *nomen iuris* à relação contratual, identificar as partes entre franqueador e franqueado, distinguir franquia e acordo de franquia¹⁷⁰ e traçar um breve conceito de forma a diferenciá-lo das demais modalidades¹⁷¹. O Regulamento n.º 4087/88 foi substituído pelo Regulamento n.º 2790/99, de 22 de dezembro, e posteriormente pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro.

Com relação à aplicação de normas ao contrato internacional de franquia, há que se destacar o Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, também reconhecido como Regulamento Roma I, que é diferente da Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980. O Regulamento Roma I é aplicável aos contratos celebrados a partir de 17 de

¹⁶⁷ RUIZ PERIS, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹⁶⁸ RIBEIRO, Ana Paula, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶⁹ ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 326.

¹⁷⁰ Regulamento 4087, n.º 3. Para efeitos da aplicação do presente regulamento deve entender-se por : a) « Franquia », um conjunto de direitos de propriedade industrial ou intelectual relativos a marcas, designações comerciais, insígnias comerciais, modelos de utilidade, desenhos, direitos de autor, saber-fazer ou patentes, a explorar para a revenda de produtos ou para a prestação de serviços a utilizadores finais; b) « Acordo de franquia », um acordo pelo qual uma empresa, o franqueador, concede a outra, o franqueado, mediante uma contrapartida financeira directa ou indirecta, o direito de explorar uma franquia para efeitos da comercialização de determinados tipos de produtos e/ou de serviços ; inclui, pelo menos, obrigações relativas : — ao uso de uma designação ou insígnia comum e à apresentação uniforme das instalações e/ou dos meios de transporte previstos no contrato, — à comunicação ao franqueado, por parte do franqueador, de saber-fazer, — à prestação contínua de assistência comercial ou técnica ao franqueado por parte do franqueador, durante a vigência do acordo.

¹⁷¹ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 25.

dezembro de 2009, enquanto que a Convenção de Roma é aplicável aos contratos celebrados entre 1 de setembro de 1994 e 16 de dezembro de 2009¹⁷². As normas foram positivadas através de um Regulamento como forma a facilitar a aplicação e vinculação direta dos tribunais nacionais, sem necessidade de enfrentar demorados processos de ratificação¹⁷³.

Quando as partes estabelecem a aplicação dos princípios gerais do direito, ou quando o contrato não dispõe sobre a aplicação do direito aplicável, podem ser utilizados como fundamento jurídico para interpretar ou complementar os instrumentos internacionais de direito os princípios UNIDROIT¹⁷⁴, servindo, também, como modelo aos legisladores.

1.4.1 Portugal

O contrato de franquia, que surgiu através da prática de negócios, é um contrato legalmente atípico no direito português, pautado na liberdade contratual do artigo 405.º, n.º 1 do Código Civil. A liberdade contratual faculta às partes a elaboração de contratos atípicos, e legitima a criação de mecanismos jurídicos autodisciplinados no interesse das partes e na liberdade conferida pelo Código Civil¹⁷⁵, desde que agindo nos limites da lei¹⁷⁶. As partes são livres para escolher um tipo legal ou um tipo social que, mesmo sem previsão, esteja consagrado pela prática do comércio, criar cláusulas novas em contratos típicos¹⁷⁷, ou incluir regras de dois ou mais tipos contratuais já regulados pela legislação.

Por ser atípico, é pautado também pela liberdade de formas do artigo 219.º do Código Civil¹⁷⁸, pela qual as partes estão livres na estipulação das cláusulas contratuais, desde que observem as vedações legais a respeito das normas de defesa da concorrência e

¹⁷² Vide artigos 24 a 28 do Regulamento Roma I. Cfr. MORAIS, *op. cit.*, pp. 279-280.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 282.

¹⁷⁴ Princípios relativo aos Contratos Comerciais Internacionais, elaborados no âmbito do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, não são instrumento jurídico vinculativo sob a forma de legislação supranacional, mas regras gerais que buscam regulamentar os contratos de comércio internacional. Sobre isso, SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 31-32.

¹⁷⁵ MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de Agência, de concessão e de franquia (franchising)*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Coimbra, s.n., 1989, p. 05.

¹⁷⁶ Pois a liberdade contratual não traz às partes o direito de agir livremente sem a observação de algumas regras básicas, principalmente os limites gerais dos contratos, como dos artigos 334.º e 762.º, n.º 2 do Código Civil.

¹⁷⁷ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 555-556.

¹⁷⁸ apesar de, na prática, ser adotada a forma escrita, inclusive por usar uma licença de marca sujeita à forma escrita (art. 32.º, n.º 3 do CPI).

do regular funcionamento do mercado¹⁷⁹. Assim, o contrato de franquia obedece aos termos acordados pelas partes, os princípios gerais, recorrendo-se, quando possível, à analogia a contratos típicos¹⁸⁰. Apesar de não ter regulação e possuir elementos existentes em outras modalidades contratuais¹⁸¹, não pode ser considerado um contrato atípico misto¹⁸², isto é, a fusão entre dois ou mais tipos legais. É um contrato atípico puro¹⁸³.

Na falta de disciplina acordada pelas partes, o recurso à utilização de figuras próximas, por analogia, para sanar eventuais litígios que recaiam sobre pontos omissos é, segundo Pinto Monteiro¹⁸⁴, o processo metodologicamente mais correto, desde que utilizado com prudência. Desse modo, parte da doutrina¹⁸⁵ e, de um modo geral, a jurisprudência, já aceitam que eventualmente podem ser aplicadas as regras de outras modalidades contratuais por analogia, como ocorre com a aplicação das regras do contrato de agência¹⁸⁶, Decreto-Lei n.º 178/86, e do contrato de mandato¹⁸⁷ (art. 1.157.º a 1.184.º do Código Civil, e art. 231.º a 277.º do Código Comercial).

Para além, por implicar em uma concessão de licença de exploração de direitos industriais, como marca, patente, etc., poderão ser aplicadas algumas normas do Código de Propriedade Industrial¹⁸⁸, Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, alterado mais recentemente pelo Decreto-Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Pode ser aplicável, em casos

¹⁷⁹ SIMÕES, *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁰ PEREIRA, *Cessação...*, *op. cit.*, p. 6, relativo aos princípios gerais, determina que podem ser aplicadas as normas sobre a liberdade de forma, as regras sobre formação do acordo e defeitos de vontade, sobre a quebra de contrato, resolução, cessão do contrato e outros.

¹⁸¹ Não é esse o entendimento adotado por ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 372, que considera um contrato misto por resultar da fusão de diversos tipos contratuais, como de assistência técnica, know-how, exploração dos sinais distintivos, etc.

¹⁸² RIBEIRO, Ana Paula, *op. cit.*, p. 65. Com relação aos contratos mistos, cfr. COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *O Problema do Regime dos Contratos Mistos: distinção entre as normas ou os problemas que tocam diretamente a própria prestação e as normas ou os problemas que tocam o contrato na sua unidade*, sep. Boletim da Faculdade de Direito, vol. 88, tomo II. Coimbra: [s.n.], 2012, p. 679-693.

¹⁸³ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 70.

¹⁸⁴ MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Agência, de concessão...*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁵ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 811 e PEREIRA, *Cessação...*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁶ A lei do contrato de agência foi criada seguindo o anteprojecto elaborado por Pinto Monteiro. Para melhor compreensão, cfr. MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de Agência: Anteprojecto*, in Boletim do Ministério da Justiça. n.º. 360, 1986, pp. 43-139.

¹⁸⁷ Defendendo essa possibilidade, v. PEREIRA, *Cessação...*, *op. cit.*, pp. 6-7 *Idem*, *Distribuição Online e Concorrência: as restrições verticais no mercado digital*, in Actas do Colóquio de Distribuição Comercial: nos 30 anos da lei do contrato de agência. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p.179 e CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *O Contrato de Agência e a Boa-Fé*, in Actas do Colóquio de Distribuição Comercial: nos 30 anos da lei do contrato de agência. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 8.

¹⁸⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de Distribuição Comercial*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 127.

específicos e com o cuidado que merece¹⁸⁹, o regime da Lei de Cláusulas Contratuais Gerais, Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, de forma a facilitar o controle de cláusulas injustas¹⁹⁰. E no que concerne ao direito da concorrência, aplica-se o Decreto-Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Com relação à utilização de normativas internacionais, observa-se o *ICC Model International Franchising Contract* quando as partes expressamente estipularem no contrato celebrado e o *Model Franchise Disclosure Law*, do UNIDROIT.

1.4.2 Espanha

Em Espanha, o contrato de franquia ainda é considerado atípico por grande parte da doutrina, uma vez que, apesar de regulado pelo artigo 62.º da Lei n.º 7/1996, de 15 de janeiro, e pelo Real Decreto n.º 201/2010, de 26 de fevereiro, as normas são insuficientes para abranger todas as questões relevantes a respeito do contrato de franquia¹⁹¹. Na disposição adicional da Lei n.º 12/1992, de 27 de maio, que regula o contrato de agência, há a obrigatoriedade de criação e aprovação de uma lei dos contratos de distribuição comercial, a qual foi criada pelo projeto de lei (PL n.º 138-1, de 29 de junho de 2011), mas não foi aprovado.

Ao contrato de franquia são aplicáveis as normas gerais de direito das obrigações e dos contratos e, ainda, por analogia, regras de contratos como do contrato de licença de propriedade industrial¹⁹² e de licença de uso da marca¹⁹³. As disposições do Regulamento n.º 4087/88 foram introduzidas no ordenamento espanhol através do Real Decreto n.º 157/1992, derrogado pelo Real Decreto n.º 378/2003, que dispõe a respeito da defesa da concorrência sobre isenção por categoria, autorização singular e registro de defesa da concorrência. A normativa de defesa da concorrência traz uma regulação externa do contrato em relação aos efeitos anticompetitivos que possam atingir o mercado¹⁹⁴ e pode ser, em determinadas ocasiões, a única regulamentação que protege o uso dos signos distintivos do franqueador pelo franqueado, frente ao uso por um terceiro não autorizado. Deve-se observar a aplicação do Regulamento (UE) 316/2014, da comissão de 21 de março

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 128.

¹⁹⁰ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 811.

¹⁹¹ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹² MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹³ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 85.

de 2014, relativo à aplicação do art. 101.º, n.º 3 do Tratado de Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos de transferência de tecnologias.

1.4.3 Brasil

Na maioria dos países latino-americanos não há legislação a respeito do contrato de franquia. México e Brasil perceberam no *franchising* uma ferramenta de desenvolvimento e regularam, por fim, a respeito da oferta de franquia. Os demais ordenamentos aplicam regras por analogia de outros institutos, como a legislação sobre distribuição, propriedade intelectual e etc¹⁹⁵. O primeiro marco legislativo no sistema jurídico brasileiro foi a emissão da disposição 135/97, de 15 de abril, feita pelo Instituto Brasileiro de Propriedade Industrial¹⁹⁶.

Atualmente, a franquia é considerada um contrato típico disciplinada pela Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994. A norma surgiu como instrumento imprescindível para assegurar maior transparência e impor às partes deveres e obrigações na fase preliminar, de negociação do contrato, na medida em que estabelece a obrigatoriedade de o franqueador fornecer uma “Circular de Oferta de Franquia” (COF) ao franqueado. Sob o fulcro do dever de informação, resguarda o princípio da boa-fé na relação estabelecida entre franqueador e franqueado desde a fase preparatória do contrato.

Antes da promulgação da Lei Brasileira já existiam iniciativas no sentido de tutelar os interesses das partes contratantes em um contrato de franquia, como por exemplo a criação pela Associação Brasileira de *Franchising* (ABF) de um Código de Ética, de forma a estabelecer regras, princípios e obrigações a serem observadas pelas partes. Não existiam legislações específicas de regulação da franquia, mas aplicavam-se os princípios gerais do direito e as normas do Código Civil.

O legislador, na tipificação da franquia com a Lei n.º 8.955/94, acabou por pormenorizar os aspectos referentes a fase preliminar do contrato, restando as demais peculiaridades objeto de ajuste entre as partes¹⁹⁷. Em casos de omissão da Lei específica,

¹⁹⁵ MARZORATI, *op. cit.*, p. 163.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 164.

¹⁹⁷ ROSA, Alberto Lopes da. *A Evolução Do Contrato De Franquia Empresarial No Direito Brasileiro E Soluções Para Um Desequilíbrio Congênito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f8e59f4b2fe7c570>>. Acesso em: 21, fev. 2018, p. 14.

poderão ser aplicáveis aos contratos de franquia as regras do Código de Propriedade Industrial¹⁹⁸, Lei n.º 9.279/96, e do Código Civil, Lei n.º 10.406/02.

1.5 A Franquia e Outros Contratos Empresariais

Por ser um contrato que transmite alguns direitos sobre bens imateriais, como os signos distintivos, modelos industriais, direitos sobre propriedade intelectual e *know-how*, e possuí licença de marca, nome, insígnia e etc., o contrato de franquia pode ser confundido com outras modalidades contratuais. Entretanto, as características essenciais para a configuração da franquia a tornam um contrato socialmente típico e autônomo, de forma que a chave principal para sua distinção a outras modalidades afins resulta da natureza essencial de seu conteúdo¹⁹⁹.

Para que seja possível postular a autonomia do contrato de franquia e diferenciá-lo das outras relações contratuais semelhantes deve-se ter em conta que a franquia não visa a simples transmissão de direitos ou obrigações, pois nesse caso os contraentes poderiam atingir seus objetivos com contratos licença de marca ou de *know-how*²⁰⁰. Para além disso, o contrato de franquia tem como objetivo oferecer vantagens a franqueador e franqueado através da íntegra reprodução e exploração pelo franqueado do modelo complexo de empresa criado pelo franqueador²⁰¹, sendo tal “cópia” possível através da união de assistência técnica, *know-how* e transmissão de licenças de bens imateriais²⁰². Imprescindível, portanto, demonstrar as diferenças essenciais com relação a outras modalidades contratuais de forma a distinguir o contrato de franquia de outras figuras semelhantes.

1.5.1 Contrato de Agência

A noção portuguesa de contrato de agência, inspirada no Código Civil Italiano²⁰³, delimita que agente comercial²⁰⁴ é a parte que desenvolve uma atividade contínua e

¹⁹⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 10. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 856.

¹⁹⁹ CORDEIRO, *Do contrato...*, *op. cit.*, p. 73.

²⁰⁰ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 108.

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 42-43 e p. 65.

²⁰² MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de Agência, de concessão...*, *op. cit.*, p. 22.

²⁰³ Artigo 1742.º. Cfr. CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 773.

²⁰⁴ De acordo com a Diretriz n.º 86/653/CEE, do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986, relativa à Coordenação do Direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais, artigo 1.º, “a pessoa que, como intermediário independente, é encarregada a título permanente, quer de negociar a venda ou a compra de

autônoma em nome do produtor, mantendo uma estreita colaboração este²⁰⁵ – também conhecido como principal. O agente, representante econômico da empresa, se obriga a angariar clientela e promover contratos ou operações de comércio em nome do principal, como intermediário independente²⁰⁶, de forma autônoma²⁰⁷ e estável, mediante retribuição²⁰⁸. A decisão final depende do principal²⁰⁹. Está regulado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/93, de 13 de abril).

A agência, assim como a franquia, tem como grande benefício a ampliação do negócio, sem todos os custos inerentes à criação de filiais²¹⁰. A grande diferença entre o contrato de agência e o contrato de franquia é que o agente desenvolve a atividade em nome do principal, em estabelecimento e estruturas fornecidas por este²¹¹, enquanto que o franqueado atua em nome e por conta própria²¹², utilizando os símbolos e demais elementos de caráter imaterial do franqueador.

O franqueado, portanto, assume todos os riscos da comercialização, o que não ocorre com o agente²¹³. A franquia, ademais, não é um contrato de promoção dos negócios. Desse modo, enquanto no contrato de agência é o agente que recebe remunerações do principal para o exercício da atividade, na franquia quem recebe contraprestações financeiras pelo desenvolvimento da atividade é o franqueador, recebendo o franqueado valores correspondentes ao lucro decorrentes do negócio²¹⁴. O agente utiliza os símbolos distintivos do principal a título gratuito, sem a necessidade de se obrigar a uma contraprestação financeira²¹⁵.

mercadorias para uma outra pessoa, adiante designada “comitente”, quer de negociar e concluir tais operações em nome por conta do comitente”.

²⁰⁵ CALIXTO; PIZARRO, *op. cit.*, p. 74.

²⁰⁶ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 71.

²⁰⁷ A autonomia é fundamental para distinguir o agente do trabalhador subordinado. Sobre isso, CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 780 e MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Agência, de concessão...*, *op. cit.*, p. 10.

²⁰⁸ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 780.

²⁰⁹ Exceto se o agente tiver poderes para isso conferidos contratualmente. Cfr. MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Agência, de concessão...*, *op. cit.*, pp. 06 e 10.

²¹⁰ MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Agência, de concessão...*, *op. cit.*, pp. 05-06

²¹¹ PEREIRA, *Cessação...*, *op. cit.*, p. 8.

²¹² RUTGERS, Jacobien W. Los Contratos de Agencia, Franquicia y Distribución em el DCRF. In: BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Contractual Europeo*. Barcelona: Bosh, 2009, p. 314.

²¹³ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 87.

²¹⁴ VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 58-59

²¹⁵ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 87.

Por ser a agência a “figura-matriz dos contratos de distribuição”²¹⁶, suas regras podem ser aplicadas, por analogia, como princípios gerais para suprir as lacunas que surjam em determinados contratos de concessão e outros contratos atípicos, como é o caso do contrato de franquia²¹⁷.

1.5.2 Contrato de Concessão Comercial

O contrato de concessão comercial é uma das modalidades de contrato de distribuição comercial no qual uma empresa concede a outra o direito de vender produtos ou prestar serviços em uma zona territorial, com exclusividade ou não²¹⁸. Tem como objetivo, portanto, escoar produtos fornecidos pelo concedente – enquanto que a franquia pode ter como objeto a prestação de um serviço, a produção de um bem ou a venda de um bem²¹⁹. É um contrato atípico²²⁰, assente na autonomia privada²²¹, no qual o concessionário atuará em nome e por conta própria na comercialização de bens “pré-vendidos”²²² – ou na prestação de serviços – fator que acaba o aproximando do contrato de franquia.

O concessionário nada mais é que um empresário independente que compra para revenda em nome próprio, em determinada zona, se obrigando a um mínimo de vendas²²³. O franqueado surgiu como um “distribuidor” independente, com acentuada ingerência do fabricante sob o seu negócio. Através da franquia, o franqueado presta um serviço ou produz/distribui um bem com a mesma imagem empresarial do franqueador, o que gera no consumidor a convicção que estão a adquirir produtos/serviços diretamente do fabricante²²⁴.

²¹⁶ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 775.

²¹⁷ É o que aceita a doutrina e a jurisprudência. Ver CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 777 e 800. Cfr. Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 09 de janeiro de 2007 (Processo n.º 06A4416), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 12, abr. 2018; Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 15 de dezembro de 2011 (Processo n.º 1807/08.6TVLSB.L1.S1), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 12, abr. 2018 e Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 23 de fevereiro de 2010 (Processo n.º 589/06.OTVPRT.P1), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 12, abr. 2018.

²¹⁸ PEREIRA, *Cessação...*, *op. cit.*, p. 12.

²¹⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 85.

²²⁰ Exceto no Brasil, Bélgica e Macau. Cfr. MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Distribuição...*, *op. cit.*, p. 107.

²²¹ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 799.

²²² MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Distribuição...*, *op. cit.* p. 109.

²²³ DELEBECQUE; DUTILLEUL, *op. cit.*, pp. 985-986.

²²⁴ MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Agência, de concessão...*, *op. cit.*, p. 07.

Uma das diferenças para o contrato de franquia é que o concessionário mantém seu rótulo de empresa diferente do concedente²²⁵, enquanto que o franqueado está obrigado a usar os sinais distintivos do franqueador, que é comum a toda a rede, e recebe toda uma gama de conhecimentos técnicos para desenvolver a atividade – o que não ocorre na concessão. Por conseguinte, na concessão não se busca a identificação total para o consumidor do estabelecimento do concessionário com o do concedente, como ocorre na franquia²²⁶. O estabelecimento do concessionário tem um rótulo próprio. Na franquia, por o franqueado usar o mesmo rótulo do franqueador, acaba por gerar uma identidade de tal forma que o consumidor tem a impressão de estar contratando com um único empresário (quando na realidade contrata com vários franqueados)²²⁷. Além disso, na concessão não há a obrigação de um pagamento de entrada ou de *royalties*, como ocorre na franquia²²⁸.

Assim como o franqueado, o concessionário age em seu nome, por conta própria, assumindo todos os riscos do negócio, comprometendo-se a satisfazer certas obrigações impostas pelo concedente com relação a venda dos produtos²²⁹. É ele quem presta assistência pós-venda aos clientes, e o lucro da atividade está em revender ao público um produto a um preço superior adquirido através do concedente²³⁰. Porém, ao contrário da franquia em que é facultativa a cláusula de exclusividade na compra dos produtos exclusivamente do franqueador ou terceiro indicado, na concessão comercial há a obrigação de abastecimento exclusivo junto do concedente²³¹.

“É o contrato mais próximo da franquia”²³², apesar de esta ser muito mais ampla ao envolver outras obrigações inexistentes na concessão. Por serem dois contratos atípicos na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, e por possuírem determinadas obrigações comuns, a depender da forma de execução adotada pelas partes, muitas vezes podem realizar funções econômico-sociais semelhantes e, aí, coincidirem. Se o distribuidor for autônomo e possuir símbolos empresariais próprios, será um contrato de concessão²³³.

²²⁵ PORTO; MARIA, *op. cit.*, p. 72.

²²⁶ MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Distribuição...*, *op. cit.*, p. 124.

²²⁷ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 116.

²²⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 86.

²²⁹ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 53.

²³⁰ MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Agência, de concessão...*, *op. cit.*, pp. 19-20.

²³¹ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 86.

²³² VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 54.

²³³ *Ibidem*, p. 56.

1.5.3 Contrato de Know-How

O contrato de *know-how* é um negócio jurídico no qual uma das partes transmite uma licença de saber-fazer, ou seja, uma gama de conhecimentos secretos – de ordem industrial ou comercial, para que a contraparte utilize pelo período acordado contratualmente, mediante retribuição²³⁴. Esses conhecimentos abarcam experiências, planos, instruções, fórmulas, informações, receitas, dados, etc., de forma a auxiliar o empresário que recebe essas informações a exercer de forma mais eficiente seu modelo de empresa.

A transmissão do *know-how* é essencial para a execução do contrato de franquia, mas, apesar disso, não é o único elemento imprescindível para a caracterização dessa modalidade contratual. A franquia vai muito além da simples transmissão do *know-how*, pois engloba uso dos sinais distintivos, assistência técnica, controle, pagamento de contrapartidas e todas as demais obrigações já explanadas. Uma das grandes diferenças é a utilização do franqueado dos sinais distintivos e aparição perante o público como uma “filial” do franqueador, o que não acontece no contrato de *know-how*²³⁵.

O contrato de *know-how* e de franquia, para além disso, se diferenciam quanto a sua causa. No primeiro há uma transmissão de *know-how* – conjunto de conhecimentos técnicos para a fabricação ou comercialização de um produto ou prestação de um serviço – em troca de uma contraprestação financeira, enquanto que na franquia, como já reiterado, há a transmissão de todo um modelo de empresa, a recriação de uma organização empresarial²³⁶.

1.5.4 Contrato de Licença de Marca

Pela licença de exploração da marca um contraente (licenciante), titular de direito exclusivo sobre uma marca, concede ao outro (licenciado) o direito de usá-la para desenvolver uma atividade por um período e dentro de um espaço geográfico²³⁷. Pode haver cláusula de exclusividade de exploração por território. É um contrato gratuito ou oneroso que obriga o licenciado a suportar o controle exercido pelo licenciante, de forma a

²³⁴ *Ibidem*, p. 56.

²³⁵ *Ibidem*, p. 58.

²³⁶ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 111.

²³⁷ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 51.

manter qualidade dos bens produzidos ou serviços prestados. Pode haver a transmissão de um *know-how* quando necessário para o desenvolvimento da atividade objeto da marca.

As diferenças para o contrato de franquia são de variados gêneros. Em primeiro lugar, deve-se distinguir a função socioeconômica que cumprem as duas modalidades contratuais, uma vez que o contrato de licença de exploração de marca concede o direito de usar temporariamente uma marca, mas o licenciado não atua sob o nome e insígnia do licenciante²³⁸. Enquanto que, na franquia, há a transmissão de um modelo de empresa para reprodução completa pelo franqueado²³⁹. Algumas vezes, o contrato de franquia pode não incluir uma licença de marca²⁴⁰.

Dessa forma, enquanto que a licença de marca se refere a um produto, uma parte do negócio, a franquia engloba o negócio em sua totalidade. É por isso que as licenças geralmente são adquiridas por empresários estabelecidos, como um auxílio para exploração de uma atividade sobre a qual já detenha experiência, enquanto que a franquia geralmente capta pequenos empresários que buscam iniciar no mundo dos negócios²⁴¹. Há, ainda, uma assistência técnica e controle muito menor no contrato de licença e exploração de marca²⁴².

1.5.5 Contrato de Prestação de Serviços e Contrato de Trabalho

O que primeiro caracteriza o contrato de trabalho²⁴³ é a subordinação jurídica e econômica (dependência do salário) do trabalhador²⁴⁴, que ocorre quando este compromete-se à direção do empregador e exerce uma atividade em troca de um salário (remuneração). Dois elementos do contrato de trabalho podem ser encontrados no contrato de franquia: a execução de uma atividade seguindo as diretrizes do franqueador e o recebimento de contrapartidas pelo exercício da atividade – o que difere as modalidades, aqui, é que o franqueador recebe contrapartidas, não o franqueado. A grande diferença entre as duas modalidades encontra-se na subordinação jurídica, uma vez que o

²³⁸ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 108.

²³⁹ MARZORATI, *op. cit.*, p. 51.

²⁴⁰ RUIZ PERIS, *op. cit.*, pp. 70 e 109 acrescenta que o contrato industrial e de serviços possui licença de marca, o que é raramente visto nos contratos de distribuição.

²⁴¹ MARZORATI, *op. cit.*, p. 51.

²⁴² VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 52.

²⁴³ V. artigos 1152.º e 1153.º do CC. O código do Trabalho está previsto na Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

²⁴⁴ BESSIS, *op. cit.*, p. 39.

franqueador possui um poder de direção e supervisão, mas não pode gerir o negócio do franqueado como seria em caso de entidade patronal²⁴⁵.

Nessa senda, é elemento essencial do *franchising* para diferenciá-lo do contrato de trabalho a autonomia e independência do franqueado, uma vez que o trabalhador exercerá a atividade sob autoridade e direção da entidade patronal – o que não pode acontecer na franquia. Por não possuir poder de direção, um dos maiores problemas dos franqueadores está na garantia do cumprimento das obrigações para uniformização da rede. Outra grande diferença entre as duas modalidades é com relação ao recebimento da remuneração. Enquanto na franquia quem recebe a remuneração é o franqueador, no contrato de trabalho o trabalhador é remunerado pela atividade²⁴⁶.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 40.

²⁴⁶ VILAR, *op. cit.*, p. 14

2 O MOVIMENTO DE TRANSPARÊNCIA E A EFETIVAÇÃO DA BOA-FÉ NO SISTEMA DE FRANQUIA

O negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia privada, que, por sua vez, tem sua dimensão mais visível na liberdade contratual²⁴⁷, prevista no artigo 405.º do código civil português. Significa dizer que no direito privado permite-se que os particulares autorregulem os seus interesses e, na convivência com outros sujeitos jurídico-privados, estabeleçam relações jurídicas. As partes podem celebrar ou não um contrato, de acordo com a sua manifestação de vontade e, ainda, podem fixar livremente o seu conteúdo²⁴⁸.

A liberdade contratual, portanto, permite que as partes auto gerenciem seus interesses, com liberdade para estipular as condições contratuais e escolher o tipo de contrato conveniente à atuação da vontade²⁴⁹. Pela autonomia privada, condição necessária à autodeterminação²⁵⁰, todos os sujeitos afetados pelo efeito vinculativo do contrato são chamados para manifestar sua vontade. O acordo das partes em relação aos efeitos jurídicos produzidos, em uma estrutura bilateral de declarações harmonizáveis, constitui o contrato como negócio jurídico²⁵¹. Nesse âmbito, pelo princípio da autonomia privada os particulares recebem capacidade para conferir eficácia jurídica a atos que representam manifestações de sua vontade²⁵².

O auge da autonomia privada se deu em 1804 com o Código Napoleônico, o qual determinava que o Estado era guardião das instituições para garantir as liberdades individuais, de tal forma que o papel das leis era o de limitar e reconhecer os atos dos particulares, interpretar as partes obscuras e sancionar seu incumprimento²⁵³. Como consequência, a vontade foi considerada como suprema fonte de todos os efeitos jurídicos

²⁴⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 102.

²⁴⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.62.

²⁴⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 26

²⁵⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O Problema do Contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 236.

²⁵¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. vol. I. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 21.

²⁵² PILAR SEGURA, Lorena del. *Alcances de la Confianza Legítima en el Derecho Privado Colombiano*, in Cuadernos de la Maestría en Derecho, n.º. 3, 2015. Disponível em: <<http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/428>>. Acesso em: 08, mai. 2015, p. 326.

²⁵³ *Ibidem*, p. 327.

e o principal suporte das relações sociais. Atualmente considera-se que as manifestações de vontade devem cumprir uma função social e só são válidas se observarem os limites impostos pela norma.

O contrato é um acordo de vontades, com mútuo consenso, realizado por meio da projeção de vontades individuais. Isso porque dois sujeitos iniciam as negociações em busca da satisfação de interesses próprios, que são combinados em um acordo comum que faz nascer uma relação jurídica. Na busca da vinculação contratual, reconhecem-se como titulares de esferas igualmente dignas de respeito, em uma posição paritária²⁵⁴. Os princípios que regem a fase preliminar buscam manter o equilíbrio entre os contraentes para garantir a validade do contrato, uma vez que o que as partes almejam é a satisfação dos seus interesses por meio de uma vinculação pautada na segurança e no princípio da tutela da confiança.

Para assegurar uma justiça efetiva nas relações entre as partes, promover o respeito aos direitos alheios e manter os valores e interesses coletivos como os bons costumes, a ordem pública, a celeridade e a segurança do comércio jurídico²⁵⁵, o direito civil consagrou limitações à liberdade conferida às partes. Desse modo, a liberdade de fixação ou modelação do conteúdo dos contratos é restringida para que haja justiça e retidão contratual, isto é, quando sua efetivação se traduzir em atos negociais de conteúdo lesivo a interesses de uma das partes. Isso porque a autonomia, mesmo sendo privada, não está “imune a um olhar público de vigilância, de verificação e controlo da observância dos seus pressupostos e limites de eficácia”²⁵⁶.

O Estado deve proteger os abusos de poder dos particulares e determinar até onde pode chegar a vontade das partes, de forma a evitar uma contratação que cause mais danos que vantagens aos contraentes²⁵⁷. Os limites à autonomia da vontade são medidas de proteção da liberdade contratual, no sentido de que existe mais de uma liberdade em jogo na relação jurídica²⁵⁸. Dessa forma, deve-se ter em conta que a autodeterminação não é o

²⁵⁴ Cfr. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, op. cit., pp. 56-58.

²⁵⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...*, op. cit., p. 110.

²⁵⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, op. cit., p. 226.

²⁵⁷ LACAYO ARANA, Maria Alejandra. *La Buena Fe em el Control de Incorporación de las Condiciones Generales de la Contratación*. Tesis Doctoral. Salamanca, 2012. Disponível em: <https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124166/1/DDP_LacayoAranaMariaAlejandra_Tesis.pdf>.

Acesso em: 23, mar. 2018, p. 49.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 53.

único valor jurídico a ser protegido, tendo que “conviver com outros valores que estruturam normativamente a esfera das relações privadas”²⁵⁹.

Os particulares não podem desconhecer o marco legal no momento de fazer uso de sua capacidade negocial²⁶⁰, isto é, suas vontades devem ser limitadas pelos princípios éticos e morais que regem o direito. Dentre as restrições possíveis, que se caracterizam não apenas como limite a liberdade contratual, mas como condicionantes para que seja efetivamente considerada como liberdade²⁶¹, tem-se que a conduta das partes deve pautar-se pelo princípio da boa-fé (artigo 762.º, n.º 2, Código Civil). Por consequência, a boa-fé se apresenta como um princípio geral do direito limitador de condutas juridicamente admissíveis das partes²⁶², e, portanto, da liberdade de atuação dos particulares.

Para que seja mantida a relação de confiança, portanto, é imprescindível que as partes ajam de forma transparente e leal desde a fase das negociações, de modo a oportunizar a formação de um negócio jurídico sem vícios. O contrato de franquia permite que as partes atuem com liberdade contratual em função de seus interesses e objetivos, desde que estejam conscientes e bem informadas a respeito das implicações que trazidas pela celebração do contrato²⁶³. Portanto, a liberdade contratual não é uma condicionante absoluta e pode ser relativizada para o cumprimento de determinados deveres de conduta necessários para a validade do negócio.

2.1 O Regime da Transparência nas Relações Negociais: Breve Evolução Histórica

A transparência nas relações contratuais não é uma característica específica do contrato de franquia. Em realidade, o direito à informação e a promoção da transparência são amplamente defendidos no âmbito público do direito administrativo, com a promoção do dever de acesso a informações públicas e transparência dos órgãos públicos. Posteriormente, a efetivação da transparência foi desenvolvida em todos os âmbitos do direito, e, atualmente, é considerada uma palavra de ordem que se faz ouvir nos mais

²⁵⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 236.

²⁶⁰ PILAR SEGURA, *op. cit.*, p. 330.

²⁶¹ LACAYO ARANA, *op. cit.*, p. 72.

²⁶² GÓMEZ ASENSIO, Carlos. *Los Deberes derivados de la buena fe como limite al poder de dirección del cabeza de red*. Programa de Doctorado de Derecho Mercantil y de los Negocios da Universidad de Valencia. 2013, p. 455.

²⁶³ ALMEIDA, Fernando Pinto de. *O Contrato de Franquia*. Disponível em: <http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/pintodealmeida_contratofranquia.pdf>. Acesso em: 25. Abr. 2018, p. 48.

diversificados domínios jurídico-políticos²⁶⁴, tanto na política ambiental, nas instituições de educação, nos serviços sociais, como, também, no âmbito do direito privado relativamente aos contratos empresariais.

A transparência surgiu para romper com “o individualismo monológico e subjetivista da atual sociedade”²⁶⁵ de modo que os gestores públicos, instituições sociais, empresas, profissionais e etc., assumissem o seu papel público e deixassem de agir baseados em motivos unicamente pessoais²⁶⁶. A transparência no século XXI se converteu em uma das principais expressões da política internacional contemporânea²⁶⁷. Atualmente está diretamente ligada à atividade financeira, como forma de prevenção dos riscos fiscais e combate à corrupção²⁶⁸. No poder público é associada à noção de legitimidade e prestação de contas (*accountability*)²⁶⁹.

Durante muito tempo, a vida política e administrativa foi governada pelo segredo. Aos poucos, a transparência foi promovida como um princípio evolutivo da democracia²⁷⁰ que redefiniu o paradigma de defesa do segredo do estado, rompendo com os valores absolutistas até então defendidos. O termo transparência, apesar de possuir raízes antigas e múltiplas, aparece explicitamente no decorrer do ano 70²⁷¹, época em que conquista o espaço administrativo e se impõe como critério de legitimidade do poder, surgindo a *máxime* de que não existe poder legitimamente desenvolvido sem transparência.

Assim, não basta que haja a livre expressão, mas exige-se do poder público o seu agir cristalino de tal forma que todos os cidadãos possam observá-los, conhecê-los, vigiá-los. Muda-se a perspectiva em que as Instituições Públicas eram consideradas autoritárias regidas pelo princípio da imaculabilidade fictícia²⁷² e passa-se a promover a transparência

²⁶⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 75.

²⁶⁵ DUTRA, Delamar José Volpato; FELDHAUS, Charles. *Habermas e Interloquções*. São Paulo: DWW, 2012. n.p

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ SILVA, Suzana Tavares da. O Princípio da Transparência: da Revolução à Necessidade de Regulação. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de; SILVA, Suzana Tavares da. (coord.). *As Reformas do Sector Público: Perspectiva Ibérica no Contexto Pós-crise*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 149.

²⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O Princípio da Transparência no Direito Financeiro*, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. V.VIII. Rio de Janeiro, 2001, p. 139.

²⁶⁹ SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, p. 150.

²⁷⁰ MANRIQUE TORRES, Jorge Isaac. *Una Mirada Crítica a los Derechos a la Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas*, in Derecho y Cambio Social. ISSN: 2224-4131. Depósito legal: 2005-5822. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5475843.pdf>>. Acesso em: 14, mar. 2018, p. 3.

²⁷¹ MARCHAND, Jennifer. *Réflexions Sur le Príncipe de Transparence*, in Revue du Droit Public, n.º. 3, mai./jun., 2014, p. 678.

²⁷² DUTRA; FELDHAUS, *op. cit.*, n.p.

nas relações e punir comportamentos desonestos, dimensionando o adágio: “quem não deve, não teme”. A transparência está associada, portanto, à ideia de “boa governação”²⁷³ uma vez que a adoção de maior vigilância dos atos promove o agir imparcial e garante a credibilidade e confiança nas instituições²⁷⁴.

A transparência inaugurou uma nova cultura política de potencial vigilância cidadã, de forma que o poder seja administrado de acordo com o conhecimento público, criticando-se os comportamentos eticamente censuráveis²⁷⁵. O atual grau de evolução democrática exige uma transparência cada vez maior na atuação dos poderes públicos²⁷⁶. É considerado um princípio democrático de última geração²⁷⁷, presente no artigo 41.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que consagra o direito a uma boa administração ao tornar, através da informação, legítimos os atos governamentais.

No sistema financeiro vem propagada como um mecanismo de prevenção de fraude, evasão fiscal e fuga de capitais²⁷⁸. Desde 1998 a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico) produz relatórios²⁷⁹ com o intuito de vincular países à prática de troca de informações como forma de combater os efeitos da concorrência fiscal prejudicial. Para tanto, e por pressão do G20, promoveu acordos de troca de informações em matéria tributária (*TIEAs: Tax Information Exchange Agreements*).

A importância dos acordos de troca automática de informação²⁸⁰, de acordo com o G20, em comunicado na China em setembro de 2016²⁸¹, se dá principalmente por conta da

²⁷³ SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, p. 167.

²⁷⁴ MARCHAND, *op. cit.*, p. 688

²⁷⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro Ramón. *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y la Responsabilidad en la Acción Pública*, in *Revista del Consejo Escolar del Estado*. n.º 3, vol. 2, 2013, pp. 35-44. Disponível em: <<https://sede.educacion.gob.es/publiventa/d/16168/19/0>>. Acesso em: 14, mar, 2018, p. 36.

²⁷⁶ REINA GUICHOT, Emilio. *Transparencia y Acceso a la Información Pública en España: análisis y propuestas legislativas*, in *Laboratorio de Alternativas*, documento 170, 2011. Disponível em: <http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/a1d04f2c5f4e94e441966c1b79f39fa3.pdf>. Acesso em: 14, mar. 2018, p. 7.

²⁷⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 36.

²⁷⁸ TORRES, *op. cit.*, p. 146 e FARIA, Maria Teresa Barbot Veiga de. *Paraísos Fiscais: Formas de Utilização e Medidas de Combate à Evasão Fiscal*, in *Ciência e Técnica Fiscal: Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos*, n.º 409-410, Coimbra, jan./jun., 2003, p. 107.

²⁷⁹ Ver artigo 26.º do Modelo da OCDE e no Modelo de Acordo de Troca de Informações em Matéria Fiscal, de 2002, Ace.: 12, jun. 2017.

²⁸⁰ A troca de informações tem previsão na Diretiva 2003/48/CE (UE *Saving Taxes Directive*), de 23 de junho de 2003, Transposta pelo Decreto-Lei n.º 62/2005, de 11 de março; na Diretiva 2011/16/EU de 15 de fevereiro, Transposta pelo Decreto-Lei n.º 61/2013, de 10 de maio; e na Diretiva 2014/107/UE, Transposta pelo Decreto-Lei n.º 64/2016, de 11 de outubro. Os Estados Unidos, por sua vez, também promoveram

implementação efetiva dos padrões de transparência por todos, uma vez que a transparência das informações é vital “para proteger a integridade do sistema financeiro internacional e para prevenir o mau uso dessas entidades e arranjos financeiros para corrupção, evasão fiscal, financiamento do terrorismo e lavagem de dinheiro”²⁸².

Através da transparência, permite-se o conhecimento da realidade e da verdade e o controle onipresente e onisciente do indivíduo que, ilustrado pelo simbolismo defendido por George Orwell de “aquele que tudo vê”, pauta suas ações sabendo que é susceptível de ser observado²⁸³. A exigência da transparência, que surgiu como imperativo democrático, se impõe em todas as esferas sociais: política, administrativa e, inclusive, na prática dos negócios.

A transparência – e o conseqüente dever de informação – veio proporcionar claridade dos atos administrativos, dificultando atos ilícitos e fraude e promovendo a confiança dos cidadãos nas instituições públicas. No âmbito privado também veio proporcionar a legitimidade e confiança entre as contrapartes, que, pelo imperativo da transparência, acabam por agir de forma ética e leal. Diante disso, além de defendida no âmbito de melhoria das decisões públicas, é considerada um “contributo essencial para comportamentos éticos”²⁸⁴. No âmbito privado está presente, principalmente, em matéria de *corporate governance*²⁸⁵ e na tutela do contraente que se encontra em situação de inferioridade²⁸⁶, o que ocorre com maior frequência nas relações de consumo.

O acesso a informações é visto como uma das melhores formas de promover o equilíbrio entre os contraentes, uma vez que a assimetria informativa é capaz de afetar a capacidade de uma das partes em exercer os mecanismos de “autotutela dos interesses próprios”²⁸⁷. A assimetria informativa e o desequilíbrio entre as partes na formação do consentimento, capazes de pôr em causa a validade do contrato, pode ser atenuada através da promoção da transparência. Considera-se, por conseguinte, a transparência como

acordos de troca de informações com determinados países, conhecido como *FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act)*.

²⁸¹ Que, em verdade, já estava presente no Modelo de Convenção da OCDE desde 1963, constando também no modelo de Convenção da ONU e dos Estados Unidos.

²⁸² Cimeira do G20 em Hangzhou, China, em 04 e 05 de setembro de 2016.

²⁸³ MARCHAND, *op. cit.*, pp. 678-679 e p. 687.

²⁸⁴ SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, p. 167.

²⁸⁵ Ver Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades, 2004, Ace. 15, mar. 2018.

²⁸⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 75.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 76.

fundamental para a eficiência da economia e da concorrência justa – pois permite procedimentos concorrenciais abertos capazes de aumentar os operadores no mercado²⁸⁸.

A transparência nada mais é que o direito de saber, de receber informações claras e verdadeiras e permitir que as partes se vinculem em equilíbrio. No direito privado, a exigência da transparência busca o conhecimento do objeto e das condições de oferta por todos os interessados, de forma que não precisem recorrer a apoio técnico para entender as obrigações as quais se vincularão²⁸⁹. Ela serve como requisito de apreciação da validade do conteúdo²⁹⁰ do contrato, sendo a sua ausência fonte geradora de insegurança e imprevisibilidade quanto aos termos em que se processará a relação, constituindo um fator de desequilíbrio das posições das partes²⁹¹.

Habermas²⁹² considera a fase das negociações uma etapa fundamental de um acordo, devendo os sujeitos comportarem-se em observância da transparência e da sinceridade. Pelo princípio da boa-fé e da lealdade nas negociações, as partes estão obrigadas a ser transparentes e prestar à contraparte as reais possibilidades de alcançar a conclusão do contrato²⁹³. Esse imperativo recai sobre todos os efeitos essenciais do contrato (e das obrigações das partes) e sobre todos os direitos e deveres das partes²⁹⁴. Apesar de não garantir um resultado contratual justo²⁹⁵, a transparência é capaz de diminuir a utilização de cláusulas abusivas. Isso porque a formulação vaga e indeterminada facilita a obtenção arbitrária de vantagens indevidas²⁹⁶.

Além de ser uma vertente da boa-fé, é ainda uma manifestação da tutela da confiança²⁹⁷, sendo proibidos os comportamentos enganosos que visam esconder de uma

²⁸⁸ SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, p. 168. Sobre a transparência como regulador de mercado e funcionamento eficaz dos mecanismos de concorrência, conferir RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Responsabilidade Pré-Contratual: Breves anotações sobre a natureza jurídica e o regime. In: CAMPOS, Diogo Leite de. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 754.

²⁸⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 78.

²⁹⁰ *Idem*, *O problema...*, *op. cit.*, p. 383.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 392.

²⁹² MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *La Ruptura Injustificada de los Tratos Preliminares*. Tese de Doctorado en Nuevas Tendencias del Derecho Privado da Universidad de Salamanca. Salamanca, maio 2018. Disponível em: <https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18494/1/DDP_Ruptura%20injustificada%20de%20los%20tratos%20preliminares.pdf>. Acesso em: 08, mar. 2018, p. 153.

²⁹³ *Ibidem*, p. 149.

²⁹⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 82.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 84.

²⁹⁶ *Idem*, *O problema...*, *op. cit.*, p. 393.

²⁹⁷ *Idem*, *Direito...*, *op. cit.*, p. 89.

das partes os efeitos do negócio. Através disso protege-se as expectativas legítimas²⁹⁸ que o contraente mais fraco depositou no negócio²⁹⁹. A promoção de normas destinadas a impor a obrigação de informação prévia entre os contraentes está cada vez mais visível nos ordenamentos jurídicos, e encontra-se mais estendida nos contratos de consumo, de crédito, de mercado primário e de valores e de crédito hipotecário³⁰⁰.

Para além de estar intimamente ligada à proteção do consumidor, principalmente no âmbito comunitário, impondo deveres de conduta ao comerciante em vista da garantia de direitos do consumidor nas relações negociais, a transparência no direito privado tem sido desenvolvida também em outros setores. No sistema de franquias, desde a consideração do franqueado como parte vulnerável na relação comercial frente ao grande poder econômico que, em regra, possui o franqueador, discute-se no ordenamento jurídico medidas defensivas do franqueado, de forma a assegurar a transparência na oferta. Isso porque mesmo diante de dois comerciantes, a parte que não dispuser dos mesmos conhecimentos técnicos e experiência que a sua contraparte está vulnerável, sendo, naquele caso específico, um leigo em situação de ignorância equiparável a de um consumidor³⁰¹.

A transparência age, portanto, como fator de compensação do défice informativo entre os contraentes³⁰², e busca diminuir os riscos que a parte com menos acesso a informação tem de se submeter a cláusulas abusivas por desconhecimento do conteúdo das obrigações que contratualmente assume. E, para além, tem a finalidade de tutelar a liberdade de contratar, garantindo a formação consciente da vontade comercial³⁰³. Nessa senda, as partes devem ter conhecimento de todos os poderes, direitos e obrigações, com exatidão, *ex ante*, para não ficar sujeita a fase de execução do contrato ao arbítrio da contraparte³⁰⁴. Esse princípio tem especial relevância e age como primeiro patamar de

²⁹⁸ Termo adotado pela Diretiva Comunitária sobre Cláusulas Abusivas, a qual estabelecia que os profissionais devem cumprir a boa-fé, tratando de maneira leal e equitativa com a contraparte, cujos interesses legítimos devem ter-se em conta. Para PINTO, Paulo Mota. Sobre a Proibição do Comportamento Contraditório (*Venire Contra Factum Proprium*) no Direito Civil, sep. Boletim da Faculdade de Direito, vol. Comemorativo. Coimbra: [s.n.], 2002, p. 4, o direito tem como uma de suas funções essenciais assegurar as expectativas das pessoas, essencial a uma “ordenação que pretenda ter como efeito a estabilidade e a previsibilidade das acções”.

²⁹⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 90.

³⁰⁰ MAYORGA TOLEDANO *op. cit.*, p. 71.

³⁰¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 95.

³⁰² *Ibidem*, p. 95.

³⁰³ *Idem*, *O problema...*, *op. cit.*, p. 396.

³⁰⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 97.

proteção dos contraentes, principalmente nos casos em que alguma das partes não participou da modelação do conteúdo contratual (contratos de adesão)³⁰⁵.

Considera-se que através da promulgação da transparência e facilitação do acesso à informação a parte mais fraca da relação poderá ser protegida³⁰⁶. É, portanto, a melhor maneira de alcançar a boa governança, promover a responsabilidade social corporativa e a ética nos negócios, aparecendo como uma vertente da eficiência econômica³⁰⁷. A defesa da transparência é vista como um dos pilares básicos do dever de informação contratual, que busca eliminar qualquer dúvida sobre a intenção dos contraentes em produzir as obrigações, ainda que sejam os elementos muito sofisticados ou complexos³⁰⁸.

Apesar de essencial para todas as relações – sejam no âmbito público ou privado – não pode ser consagrada como um valor absoluto. Portanto, pode ser relativizada quando em confronto com outros valores, como a confidencialidade³⁰⁹, a proteção de espaços de reserva, intimidade ou segredo³¹⁰. Mesmo com essa ressalva, a boa-fé permanece como um *standard* de conduta e comportamento diligente e leal que institui todo o *iter* contratual, de forma que está indissociável do agir de boa-fé a transparência nas relações negociais³¹¹.

2.2 A Boa-Fé e os Princípios que Regem a Fase Preliminar

Embora a fase preliminar não gere às partes a obrigação de celebração do contrato, alguns comportamentos são exigíveis para que não incorram em responsabilidade civil. Como consequência, a postura ética, leal e de boa-fé é imprescindível para uma fase pré-contratual correta e transparente. Assim, ainda que livres para contratar, nenhuma das partes deve entrar em negociação quando não visa o fim comum de celebração do contrato, sendo obrigação das partes respeitar a expectativa e confiança depositadas na fase de negociação. No âmbito da *culpa in contrahendo* destacam-se, portanto, os deveres de informação, lealdade e sigilo³¹².

Algumas cautelas são impostas logo na fase negocial e buscam evitar os riscos que os contraentes correm na efetivação de seus interesses. O franqueado visa a

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 98.

³⁰⁶ MANRIQUE TORRES, *op. cit.*, p. 5

³⁰⁷ MARCHAND, *op. cit.*, p. 692.

³⁰⁸ LACAYO ARANA, *op. cit.*, p. 104.

³⁰⁹ SILVA, Suzana Tavares da, *op. cit.*, p. 151.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 169.

³¹¹ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 285.

³¹² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 198.

compensação de todo capital e esforço empreendido para adesão à cadeia de franquia³¹³ e o franqueador busca a expansão de sua imagem empresarial e consolidação da sua posição no mercado. A primeira cautela é o dever de agir em conformidade com a boa-fé, presente em todos os passos da relação negocial. Isso não implica dizer que todos os acordos sejam atos de oferta e aceite, mas que desde as negociações que precedem a oferta as partes ajam com um fim comum em busca da expressão da vontade real e efetiva em formar um negócio jurídico. A maioria dos demais deveres tem origem em ditames de boa-fé, e alguns são reconhecidos e desenvolvidos por normas legais.

Ao iniciar as negociações preliminares têm as partes o dever de atuar com diligência *in contrahendo*, conforme a equidade e a boa-fé³¹⁴, que, como normas comportamentais³¹⁵, impedem comportamentos desleais e impõem deveres de colaboração entre as partes³¹⁶. A “*bona fides*”³¹⁷ é uma fonte de criação de deveres de conduta exigidas em cada caso, que surge como um horizonte orientador das operações jurídicas, de forma que as partes, em qualquer relação, não devem observar tão apenas o que foi contratualmente estipulado ou o que determina a lei, mas devem agir sempre orientadas pela boa-fé.

É um princípio que cobre as lacunas da lei ao prevenir e sancionar atos abusivos produzidos no exercício de direitos e liberdades³¹⁸, e serve como um limite imposto pelo ordenamento à autonomia privada, de forma que uma parte não deve lesar um interesse alheio³¹⁹. Por conseguinte, as liberdades dos contraentes deverão estar sempre inspiradas no princípio da boa-fé³²⁰, sendo proibidas condutas enganosas ou contraditórias. É uma

³¹³ SIMÕES, *op. cit.*, p. 14

³¹⁴ No Código Civil Espanhol o dever de agir de boa-fé não está formulado diretamente para os tratos preliminares, mas a doutrina entende que se pode construir esse dever com a aplicação dos artigos 1474.º e 1902.º do Código Civil. Sobre isso, MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 76.

³¹⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 208.

³¹⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 125.

³¹⁷ Segundo CORDEIRO, *O Contrato de Agência...*, *op. cit.*, p. 9 a *fides* era inicialmente uma noção religiosa ligada ao respeito pela palavra dada e ao domínio da confiança, e, posteriormente, reforçada pelo adjetivo *bona* passou a ser utilizada como um instrumento técnico-jurídico.

³¹⁸ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 129. A respeito do papel técnico da boa-fé, CORDEIRO, *O Contrato de Agência...*, *op. cit.*, p. 10 afirma que essa noção floresceu do Direito alemão como uma necessidade prática de “encontrar soluções para problemas que não dispunham de expressa consagração legal”.

³¹⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 555.

³²⁰ De acordo com o artigo 1:102 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos, as partes são livres para celebrar o contrato e estabelecer seu conteúdo desde que respeitem a boa-fé, obrigação reafirmada pelos artigos 1:107 e 1:201. O artigo 2:301 trata das negociações contrárias à boa-fé, e afirma que as partes podem negociar livremente sem que estejam obrigadas a chegar a um acordo, sendo responsável pelas perdas

causa de limitação do exercício do direito subjetivo³²¹ que “exprime a preocupação da ordem jurídica pelos valores éticos-jurídicos da comunidade”³²² e busca corrigir os desequilíbrios além das justificações formais.

A boa-fé se constitui fonte das obrigações e dos limites impostos à conduta humana, devendo guiar todos os deveres e exercícios de direitos. Através dela, o agente deve crer que a conduta que exerce ou executa é honrada, ajustada ao ordenamento. Age de má-fé quem exerce um direito dando-lhe uma função econômica social distinta da qual foi atribuída ao seu titular pelo ordenamento jurídico, ou quando o exercem de forma ou em circunstâncias que lhe fazem desleal, segundo as regras da consciência social impostas³²³.

É um princípio normativo que exprime uma regra jurídica e incumbe às partes o dever de zelar pela tutela da confiança e de recíproca colaboração que advém do contrato³²⁴. É um princípio basilar que rege todas as relações negociais em uma diversidade de ordenamentos jurídicos. Não só está previsto pelo Código Civil como regra geral, mas também é encontrado nas legislações específicas, como é o caso do Contrato de Agência, que em seu artigo 6.º dispõe da necessidade de o agente proceder de boa-fé na celebração de contratos e no cumprimento das obrigações.

É um princípio que opera como critério delimitador positivo da conduta das partes no exercício do direito³²⁵, estabelecendo que a atuação das partes deve condizer com as expectativas criadas na contraparte. “*Bona Fides*” é considerada, portanto, a fidelidade no cumprimento da expectativa alheia, ainda que independente da palavra que foi dada ou do acordo que haja sido cumprido. *Fides* é entendida como uma atitude de fidelidade, confiança pessoal e íntima solidariedade³²⁶.

Em sua formulação negativa, o dever de agir de boa-fé exige a abstenção de todo comportamento que possa prejudicar os interesses da outra parte, ou seja, implica diretamente no dever de colaboração e conduta leal, que se traduz na obrigação de informação e na correlativa de guardar segredos e discrição a respeito de todos os feitos e

causados à contraparte a parte que não tiver negociado seguindo as exigências da boa-fé, principalmente quando mantém negociações sem ter interesse a chegar a um acordo.

³²¹ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 119.

³²² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 124.

³²³ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 119.

³²⁴ MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de Agência*: anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86 de 3 de julho. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 83.

³²⁵ GÓMEZ ASENSIO, *op. cit.*, p. 362.

³²⁶ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 125.

circunstâncias – de esfera pessoal ou patrimonial – que a contraparte tenha cedido em razão das negociações preliminares³²⁷.

A boa-fé pode ser subdividida em subjetiva e objetiva³²⁸. A objetiva³²⁹ se refere à honradez moral de uma conduta³³⁰, ao comportamento que deve empreender a parte nas relações em conformidade com a correção e lealdade no tráfico jurídico³³¹, e se concretiza como a obrigação de preservar os interesses da outra parte com o limite de salvaguardar os próprios interesses seguindo os modelos *standard* de conduta existentes. Leva em consideração o modo de comportamento na vida da relação, capaz de gerar confiança na contraparte, que se manifesta como um hábito moral da pessoa, o estilo do seu caráter, que definem se os outros pode confiar em si³³². Já a boa-fé subjetiva³³³ é a crença individual do sujeito de que sua atuação é correta e não causa prejuízo a terceiro³³⁴, isto é, a ignorância de estar a lesar direitos alheios³³⁵, o erro de acreditar que a conduta é conforme o direito³³⁶.

Ao se concretizar como um padrão de conduta de execução continuada³³⁷ nos negócios preliminares e na formação dos contratos, a boa-fé determina que desde a fase de negociações até a extinção do vínculo com o cumprimento das obrigações pós-contratuais deve existir entre as partes uma relação jurídica integrada por deveres de conduta específicos fundados na boa-fé. A boa-fé *in contrahendo* está presente no período de negociações preliminares, e liga os contraentes em uma relação de reciprocidade e solidariedade determinando que se comportem com fidelidade na busca pelo cumprimento das expectativas alheias, independente do fim a que cheguem as tratativas.

Os atos preparatórios, compostos por discussões, projeções e debates, geram entre as partes uma relação pautada na confiança, lealdade e correção. Isto posto, apesar de as

³²⁷ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 77.

³²⁸ Para maiores reflexões a respeito da subdivisão da boa-fé subjetiva e objetiva no Código Civil Alemão, consultar CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 167.

³²⁹ Segundo LEITÃO, *op. cit.*, p. 54, presente nos artigos 227.º, 239.º, 334.º, 437.º e 762.º, n.º 2 do Código Civil.

³³⁰ LLOBET I AGUADO, Josep. *El Deber de Información en la Formación de los Contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 13.

³³¹ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 125.

³³² *Ibidem*, pp. 124-125.

³³³ Disposta, de acordo com OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 163, nos artigos 119.º, n.º 3, 243.º, n.º 2, 291.º, n.º 3, 612.º, 892.º e 898.º do Código Civil.

³³⁴ GÓMEZ ASENSIO, *op. cit.*, p. 353.

³³⁵ LEITÃO, *op. cit.*, p. 53.

³³⁶ LLOBET I AGUADO, *op. cit.*, p. 13.

³³⁷ SERRABONA-GONZÁLEZ, Francisco Javier Pérez. *El Contrato de Franquicia: Un nuevo modelo de negocio para las nuevas tendencias y necesidades del mercado*. Tese de doutorado, Granada, 2014, p. 337.

partes não serem obrigadas à futura celebração do contrato, elas não podem romper as negociações arbitrariamente, frustrando a confiança e segurança depositada pelos contraentes. A menos que haja um desacordo prévio baseado em divergências de interesses econômicos, as negociações devem seguir o seu curso até a oferta definitiva.

Do dever de agir em conformidade com a boa-fé derivam outros deveres secundários de conduta, como o dever de agir com honestidade, transparência, coerência, lealdade, cooperação, justiça, fé na palavra dada, sob o viés de cumprir a expectativa depositada pela contraparte, uma vez que a boa-fé traduz o interesse social de segurança das relações jurídicas³³⁸. Esse dever se concretiza, de acordo com Menezes Cordeiro³³⁹, em duas vertentes: a tutela da confiança, pela qual as partes devem cumprir com os deveres de lealdade e informação para evitar situação de aparência geradora de dano; e a tutela da primazia da materialidade subjacente, a qual determina que as partes devem seguir os objetivos do contrato.

Esses deveres de condutas derivados na fase negocial são suscetíveis a gerar responsabilidade pré-contratual, proveniente do conceito da boa-fé *in contrahendo*³⁴⁰. O dever de lealdade e boa-fé recai sobre franqueador e franqueado, uma vez que se está diante de um contrato de colaboração no qual as partes estabelecem direitos e obrigações mútuas com um fim comum. Precisa haver o fenômeno do *feed-back*, que se manifesta a partir da integração e colaboração dos contraentes, os quais assumem obrigações recíprocas de troca de informações.

Seguindo as diretrizes impostas pela boa-fé tenta-se proteger a vontade das partes na formação do consentimento, de forma que os contraentes possam avaliar o conteúdo real do acordo e satisfazer suas necessidades. O objetivo é, de acordo com Joaquim Ribeiro³⁴¹, o de potenciar uma decisão racional do contraente, evitando-se que seja celebrado um contrato desvantajoso por falta de informação. Assim, a boa-fé completa sua função supletiva de criação de deveres anexos, conhecidos por deveres instrumentais, que não estão expressos, mas que possuem a finalidade de assegurar o perfeito cumprimento da prestação e a satisfação dos interesses das partes na relação negocial³⁴².

³³⁸ GOMES, *op. cit.*, p. 43.

³³⁹ CORDEIRO, *Do contrato...*, *op. cit.*, p. 82.

³⁴⁰ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 140.

³⁴¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, pp. 374-375.

³⁴² GOMES, *op. cit.*, pp. 44-45.

2.2.1 O Dever de Informação

Dentro da observância do dever de agir de boa-fé imposto às partes, o dever de informação³⁴³ na fase preliminar incide sobre o franqueador³⁴⁴ como uma obrigação de transmitir ao potencial franqueado todo o conteúdo e natureza do contrato e da organização da rede a que aspira aderir-se³⁴⁵. Esse dever recai sobre o franqueador na medida em que é ele quem possui todas as informações relevantes a respeito do sistema e do seu funcionamento, devendo, portanto, através dessa obrigação, diminuir a desigualdade informativa inicial entre as partes³⁴⁶. A informação é um elemento de conhecimento que tem como objetivo principal a correta formação do consentimento contratual de quem a recebe, em relação a todos os aspectos jurídicos e materiais do negócio³⁴⁷, sem o qual não há equilíbrio.

A informação traz ao seu detentor um privilégio de poder negocial e se constitui como a base do diálogo contratual³⁴⁸. Admitir que um dos contraentes ingresse em uma relação com tamanha superioridade cognitiva a respeito do futuro contrato, e possibilitar que mantenha para si tais conhecimentos, seria admitir a existência de um vínculo contratual desequilibrado. O que o direito propõe, através do dever de prestar informações, não é igualar a capacidade econômica dos contraentes, mas permitir que ambas as partes sejam colocadas no mesmo patamar cognitivo a respeito das cláusulas e obrigações as quais se vincularão, de forma que possam prestar um consentimento livre e esclarecido.

O conteúdo a ser transmitido nessa fase, portanto, não abarca todos os conhecimentos adquiridos pelo franqueador a título de *know-how*, mas fundamentalmente

³⁴³ Sobre a aceção do dever de informação como um subprincípio de conteúdo negativo do princípio da prioridade da substância sobre a forma, conferir OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 182-183, e para o seu enquadramento como um dever acessório do dever de prestar, CORDEIRO, *O Contrato de Agência...*, *op. cit.*, pp. 14-16.

³⁴⁴ A Lei Modelo UNIDROIT especifica que o dever de informação pré-contratual recai exclusivamente ao franqueador, tendo em vista sua experiência e posição econômica frente ao franqueado.

³⁴⁵ SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português: Dos actos de comércio às empresas (o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português)*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 180 afirma que o dever de informação nas relações jurídico-mercantis tem por objeto fatos relevantes para a decisão de contratar.

³⁴⁶ Para SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 136 só há necessidade de dever de informação quando há desigualdade entre o que uma das partes sabe (ou poderia saber) e o que sabe a outra. Se a parte menos informada for capaz de, por seus próprios meios, se informar, não merecerá proteção. Da mesma forma, a autora, *Ibidem*, p. 138, declara que existe o dever de informar quando as partes se encontram em desequilíbrio por uma delas estar em posição de maior preparação técnica, ou quando a outra estiver em posição de dependência negocial. Emsentido semelhante, GARCÍA RUBIO, Maria Paz. *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 46.

³⁴⁷ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 80.

³⁴⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 199.

os dados relativos ao funcionamento da rede que levem o futuro franqueado a uma decisão com conhecimento de causa, como, por exemplo, a descrição da atividade, crescimento e expansão da rede, prazo do contrato, gastos iniciais para ingresso na rede, entre outros. Nos contratos de distribuição, o conjunto de informações pré-contratuais deve abarcar a completa identificação da contraparte³⁴⁹ - e no caso da franquia, do conjunto da rede. A informação adquire uma relevância fundamental na preparação do contrato, pois a efetivação da transparência na fase preliminar pode dirimir problemas e controvérsias que eventualmente surjam na execução ou na fase pós-contratual³⁵⁰.

Pelo desequilíbrio de conhecimento que pode existir na franquia, o dever de informação tem uma função protetora da parte que está em uma posição mais débil – seja pela dificuldade no acesso a informações precisas sobre o negócio, seja pela inexperiência negocial. E tem como objetivo equilibrar as posições contratuais e corrigir a desigualdade de conhecimentos das partes³⁵¹, evitando o desequilíbrio entre os contraentes e possíveis vícios no consentimento. Dessa forma, o defeito no dever de informação capaz de gerar expectativas diferentes do contratualmente estipulado, com a consequente desvirtuação das expectativas legítimas que não coincidem com a aparência criada pela contraparte, gera responsabilidade pelos danos causados.

O dever de informar não tem como objetivo excluir a responsabilidade pelos riscos que adquire o franqueado ao integrar o sistema, mas evitar que ingresse em um negócio baseado em dados incompletos ou inverídicos³⁵². No momento da formação do contrato o franqueado deve estar consciente dos esforços e responsabilidades que adquire com a atividade, devendo conhecer claramente as obrigações assumidas³⁵³.

Assim, devem as partes informar todas as circunstâncias, pessoais ou objetivas, que possam interessar à contraparte para manifestação da sua vontade, tanto a respeito de legislação ou informações que não podem ser encontradas pelo contraente em um estudo sobre a contraparte³⁵⁴, agindo em colaboração e promovendo um intercâmbio de informações primordiais para o desenvolvimento do contrato, de forma a evitar a criação de falsas expectativas e vício na vontade de contratar. Do ponto de vista jurídico, o dever

³⁴⁹ GÓMEZ ASENSIO, *op. cit.*, p. 430.

³⁵⁰ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 80.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 81.

³⁵² VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 81.

³⁵³ SIMÕES, *op. cit.*, pp. 14-15

³⁵⁴ OVIEDO ÁLBAN, *op. cit.*, p. 94.

de informação salvaguarda a liberdade contratual das partes ao proteger o contraente que se encontra em uma situação de debilidade econômica frente a sua contraparte e está intimamente ligado à relação de confiança que preside a celebração do contrato³⁵⁵.

2.2.2 O Princípio da Confiança

O imperativo da transparência tem como fim a proteção da confiança das partes na relação negocial, de modo que não sejam estipuladas cláusulas-surpresa capazes de defraudar expectativas geradas pelos elementos que influenciaram a decisão de contratar³⁵⁶. A tutela da confiança, uma das funções primordiais da ordem jurídica³⁵⁷, requer das partes, na fase pré-contratual, o agir de acordo com os demais deveres de conduta, de forma que não criem, uma na outra, expectativas infundadas que se revelem danosas³⁵⁸. As partes interagem para firmar um acordo baseadas na conduta leal e correta da contraparte, entregando-se a expectativas legítimas que têm, devendo a contraparte agir com lealdade nas negociações³⁵⁹.

Como finalidade da tutela da confiança, busca-se garantir que o indivíduo dentro de uma relação jurídica não verá defraudadas suas expectativas, que adquirem a qualidade de legítimas quando protegidas pelo dever de atuar dentro dos cânones estabelecidos pela boa-fé³⁶⁰, ficando as partes suscetíveis de responder pelos danos causados pelas expectativas que cria no espírito da contraparte³⁶¹. Assim, a proteção da confiança tem lugar quando determinados vícios de forma ou do negócio jurídico geram expectativas, “casos em que quem confiou na realidade voluntária de uma prestação em si não imposta juridicamente vem a ser surpreendido pela recusa do seu cumprimento”³⁶².

A “*bona fides*” se refere a uma conduta de confiança, de alguém que cumpre a sua palavra e gera no outro uma expectativa legítima, uma confiança segura. Nesse âmbito,

³⁵⁵ GÓMEZ ASENSIO, *op. cit.*, pp. 406-408.

³⁵⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 402.

³⁵⁷ VICENTE, Dario Moura. *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 41-42 ressalta que a confiança nas relações é condição do equilíbrio social e da paz jurídica, uma vez que sua ausência poderia causar insegurança no tráfico jurídico e inviabilizaria uma vida coletiva pacífica e de cooperação.

³⁵⁸ MARTINS, António Carvalho. *Responsabilidade Pré-contratual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 30.

³⁵⁹ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 148.

³⁶⁰ Com relação à conexão entre a boa-fé como origem dos deveres de conduta, cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 431-451.

³⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. vol. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 226.

³⁶² FRADA, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 63.

espera-se que as partes hajam de boa-fé, de maneira leal e correta, de forma a criar uma relação de confiança, segurança e credibilidade na palavra dada³⁶³.

A confiança inicialmente propagada e defendida no âmbito do direito administrativo³⁶⁴ busca impedir situações arbitrárias e irracionais nas relações jurídicas entre administração e cidadão³⁶⁵. A proteção da confiança legítima, tanto no direito público quanto no privado, vem garantir que nem a Administração e nem os particulares vão surpreender a contraparte com atuações contraditórias³⁶⁶, devendo agir com coerência aos seus precedentes e às expectativas que gera de acordo com os princípios da certeza, previsibilidade e segurança jurídica³⁶⁷. A confiança, corolário da boa-fé, rege as relações jurídicas e plantea o alcance e os limites das condutas dos sujeitos, tanto no direito público quanto no privado.

O princípio da confiança³⁶⁸ é enunciado como uma das vertentes da aplicação direta da cláusula geral da boa-fé³⁶⁹. Os pressupostos da proteção da confiança, seguindo as indicações de Carneiro da Frada³⁷⁰, são elencados como: existência de uma situação justificada de confiança de alguém no comportamento e declarações de outrem; a possibilidade de imputar a confiança àquele contra quem atua essa proteção³⁷¹ e o desenvolvimento de uma atividade comprometida pela quebra da confiança. Não é o sujeito que determina a existência da confiança, mas ela é projetada em uma realidade criada por circunstâncias externas³⁷².

³⁶³ PILAR SEGURA, *op. cit.*, p. 297.

³⁶⁴ Para maior desenvolvimento a respeito da proteção da confiança no direito público, cfr. AMARAL, Maria Lúcia. A Protecção da Confiança. In: GOMES, Carla Amado (org.). *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, julho 2012, p. 21-29. Disponível: <www.icjp.pt>. Acesso em: 15, mai. 2018; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 263; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II. 5ª edição. Coimbra. Almedina. 2013, p. 730.

³⁶⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *El principio General del Derecho de Confianza Legítima*, in Revista de Ciencia Jurídica da Universidade de Guanajuato. Ano 1, nº 4, 2013, p. 62.

³⁶⁶ Seguindo a lógica do “*venire contra factum proprium*”. Sobre isso, PILAR SEGURA, *op. cit.*, p. 294.

³⁶⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, *op. cit.*, p. 65.

³⁶⁸ Expressamente disposto pelos artigos 15.º e 16.º da LCCG, e implicitamente pelos artigos 227.º, 334.º e 762.º, n.º 2 do Código Civil.

³⁶⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 406.

³⁷⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma Terceira Via no Direito da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 103-104.

³⁷¹ Ocorre, nas palavras de OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 178, “sempre que a situação (objectiva) de confiança seja conscientemente causada por uma pessoa. Ou porque lhe deu início, através de uma acção ou de uma omissão, ou porque deixou que continuasse”.

³⁷² PILAR SEGURA, *op. cit.*, p. 313.

Entende-se que o fato de entrar em negociações gera nas partes uma situação de confiança, que, caso venha a ser lesada, é suscetível de criar um dever de indenizar³⁷³. A responsabilidade pela confiança tem de ser justificável e ligada a uma ação consciente da vontade do indivíduo e não de uma relação de causalidade fática. Isso porque aceitar a responsabilização de um sujeito, ancorada no princípio da confiança, quando este não pode influenciar ou determinar a circunstância que ensejou o dano poderia constituir-se como violação ao princípio da liberdade contratual e autonomia privada³⁷⁴. Como regra, apenas a declaração de vontade negocial válida e eficaz vincula os sujeitos, podendo, excepcionalmente, ocorrer a auto-vinculação sem negócio jurídico, pautado no princípio da confiança³⁷⁵. A boa-fé é justificada e inspirada na tutela da confiança³⁷⁶.

2.2.3 O Dever de Lealdade e Cooperação

O dever de lealdade³⁷⁷, conhecido como *fair dealing*³⁷⁸, determina que as partes atuem de forma honesta na busca da conciliação de seus interesses. Por este dever, as partes de uma relação negocial têm a obrigação ética e moral de agir de forma leal perante os demais sujeitos envolvidos em uma relação de confiança, a qual busca que o acordo de vontades seja concluído em condições justas e equilibradas³⁷⁹. É um instrumento que surge do fenômeno da cooperação, na medida em que transcende o interesse individual em busca de proteção dos interesses gerais, valorando as expectativas da contraparte e aceitando os contratos como instrumentos de interrelação social³⁸⁰ que estão a serviço de um interesse contratual comum.

É um dever moral, considerado como uma norma geral de comportamento. No plano contratual, é um dever ético que contribui para a segurança jurídica e eficácia econômica do contrato³⁸¹. A esse dever, se vinculam também o dever de sinceridade e fidelidade na comunicação de informações durante as relações. É um princípio que possui relevância dentro da análise da ética nas relações contratuais, principalmente no processo

³⁷³ Que é, de acordo com LEITÃO, *op. cit.*, p. 353, a responsabilidade pela ruptura das negociações.

³⁷⁴ FRADA, *Uma Terceira...*, *op. cit.*, p. 106.

³⁷⁵ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 177.

³⁷⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 127.

³⁷⁷ Para OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 182, o dever de lealdade se concretiza como um dever de não adotar comportamentos que lhe sejam substancialmente desconformes, obrigação advinda do subprincípio de prioridade da substância sob a forma.

³⁷⁸ Cfr. Art. 1.7 dos Princípios UNIDROT e 1:201 dos Princípios Europeus dos Contratos.

³⁷⁹ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, pp. 147-148.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 148.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 154.

de construção, negociação e formação dos contratos quando analisado o dever geral de agir de boa-fé.

Por conseguinte, a realização dos objetivos que as partes visam atingir nas negociações exige uma colaboração recíproca entre os sujeitos da relação negocial, de tal forma que a boa-fé se traduz em deveres acessórios de cooperação. Por esses deveres, as partes colaboram mutuamente para cumprir as obrigações de forma que realizem o fim perseguido no contrato³⁸². Desse dever resulta o dever de segredo de informações confidenciais obtidas nas negociações³⁸³.

2.2.4 O Dever de Confidencialidade

A confidencialidade se configura como um dever autônomo que compreende manifestações do dever de diligência e de lealdade³⁸⁴. O dever de segredo ao candidato a franqueado se dá como contrapartida do dever de prestar informações do franqueador, pois a exigência de tutelar o futuro franqueado não deve provocar como efeito secundário lesão ao direito do franqueador a preservar suas informações do conhecimento público³⁸⁵. Nessa senda, cabe ao potencial franqueado guardar segredo de todas as informações – de caráter pessoal ou patrimonial – que tenham sido transmitidas na fase preliminar e que não possam ser obtidas por outra via³⁸⁶. A própria existência de negociação pode estar sujeita a sigilo³⁸⁷. Da mesma forma, lhe cabe o dever de não utilizar a informação confidencial obtida na fase preliminar³⁸⁸.

Na fase preliminar o franqueador deve ceder informações a respeito de detalhes técnicos, de produção, de mercado, de exploração e próprias informações de caráter pessoal sobre sua empresa e todos os demais franqueados integrantes da rede. Em contrapartida, fica a contraparte obrigada a não transmitir essas informações e não as utilizar fora do âmbito em que foi confiada, principalmente em proveito próprio ou a

³⁸² OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 183.

³⁸³ VICENTE, Dario Moura. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 270.

³⁸⁴ GÓMEZ ASENSIO, *op. cit.*, p. 553.

³⁸⁵ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 77.

³⁸⁶ GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, p. 54.

³⁸⁷ Para PRATA, Ana. *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 64 há casos em que a natureza da situação, do tipo de contrato ou dos contraentes podem ser afetados pela publicitação das negociações, podendo provocar graves prejuízos a uma das partes. No mesmo sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de., *op. cit.*, p. 206.

³⁸⁸ MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. *El Deber de Transparencia en la Introducción de una Red de Franquicia en Italia*, in *Revista de Derecho Mercantil*. n.º. 264-265, 2007, p. 661.

prejuízo do franqueador que lhe transmitiu³⁸⁹. Caso não respeite esses limites, o futuro franqueado é quem irá contra os princípios da boa-fé e lealdade negocial, podendo incorrer em responsabilidade.

O dever de sigredo pré-contratual pode ser assumido pelas partes por meio de um acordo de sigilo, não sendo necessário que esteja formulado apenas no futuro contrato por meio de uma cláusula. Isso porque a fase de negociações não vincula as partes à obrigação de celebração de um contrato futuro³⁹⁰. As partes assumem a obrigação de não divulgar ou utilizar em proveito próprio, para fins diversos do que lhes são aplicados, as informações recebidas mutuamente, mesmo que o contrato não venha a ser firmado. Essa obrigação de sigilo pode subsistir para além do encerramento das negociações, quer ela se encerre por meio da desistência de um dos contraentes, quer se encerre com a consequente formação do contrato³⁹¹, independente do êxito ou não das negociações.

2.3 Desequilíbrio Contratual e Proteção da Parte mais Fraca

A autonomia privada nas relações negociais deve ser limitada pelos princípios que norteiam a conduta e atividade dos contratantes durante as negociações. Em busca da manutenção do equilíbrio entre as partes e diminuição da assimetria do poder negocial, alguns institutos criaram deveres específicos a serem observados pelas partes na constituição de um negócio válido, como o dever de prestar informações pré-contratuais. O movimento da transparência, subdividido em deveres de conduta – como o de agir de boa-fé e com lealdade –, tem como um de seus fundamentos a proteção da parte mais fraca³⁹².

Na evolução do instituto da responsabilidade pré-contratual, considera-se que nas relações negociais há determinadas obrigações de conduta, sendo a sua violação capaz de gerar responsabilidade pelos danos causados. Buscando a efetivação desses deveres e suas consequências, diversos regulamentos³⁹³ colocaram a cargo do fornecedor um dever de informação pré-contratual. Tanto em uma relação como em outra – aderente e consumidor – o fim máximo é proteger o vício de consentimento formado pela deficiência informativa.

³⁸⁹ OVIEDO ÁLBAN, *op. cit.*, p. 98.

³⁹⁰ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 89.

³⁹¹ PRATA, *op. cit.*, pp. 64-65 afirma que a contraparte pode ficar vinculada, inclusive, ao dever de sigilo pós-negociatório, sendo vedado que transmita a terceiros os motivos que o levaram a ruptura das negociações.

³⁹² VICENTE, *Comemorações...*, *op. cit.*, p. 276.

³⁹³ Como se pode observar a partir da leitura dos artigos 5.º e 6.º da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais e do artigo 8.º da Lei de Defesa dos Consumidores.

No contrato de franquia, essa obrigação a cargo do franqueador buscou minimizar a fragilidade do franqueado frente aos possíveis danos que pode vir a sofrer, sendo o dever informativo uma garantia da segurança jurídica³⁹⁴.

O princípio da proteção da parte mais fraca, previsto pelo Considerando 23 de Roma I, tem como um dos seus objetivos delimitar a lei aplicável levando-se em consideração o desequilíbrio contratual e a proteção da parte mais fraca³⁹⁵. Pelo Roma I, se faz necessário ditar normas mais favoráveis aos interesses das partes consideradas mais débeis. É comum no contrato de franquia a aceção do franqueado como parte mais fraca e a necessidade de impor formas e condutas para garantir a sua proteção frente a um possível desequilíbrio contratual³⁹⁶. Essa obrigação é resguardada por legislação específica em diversos países como Espanha, França, Itália, Bélgica, Estados Unidos, Brasil, China, Rússia e etc.

Como regra geral, existe equilíbrio econômico e jurídico entre as partes em uma relação de franquia, devendo o contrato ser firmado após discussão e ajuste dos termos. Desse modo, apesar de a empresa franqueadora possuir notoriedade e maior dimensão empresarial, por ser o titular da ideia empresarial, essa diferença econômica não deve corresponder a maior poder contratual³⁹⁷. Respeitadas essas diretivas não se deve falar em proteção de uma parte mais fraca³⁹⁸. Entretanto, alguns atos do franqueador, aproveitando-se da posição de domínio³⁹⁹, podem gerar a fragilização do franqueado e o desequilíbrio das obrigações, cabendo a aplicação do instituto de proteção da parte mais fraca. É o caso da deficiência informativa do franqueado frente ao franqueador; do abuso da dependência econômica; e da utilização de contratos por adesão a cláusulas contratuais gerais.

2.3.1 A Deficiência Informativa

Em primeiro lugar, considera-se que o franqueado possui insuficiência informativa na medida em que se integra a uma rede organizada pelo franqueador, sendo

³⁹⁴ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Transparency in Business Network – Pre-contractual Disclosure Obligations in Franchise Agreements*, in *Estudo Geral*, Coimbra, 2014. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28751>>. Acesso em: 05 abr. 2017, pp. 194-195.

³⁹⁵ MORAIS, *op. cit.*, p. 301.

³⁹⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 83.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 84.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 88.

³⁹⁹ SIMÕES, *op. cit.*, p. 61.

este quem controla todas as informações a respeito do negócio⁴⁰⁰. O potencial franqueado, baseado na publicidade e notoriedade da rede, busca beneficiar-se do sucesso empresarial já consolidado para montar um negócio de êxito. Entretanto, a imagem ilusória transmitida ao público nem sempre corresponde à realidade fática e financeira da empresa. A informação, principalmente na fase pré-contratual, é imprescindível para que o franqueado, que procura um negócio de êxito comprovado, possa vincular-se a uma relação contratual que efetivamente corresponda aos seus interesses⁴⁰¹.

Devem ser fornecidas informações, tanto do franqueador quanto do franqueado, para que, pautados na transparência e boa-fé, possam as partes prestar um consentimento válido. Toda documentação cedida em fase preliminar serve também como garantia ao franqueador de que o futuro franqueado irá ingressar em um negócio em que realmente acredita, conhecendo todas as suas obrigações e condições⁴⁰². No momento formativo, entretanto, o franqueador furta-se da obrigação de transmitir informações sob a justificativa de proteção do *know-how* e, aqui, cinge-se o perigo que leva à caracterização do franqueado como a parte mais débil da relação jurídica.

2.3.2 A Dependência Econômica

A segunda questão a ser abordada é a eventual dependência econômica do franqueado⁴⁰³. A relação estabelecida pela franquia de forma equilibrada não deve gerar dependência econômica. De acordo com Virassamy⁴⁰⁴, a dependência pode ocorrer quando há uma relação contratual duradoura e permanente, e que seja essencial para a existência de uma das partes. Nesse contexto, não basta que exista a relação jurídica, mas que a sua ruptura influencie na situação de uma das partes, principalmente quanto seus meios de subsistência, e gere risco a sua existência. Vasconcelos⁴⁰⁵ defende que a dependência fático-econômica pode ocorrer mesmo que o franqueador não detenha participação social do franqueado, uma vez que a cessação do contrato levará à extinção da empresa franqueada.

⁴⁰⁰ MORAIS, *op. cit.*, p. 307.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 309

⁴⁰² VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁰³ A noção de dependência econômica em Portugal está consagrada no artigo 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (regime jurídico da concorrência) que visa proibir a exploração abusiva da empresa ou cliente.

⁴⁰⁴ *Apud* RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, pp. 85-86 e 133.

⁴⁰⁵ VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 89-90.

A dependência do franqueado à atividade pode se manifestar de diversas formas. Poderá ocorrer, por exemplo, quando o contrato prever imposição de limite máximo de preço⁴⁰⁶, quando o franqueador ditar cláusulas de exclusividade que levem o franqueado – pequeno empresário – à uma vinculação excessiva e baseada exclusivamente na comercialização de bens e serviços do franqueador – grande multinacional. Além disso, pode a atividade ser inteiramente voltada para implementação do contrato de tal forma que, uma vez cessada a franquia, cessa-se a própria atividade desenvolvida pelo franqueado⁴⁰⁷. E outras atitudes prejudiciais assumidas pelo franqueador em detrimento do franqueado, como a exigência de contrapartidas excessivas e exercício de um controle abusivo sobre o franqueado⁴⁰⁸.

Para que haja efetivação da tutela não basta a existência da dependência econômica entre franqueado e franqueador, mas o abuso dessa dependência⁴⁰⁹. O equilíbrio da relação contratual é uma linha tênue que se desvirtua na falta ou na excessiva colaboração entre as partes⁴¹⁰. O abuso, e o conseqüente desequilíbrio de gênese poderá colocar em causa a própria validade do contrato e seu fim⁴¹¹. Isso porque apesar de ser um empresário independente, o franqueado recebe alguns benefícios e sofre algumas limitações⁴¹².

No caso descrito, o abuso da dependência econômica pode ser agrupado na controversa categoria de abuso de direitos, na qual uma pessoa, enquanto atua sob respaldo legal, se inclina para a realização de fins indesejados, desconsiderando as intenções para as quais o direito lhe foi atribuído, como no caso daqueles que usam um direito com o único propósito de danificar um terceiro⁴¹³.

O abuso pode existir tanto na formação contratual através de cláusulas abusivas quanto na sua execução, pois todo o comportamento na fase pré, pós ou de execução do

⁴⁰⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁴⁰⁷ IANNOZZI, Pierpaolo; PANDOLFINI, Valerio; TRIPODI, Enzo. *Il Manuale del Franchising: La disciplina normativa, la giurisprudenza i modelli contrattuali*. Milano: Cosa & Come, 2005, p. 173.

⁴⁰⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁰⁹ IANNOZZI; PANDOLFINI; TRIPODI, *op. cit.*, p. 178.

⁴¹⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 35.

⁴¹¹ A autora, *Ibidem*, p. 89, afirma que o abuso da dependência gera desequilíbrio, uma vez que deixam os empresários de exercer atividades de forma independente.

⁴¹² Por esse motivo, PEREIRA, *Da Franquia...*, *op. cit.*, pp. 273-274 afirma que o franqueado é juridicamente independente, mas não tem autonomia do seu estabelecimento, que são duas coisas diferentes. O que implica que, apesar de atuar em seu nome e por sua conta e risco, como comerciante independente sem qualquer laço de subordinação com o franqueador (autonomia jurídica) depende estreitamente do contrato de franquia, isto é, da empresa que encarna (sem autonomia de estabelecimento).

⁴¹³ IANNOZZI; PANDOLFINI; TRIPODI, *op. cit.*, p. 177.

contrato exige a observância dos princípios de lealdade e boa-fé. Na franquia o abuso ocorre quando ao franqueado é dado um peso contratual menor⁴¹⁴, sem possibilidade de ajustar as cláusulas. Pode ser obrigado a aceitar as condições impostas pelo franqueador e se sujeitar as suas diretivas e instruções, podendo, inclusive, ser submetido a condições de compra piores que as oferecidas pelo mercado⁴¹⁵. É possível, nesses casos, pedir a exclusão das cláusulas que beneficiam exclusivamente o franqueador em detrimento dos interesses do franqueado.

A fragilidade do franqueado em relação ao franqueador pode ocorrer por ser este o detentor da imagem empresarial reconhecida no mercado e com grande poder econômico, que naturalmente parte de uma posição privilegiada em relação ao franqueado. Com a instauração de novos contratos de franquia, o franqueador aumenta seu poder econômico e alcança um realce financeiro com a promoção da notoriedade da sua imagem empresarial, e, através disso, promove investimentos na rede, celebra novos contratos e melhora a qualidade e eficiência da rede, atingindo mercados cada vez mais longínquos⁴¹⁶.

A formação regular e equilibrada do contrato de franquia exige a independência legal e econômica entre as partes. A proteção unilateral de um contraente frente ao outro é a exceção do ordenamento, e deve existir quando sua função seja a de compensar a fraqueza econômica ou social de uma das partes⁴¹⁷, no intuito de reequilibrar a relação jurídica. No contrato de franquia ocorre, fundamentalmente, porque na consequência natural do contrato o franqueado se encontra em uma situação de dependência econômica em relação ao franqueador⁴¹⁸.

Além de estar suscetível ao controle do franqueador e geralmente em uma situação econômica mais frágil, o franqueado ainda pode sofrer prejuízos advindos da má administração do franqueador ou ausência de cumprimento de alguma obrigação por parte de um dos franqueados da rede. Os franqueados espelham a sua atuação comercial nas escolhas e decisões do franqueador, tornando-se dependentes das evoluções, atualizações de *know-how* e vantagens competitivas trazidas por este⁴¹⁹. É uma relação de extrema confiança que deve ser adquirida desde a fase da negociação para que seja efetiva.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 174.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 179.

⁴¹⁶ MORAIS, *op. cit.*, p. 308.

⁴¹⁷ IANNOZZI; PANDOLFINI; TRIPODI, *op. cit.*, p. 175.

⁴¹⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 35.

⁴¹⁹ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 68.

A forte intervenção legislativa no intuito de proteger o franqueado deverá cuidar o limite tênue da própria caracterização do contrato, de forma a restabelecer o equilíbrio natural e não desvirtuar a franquia como tal⁴²⁰. Quando presente a dependência econômica, os abusos podem ser sancionados com recurso às regras do direito da concorrência⁴²¹. Além, podem ser estabelecidos os deveres de informação pré-contratual, não com o objetivo de equilibrar as partes, mas de equilibrar o interesse das partes no contrato e o seu poder de decisão⁴²². O equilíbrio em regra é verificado quando o franqueador não concebe a rede em busca de enriquecimento pessoal, mas objetivando a maior eficácia econômica para si e para toda rede⁴²³.

2.3.3 Contrato Formado por Adesão a Cláusulas Contratuais Gerais

Os contratos formulados unilateralmente pelos franqueadores⁴²⁴ através de adesão a cláusulas contratuais gerais⁴²⁵ podem levar a uma situação de desequilíbrio entre os contraentes que merece proteção do ordenamento. Nesse sentido, a intervenção legislativa⁴²⁶ teve como impulso a constatação da falta de transparência do mercado de cláusulas contratuais gerais e da afirmação unilateral de poderes factícios⁴²⁷. As desvantagens da padronização são a possibilidade de uma das partes suprimir ou reduzir a liberdade de negociação da outra, determinando abusivamente o conteúdo do contrato através de um desequilíbrio de poder negocial⁴²⁸.

O poder negocial de cada contraente depende de diversos fatores, dentre eles do seu poder econômico e conjunto de prerrogativas que goza. O sistema jurídico não pode querer equilibrar a repartição de riquezas entre os contratantes, mas deve dispensar o

⁴²⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 62.

⁴²¹ Como a figura de abuso de dependência econômica, proibido pelo artigo 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência).

⁴²² RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 99.

⁴²³ *Idem*, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, pp. 34-35

⁴²⁴ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 810.

⁴²⁵ Sobre a utilização do termo, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé*, in Separata da Revista da Ordem dos Advogados. Ano 60, n. II. Lisboa, abril de 2000, p. 575 traz a possibilidade de ampliação para cláusulas negociais gerais, de forma a abranger as cláusulas predispostas à celebração do contrato.

⁴²⁶ A primeira consagração legislativa das cláusulas contratuais gerais no direito português surgiu com o DL n.º 446/85, de 25 de outubro. Diferente da Lei alemã e da Diretiva n.º 93/17/CEE, de 5 de abril, a Lei portuguesa não se aplicava apenas ao contrato de consumo, mas também quaisquer outros contratos, incluindo entre empresas e celebrados sem a intervenção de qualquer profissional. A Lei sofreu alguns ajustes na necessidade de transpor a diretiva comunitária, que ocorreram pelo DL n.º 220/95, de 31 de agosto, e pelo DL n.º 249/99, de 7 de julho.

⁴²⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 363.

⁴²⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 167.

tratamento igualitário entre as partes, com a mesma capacidade jurídica de aquisição, fruição e alienação de coisas⁴²⁹. Não basta, assim, que exista disparidade econômica entre os contraentes para que se aplique o regime das cláusulas contratuais gerais, mas que uma das partes utilize seu poder econômico, moldado exclusivamente para satisfação de seus interesses, para determinar cláusulas abusivas, obrigações e riscos que não caberia à contraparte suportar⁴³⁰.

Apesar de o sucesso da rede ser atribuído à questão de homogeneidade e uniformização, o que implica que uma parte essencial do conteúdo do contrato esteja predisposto, com cláusulas comuns a todos os franqueados⁴³¹, os interesses da contraparte devem ser observados na formulação das cláusulas. Assim sendo, a fase de formulação deve ser regida pela boa-fé⁴³² de tal forma que, apesar de o princípio do tráfico contratual ser o da autotutela, o subscritor das cláusulas contratuais gerais deverá levar em consideração, no momento de sua elaboração, o interesse dos seus futuros parceiros contratuais⁴³³.

Há, por conseguinte, como defendido pela escola alemã, a fixação de limites do conteúdo do contrato, expressão objetiva de deveres acrescidos de *fairness* contratual⁴³⁴, de tal forma que a boa-fé exige que, a partir do momento em que a contraparte não influencie na estipulação dos termos contratuais, não possa o predisponente valer de forma maximalista apenas os seus interesses, favorecendo-os excessivamente. A observação apenas de interesses próprios no momento de formulação das cláusulas afeta a paridade dos termos contratuais, provoca lesão a direito de terceiros e da contraparte e, por esses motivos, pode ser considerado abuso da liberdade contratual⁴³⁵.

O contrato de adesão é aquele em que há pré-disposição unilateral, no qual a parte não tem participação na redação das cláusulas e todas as condições são impostas previamente ao contrato⁴³⁶. A colaboração é mínima ou inexistente. Dessa forma, um dos sujeitos pode se encontrar em uma situação na qual fica impossibilitado de defender

⁴²⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, pp. 335-336.

⁴³⁰ *Ibidem*, pp. 340-343.

⁴³¹ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 74.

⁴³² Pelo Regulamento Europeu Roma I (artigo 15 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), são proibidas cláusulas contratuais gerais contrárias a boa-fé.

⁴³³ Como se tratam de estipulações gerais, o interesse tutelado é o “típico dos contraentes que normalmente estão envolvidos nessa operação negocial” RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 565.

⁴³⁴ *Idem*, *Direito...*, *op. cit.*, p. 241.

⁴³⁵ *Idem*, *O problema...*, *op. cit.*, pp. 553-562.

⁴³⁶ Cfr. SANTOS, *op. cit.*, p. 184.

eficazmente seus interesses pela via negocial, submetido a imposição de condições gravosas formuladas pela contraparte⁴³⁷.

A adesão a cláusulas unilateralmente dispostas gera a reformulação do esquema tradicional do contrato, que em regra contém a composição do interesse por meio da negociação, colaboração e elaboração do conteúdo contratual⁴³⁸. A liberdade contratual perde a eficácia que a legitima e, por isso, a validade das cláusulas pré-dispostas deve se enquadrar em um limite mínimo de equilíbrio contratual⁴³⁹. Apesar de o franqueador possuir um modelo base para todos os franqueados, uma vez que a padronização contratual também garante a eficácia da padronização dos estabelecimentos, a franquia nem sempre é um contrato de adesão, pois as partes podem discutir as obrigações contratuais impostas e, eventualmente, modificar as cláusulas contratuais⁴⁴⁰.

A seleção prévia dos candidatos a franqueados, de forma que seja feita a oferta apenas aos escolhidos conforme os critérios valorados na fase pré-contratual, é um dos fatores capazes de distinguir a franquia de um contrato de adesão⁴⁴¹. O conteúdo básico – igual para todos os franqueados – é a essência do contrato, e o que garante a homogeneidade da rede (que traz benefícios mútuos a franqueador e franqueado). O desejo do franqueado de participar de uma rede homogênea e adquirir as vantagens provenientes dela não se caracteriza estritamente em imposição de cláusulas.

Na maioria das cadeias desenvolvidas e com ampla extensão há uma grande diferença na capacidade econômica de franqueador e franqueado, e os “contratos-tipo” acabam se tornando verdadeiros contratos de adesão. O utilizador de cláusulas contratuais gerais – aquele que redige as propostas nos seus termos – goza, em regra, de larga superioridade econômica em relação ao aderente⁴⁴². Tem-se, nesses casos, o franqueador como a parte economicamente dominante⁴⁴³ que dispõe uma série de direitos e obrigações às quais o franqueado pode escolher entre manifestar seu consentimento ou não, sem poder discutir ou alterar nenhuma estipulação contratual⁴⁴⁴.

⁴³⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 226.

⁴³⁸ LACAYO ARANA, *op. cit.*, p. 58.

⁴³⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 227.

⁴⁴⁰ Ainda que se discutam algumas cláusulas, não podem ser modificadas àquelas imprescindíveis para o cumprimento do contrato, quais sejam, as essenciais para a reprodução do modelo de empresa. Sobre isso, RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁴¹ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁴² CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 601

⁴⁴³ RIBEIRO, Ana Paula, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁴⁴ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 94.

O contrato de adesão pode gerar prejuízos ao privar o franqueado de sua autonomia contratual na medida em que lhe cabe a decisão de aceitar a proposta ou não contratar⁴⁴⁵. Além de não participar da constituição das premissas, uma das características do aderente típico é a de aceitar cegamente as cláusulas predispostas, sem possuir conhecimento do conteúdo⁴⁴⁶. As medidas fornecidas pela lei visam a proteção de possíveis abusos e a consecução de um contrato válido, uma vez que essa forma de contratação não afeta apenas a liberdade de conformação do contrato, mas, mais que isso, afeta todos os “pressupostos cognitivos de uma formação consciente e informada da vontade negocial”⁴⁴⁷.

As cláusulas em um contrato de adesão são aceites *uno actu* pelo aderente. A boa-fé, para que seja compensado o desequilíbrio entre as partes, exige uma maior diligência informativa. Sobre o proponente recai um dever de transparência que permita ao aderente avaliar todos os termos contratuais, sendo a sua decisão razoável, baseada em um consentimento livre e reflexivo⁴⁴⁸. A imprescindibilidade da informação na fase pré-contratual se dá, portanto, para que não haja elementos surpresa e dados ocultos que, se visíveis, influenciariam na decisão de contratar do aderente. Isso porque, através da adesão, o subscritor das cláusulas poderá deixar ostensíveis apenas os traços atrativos do negócio, deixando obscuros todos os aspectos e obrigações capazes de desincentivar o interessado⁴⁴⁹. É, em última análise, uma forma de proteção dos interesses e expectativas do aderente.

A raiz do problema das cláusulas contratuais gerais está no déficit de informação sobre o seu conteúdo por parte dos aderentes⁴⁵⁰. A lei propõe o dever de informação como forma de resguardar a melhor legibilidade e compreensibilidade dos termos contratuais. O modelo de informação traduz-se no ônus de comunicação e esclarecimento do conteúdo de todas as cláusulas contratuais de forma que a contraparte tenha a possibilidade de conhecer todas as consequências jurídicas da decisão de contratar⁴⁵¹. Diante disso, além do dever de informação prévia o predisponente tem o dever pré-contratual de esclarecimento de todas

⁴⁴⁵ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁴⁶ VARELA, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁴⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 354.

⁴⁴⁸ LACAYO ARANA, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁴⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, pp. 411-412.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 365.

⁴⁵¹ *Ibidem*, pp. 366-367.

as dúvidas postas pelo destinatário, sendo a comunicação integral e adequada requisito de eficácia da declaração contratual⁴⁵².

A presença de cláusulas contratuais gerais em um contrato sem a sua devida comunicação não deve ser aceita pelo ordenamento jurídico, uma vez que o consentimento não representa a vontade real das partes⁴⁵³. Ninguém pode se vincular e anuir a fato desconhecido ou que não entenda. Trata-se de vinculação com vício no consentimento, sendo possível, pelo direito comum, a indenização do aderente (artigo 227.º, n.º 1, Código Civil) ou anulação do contrato por erro (artigo 247.º e 251.º do Código Civil). A Lei das Cláusulas Contratuais Gerais permite a exclusão dos contratos singulares atingidos (artigo 8.º, alíneas a e b). A LCCG pode ser utilizada como instrumento auxiliar de aplicação nos contratos de franquia.

2.4 O Equilíbrio da Relação Contratual através da Promoção da Transparência

O dever de transparência surge no direito privado como mecanismo de promoção do equilíbrio contratual, para evitar um trato jurídico desigual entre as partes que originariamente se encontram em díspar posição jurídica ou informativa⁴⁵⁴. Possibilita, assim, à parte mais fraca – ou economicamente débil – a proteção de seus interesses. É um imperativo unidirecional na medida em que impõe um dever de conduta comunicativa ao fornecedor do bem ou serviço, de forma que torne claro à contraparte os termos do contrato. A obrigação recai sobre o franqueador por ser ele o detentor privilegiado da informação relevante e dos moldes técnico-jurídicos em que a relação se processará⁴⁵⁵.

No contexto da boa-fé a contraparte possui um dever pré-contratual de prestar informações, o qual exige simultaneamente um dever de transparência na formulação das condições, conteúdo das cláusulas e alcance dos direitos e obrigações a que as partes se vincularão⁴⁵⁶, de forma que as informações sejam legíveis, claras e compreensíveis. A transparência busca evitar confusão ou dupla interpretação, principalmente das cláusulas de conteúdo imprevisível ou surpreendente.

⁴⁵² ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁵³ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 615.

⁴⁵⁴ Isso porque, de acordo com SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 139, a desigualdade informacional desequilibra o contrato, que deixa de ser um instrumento de “justiça comutativa” ao passo em que uma das partes possuirá informações que a outra desconhece.

⁴⁵⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direito...*, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁵⁶ LACAYO ARANA, *op. cit.*, p. 101.

A transparência alcançada através do dever de informações pré-contratuais se torna necessária tendo em vista a situação de debilidade em que se encontra o novo membro da rede ante a dificuldade ou impossibilidade de se informar adequadamente a respeito dos aspectos econômico-organizativos relevantes. Com isso, se garante a eficiência do processo de vinculação do potencial franqueado e o clima de confiança que preside as relações entre os contraentes⁴⁵⁷. A proteção do dever de informação e do agir transparente nas formações contratuais tem especial relevância uma vez que é através dela que a contraparte poderá exercer a adequada formação do consentimento contratual, tanto no que se refere aos aspectos jurídicos quanto materiais do negócio⁴⁵⁸.

Considera-se, portanto, que a informação transparente funciona como coadjuvante no reestabelecimento da igualdade entre as partes⁴⁵⁹ ao passo em que garante a formação do contrato por meio de um consentimento livre, isento dos abusos que podem surgir quando formado um vínculo jurídico pautado na ignorância. Além de promover o conhecimento das cláusulas, a transparência tem como finalidade estabelecer um controle do conteúdo contratual. A falta da transparência, nessa perspectiva, poderia repercutir no equilíbrio material do contrato⁴⁶⁰ uma vez que a falta de conhecimento de uma cláusula pode ser um prejuízo que justifique a sua abusividade.

A complexidade do contrato de franquia e das relações que dela derivam impõe a necessidade de promover a troca de informação na realização de acordos prévios à assinatura do contrato, com a finalidade de que ambas as partes intercambiem todas as informações necessárias⁴⁶¹ para a formação do consentimento. O contrato de franquia tem especial relevância nessa análise pela situação em que se encontram as partes. Isso porque um dos contraentes – franqueador – exerce um poder social sobre o franqueado na busca do convencimento, principalmente por possuir maior domínio e conhecimento sobre o negócio a franquear.

Assim, demonstram aos potenciais franqueados todas as vantagens em pertencer à rede, influenciando-o pelo valor e notoriedade da marca e pela publicidade positiva efetuada, sem que analise os reais dados e possibilidades, que sequer são trazidos pelo franqueador. A proteção da confiança das relações negociais e a defesa da transparência

⁴⁵⁷ GÓMEZ ASENSIO, *op. cit.*, pp. 528-529.

⁴⁵⁸ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁵⁹ LACAYO ARANA, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 114.

⁴⁶¹ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 71.

surtem, nesse passo, como uma tentativa de equilibrar a assimetria de informações capaz de levar à desigualdade negocial. Garante-se que o franqueado receba informações suficientes e verdadeiras, e preste a sua vontade em criar uma relação jurídica contratual conhecendo todas as informações necessárias para que não haja qualquer vício na manifestação da vontade.

Para tanto, diversos ordenamentos jurídicos buscaram meios de solucionar a vulnerabilidade do fraqueado e colocar as duas partes em um equilíbrio jurídico. Cada vez mais a transparência das relações e a necessidade de prestar informações previamente são consideradas requisitos essenciais para que, futuramente, haja uma correta execução do contrato de franquia. Por esse motivo a Federação Europeia do *Franchising* aprovou um novo Código Deontológico Europeu do *Franchising*⁴⁶² com o objetivo de assegurar o desenvolvimento do sistema de franquia de uma forma ética, em conformidade com a evolução do mercado, estabelecendo normas para relações de equidade, transparência e lealdade entre as partes.

O Código Deontológico prevê que antes da assinatura de qualquer pré-contrato, o candidato a franqueado deverá receber informações escritas a respeito do conteúdo do contrato, bem como todas as despesas que deverá despender para a sua consecução. O dever do franqueador, nesse sentido, não diz respeito apenas a prestar informações verdadeiras, como também a repassar todas as informações necessárias para que o franqueado adira à rede sem incorrer em vício de consentimento. Nessa senda, poderá ser responsabilizado caso preste informação defeituosa ou falsa bem como se permanecer em silêncio, ou seja, se não prestar informações que teria a obrigação de fornecer⁴⁶³.

Para medir quais são as informações de transmissão necessária, em fase preliminar, a doutrina⁴⁶⁴ fez uma análise baseada no objeto e sujeito da relação negocial, de forma a verificar se existe igualdade quanto ao conhecimento especializado do ramo empresarial a que se pretende desenvolver. Como na franquia não há equilíbrio quanto ao conhecimento da atividade, uma vez que é o franqueador o criador da fórmula de sucesso e que detém todas as informações acerca do funcionamento da rede, foi considerado-se que o franqueado – mesmo quando já comerciante – é iniciante no negócio, e por isso as

⁴⁶² Aplicável em Portugal, de acordo com PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 14 desde janeiro de 1991.

⁴⁶³ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁶⁴ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 163.

circunstâncias levam à exigência de um maior fluxo de informações que devem ser cedidas na fase preliminar.

O dever de prestar informação na fase pré-contratual, premissa que caracteriza a transparência das relações negociais, foi admitido tardiamente como fruto das mudanças sociais e do objeto do comércio. Conforme explica Caballero⁴⁶⁵, no Direito Romano se defendia a ideia de que cada parte deveria se informar e adquirir os conhecimentos necessários para celebrar o contrato, de forma a satisfazer seus interesses. Segundo o autor⁴⁶⁶ essa situação se manteve no direito clássico e moderno e começou a modificar-se apenas com a recente discussão da responsabilidade pré-contratual, defendida principalmente por Jhering.

Assim, a fase preliminar começou a ganhar relevância no sistema jurídico, que passou a ver como necessária a sua regulamentação. A partir da defesa de obrigações pré-contratuais e dos mecanismos que buscam a transparência é possível reforçar a proteção da confiança nas relações negociais, tornando-se uma fase de pré-controle de conduta desejáveis e compatíveis com a lealdade, cooperação e boa-fé, que se mostram presentes no dever de informação. É considerado vício no dever de transparência a falta de informação, a redação das cláusulas que impedem o conhecimento e compreensão das condições ou as cláusulas de difícil interpretação – obscuras ou ambíguas⁴⁶⁷.

As partes devem ser protegidas preliminarmente de forma a evitar que desnecessariamente corram o risco de obter um resultado injusto, oneroso ou insatisfatório⁴⁶⁸. Da mesma forma, busca-se a garantia da validade do contrato evitando-se a criação de relações jurídicas viciadas e que gerem prejuízos a uma das partes. O sistema econômico, em todos os âmbitos (consumidor ou empresa) é favorecido pelo imperativo da transparência, sendo a informação um dos fatores de ampliação dos níveis de concorrência e de eficiência do mercado⁴⁶⁹. Para satisfazer a vinculação contratual livre e eficaz, é imprescindível que haja uma decisão informada⁴⁷⁰. Entretanto, o que ocorre atualmente é a variação no âmbito de proteção da fase preliminar e das informações obrigatórias a serem prestadas pelo franqueador em cada ordenamento jurídico.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 156.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 157.

⁴⁶⁷ LACAYO ARANA, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁶⁸ IANNOZZI; PANDOLFINI; TRIPODI, *op. cit.*, p. 407.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 410.

⁴⁷⁰ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 362.

3 A NEGOCIAÇÃO PRELIMINAR E O DEVER DE INFORMAÇÃO

A formação dos contratos se dá por meio de um acordo de vontades⁴⁷¹ entre as partes na busca da criação de um negócio jurídico satisfatório e vantajoso. Para sua constituição como fonte autônoma de obrigações o contrato exige três elementos: consentimento, objeto e causa⁴⁷², determinados durante as fases preliminares. Em regra, para que se concretize uma relação jurídica existem passos prévios de manifestações unilaterais de vontades que levam à realização de um acordo comum. A fase de negociação preliminar começou a ganhar relevância jurídica e ser discutida entre os doutrinadores a partir do século XX⁴⁷³ mas até os dias atuais permanece sem regulamentação na maioria dos ordenamentos jurídicos.

No atual sistema econômico, existem os contratos concebidos pela formação instantânea, com a prestação do consentimento em um só ato – autênticos contratos de adesão com cláusulas pré-formuladas – assim como os contratos formulados após períodos de gestação, através de uma série de negociações e conversações que levam à formação da vontade contratual⁴⁷⁴. Apesar da grande complexidade de contratos de adesão e com cláusulas gerais, a fase preparatória, considerada vital para o entendimento das partes na fase executória, tem ganhado cada vez mais relevância jurídica, principalmente em matérias civis, comerciais e financeiras.

A fase preliminar de um acordo, na qual ainda não existe relação jurídica, permite que as partes reflexionem a respeito do negócio ao qual pretendem se vincular, de forma que examinem todas as propostas realizadas, as modificações que se fazem necessárias e as condições que melhor satisfaçam seus interesses. As partes nessa fase ainda estão imaturas, sendo imprescindível a observância de determinados deveres de conduta para garantir a conformação da vontade contratual e evitar comportamentos danosos à contraparte⁴⁷⁵. Nesse sentido, o dever de informação permite aos contraentes receber elementos

⁴⁷¹ Para CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 55, o contrato é o acordo de vontades que pressupõe consentimento, “manifestação livre da vontade sobre um fim comum”.

⁴⁷² GÓMEZ ASENSIO, *op. cit.*, p. 399.

⁴⁷³ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁷⁴ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁷⁵ GÓMEZ ASENSIO, *op. cit.*, p. 401.

cognoscíveis para realizar um juízo de valor sobre a conveniência da celebração do negócio⁴⁷⁶.

A informação pré-contratual tem especial relevância quando analisadas as redes empresariais, uma vez que, ao tratar-se de empresas juridicamente independentes, não são aplicadas as normativas de proteção ao consumidor⁴⁷⁷. Aqui, o dever de informação se constitui como um reflexo da desigualdade entre empresários membros da rede e busca corrigir o desequilíbrio que porventura possa surgir, impondo-se como um dever sucessivo da boa-fé capaz de salvaguardar a plena liberdade contratual das partes e a eficiência econômica do negócio⁴⁷⁸. Essa obrigação é reflexo da posição diferenciada de uma das partes quanto ao acesso a conteúdos essenciais para uma contratação esclarecida, e não impõe a eliminação da auto responsabilidade de cada sujeito na condução da sua atividade⁴⁷⁹.

A prestação de informações corretas, assim como o auxílio da comunicação e da publicidade, são um grande facilitador para as partes na fase negocial⁴⁸⁰. Essas informações as permitem conhecer, com antecedência, todos os aspectos fundamentais do negócio, de forma que possam analisar as propostas de mercado e comparar as diferentes ofertas. É uma condição prévia necessária para a formação do consentimento⁴⁸¹ pois permite que os interesses e as expectativas sejam baseados em dados reais⁴⁸², e não em uma fictícia vontade⁴⁸³ pautada na relação de confiança que é criada na formação contratual. Esse dever informativo deve abranger todas as informações que, de outra forma, não possam ser conhecidos pela contraparte. Por tal razão, os negócios mais complexos carecem de uma fase preliminar mais elaborada⁴⁸⁴.

Quanto mais informações possui a parte, mais poder contratual e negocial ela adquire. Por conseguinte, a transparência na fase preliminar e a troca de informações

⁴⁷⁶ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, SANTOS, *op. cit.*, p. 190 afirma que nas relações mercantis, pelo princípio da boa-fé considera-se que “a empresa presente no mercado deve ser transparente” (...) e “quando a empresa assume voluntariamente a comunicação com o mercado, ela deve actuar com verdade e de fora completa e clara”.

⁴⁷⁸ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 372.

⁴⁷⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 752.

⁴⁸⁰ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁸¹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 430.

⁴⁸² IANNOZZI; PANDOLFINI; TRIPODI, *op. cit.*, p. 406.

⁴⁸³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 416.

⁴⁸⁴ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 593.

permite o reestabelecimento do equilíbrio entre as partes negociantes⁴⁸⁵. A obrigação de prestar informações pode incidir sobre o objeto do contrato; sobre aspectos materiais conexos com o objeto; sobre a problemática jurídica envolvida; sobre perspectivas contratuais ou condutas relevantes de terceiros (como informações sobre a clientela, quando há sua transferência, ou sobre a perspectiva de êxito no contrato de franquia); sobre a conduta do próprio obrigado (sua intenção de contratar e seu empenho em levar a bom termo a contratação), e etc.

A observância de negociações preliminares não obriga as partes a celebrar o contrato, isto é, não firma um compromisso em ordem da vinculação contratual⁴⁸⁶, uma vez que as partes podem entender que o negócio não apresenta vantagens significativas que as levem à formulação do acordo. Esse é o entendimento adotado também pela doutrina italiana, que consagrou o dever de informação no Código Civil de 1942. Aqui as negociações preparatórias, em princípio, não possuem efeito vinculante, ou seja, as partes podem negociar com total liberdade sem que estejam obrigadas a concluir o acordo. Mesmo que o contrato não venha a ser celebrado, é uma fase de extrema importância para garantir e proteger os interesses das partes que negociam.

A possibilidade de abandonar as negociações, entretanto, não é absoluta. Isso porque ao iniciar as negociações as partes devem atuar em conformidade com a equidade comercial, lealdade e boa-fé, princípios que implicam em uma vez iniciadas as negociações, devem chegar as partes a uma oferta definitiva, a menos que haja um desacordo prévio justificado pela divergência de interesses econômicos. Logo, por meio da aproximação entre as partes, negociações e projetos, são estruturados os elementos essenciais para a constituição de uma oferta adequada.

A fase preparatória de negociações é considerada uma fase autônoma do processo de formação contratual⁴⁸⁷ que se distingue da etapa em que já existe um vínculo jurídico entre as partes⁴⁸⁸. A relação jurídica pré-contratual é constituída por direitos, deveres

⁴⁸⁵ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia (franchising)...*, *op. cit.*, p. 84

⁴⁸⁶ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁸⁷ Podem fazer parte das negociações diversos atos jurídicos não vinculativos. Exemplo disso, de acordo com CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura das Negociações*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82, é a carta de intenção, que formaliza o estado das negociações e representam a intenção de celebração de um contrato futuro, com a declaração que estão em curso negociações sérias, sobre o qual ainda não há acordo. A carta de intenção não vincula as partes à assunção de uma obrigação de contratar.

⁴⁸⁸ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 80.

jurídicos e limitações⁴⁸⁹, formada por um conjunto de oferta e aceitação de conversações, que buscam preceder à conclusão de um contrato mediante o consentimento definitivo. As negociações prévias distinguem-se, portanto, dos contatos preliminares⁴⁹⁰.

O contrato futuro, pré-contrato, ou contrato-promessa⁴⁹¹ é uma convenção na qual ambas as partes, ou apenas uma delas, se obrigam a concluir futuramente um contrato obrigatório ou principal, outorgando a cada contraente o direito de exigir sua execução conforme as prestações definidas preliminarmente. É uma modalidade que existe para assegurar a realização de um contrato futuro quando, no momento de sua celebração, existe algum obstáculo material ou jurídico que impede a conclusão do contrato prometido⁴⁹². Por meio dele, cria-se a obrigação de “emitir a declaração de vontade correspondente ao contrato prometido”⁴⁹³.

É diferente das negociações preparatórias em diversos sentidos. Um dos principais é que no pré-contrato as partes formulam um acordo para realização de um negócio jurídico, enquanto que nos negócios preliminares as partes ainda estão discutindo a viabilidade da sua celebração, sem estabelecer uma obrigação futura. Os acordos preliminares possuem natureza comercial, enquanto que o pré-contrato é um autêntico acordo de caráter instrumental do qual se derivam obrigações, pelo menos a uma das partes⁴⁹⁴. Apesar de em ambos os casos as partes terem em vista um objetivo comum, que é chegar à estipulação de um contrato principal, nas negociações as partes não se obrigam juridicamente a chegar a um acordo. Os vícios na fase preliminar geram responsabilidade pré-contratual⁴⁹⁵, enquanto que no pré-contrato existe responsabilidade contratual⁴⁹⁶. Apesar de a fase preliminar não implicar em obrigação de celebrar o acordo de franquia⁴⁹⁷, alguns autores defendem que as relações preliminares e preparatórias conferem ao candidato a franqueado um direito de preferência⁴⁹⁸.

A fase das negociações preliminares existe para que as partes conheçam as obrigações que serão assumidas futuramente e cheguem ao acordo comum de vontades.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁹⁰ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 71 e CUNHA, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁹¹ Cfr. artigo 410.º do Código Civil português.

⁴⁹² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato Promessa: uma síntese do regime vigente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

⁴⁹³ VARELA, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁹⁴ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *La Oferta Contractual*. Navarra: Aranzadi, 1998, p. 98.

⁴⁹⁵ COSTA, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁹⁶ MENÉNDEZ MATO, *op. cit.*, pp. 99-100 e CUNHA, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁹⁷ BESSIS, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁹⁸ Sobre pacto de preferência, Cfr. LEITÃO, *op. cit.*, pp. 252-256 e RIBEIRO, Ana Paula, *op. cit.*, p. 18.

Ela se constitui por um conjunto de atos pré-contratuais que levam ao conhecimento, discussão, proposição e conclusão do contrato em questão⁴⁹⁹. Quando as partes chegam a um consenso surge a oferta contratual, a qual possui todos os elementos essenciais do futuro contrato. Tanto as negociações quanto a oferta fazem parte das relações jurídicas pré-contratuais⁵⁰⁰.

É considerada oferta a declaração de vontade que parte de um sujeito na relação negocial, na qual se propõe a celebração de um contrato a outra pessoa. A aceitação da oferta e a celebração do contrato formam a vinculação das partes e determinam o fim da fase preliminar, com materialização de todas as intenções e atos que se tenham tomado desde o início do processo de gestação contratual⁵⁰¹. Para que a oferta seja válida, ela precisa representar a intenção do proponente em se vincular juridicamente a quem aceita, e, cumprindo os requisitos de formas legalmente exigidos, conter todas as informações essenciais para a celebração do contrato, de forma que a simples aceitação torne o acordo perfeitamente válido, com todos os pontos e aspectos fundamentais.

A oferta é considerada etapa com identidade própria que integra as negociações prévias. A simples oferta, sem o consentimento ou a execução do contrato, não finaliza a fase pré-contratual. Como regra geral, o fim da fase preliminar se dá com formalização do contrato através da sua firma, após a aceitação da oferta e a demonstração da vontade. Porém, existem situações em que o contrato se realiza verbalmente, de forma que as partes conformam suas vontades, encerram a fase preliminar e iniciam a execução da atividade sem a firma do contrato⁵⁰².

Tanto na oferta quanto nas negociações preliminares, as partes atuam com liberdade e autonomia de vontade, podendo não chegar a um acordo concreto. Se o exercício de seu ato discricional – de revogar ou retirar a proposta – causar um dano, será chamado a indenizar a parte lesada. Isso porque na medida em que se desenvolvem as negociações, a situação adquire perfis mais precisos, transmitindo aos contraentes a confiança na conclusão do contrato. Nas negociações a obrigação surge quando se há fundado na contraparte uma confiança legítima na conclusão do contrato.

⁴⁹⁹ MENÉNDEZ MATO, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁰⁰ De acordo com CUNHA, *op. cit.*, p. 86 o período pré-contratual se finda apenas com a aceitação da proposta e efetiva celebração do contrato. Isso porque a contraproposta, segundo o autor, ainda faz parte do período de formação do contrato.

⁵⁰¹ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁰² No Direito Português, por exemplo, não é necessário que o contrato seja realizado por escrito.

O direito à informação do contraente menos capaz de dispor de dados relacionados à avaliação dos custos e benefícios do acordo é um dos aspectos mais delicados e, ao mesmo tempo, mais relevantes em todos os contratos de distribuição⁵⁰³. Como o processo negocial é composto por confrontação de interesses de vontade pelo qual cada parte busca maximizar a satisfação do seu interesse⁵⁰⁴, é essencial que o contraente com mais poder informativo forneça e esclareça à contraparte, em uma atitude cooperante, todos os dados necessários para a formação do consentimento. No contrato de franquia a principal relevância do tema está na falta de regulamentação da atividade e uso dessa modalidade contratual de forma indevida, sem a transmissão de todas as obrigações que vinculam as partes. A proteção do franqueado, ante ao desequilíbrio econômico e informativo, tem especial relevância quando considerados todos os investimentos e encargos financeiros necessários para a vinculação contratual.

3.1 As negociações no Acordo de Franquia

As evoluções tecnológicas e a mudança de paradigma no processo informativo foram capazes de reformular a comunicação em todos os âmbitos sociais, permitindo e facilitando alguns processos no que tange a direitos e obrigações das partes. Dentre essas mudanças significativas, houve a facilitação dos processos de informação, permitindo às partes maior agilidade nas negociações preliminares e aumento da necessidade de cumprimento dos deveres acessórios à relação negocial, quais sejam, a confiança e a boa-fé como centro do direito privado, principalmente em matéria contratual.

Nesse processo evolutivo foram concretizadas medidas defensivas das partes no cumprimento do dever de agir de acordo com os limites da boa-fé. O dever de informação surgiu como uma das principais obrigações na fase pré-contratual, capaz de promover a transparência e efetivação de direitos nas negociações. O mercado consiste em um sistema de troca de informações sendo a lógica global, nesse contexto, que as partes que se apresentam como agentes para intervir nos mercados sejam submetidas a deveres de informação⁵⁰⁵.

⁵⁰³ VACCÀ, Cesare. *Gli Accordi di Franchising, il Controllo Sulla Formazione del Contratto e le Condizioni di Fini Rapporto*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, n° 4.1, Milano, 1990, p. 256.

⁵⁰⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 745-767 e p. 751.

⁵⁰⁵ Sobre esse entendimento, cfr. SANTOS, *op. cit.*, p. 181.

Os contratantes têm como limite da liberdade contratual o dever de agir de boa-fé na fase preliminar, como um imperativo de conduta para que atuem de forma leal e correta. Por meio desse dever, passam a ter que respeitar outras obrigações, como a de prestar informações claras e precisas. Essa fase ganhou especial atenção nos Estados Unidos, país pioneiro na regulação do tema, por grande parte das disputas judiciais serem travadas em torno da *misrepresentation*⁵⁰⁶, isto é, de falsas declarações baseadas em dados deturpados⁵⁰⁷.

A fase informativa, de tratativas entre as partes em um contrato de franquia, é uma via de mão dupla, que também auxilia o franqueador na avaliação da confiabilidade, posição, e capacidades do potencial franqueado⁵⁰⁸. Para assegurar a integridade do consentimento do potencial franqueado, alguns ordenamentos jurídicos impõem às partes o dever de entregar informações, por meio de um documento escrito e com antecedência à formação do contrato. Por esse dever, pressupõe-se que serão intercambiadas informações claras, precisas, completas e verdadeiras para avaliar adequadamente todos os aspectos econômicos relativos ao início e realização da atividade que se pretende em um acordo de franquia. O conhecimento da atividade, da situação financeira da rede, dos gastos gerados na execução do contrato e etc., dará ao potencial franqueado uma noção real da atividade e da conveniência da operação econômica⁵⁰⁹, de forma a não gerar falsas expectativas sobre o negócio.

O dever de informação consiste em manifestar as circunstâncias pessoais e objetivas que possibilitem às contrapartes celebrar um contrato e prestar o seu consentimento com conhecimento de todas as condições do negócio a que se pretendem incorporar⁵¹⁰, incluindo informações a respeito da pessoa a quem irão se vincular. A partir disso, permite-se que desde a fase preliminar surjam deveres de transparência e comportamento leal, de forma a proteger a parte que possui desvantagem informativa e inexperiência negocial, para que não se converta em desigualdade informativa. O dever de informação impõe aos contraentes o agir com clareza, baseando-se sempre na natureza

⁵⁰⁶ No direito inglês entende-se por *misrepresentation* “a falsa informação de um facto existente ou passado, feita por uma parte antes ou aquando da conclusão do contrato, dirigida à outra parte, e que induz essa outra parte a contratar” MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁰⁷ VALENTE, Enrico. Responsabilità e Tutela. In: GABALLO, F; GIANCRISTOFARO, A.; LIMONTA, G.; VACIAGO, G.; VALENTE, E. *Il Nuovo Contratto di Franchising: guida pratica della nuova disciplina*. Dogana: LegaleCivile, 2005, pp. 84-85.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 84.

⁵⁰⁹ VACCÀ, *op. cit.*, p. 255.

⁵¹⁰ RUTGERS, *op. cit.*, p. 318.

do contrato, do grau de vinculação e confiança entre os interessados e do equilíbrio ou desigualdade da posição negocial das partes⁵¹¹.

Fundada na boa-fé, a obrigação de informação tem sua finalidade marcada no desequilíbrio de conhecimentos entre as partes. O contrato de franquia é estruturado através de uma relação de duração e confiança, no qual o titular do bem jurídico, isto é, o franqueador, habitualmente está em uma situação de poder informativo, técnico e econômico frente ao franqueado. A informação, nesse âmbito, é um corretor da assimetria entre os contraentes ao permitir que a parte em desvantagem informativa emita seu consentimento de forma livre e com conhecimento de causa, sabendo os riscos, obrigações e consequências que irá assumir por meio da formação contratual e incorporação à rede de franquia. Os potenciais franqueados foram vistos como um grupo que carece tutela frente ao *marketing* agressivo dos franqueadores⁵¹² – profissionais com grande conhecimento de mercado.

É evidente, de acordo com a percepção defendida por Enrico Valente⁵¹³, a diferença de tratamento entre franqueador e franqueado na fase informativa de negociações preliminares. É uma obrigação que recai com maior peso sobre o franqueador, uma vez que este, atento aos direitos de terceiros, deve fornecer ao potencial franqueado, tempestivamente, todos os dados necessários ou úteis, e demais informações exigidas pela lei, que possam afetar diretamente a manifestação de consentimento do franqueado, e, ainda, esclarecer todas as dúvidas que surgirem⁵¹⁴. Isso ocorre porque, via de regra, o franqueador é quem possui maior informação a respeito dos efeitos da contratação⁵¹⁵, quem melhor conhece o negócio, a rede e as possíveis variantes da atividade de empresa, enquanto o potencial franqueado é frequentemente um empreendedor individual sem capacidade para avaliar e esclarecer os elementos específicos cujo conhecimento pode ser necessário ou útil⁵¹⁶ e, sucessivamente, pode se encontrar em uma relação de desigualdade fática, assimilável, em certa medida, à desigualdade dos consumidores.

⁵¹¹ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 164.

⁵¹² MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. *Algunas Reflexiones Sobre el Error Invalidante como del Consentimiento en el Contrato de Franquicia*: comentario a la STS de 27 de febrero 2012, in *Revista de Derecho Mercantil*. n.º. 284, 2012, p. 5.

⁵¹³ VALENTE, *op. cit.*, p. 91.

⁵¹⁴ A respeito da subdivisão em três requisitos do dever de esclarecimento: pela assimetria informacional; pela essencialidade da informação e pela exigibilidade da informação, cfr. OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 189.

⁵¹⁵ MARTÍ MIRAVALLS, *Redes...*, *op. cit.*, p. 89.

⁵¹⁶ VALENTE, *op. cit.*, p. 92.

A preocupação a respeito da exigência de o franqueador prestar informações surge pela complexidade de bens e relações jurídicas que se materializam com a franquia⁵¹⁷, uma vez que franqueador e franqueado se vinculam em uma multiplicidade de direitos e obrigações para que seja atingido o objeto da franquia, qual seja, a reprodução *ipsis litteris* do modelo de empresa do franqueador pelo franqueado. O problema que se põe à margem dos contratos de franquia está principalmente na assimetria de informações entre as partes⁵¹⁸.

Na fase preliminar, é natural que o potencial franqueado, que ainda não faz parte da cadeia, não receba todas as informações valiosas, pelo fato de não existir obrigação entre as partes de firmar um negócio. Para que haja equilíbrio na relação contratual precisa haver também equilíbrio sobre a tutela dos interesses do franqueador e da rede, que tem o interesse legítimo de manter algumas informações em confidencialidade⁵¹⁹. Assim, o franqueador é autorizado a não revelar determinadas informações a respeito da sua atividade como consequência do selo de sigilo que busca salvaguardar seus segredos comerciais⁵²⁰, uma vez que possíveis divulgações poderiam lhe prejudicar e afetar todos os membros da cadeia.

Há que levar em conta que alguns franqueadores aproveitam-se disso para prejudicar os possíveis franqueados, ao transmitir uma descrição irrisória da empresa e da atividade que não representa a realidade do negócio, mas uma imagem fantasiosa que se pretende fazer crer⁵²¹. Os franqueadores também podem se valer do segredo para transmitir símbolos sem valor econômico e reconhecimento significativo, ou sob condições prejudiciais, com obrigações de adquirir produtos mais onerosos que em mercados equivalentes. Todos esses fatores podem gerar dificuldades no franqueado em reproduzir integralmente o modelo de empresa do franqueador, que é essencialmente o bem jurídico que busca compartilhar o contrato de franquia⁵²².

O franqueado fica suscetível a erro, pois, geralmente, celebra o acordo baseado em dados externos – que vem da notoriedade da marca, de visitas a outros franqueados,

⁵¹⁷ RIBEIRO, Ana Paula, *op. cit.*, p. 35.

⁵¹⁸ PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 186.

⁵¹⁹ RIBEIRO, Ana Paula, *op. cit.*, p. 83.

⁵²⁰ Ficando obrigado a revelar os dados necessários para que o potencial franqueado preste seu consentimento conhecendo a atividade, de forma que, a partir da informação, da boa-fé e da lealdade, sejam dissolvidas as desigualdades entre as partes no momento da vinculação contratual.

⁵²¹ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 46.

⁵²² MARTÍ MIRAVALLS, *Redes...*, *op. cit.*, p. 28.

dados e informes bancários, etc. – e não efetivamente em dados internos fornecidos pelo franqueador. O primeiro problema ocorre quando o contrato é firmado sem que o franqueado chegue a conhecer integralmente o modelo de empresa, na ilusão de ser uma boa empresa, com renomada imagem empresarial, e na execução do contrato descobrir que os conhecimentos recebidos são nulos, irrelevantes ou desatualizados⁵²³.

Diante dessa situação, perceptível a necessidade de proteção do franqueado na fase pré-contratual, de forma que seja claramente informado das implicações de sua adesão à cadeia⁵²⁴ e ingresse na rede através de um ato contratual em plenos conhecimentos da realidade econômica e jurídica da rede, para evitar que posteriormente postule a invalidade do ato jurídico por ter sido induzido a erro. A regulação da fase pré-contratual busca favorecer franqueadores sérios, para que sejam capazes de estipular o maior número de contratos possíveis⁵²⁵.

As partes ficam suscetíveis ao cumprimento dos deveres de boa-fé, que direcionam as negociações sob uma lógica fundada no constante intercâmbio de informações, para instaurar a confiança entre as partes e garantir a segurança jurídica e obrigacional. A informação rigorosa na fase pré-contratual viabiliza o equilíbrio negocial e a igualdade contratual⁵²⁶, ao permitir que o contrato celebrado respeite a vontade real das partes. Esse dever preliminar evita que os desequilíbrios sejam solucionados apenas na extinção do contrato e possibilita que a formação contratual tenha uma efetiva proteção na criação de um negócio jurídico isento de vícios.

A informação permite o conhecimento efetivo a respeito do negócio ao qual o franqueado irá se vincular, mas não garante o seu êxito comercial⁵²⁷, uma vez que, como

⁵²³ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 144.

⁵²⁴ CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 815

⁵²⁵ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 132.

⁵²⁶ RICO RUIZ, Catalina Ruiz. *El Contrato de Franquicia y sus Limites Jurídicos: problemática actual*. Valencia: Tirant, 2007, p. 103 e MARTÍ MIRAVALLS, Jaume; RUIZ PERIS, Juan Ignacio. *Deberes de información precontractual respecto a contratos de colaboración comercial: la nueva Ley belga de transparencia en redes*, in Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial. n.º. 17, 2006, p. 29.

⁵²⁷ A jurisprudência, de acordo com “La Corte de Apelación de Toulouse”, na sentença de 6 de dezembro de 1995, entende que as informações e cifras dadas ao franqueado não comportam nenhuma obrigação de resultado, porém as indicações falsas, com graves erros, feitas pelo franqueador para induzir ao franqueado a firmar o negócio, constituem vício de consentimento se o franqueado, tendo as informações corretas conforme o prescrito pela Ley Doubin, não teria contratado. Assim, a “Cour de Cassation Chambre Commerciale”, nas sentenças de 11 de fevereiro, 6 de maio de 2003 e 2 de fevereiro de 2004, entende que a entrega do Documento de Informação Pré-Contratual (DIP) com informações falsas ou escassas, constitutivo de dolo, que conduz o franqueado a equívoco, podem gerar a anulabilidade do contrato. Para mais, ver MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 87 e CLÉMENT, Jean-Paul. *La Franchise: 20 ans de jurisprudence*. Paris: Institut des Réseaux Européens de Franchise et de Partenariat, 1994.

empresário independente, deverá correr os riscos do negócio. Se houver falta de veracidade ou caráter fraudulento nas informações prestadas pelo franqueador, estará em jogo a responsabilidade por culpa *in contrahendo*, a qual não tem natureza de indenizar o franqueado pelo seu insucesso comercial. As partes não estão obrigadas a concluir o contrato e a não execução não gera direito de indenização, exceto se a parte agir de má-fé durante as negociações.

Como a finalidade do dever de informação é diminuir a assimetria informativa entre os contraentes, entende-se que quando o potencial franqueado já conhece o sistema de franquia ou está em condições de obter assessoria adequada, tanto por seu grau econômico ou seu caráter de conhecedor no campo, não será necessária a obrigatoriedade de o franqueador fornecer informações pré-contratuais⁵²⁸, como ocorre na renovação da franquia nas mesmas condições, na transferência da franquia entre membros da mesma rede, nos casos de potenciais franqueados que foram gerentes ou administradores do franqueador durante o ano que precede a firma do contrato. A regulação desse dever tem especial relevância na instauração de uma política de plena transparência informativa, já que a informação é um ativo valioso que garante a racionalidade e permite a equidade entre as partes ante a assimetria imposta pela falta de informação⁵²⁹.

3.2 A Fase Preliminar e as Primeiras Regulamentações

Uma das mais efetivas formas de proteção da validade do contrato de franquia e manutenção do equilíbrio nesse tipo de relação negocial é a garantia de que as partes se vinculam livremente e com elementos cognitivos suficientes a respeito da atividade e obrigações que pretendem assumir. Isto é, para que o contrato de franquia seja válido não basta que as partes cumpram os requisitos formais impostos juridicamente, mas que observem também as imposições subjetivas, conhecidas por deveres de conduta.

Desde 1972, o Código de Deontologia da Federação Francesa de Franquia dispõe sobre a obrigação de informação pré-contratual que recai sobre o franqueador na intenção de que o franqueado ingresse no negócio com conhecimento de causa⁵³⁰. De forma breve, previa algumas informações de transmissão obrigatória, como as condições financeiras e a

⁵²⁸ Sobre isso, conferir o artigo 5.º da Lei Modelo UNIDROIT.

⁵²⁹ MARTÍ MIRAVALLS, *El Deber...*, op. cit., p. 649.

⁵³⁰ BENSOUSSAN, Hubert. *Le Droit de la Franchise*. 2. ed. Vendôme: Apogée, 1999, p. 65.

duração do contrato, dispondo que ao franqueado cabia solicitar qualquer outra informação que achasse necessária ou relevante para firmar o acordo.

O primeiro ordenamento jurídico a regular a fase pré-contratual da franquia foi os Estados Unidos, que, em 21 de outubro de 1979 dispôs sobre a “*Franchise Rule*” ou “*Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*”. A lei, a nível federal, buscava solucionar os problemas que surgiam a um franqueado que não conhecia de forma completa todas as implicações e responsabilidades que assumia. Nesse contexto, estabeleceu o dever de informação pré-contratual do franqueador para evitar que o franqueado obtenha prejuízos referentes ao ingresso em uma rede a qual julga original e financeiramente positiva e que, mais tarde, se revela extremamente inferior ao que aparentemente demonstrava⁵³¹.

A lei traz a exigência de um documento que transmite a informação, *basic disclosure document*, que facilite uma decisão de investimento informada do potencial franqueado⁵³². Por meio dele, os franqueadores estão obrigados a fornecer um documento com todas as informações precisas sobre os métodos, experiência profissional do franqueador, diretores e pessoal superior, precedências em ações judiciais ou falência, detalhes sobre a franquia, prestações iniciais, obrigações de compra, cláusulas de renovação do contrato, formação e escolha do local e relatórios financeiros. Percebe-se o surgimento de uma preocupação, a nível legal, de regulamentar a exigência de informações que devem ser prestadas pelo franqueador para que o futuro franqueado decida de modo consciente pela aquisição ou não da franquia⁵³³.

Outras experiências legislativas consideraram digno de proteção o fornecimento de dados ao contraente economicamente ou informativamente menos capaz de conhecer e avaliar as implicações económicas do contrato proposto⁵³⁴. Após a americana, grande destaque se deu à lei francesa, que buscou a positivação das negociações preliminares através da Lei Doubin, n.º 89-1008, de 31 de dezembro de 1989, retomada pelo artigo L 330-3⁵³⁵ do Código Comercial. A lei definiu regras mínimas a serem seguidas na negociação e na formação do conteúdo dos contratos de franquia, entre os quais os relativos à fase pré-contratual, e confirmou que são nessa fase que se escondem os maiores

⁵³¹ ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 326.

⁵³² VACCÀ, *op. cit.*, p. 256.

⁵³³ VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁵³⁴ VACCÀ, *op. cit.*, p. 258.

⁵³⁵ Cfr. Artigo L 330-3. Ace.: 13, fev. 2018.

riscos de controvérsias subsequentes⁵³⁶. Atualmente o documento informativo pré-contratual é obrigatório e está regulado pelo artigo R-330-1⁵³⁷ do Código Comercial, que prevê quais informações deverá prestar o franqueador na fase preliminar.

Em âmbito europeu, Itália também é conhecida pela regulamentação da fase preliminar. Com base na experiência de outras legislações, criou a Lei n.º 129, de 6 de maio de 2004⁵³⁸, que trouxe uma inovação considerável do ponto de vista das obrigações de informação pré-contratual (*disclosure*) que recai, de maneira mais incisiva, sobre o franqueador⁵³⁹. Este tem a obrigação, de acordo com o artigo 4.º, de fornecer informações ao potencial franqueado antes da assinatura do contrato, além de cópia completa do contrato⁵⁴⁰ acompanhada de todos os anexos necessários. As informações prestadas, segundo a lei italiana, variam de acordo com o franqueador, de forma que há informações gerais – obrigatórias a todas – e outras específicas àqueles que, pela primeira vez, estabelecem um sistema de franquia em Itália⁵⁴¹.

Já em Espanha, o legislador buscou a regulação do contrato, mesmo de forma incompleta, através da introdução do artigo 62.º da *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*⁵⁴². Tal norma surgiu com o intuito de impor aos franqueadores a obrigação de comunicar uma série de informações básicas com caráter prévio à assinatura do contrato, possibilitando ao potencial franqueado prestar seu consentimento com base em conhecimentos reais do negócio e do contrato⁵⁴³. O Real Decreto n.º 2485/1998 desenvolveu o artigo 62.º da Lei n.º 7/1996, de 15 de janeiro, relativo à regulamentação do regime de franquia e criou o registro de franqueadores. Foi derogado pelo Real Decreto

⁵³⁶ VACCÀ, *op. cit.*, p. 259.

⁵³⁷ Cfr. Artigo R-330-1. Ace.: 13, fev. 2018.

⁵³⁸ Cfr. Legge 6 maggio 2004, n. 129. Ace.: 07, abr. 2018.

⁵³⁹ VALENTE, *op. cit.*, p. 85.

⁵⁴⁰ A cópia completa do contrato, exigida pelo ordenamento italiano, não se refere ao contrato final pronto para a assinatura, uma vez que as partes ainda não avaliaram e discutiram as cláusulas impostas. Por completo, portanto, compreende-se que deverá conter todos os termos e condições gerais, evitando-se que, em último minuto, surjam novas cláusulas contratuais. Sobre isso, FRIGNANI, Aldo. *Franchising: La Nuova Legge*. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 97.

⁵⁴¹ MARTÍ MIRAVALLS, *El Deber...*, *op. cit.*, p. 648.

⁵⁴² Cfr. LOCM. Ace: 02, fev. 2018. Essas regras excluam o contrato de concessão, ou seja, não são aplicáveis as normas de tratos preliminares aos concessionários. Sobre isso, cfr. RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁴³ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 71.

n.º 201/2010⁵⁴⁴, de 26 de fevereiro, que dispõe do exercício da atividade comercial no Regime de franquia e comunicação de dados ao regime de franquia.

Por sua vez, a legislação brasileira, de acordo com o artigo 3.º da Lei n.º 8.955/94⁵⁴⁵, dispõe sobre a obrigatoriedade da Circular de Oferta de Franquia, documento que deve conter todas as informações relevantes acerca do franqueador e de sua situação jurídica e financeira, e acerca dos direitos e deveres dos contraentes no âmbito da execução do contrato de franquia⁵⁴⁶, em observação ao princípio fundamental de *disclosure*, corolário da boa-fé contratual, que se traduz na obrigação pré-contratual que tem o franqueador de fornecer com antecedência ao potencial franqueado todas as informações necessárias para que este possa firmar um contrato com consciência do negócio que vai aderir⁵⁴⁷.

Em Portugal, por ser o Contrato de Franquia uma modalidade negocial atípica que se pauta na liberdade contratual do Código Civil, não existem normas legais aplicáveis única e diretamente a essa modalidade contratual, tanto no que tange à definição do contrato quanto aos demais aspectos jurídicos relevantes. O vácuo de legislação especial a respeito da obrigação de fornecer informações pré-contratuais não representa, nas palavras de Alexandre Pereira⁵⁴⁸, vácuo legal a respeito da formação dos acordos de franquia, uma vez que, ainda que inexista a obrigação legal nesse sentido, o princípio da boa-fé impõe que assim seja⁵⁴⁹. Para acabar com a indeterminação legal levam-se em conta instrumentos de *soft law*⁵⁵⁰, em especial o *European Code of Ethics for Franchising*⁵⁵¹ e o *Model Franchise Disclosure Law*⁵⁵² do UNIDROIT⁵⁵³. Desse modo, apesar de a fase de

⁵⁴⁴ Cfr. RD 201/2010. Ace.: 02, fev. 2018. Os pontos essenciais a serem trazidos pelo franqueador no documento informativo não foram abarcados de forma ampla pelo legislador espanhol, ao contrário do que ocorre no modelo estadunidense e na Lei Modelo UNIDROIT.

⁵⁴⁵ Cfr. Lei 8.955/94. Ace.: 5, set. 2017.

⁵⁴⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia...*, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁴⁷ BERTOLDI; RIBEIRO, *op. cit.*, p. 858.

⁵⁴⁸ PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁴⁹ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 78.

⁵⁵⁰ Apesar de não vinculativos, podem ser seguidos como uma estrutura em relação à obrigação de fornecer informação pré-contratual. Sobre isso, cfr. PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, pp. 191-193.

⁵⁵¹ Que, de forma breve, prevê em seus artigos 3.3 e 3.4 a exigência de o franqueador fornecer, com prazo razoável para que o franqueado se vincule com perfeito conhecimento de causa antes da firma do contrato ou do pré-contrato, uma cópia do código deontológico junto de um documento, escrito, com informações precisas a respeito das cláusulas do contrato. Diferente da Lei Modelo UNIDROIT, o Código de Ética Europeu não prevê o rol de informações obrigatórias. Acesso em 21 fev. 2018.

⁵⁵² Cfr. Lei Modelo UNIDROIT. Ace.: 02, fev. 2018.

⁵⁵³ Criada em 25 de setembro de 2002, serve como uma fonte de inspiração e um plano diretor aos legisladores que decidam introduzir no seu regime interno uma regulação para a franquia. Importa mencionar que é uma lei modelo, cabendo a cada legislador diminuir ou aumentar a lista de elementos exigidos pelo art. 6.º de acordo com as necessidades e tradições locais. Para maiores informações sobre a Lei Modelo UNIDROIT, cfr. MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. *A Aproximación a la Ley Modelo UNIDROIT sobre*

negociações preliminares não possuir regulamentação legal específica na franquia, ela não está à mercê da vontade e liberdade das partes, devendo seguir imposições rigorosas impostas pelo Código Civil.

Quando o contrato de franquia se der por meio de adesão a cláusulas gerais, a proteção da parte com deficiência informativa deve ser ainda mais evidente. Isso porque se estará diante de cláusulas sujeitas à simples aceitação da contraparte, sendo imprescindível a proteção contra cláusulas excessivas ou abusivas. Nesses casos, pode-se aplicar a Lei de Cláusulas Contratuais Gerais⁵⁵⁴, Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. A LCCG prevê uma série de cautelas tendentes a assegurar que a parte aderente possui o efetivo conhecimento das disposições as quais adere, de forma a defendê-la da sua irreflexão – que se daria natural nessas circunstâncias⁵⁵⁵. A divulgação completa de seus termos padrão é obrigação do proponente⁵⁵⁶, que deve se valer de meios adequados para prestar as informações com aviso prévio⁵⁵⁷, considerando a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas. A não observância desse dever gera a exclusão dos termos não informados ou não esclarecidos⁵⁵⁸.

O Código Comercial de Macau, promulgado pelo Decreto-Lei n.º 40/99/M, de 3 de agosto de 1999, alterado pela Lei n.º 6/2000, de 27 de abril, prevê a obrigação de fornecer informações pré-contratuais em seu artigo 680.º, cujo objetivo é fornecer aos franqueados possibilidades para a formação de um consentimento informado das vantagens e desvantagens do contrato⁵⁵⁹. Dentre as informações presentes em um rol taxativo, encontram-se os dados da empresa, a descrição detalhada da franquia, identificação do franqueador e das suas contas anuais dos dois últimos exercícios, lista dos franqueados e subfranqueados da rede, com a indicação de todos que se desligaram no último ano, informações referentes à rentabilidade das empresas dos franqueados, etc⁵⁶⁰.

Franquicia. In: BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Contractual Europeo*. Barcelona: Bosh, 2009, pp. 391- 403.

⁵⁵⁴ Sobre a possibilidade de aplicação das regras, principalmente do dever de comunicação e informação ao nível de formação do acordo, conferir PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 179.

⁵⁵⁵ Cfr. Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 30 de março de 2007 (Processo n.º 4267/12.3TBBRG.G1.S1), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 21, fev. 2018.

⁵⁵⁶ art. 5.º, n.º 1, do DL n.º 446/85.

⁵⁵⁷ art. 5.º, n.º 2, do DL n.º 446/85.

⁵⁵⁸ Art. 8.º, a, do DL n.º 446/85.

⁵⁵⁹ PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁶⁰ Para descrição detalhada do código comercial de Macau, cfr. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Business Law: A Code Study (the commercial code of Macau)*. Coimbra: Imprensa de Coimbra, 2004, pp. 101-107.

Outros ordenamentos jurídicos também regulam a fase informativa, como é o caso da Bélgica⁵⁶¹, com a Lei de 19 de dezembro de 2005, substituída, em maio de 2014 pela Lei de 2 de abril de 2014, a qual inseriu os artigos I.11, 2º e X.26 ao 34 do título 2 do livro X ao Código de Direito Econômico⁵⁶². Na China⁵⁶³ é positivado o dever de informação nos artigos 21.º a 23.º da *Regulations on Administration of Commercial Franchise*, conhecida por *Franchise Regulation*, de 01 de maio de 2007, e no *Commercial Franchise Information Disclosure Administrative Measures*, Decreto n.º 2 de 2012. O México, assim como o Brasil, prevê a *Circular de Oferta de Franquicia*, também conhecida por *Dossier de Información Precontractual*⁵⁶⁴, no artigo 142.º da Lei de Propriedade Industrial⁵⁶⁵, de 27 de junho de 1991.

3.3 Enquadramento Jurídico no Direito Comparado: Regulação em Espanha, Brasil, França e Itália

O objetivo da fase pré-contratual é, portanto, fornecer elementos suficientes para que as partes criem uma relação jurídica que satisfaça o seu mútuo interesse. No contrato de franquia, a proteção da transparência na fase preliminar se materializa pela entrega, por escrito, de um documento de informação, pelo qual o franqueador dá conhecimento ao franqueado de todas as questões imprescindíveis para a formação de um consentimento válido, que sirva como um elemento preventivo de problemas que possam surgir na fase executória ou pós-contratual.

Esse documento informativo é um dos principais elementos para a válida formação contratual na franquia. Importante, aqui, não é a entrega do documento em si, mas a qualidade da informação, que deverá ser veraz e não enganosa⁵⁶⁶. Por veraz entende-se que as informações deverão corresponder à realidade, enquanto que não enganoso diz

⁵⁶¹ Para maiores considerações a respeito da Lei Belga, cfr. GODIN, Rodolphe. *L'application au contrat de franchise de la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle: Analyse critique et perspectives: la quête d'un équilibre*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2013. Disponível em: <<https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A1829>>. Acesso em: 02, mai. 2018.

⁵⁶² Cfr. Código de Direito Econômico. Ace.: 8, mai. 2018.

⁵⁶³ Para maiores considerações a respeito do sistema de franquia na China, Cfr. JONES, Paul; WULFF, Erik. *Franchise Regulation in China: Law, Regulations and Guidelines*, in *Franchise Law Journal*. vol 27. n.º. 1, 2007. Disponível em: <<http://www.jonesco-law.ca/89/files/pdfs/PFR%20-%20Final%20article%20-%20July%2017%202007.pdf>>. Acesso em: 08, mai. 2018.

⁵⁶⁴ O conteúdo do Dossier é definido pelo artigo 65.º do Regulamento da Lei de Propriedade Industrial.

⁵⁶⁵ Cfr. Lei de Propriedade Industrial. Ace.: 20, mai. 2018

⁵⁶⁶ Características definidas pelo art. 3.º do RD n.º 201/2010, em Espanha.

respeito a não indução do potencial franqueado em erro, devendo o franqueador prestar informações verdadeiras, atualizadas e não omitir questões relevantes, sob pena de sofrer as consequências previstas pelo Direito Civil⁵⁶⁷.

Seguindo as diretrizes impostas pela transparência, a qual se materializa através do dever de informação pré-contratual, o documento entregue pelo franqueador deverá cumprir alguns requisitos para que haja válida conformação da vontade contratual. Para clarificar o âmbito de proteção dos ordenamentos jurídicos em análise, de forma a estabelecer suas semelhanças e diferenças, serão subdivididas as informações em sete tópicos, quais sejam: prazo de entrega; informações sobre a empresa; informações sobre a rede; informações sobre a marca; informações sobre o mercado; conteúdo do contrato e condições para ingresso; e obrigações pós-contratuais.

Assim, será analisado de que forma cada ponto é abordado pelos Ordenamentos Jurídicos e qual a sua importância na efetivação do equilíbrio contratual entre as partes. Para tanto, serão analisadas as disposições legais que regulamentam a franquia e dispõem sobre a necessidade de entrega de um documento informativo pré-contratual em Espanha, Brasil Itália e França⁵⁶⁸ levando-se em consideração o *Model Franchise Disclosure Law* do UNIDROT⁵⁶⁹; o artigo 62.º da LOCM e o Real Decreto n.º 201/2010 espanhol; no Brasil a Lei n.º 8.955/94; em Itália a Lei n.º 129/2004 e em França os artigos L330-3 e R330-1⁵⁷⁰ do Código Comercial⁵⁷¹.

A falta do documento informativo antes do consentimento do potencial franqueado, ou a prestação de informações insuficientes ou desatualizadas, traz importantes consequências jurídicas no que tange à própria validade do contrato e ao dever de indenização pelos danos e prejuízos causados⁵⁷². O dever de informação não se refere

⁵⁶⁷ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁶⁸ A Lei Modelo, a Lei Brasileira e a Lei Espanhola restringem sua aplicação ao âmbito do contrato de franquia. A Lei Italiana aplica também aos contratos de master-franquia, de *area development* e *aea representation*. A Lei Francesa prevê o dever de entrega de um documento pré-contratual a todas as redes. Sobre isso, MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. Aproximación a la Ley Modelo UNIDROIT sobre Franquicia. In: BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Contractual Europeo*. Barcelona: Bosh, 2009, p. 394.

⁵⁶⁹ Que, a partir daqui, será referida como Lei Modelo UNIDROIT.

⁵⁷⁰ Modificado pelo Decreto n.º 2009-557 de 19 maio de 2009 - art. 4.º.

⁵⁷¹ E o Decreto n.º 91-337, de 4 de abril de 1991 o qual especifica as informações a serem fornecidas aos candidatos no documento pré-contratual exigido pela Lei Doubin, n.º 89-1008, de 31 de dezembro de 1989.

⁵⁷² No Brasil, de acordo com o art. 4.º, parágrafo único, o não cumprimento pode gerar a anulabilidade do contrato e a indenização do franqueado por todos os gastos e perdas que tenha sofrido. Pela leitura do art. 7.º da mesma lei, depreende-se que a veiculação de informações falsas na Circular de Oferta gera a mesma sanção do art. 4.º, sem prejuízo de responsabilização na esfera penal (v. art. 171.º do Código Penal que descreve o crime de estelionato). Em Espanha, os dispositivos legais não disciplinam a questão do não

apenas à necessidade de fornecer um documento informativo, mas, inclusive, sanar todas as dúvidas e esclarecimentos que requeira o potencial franqueado⁵⁷³.

3.3.1 Prazo de Entrega do Documento

O documento informativo fornecido pelo franqueador deverá ser entregue ao franqueado com um prazo mínimo de antecedência, que varia de acordo com o ordenamento jurídico analisado. Esse prazo busca proteger a própria finalidade do dever de informação, uma vez que evita que o franqueado tome uma decisão impulsiva⁵⁷⁴. Nesse diapasão, não basta que o franqueado tenha acesso às informações que o levam a um conhecimento sobre o negócio que pretende firmar, mas que essas informações sejam fornecidas com antecedência suficiente para que possa compreender e esclarecer todas as questões postas⁵⁷⁵. Assim, o prazo permite que o potencial franqueado verifique as informações fornecidas pelo franqueador, analise todos os dados e obtenha informações adicionais sobre a rede, formando o conhecimento de causa obrigatório para a validade do negócio⁵⁷⁶ e evitando qualquer tipo de erro sob a consequência de ter que suportá-lo⁵⁷⁷.

Os regimes jurídicos que regulam o dever de transparência na franquia preveem prazos distintos para a entrega do documento de informação que está a cargo do franqueador. Alguns países, como Espanha, que exige a antecedência de 20 dias da assinatura do contrato, do pré-contrato ou da realização de qualquer pagamento pelo

cumprimento, mas considera-se que em caso do vício de consentimento o contrato poderá ser anulado, com indenização dos prejuízos causados. São consideradas omissões que levam à anulabilidade a falta de informação sobre *know-how* e signos distintivos, conforme explicam MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *Deberes...*, *op. cit.*, p. 36. Em Itália, o art. 8.º dispõe sobre a possibilidade de anulação do contrato e ressarcimento do dano quando forem prestadas informações falsas. O Código Civil, nos artigos 1337.º e 1338.º, disciplina a respeito da responsabilidade pré-contratual, e no artigo 1439.º a respeito da anulação por vício no consentimento. VALENTE, *op. cit.*, p. 96 traz a possibilidade de extensão do artigo 1439.º aos casos de falta de informação no contrato de franquia. Em França, de acordo com BENSOUSSAN, *op. cit.*, pp. 58-63, a jurisprudência admite a nulidade em caso de vício de consentimento que represente uma lesão ao franqueado. A Lei Modelo UNIDROIT determina, de acordo com o art. 8.º, que o incumprimento do dever traz ao franqueado a possibilidade de colocar fim ao contrato ou pedir a compensação dos prejuízos perdidos, desde que notifique previamente o franqueador – no prazo de 30 dias, exceto se a informação foi adquirida por outro meio ou não induziu o franqueado a erro. Para melhor abordagem das questões, *vide* subtítulo 3.4.

⁵⁷³ Cfr. Artigo 6.º, n.º 1 da Lei italiana n.º 129/2004.

⁵⁷⁴ Nesse âmbito, MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *Deberes...*, *op. cit.*, p. 31 justificam a necessidade da antecedência como forma de evitar a vinculação por impulso e proteger a desvinculação do potencial membro da rede, que pela desinformação pode se tornar mais difícil e onerosa.

⁵⁷⁵ Segundo MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *op. cit.*, p. 373 a proteção não deve se restringir apenas ao *deficit* de informação, mas também busca agir contra uma aceitação irrefletida da oferta contratual.

⁵⁷⁶ MARTÍ MIRAVALLS, *Redes...*, pp. 92-93.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, pp.100-101.

franqueado⁵⁷⁸, França, que exige o pré-aviso de 20 dias da assinatura do contrato ou do pagamento de algum valor pecuniário⁵⁷⁹, e Itália, que prevê o prazo de 30 dias antes da firma do contrato de franquia⁵⁸⁰, resolveram alargar o prazo padrão previsto pelo UNIDROIT⁵⁸¹, que estabelece 14 dias antes da assinatura de qualquer contrato relativo à franquia (exceto os acordos de confidencialidade) ou do pagamento ao franqueador ou afiliado de qualquer direito a aquisição da franquia que não seja reembolsável – ou cujo reembolso esteja sujeito a condições que o convertam em não reembolsável, exceto se for uma fiança outorgada em relação à conclusão de um acordo de confidencialidade.

Em contrapartida, outros países resolveram adotar um prazo menor, como é o caso do Brasil⁵⁸² que exige que a circular de oferta seja entregue ao franqueado com um prazo mínimo de 10 dias da assinatura do contrato, do pré-contrato ou do pagamento de qualquer taxa pelo franqueado. Portugal, não prevê um prazo legal de antecedência, mas entende-se⁵⁸³ pela razoabilidade de 15 a 30 dias de acordo com a boa-fé do artigo 227.º, n.º1 do Código Civil e com o prazo estabelecido pelos artigos 3.3 do Código de Ética Europeu.

Algumas observações extraem-se daí. Em primeiro lugar, percebe-se o cuidado que tomou a Lei Modelo UNIDROIT ao excluir expressamente da contagem do prazo os acordos de confidencialidade firmados previamente pelas partes⁵⁸⁴. Apesar de os demais ordenamentos jurídicos não fazerem menção expressa a essa exceção, entende-se que os acordos de confidencialidade não entram na contagem do prazo de antecedência dispostos na lei. O objetivo desses acordos, que se traduz no dever de sigilo imposto às partes, é o de proteger as informações fornecidas pelo dono da rede. A lógica, portanto, é a de que o documento informativo seja entregue pelo franqueador após a assinatura do acordo de confidencialidade, de forma que as informações preliminares também sejam resguardadas pelo dever de sigilo.

Salienta-se os prejuízos que podem advir da aceção restritiva adotada pelas leis italiana e francesa na contagem do prazo. Pelo artigo 4.º, 1 da Lei Italiana o franqueador

⁵⁷⁸ Art. 3.º do RD n.º 201/2010.

⁵⁷⁹ Artigo L330-3 do Código Comercial.

⁵⁸⁰ Art. 4.º, 1 da Lei n.º 129/2004. Em defesa da adequação do prazo, cfr. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 95. Em sentido contrário, pelo caráter excessivo do prazo, cfr. MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *Deberes...*, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁸¹ Art. 3.º da Lei Modelo. O mesmo prazo foi adotado pela normativa federal estado-unidense após a reforma de 2007.

⁵⁸² Art. 4.º da Lei n.º 8955/94.

⁵⁸³ PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 193

⁵⁸⁴ A Lei espanhola, em seu artigo 4.º, dispõe que o franqueador poderá exigir do franqueado um dever de confidencialidade da informação pré-contratual que receba ou vá receber do franqueador.

deverá fornecer o documento ao menos trinta dias da subscrição do contrato de franquia⁵⁸⁵, esquecendo-se do pré-contrato e dos pagamentos iniciais que eventualmente podem ser exigidos antes da firma do contrato. Já a lei Francesa, em seu artigo L-330-3, prevê a entrega das informações ao menos vinte dias da assinatura do contrato ou do pagamento de um valor inicial, sem dispor a respeito do pré-contrato. Como consequência, o franqueado pode ficar suscetível a uma obrigação futura sem que tenha recebido qualquer informação a respeito do negócio, da mesma forma que, em Itália, poderá estar obrigado a realizar um pagamento inicial antes de conhecer as obrigações e responsabilidades que irá assumir caso chegue à conclusão do negócio jurídico.

Não obstante, ressalta-se a inovação trazida pela lei italiana através da possibilidade de viabilizar a informação por meio eletrônico (em página web)⁵⁸⁶. Por essa via, o franqueador deve fornecer uma senha de acesso ao franqueado para que aceda todas as informações através de uma plataforma digital. A grande vantagem é a facilidade de acesso e rapidez na atualização de informações⁵⁸⁷. Embora essa disposição careça de proteção nos demais ordenamentos jurídicos, em Espanha e no Brasil exige-se um documento escrito⁵⁸⁸, e em linguagem clara e acessível⁵⁸⁹, não sendo vedada pela lei a possibilidade de realizar-se a comunicação por meio digital⁵⁹⁰. A forma escrita tem por objetivo garantir a prova do fornecimento das informações prestadas de tal forma que, futuramente, possa ser revisada e discutida, verificando se as informações eram verdadeiras, claras e completas⁵⁹¹.

O prazo de antecedência não implica a obrigação do franqueado em buscar assessoramento ou verificar a boa-fé do franqueador a respeito da veracidade das

⁵⁸⁵ A Lei italiana prevê a entrega do documento com as informações previstas em seu artigo 4.º, excepcionando expressamente na lei, entretanto, as informações protegidas por requisitos objetivos e específicos de confidencialidade.

⁵⁸⁶ A mesma possibilidade foi adotada pela antiga Lei Belga, de 19 de dezembro de 2005, que, em seu artigo 3.º, apartado primeiro, definia que o documento informativo fosse comunicado por escrito em um suporte duradouro e acessível, mostrando clara adaptação à tecnologia. V. MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *Deberes...*, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁸⁷ A dúvida seria apenas com relação à contagem do prazo de reflexão que, para MARTÍ MIRAVALLS, *El Deber...*, *op. cit.*, p. 655, começa a contar do dia seguinte da entrega da chave de acesso. Com relação a qual lugar da Web devem estar contidas as informações, conferir MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *Deberes...*, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁸⁸ Artigo 3.º do RD n.º 201/2010.

⁵⁸⁹ Vide artigo 3.º da Lei n.º 8955/94.

⁵⁹⁰ Inclusive, o art. 4.º, 2 da Lei Modelo UNIDROIT dispõe que o franqueador poderá utilizar qualquer forma para o documento de informação, desde que cumpra o requisito do n.º 1 (proporcionado por escrito) e seja prestada em um só momento em um único documento.

⁵⁹¹ RUIZ PERIS, *op. cit.*, p. 170.

informações transmitidas. É um direito à análise e compreensão subjetiva do potencial franqueado, que poderá conhecer de forma minuciosa todos os dados fornecidos para uma conformação contratual consciente, reflexionar a respeito de todas as condições do contrato e prestar seu consentimento com conhecimento de causa. O estabelecimento do prazo é de extrema importância para evitar que o investidor atue por impulso e assuma obrigações que desconhece.

Em posse das informações fornecidas pelo franqueador o potencial franqueado poderá verificar a verdadeira conformidade das declarações, examinar a documentação fornecida por meio de apoio de consultores fiscais, advogados e etc., de acordo com a sua aptidão e necessidades para formar seu consentimento⁵⁹². O art. 7 da Lei modelo UNIDROIT prevê que o potencial franqueado deve reconhecer por escrito a recepção do documento de informação. Não obstante essa obrigatoriedade não estar expressa nos ordenamentos analisados, defende-se que o aviso de recebimento do franqueado servirá como garantia ao franqueador de que forneceu as informações dentro do prazo previsto⁵⁹³.

A Lei modelo UNIDROIT preconiza, ainda, no artigo 3.º, 2, que o documento de informação deve ser atualizado ao final de [x] dias do exercício fiscal do franqueador – o prazo ficaria a critério de cada Estado – ou de uma modificação essencial da informação, que deve ser revelada de acordo com o artigo 6.º. A notificação dessa modificação deve ser por escrito e o mais rápido possível, antes da assinatura de qualquer contrato ou pagamento. Cumpre salientar que apesar da atualização não ter previsão legal nos demais ordenamentos, pode ser exigido com base no princípio da boa-fé⁵⁹⁴.

3.3.2 Informações sobre a Empresa Franqueadora

Dentre os elementos que devem estar presentes no documento informativo fornecido pelo franqueador na fase preliminar encontram-se as informações a respeito da empresa franqueadora. São elementos imprescindíveis para que o potencial franqueado conheça a parte a quem vai se vincular e, principalmente, qual a sua experiência como franqueadora. Busca-se evitar a associação a uma imagem de *marketing* que eventualmente tenha sido criada. Para melhor compreensão, serão analisadas as informações obrigatórias

⁵⁹² FRIGNANI, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 95.

⁵⁹⁴ MARTÍ MIRAVALLS, *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 396.

sobre o franqueador⁵⁹⁵ de acordo com cada ordenamento jurídico em separado, na tentativa de se estabelecer os pontos em comum.

A Lei espanhola, em seu artigo 3.º, a, exige que seja fornecido ao franqueado o nome e razão social do franqueador, seu domicílio e dados de inscrição no registro de franqueadores, bem como, quando se trate de empresa mercantil, o capital social obtido no último balance. Ao contrário das demais, o ordenamento Espanhol diferencia os franqueadores estrangeiros, dispondo que, nesses casos, deverá constar os dados de inscrição e registro a que venham obrigados de acordo com as leis de seu país⁵⁹⁶. A alínea d do mesmo artigo dispõe que o documento informativo deverá trazer a experiência da empresa franqueadora, demonstrada através da data de criação da empresa, as principais etapas de sua evolução e o desenvolvimento da rede franqueada.

A Lei Francesa, de forma mais específica⁵⁹⁷, preconiza, em seu artigo R330-1, n.º4, do Código Comercial, que será fornecida a data de criação da empresa, com as principais etapas de sua evolução, incluindo das redes de exploração quando tiver lugar, assim como todas as indicações que permitam verificar a experiência profissional dos operadores ou seus gerentes. Essas informações podem se referir aos últimos cinco anos que precedem a data da entrega do documento. O n.º 1 do referido artigo exige o endereço da sede da empresa e o tipo de ativos que a integram, com a sua forma jurídica e identidade e experiência do seu responsável ou de seus dirigentes – se pessoa singular ou coletiva – e o montante do capital social. Acrescenta, no n.º 2 o número de matrícula no registro comercial e das sociedades, o número de inscrição na lista dos ofícios, e no n.º 3, a obrigação de fornecer os domicílios bancários (limitados aos cinco principais). A Lei francesa também traz a exigência do fornecimento das contas anuais dos dois últimos exercícios financeiros⁵⁹⁸.

A Lei Brasileira exige, de forma breve, em seu artigo 3.º, I e II, o histórico resumido do franqueador⁵⁹⁹, a forma societária, nome completo e razão social do

⁵⁹⁵ Para maior desenvolvimento, conferir MARTÍ MIRAVALLS, *Redes...*, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁹⁶ Encontra-se semelhanças entre essa disposição e a atribuída pelo art. 6.º, 1, c da Lei Modelo UNIDROIT, uma vez que a Lei Modelo exige que sejam fornecidas informações do lugar principal de atividade do franqueador no Estado em que se situa o franqueado, de forma a permitir que o franqueado tenha um interlocutor em seu Estado e, ainda, prever um mecanismo de segurança de que, quando obrigado, o franqueado poderá demandar o franqueador e terá acesso ao patrimônio em seu Estado.

⁵⁹⁷ BENSOUSSAN, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁹⁸ O mesmo prazo é previsto pelo art. 680.º, 1, b, do Código Comercial de Macau.

⁵⁹⁹ Em contraste com a extensão da exigência da Lei francesa, a qual dispõe especificamente quais são as informações que representam o que, genericamente, chama a Lei brasileira de “histórico resumido”.

franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços. Percebe-se, aqui, uma ampliação das informações quando em comparação com o ordenamento espanhol. É ainda exigido que o franqueador apresente os balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios.

Já no ordenamento italiano, o artigo 4.º, a, da Lei n.º 129 de 2004 prevê informações sobre os principais dados do franqueador, como razão e capital social, e, mediante prévia requisição do franqueado, a cópia do balanço dos últimos três anos – ou desde a data de início da sua atividade, quando inferior a três anos. O balanço serve para o franqueado conhecer o andamento da empresa e fazer uma previsão do que pode ganhar com base nos dados do franqueador. De acordo com FRIGNANI⁶⁰⁰, deverão ser fornecidas informações que demonstrem a história e o desenvolvimento da empresa franqueadora nos últimos anos, como o ano de fundação e ano de início da fórmula de franquia, assim como informações relativas aos principais acionistas.

A Lei Modelo UNIDROIT se estende a mais detalhes. Além de prever todas as demais obrigações elencadas pelas leis anteriores, como a razão ou denominação social e o domicílio do franqueador⁶⁰¹, exige-se que as informações fornecidas também se refiram a todas as pessoas físicas ou jurídicas vinculadas ao franqueador⁶⁰² e todas as pessoas físicas que tenham responsabilidade de alta direção a respeito da atividade da franquia⁶⁰³ (como, por exemplo, quem possui responsabilidade de direção na franquia). A Lei Modelo não especifica⁶⁰⁴ o que se compreende por experiência comercial da franqueadora, mas, à semelhança do ordenamento espanhol e francês determina a obrigatoriedade de informar o período no qual desenvolve a atividade e o período em que é franqueadora.

Dois observações se revelam importantes quando da análise do presente tópico. Em primeiro lugar, percebe-se que não basta que a empresa franqueadora forneça informações a respeito do seu registro, nome, razão social e domicílio⁶⁰⁵, dados que podem

⁶⁰⁰ FRIGNANI, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁰¹ V. art. 6.º, 1, a.

⁶⁰² Essa disposição também é encontrada, ainda que de forma mais breve, na Lei Brasileira, a qual dispõe que devem ser disponibilizados o histórico resumido, forma societária e razão social do franqueados e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado (art. 3.º, II).

⁶⁰³ V. art. 6.º, 1, f.

⁶⁰⁴ V. art. 6.º, 1, e.

⁶⁰⁵ Nos comentários das disposições da Lei Modelo, considera-se a informação a respeito do domicílio social do franqueador de extrema importância no contexto internacional, pois quando o franqueador tiver uma filial

ser adquiridos de outra forma. Exige-se que sejam transmitidos elementos que tenham fundamental relevo na tomada de decisão do potencial franqueado, como é o caso de informações a respeito da experiência da franqueadora no mercado. Por meio disso, o franqueado conhecerá a empresa e a rede para além do que é transmitido publicitariamente, desde a sua criação até sua evolução histórica e consolidação no mercado.

Atrelada à essa ideia, salienta-se a importância de o franqueado receber informações a respeito da situação financeira da empresa franqueadora, disposição exigida em Itália mediante prévio requerimento do potencial franqueado. Essa proteção permite ao franqueado conhecer a capacidade e situação econômica em que se encontra o franqueador, consolidando a boa imagem empresarial que eventualmente possua – caso tenha resultados positivos – ou desconstituindo uma falsa ilusão criada – caso tenha resultados negativos.

3.3.3 Informações sobre a Rede

Apesar de as informações sobre a rede serem diretamente ligadas às informações sobre a empresa franqueadora, uma vez que o número de franqueados e todos os demais dados relativos a eles têm impacto direto no desenvolvimento, histórico e experiência da franqueadora, no âmbito do presente estudo decidiu-se pela divisão em um subtópico em separado ante a complexidade e importância da exigência. O franqueado, no momento da adesão à rede, precisa conhecer as habilidades do franqueador enquanto tal – e não apenas o seu sucesso como empresário⁶⁰⁶. O objetivo da norma é fornecer ao potencial franqueado um meio de contato com os demais franqueados e, através disso, o conhecimento da concreta consistência da rede.

Essa informação importa para que o franqueado avalie a situação e a extensão da rede, de forma a permitir que o franqueado valora questões como a hipotética seriedade e solidez da rede, assim como expectativas de futuro. O número de variação de franqueados é uma das informações de maior relevância a quem pretende se integrar à rede, pois, a partir disso, poderá conhecer quantos estabelecimentos não conseguiram se fixar no mercado e o porquê. Com isso, poderá analisar como se dá a convivência do franqueador

independente ou uma sucursal no país em que exerce a atividade de franquia, o endereço dessa filial será o domicílio, enquanto que o país de origem do franqueador será o seu domicílio social.

⁶⁰⁶ Art. 6.º, f. Isso porque franqueador pode ser um grande empresário, mas não possuir experiência como franqueador. As indicações a respeito da rede e a possibilidade de contato com os demais franqueados fazem com que o franqueador não possa ocultar uma escassa experiência como franqueador por baixo de uma larga experiência como empresário. Sobre isso, cfr. MARTÍ MIRAVALLS, *El Deber...*, op. cit., p. 652.

com a rede, quais as variantes do mercado levaram os franqueados ao fracasso e, ainda, quais os riscos que poderá evitar caso ingresse ao sistema.

Essas informações evitam que um alto número de fracassos seja mascarado pelo alto grau de aberturas no mesmo período⁶⁰⁷. O objetivo é permitir que o potencial franqueado entre em contato com outros membros da rede para se informar sobre sua atividade e sua relação com o franqueador⁶⁰⁸, permitindo que avalie a assistência proporcionada pelo franqueador e aprecie os vínculos entre os membros da rede, sobretudo as relações entre eles e o franqueador.

O artigo 3.º, f, do RD n.º 201/2010 traz ao ordenamento jurídico espanhol a obrigatoriedade de o franqueador prestar informações sobre a estrutura e extensão da rede em Espanha, incluindo a sua forma de organização, o número de estabelecimentos implantados em Espanha⁶⁰⁹ – distinguindo-se os diretamente explorados pelo franqueador e os que operam sob o regime de franquia – com indicação da sua localização e número de franqueados que deixaram a rede em Espanha nos últimos dois anos, explicando se o término do contrato se deu por expiração do prazo ou por formas de extinção alternativas. Entende-se, aqui, que o franqueador só tem a obrigação de fornecer dados a respeito dos franqueados localizados em Espanha, diferente do que se depreende das leis Italiana e Francesa.

Em Itália, pelo artigo 4.º, d, o franqueador deve fornecer uma lista dos franqueados que estão operando no sistema e dos pontos de venda que explora diretamente⁶¹⁰. O franqueador que operou exclusivamente no estrangeiro deve subdividir a informação relativa a estrutura e extensão da rede Estado por Estado. A Lei italiana não informa quantos ou quais estados devem estar na informação, o que leva a pensar que a obrigação abarca a extensão completa da rede⁶¹¹. Já se o franqueado pedir os endereços, o

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 657.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 653.

⁶⁰⁹ A imposição de limitação geográfica – franqueados que operam em território espanhol – acaba por fragilizar o conhecimento do potencial franqueado, principalmente quando o franqueador for novo no mercado espanhol. Possibilitar que o interessado em ingressar à rede conheça os franqueados de outros Estados, principalmente dos que possuem maior proximidade geográfica e cultural, permite que seja verificada a competência e credibilidade do franqueado, em especial quanto a assistência realmente prestada.

⁶¹⁰ As leis espanhola e italiana exigem a distinção dos estabelecimentos explorados diretamente pelo franqueador e os que operam baixo um sistema de franquia, o que não ocorre nos sistemas francês e brasileiro.

⁶¹¹ MARTÍ MIRAVALLS, *El Deber...*, *op. cit.*, p. 651.

franqueador deve fornecer pelo menos vinte⁶¹² – ou, se inferior a vinte, a lista completa de franqueados. Essa obrigação não é exigida aos franqueadores que operam apenas em território italiano. Com relação ao número de franqueados, o artigo 4.º, e, exige que seja informada a variação nos últimos três anos – ou da data de início da atividade quando inferior a três anos. A Lei italiana, diferente das leis espanhola e francesa, e à semelhança do sistema brasileiro, dispõe, em seu artigo 4.º, f, a respeito da obrigação de fornecer a descrição de eventuais processos judiciais ou arbitrais que envolvam o franqueador – nos últimos três anos – sejam eles promovidos pelos franqueados, por terceiros ou pela autoridade pública. Essa informação se refere aos processos já concluídos⁶¹³ e que envolvam o sistema de franquia em questão. A indicação dos processos é de extrema importância para que o potencial franqueado conheça quais são as falhas do franqueador⁶¹⁴.

A Lei francesa, pelo artigo R330-1, n.º 5, exige que o franqueador forneça uma lista das empresas que fazem parte da mesma atividade de franquia, com o respectivo modo de operação, endereço dos franqueados estabelecidos em França e data de conclusão ou renovação desses contratos. Em caso de a empresa possuir mais de 50 franqueados, ao contrário do ordenamento italiano que exige informações a respeito de 20 empresas, a Lei francesa exige informações a respeito das 50 redes com atuação econômica mais próxima do lugar onde irá se fixar o potencial franqueado. Em contrapartida, de forma mais restritiva que a Lei italiana, que exige os dados dos últimos três anos, e da espanhola, que exige dois anos, a Lei francesa exige que sejam fornecidos os dados a respeito do número de franqueados que deixaram de fazer parte da rede no último ano, contado da data de emissão do documento. Duas são as semelhanças com o sistema espanhol: a primeira é que o documento deve especificar se o contrato expirou ou se foi rescindido ou cancelado; e a segunda é que a lei não prevê a respeito dos processos judiciais que eventualmente envolvam o franqueador ou seus franqueados.

⁶¹² O artigo 6.1, j da Lei Modelo UNIDROIT estabelece que o franqueador deve fornecer nome, endereço profissional e número de telefone profissional dos franqueados cujos estabelecimentos estão mais próximos do potencial franqueado sem que o número exceda a [x] franqueados no Estado – ficando a cargo de cada Estado estabelecer o número limite.

⁶¹³ Com relação ao termo empregado pelo legislador, FRIGNANI, *op. cit.*, p. 101 defende que por “concluído” deve-se compreender os processos judiciais que já não cabem mais recurso, excluindo-se todas as medidas cautelares e centrando-se nas ações judiciais cuja sentença definitiva (e não apenas de primeiro grau) concluiu sobre o mérito.

⁶¹⁴ BENSOUSSAN, *op. cit.*, p. 55. Em observância do relevo dado às informações judiciais, a Lei americana, de forma cautelosa, prevê no item 3 do §436.5 uma lista completa de litígios que deve informar o franqueador, incluindo eventuais ações civis ou criminais.

Com relação à rede, a Lei brasileira prevê em seu artigo 3.º, IX, o fornecimento de informações a respeito da relação completa de todos os franqueados⁶¹⁵, subfranqueados e subfranqueadores da rede. Aproximando-se do sistema francês, o franqueador deve fornecer dados a respeito dos franqueados que se desligaram da rede nos últimos doze meses⁶¹⁶, com nome, endereço e telefone. A grande inovação da Lei é a previsão expressa a respeito de informações da *masterfranquia*, que, apesar de abrangidos por outros ordenamentos de uma forma geral, não possuem previsão específica do dever de fornecer informação do número de estabelecimentos que operam sob esse regime. Com relação às pendências judiciais, a Lei brasileira, no artigo 3.º, III, exige a indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores e que questionem especificamente o sistema de franquia ou que possam vir a impossibilitar o funcionamento da franquia⁶¹⁷. A Lei amplia o entendimento adotado pela doutrina italiana⁶¹⁸ ao referir-se a todas as pendências judiciais que questionem o sistema de franquia ou que tornem impossível o funcionamento da rede⁶¹⁹.

A respeito da rede, a Lei Modelo UNIDROIT exige o estabelecimento de uma lista com o número total de franqueados, distinguindo-se os explorados diretamente por ele e os que atuam por meio de um contrato de franquia⁶²⁰, com indicação de seus nomes, direções, números de telefone, cuja unidade de exploração se situe mais próximo da unidade proposta ao potencial franqueado, ficando a cargo de cada Estado determinar o número máximo de franqueados que comporão a lista⁶²¹. Prevê informações sobre os franqueados que deixaram a atividade nos últimos três anos, indicando a razão para a sua saída. Exige-se, ainda, o histórico econômico penal do franqueador e de quem se encontre vinculado com ele por uma relação de controle durante os últimos cinco anos, incluindo os procedimentos em curso (artigo 6.º, letra g e h). Percebe-se que a interpretação ampla dada pela Lei Modelo busca proteger o franqueado de franqueadores que maquiavam um histórico

⁶¹⁵ Ampliando o entendimento das leis italiana e francesa, que limitam o número de franqueados aos 20 ou 50 mais próximos, respectivamente.

⁶¹⁶ O mesmo prazo é previsto pelo Código Comercial de Macau, em seu art. 680.º, 1, i.

⁶¹⁷ Disposição semelhante encontra-se no artigo 680.º, 1, c do Código Comercial de Macau.

⁶¹⁸ Que limita às pendências judiciais concluídas nos últimos três anos.

⁶¹⁹ Observa-se que o sistema espanhol apenas prevê a obrigação de fornecer informações a respeito de processos judiciais que envolvam a titularidade da marca.

⁶²⁰ V. art. 6.º, 1, i.

⁶²¹ V. art. 6.º, 1, j.

negativo no mercado com a criação de novas redes de franquias no mesmo setor com um novo signo distintivo⁶²².

A principal similitude entre os ordenamentos no que tange à rede é a previsão do número de franqueados que rescindiriam o contrato de franquia, junto da indicação dos motivos que os levaram a tal decisão. Por meio desse dado, o potencial franqueado poderá descobrir o grau de satisfação dos demais empresários vinculados à rede e verificar como se dá o compromisso do franqueador com os demais franqueados, a saber se é prática comum do franqueador cancelar os contratos.

Com relação à indicação de processos judiciais, posição defendida pelo ordenamento italiano e brasileiro, é cabível duas observações. Em primeiro lugar, diferencia-se o sistema italiano e brasileiro na medida em que aquele limita as informações aos processos já concluídos, que não cabem mais recurso, nos últimos três anos, enquanto que no Brasil a Lei prevê a informação de todas as pendências judiciais que questionem o sistema de franquia ou que possam vir a impossibilitar diretamente o funcionamento da rede. A análise abrangente da Lei brasileira a torna um sistema mais efetivo na proteção do franqueado, visto que o possibilita analisar todas as ações, inclusive as que estão em curso, que possam afetar a sua futura atividade e delimitar quais os riscos pretende correr. Em contrapartida, a Lei italiana protege o franqueado de forma mais restritiva, pois apesar de dispor a respeito do fornecimento de informações de processos judiciais, leva em consideração a proteção da esfera privada do franqueador, ao permitir que omita ações em curso que afetem a sua credibilidade e reputação e que, posteriormente, seja considerado inocente.

3.3.4 Informações sobre a Marca

O franqueador deverá fornecer informações a respeito da propriedade ou licença de uso da marca e signos distintivos do comércio. A marca, um dos principais elementos de identificação do público que garante a angariação e manutenção de clientela, não é obrigatória⁶²³. Mas quando o contrato envolver uma licença de marca, deverá o

⁶²² MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *La Reforma...*, *op. cit.*, p. 1388.

⁶²³ Como explica VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 32 “é perfeitamente possível estar unicamente em causa o direito de uso de um logótipo”, como por exemplo na franquia de distribuição.

franqueador ser o seu titular⁶²⁴ e possuir o direito exclusivo de usá-la, sob pena de colocar em risco o próprio objeto do contrato de franquia.

O ordenamento Espanhol, no artigo 3.º, b, incluiu nas obrigações de informação a prova de o franqueador possuir o título de propriedade ou licença de uso da marca e signos distintivos do franqueador para exercer a atividade em Espanha. Prevê ainda, a obrigatoriedade de fornecer eventuais recursos judiciais que possam afetar a titularidade do uso da marca.

Em Itália, o artigo 4.º, b, traz a obrigação de, mediante prévio requerimento do potencial franqueado, prestar informação da marca utilizada no sistema, com os dados relativos ao seu registro ou depósito, ou da licença concedida ao franqueador por um terceiro que tenha a propriedade, que permita a comprovação do uso concreto da marca. O franqueador deve indicar a marca utilizada no sistema, e não de todas as marcas de sua propriedade. Os dados sobre as marcas só estarão completos se trazer logótipo, dimensões, cores, métodos de exposição, manutenção, etc. que serão usados pelo franqueado⁶²⁵.

Em França, o artigo R330-1, n.º 2 do Código Comercial exige o número e o depósito da marca, e caso seja adquirida por cessão ou licença, a data e o número de inscrição no registro nacional das marcas, e o prazo pelo qual foi concedida⁶²⁶. Se a marca objeto do contrato tiver sido adquirida na sequência de uma cessão ou licença, exige a data e o número da inscrição correspondente no registro nacional de marcas, e para os contratos de licença, a indicação do período durante o qual a operação da marca foi concedida. O sistema francês, à diferença dos demais ordenamentos jurídicos – que dispõem a respeito da necessidade de informar os processos judiciais que afetem a marca diretamente ou outros elementos do contrato - permanece inerte a respeito dos eventuais processos judiciais que correm em desfavor do franqueador.

O sistema Brasileiro, de forma sucinta traz no artigo 3.º, XIII, a necessidade de informar a situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador.

O Código Modelo UNIDROIT, nos artigos 6.º 1, b, f, dispõem sobre a exigência de informar os direitos de propriedade intelectual que serão licenciados, em especial a

⁶²⁴ Comprovado através do registro (ver artigo 224.º, n.º 1 do CPI, e 264.º).

⁶²⁵ FRIGNANI, *op. cit.*, p. 99.

⁶²⁶ Remetendo aos números 1 e 2 do artigo R123-237.

patente, direitos de autor, marca, nome comercial ou similar, sob os quais o franqueador exerce suas atividades comerciais no Estado onde o potencial franqueado irá desenvolver suas atividades. Deverá informar o registro ou a solicitação de registro, o nome do titular dos direitos de propriedade intelectual ou da pessoa que solicita o registro, a data em que expira o registro dos direitos de propriedade intelectual que são objeto da licença, e, como o sistema espanhol, os procedimentos judiciais ou legais que tenham efeitos sobre os direitos do franqueado a usar a propriedade intelectual no Estado onde a atividade comercial será explorada.

3.3.5 Informações sobre o Mercado

As informações a respeito do mercado têm como objetivo possibilitar ao potencial franqueado o conhecimento das condições e variações do mercado, estudo das redes já inseridas e da potencial clientela em determinada área geográfica. As informações sobre a rentabilidade do negócio, prestação acessória pré-contratual, se constituem como uma simples simulação de expectativas de funcionamento do negócio. É um dever que, apesar de não ser obrigatório em todos os ordenamentos, poderá prevenir o potencial franqueado dos riscos e obstáculos que encontrará na execução da atividade.

Todas as informações eventualmente prestadas devem se basear em estudos objetivos, de forma a não gerar expectativas frustradas. Tem o franqueador o dever de fornecer dados verídicos a respeito do mercado, e não de prover um resultado satisfatório ao franqueado⁶²⁷, que, como empresário independente, assume os riscos pelo insucesso da atividade. Assim, a informação verdadeira, baseada em um comprovado estudo, não vincula o franqueador aos danos decorrentes do insucesso do franqueado.

Dentre as informações relativas à rede que devem ser fornecidas ao franqueado, a Lei espanhola exige, em seu artigo 3.º, c, que o franqueador faça uma descrição geral do setor de atividade objeto do negócio de franquia, que deve abarcar os seus dados mais importantes. A alínea e, de outro modo, determina que caso o franqueador entregue ao potencial franqueado provisões de cifras de vendas ou resultado de exploração do negócio, deverão estar baseadas em experiências ou estudos suficientemente baseados. Nesse sentido, conforme esclarece Martí Miravalls⁶²⁸, não deve o franqueador fornecer um estudo de mercado completo e profundo, mas uma descrição do setor de atividade em sentido

⁶²⁷ MARTÍ MIRAVALLS, *Redes...*, *op. cit.*, p. 98.

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 98.

econômico, territorial e temporal, com os dados principais sobre a sua atividade, como por exemplo o volume de negócio do setor, o número de empresas competidoras, as normas jurídicas aplicáveis e etc. Não é obrigatório que o franqueador realize esse estudo de mercado, mas, se realizado, precisa ter como base resultados fáticos razoáveis, distinguindo-se os resultados efetivos de cada unidade de exploração da rede⁶²⁹. Quando transmitidos dados não verificados, poderá ser responsabilizado por erro doloso. Se o franqueador estiver regularizado no cadastro de franqueadores, essas informações estarão disponíveis para consulta⁶³⁰.

Em sentido semelhante, a Lei Modelo UNIDROIT⁶³¹ estabelece que deve ser fornecida uma descrição do estado do mercado geral e do estado do mercado local, com os produtos e serviços objeto do contrato. Além, faz referência aos métodos de financiamento propostos ou facilitados pelo franqueador e as perspectivas de desenvolvimento do mercado – que não abarca um estudo de mercado completo, mas uma perspectiva de como está o volume de negócios do setor, o número de empresas competidoras, as normas jurídicas aplicáveis, entre outros⁶³².

O artigo L330-3, n.º 4 do Código Comercial francês prevê informações sobre o estado geral e local do mercado e as perspectivas de desenvolvimento do mercado relevante, destacando a importância dos operadores de rede. Desse modo, é possível que o franqueado conheça informações a respeito da sua concorrência e das possibilidades de crescimento, pontos essenciais para a adesão do franqueado⁶³³. As informações sobre a

⁶²⁹ *Ibidem*, pp. 105-106.

⁶³⁰ Isso porque o sistema espanhol exige o Registro de Franqueadores (artigos 62.º LOCM e 5.º e ss do RD n.º 201/2010), de forma que aqueles que quiserem exercer a atividade de franquia em Espanha tenham que se inscrever, tornando o Registro um verdadeiro instrumento de informação do sistema e aparato eficaz ao potencial franqueado na busca de informações verdadeiras da realidade, que legitimamente o auxiliem a determinar sua vontade em integrar ou não a rede de franquia. . MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *La Reforma...*, *op. cit.*, p. 1366 afirmam que diferente do que ocorre em alguns estados norte-americanos, no sistema espanhol os órgãos administrativos de registro não possuem poder de controle e vigilância sobre os termos da oferta de franquia feita pelo franqueador ao potencial franqueado. O problema surge quando as informações fornecidas pelo registro forem desatualizadas. E, por isso, a importância de o franqueador fornecer o documento ao potencial franqueado, mesmo cumulativamente com a obrigação de estar registrado.

⁶³¹ Cfr. Art. 6.º, 1, o.

⁶³² O art. 6.º, 1, n, dispõe que se o franqueador fornecer informações a respeito dos resultados financeiros da rede, elas devem se fundar em bases razoáveis, especificando se está baseada em resultados reais de estabelecimentos existentes – distinguindo quando é estabelecimento do próprio franqueador ou de outros franqueados. Deverá, ainda, indicar a porcentagem dos estabelecimentos que alcançam ou excedem o resultado e que os níveis de rendimento que o potencial franqueado venha a adquirir podem variar das informações prestadas.

⁶³³ BENSOUSSAN, *op. cit.*, p. 55. O autor, *Ibidem*, p. 56, ainda explica que objetivo dessa informação é evitar uma franquia em uma área onde a oferta está bem acima da demanda. Informar sobre as perspectivas

rentabilidade econômica da rede dependem de um estudo preciso, fundado em elementos objetivos, que disponham sobre o tamanho do mercado, a taxa de crescimento previsível, as características da demanda e etc., para permitir que o potencial franqueado estabeleça uma estimativa de lucros e perspectiva do desenvolvimento do negócio.

Frisa-se que esses estudos não servem como garantia de sucesso do potencial franqueado, uma vez que são estimativas baseadas em dados obtidos pelos demais membros da rede. A variabilidade poderá ocorrer de acordo com a clientela da região, a conjuntura econômica global e a capacidade do potencial franqueado em aplicar eficazmente método definido pelo franqueador⁶³⁴. Apesar de não garantir um resultado positivo, as informações devem ser completas e verdadeiras, sob pena de vincular o franqueador à “falsa publicidade” capaz de gerar responsabilidade civil⁶³⁵.

O sistema brasileiro não detalha a obrigação de fornecer informações sobre o mercado, mas obriga, em seu artigo 3.º, IV que seja fornecida uma descrição detalhada da franquia, do negócio e das atividades que serão desempenhadas. A Lei italiana, de igual modo, não dispõe a respeito da necessidade de fornecer dados do mercado.

3.3.6 Informações sobre o Conteúdo do Contrato e Condições para Ingresso

Para a válida conformação da vontade, imprescindível que o documento informativo traga disposições a respeito do conteúdo do contrato, especificando como se dará a exploração da franquia pelo potencial franqueado. Por conteúdo do contrato, serão entendidas todas as informações necessárias para que o potencial franqueado conheça as obrigações e direitos que irá assumir com a vinculação contratual, como por exemplo informações sobre o *know-how*, assistência técnica, encargos financeiros que deverá suportar, assim como demais dados referentes ao prazo de duração, formas de extinção, renovação e eventuais cláusulas de restrição.

A imposição, pelo franqueador, de condições iniciais para o ingresso do potencial franqueado assume especial relevância nessa modalidade contratual, uma vez que, por meio delas, o franqueador limita às negociações aos franqueados realmente interessados

de evolução do mercado local ou geral não implica a comunicação de um orçamento provisório, nenhuma disposição da lei ou decreto prevê tal obrigação.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 66.

⁶³⁵ O autor, *Ibidem*, pp. 68-71 afirma que os tribunais não responsabilizam o franqueador por obter o franqueado resultado diferente do fornecido, se demonstrar que realizou um estudo sério, com base em outros franqueados e em outros empresários que atuam no mesmo ramo e na mesma área.

em desenvolver a atividade. De outro modo, no que se refere ao potencial franqueado, conhecer a empresa, a rede e o mercado, com a garantia de que receberá as informações com um prazo de antecedência à assinatura do contrato, lhe permite avaliar a conveniência do negócio e a sua disponibilidade para assumir todos os compromissos impostos.

No direito espanhol essas informações estão inseridas no RD n.º 201/2010 por meio do artigo 3.º, “e”, “g”. Na primeira, o legislador exige que o documento informativo contenha dados relacionados ao conteúdo e características da franquia e sua exploração, com explicação geral do sistema, do negócio objeto da franquia, das características do saber-fazer e da assistência comercial ou técnica permanente que serão fornecidas aos franqueados. Além, deverá prever uma estimativa dos investimentos e gastos necessários para colocar em marcha o negócio. Dentre as condições de ingresso, encontram-se todas as despesas iniciais que deverá suportar o franqueado para que ingresse em uma rede de franquia⁶³⁶. A alínea “g” especifica que todos os elementos essenciais do acordo deverão ser descritos, e os especifica como: os direitos e obrigações das partes, a duração do contrato, as condições da resolução e de renovação, as contraprestações econômicas, os pactos de exclusividade e as limitações da livre disponibilidade do negócio objeto da franquia.

O ordenamento francês também dispõe a respeito do dever de fornecer informações sobre todos os investimentos específicos que o franqueado fará antes de começar a exploração⁶³⁷, concernente aos direitos de entrada, remuneração das prestações iniciais ao franqueador, custos de *layout*, *stock* inicial, e todo o resto que o franqueado deve gastar antes da exploração⁶³⁸. Além das demais informações jurídicas, como duração do contrato, condições de renovação, resolução ou sessão, direito de exclusividade, obrigações recíprocas das partes em caso de cancelamento e etc. No sistema francês, o artigo L330-3 do Código Comercial dispõe que quando houver uma contraprestação financeira anterior à assinatura do contrato, o franqueador deverá prever quais são os serviços prestados em troca da quantia, especificado por escrito.

⁶³⁶ Como as informações são fornecidas de um modo geral, sem exemplificação de quais gastos, compreende-se que o documento deverá conter todos os encargos financeiros que serão assumidos, como a padronização de estabelecimento, aquisição de local – quando venha a ser escolhido pelo franqueador – e etc.

⁶³⁷ Art. R330-1, 6.º

⁶³⁸ BENSOUSSAN, *op. cit.*, p. 57.

Com relação aos valores pecuniários necessários, aproximando-se da Lei Francesa, a Lei Brasileira exige⁶³⁹ informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos a franqueador ou a terceiros, detalhando a base de cálculo e o que as mesmas remuneram e o fim a que se dedicam. Devem ser especificados os valores referentes às remunerações periódicas pelo uso do sistema, da marca ou em troca de serviços prestados (*royalties*), ao aluguel de equipamentos ou ponto comercial, à taxa de publicidade ou semelhante, ao seguro mínimo e a outros valores devidos que sejam ligados à atividade objeto da franquia. Ainda, seguindo disposição do art. 3.º, VII, deve-se disponibilizar especificações quanto ao total estimado do investimento inicial necessário para a implantação e entrada em operação da franquia, o valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução, e o valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento.

A Lei n.º 8955/94 ainda exige a informação de algumas condições de ingresso específicas quanto a qualidades e características pessoais do franqueado, ao indicar, expressamente em seu artigo 3.º, V, que o documento informativo deve conter o perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características pessoais do franqueado⁶⁴⁰, indicando se são de caráter obrigatório ou preferencial. Já no que diz respeito à execução do contrato, deverá conter⁶⁴¹ os requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio. Com relação ao território, o art. 3.º, X, determina que se disponha se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e em que condições o faz, além de a possibilidade ou não de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território, ou realizar exportações.

De forma cautelosa, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece⁶⁴² que sejam as informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador – com a relação completa de todos os fornecedores⁶⁴³. Acrescenta no art. 3.º, XII a indicação do que é efetivamente

⁶³⁹ V. art. 3.º, VIII.

⁶⁴⁰ Da mesma forma prevê o artigo 680.º, 1, e do Código Comercial de Macau.

⁶⁴¹ Artigo 3.º, VI.

⁶⁴² V. Art. 3.º, XI.

⁶⁴³ De acordo com os comentários das disposições da Lei tipo UNIDROIT, a possível exigência de o franqueado adquirir bens diretamente do franqueador ou de fornecedores pré-estabelecidos existe para manter

oferecido ao franqueado pelo franqueador quanto à supervisão da rede, serviços de orientação e outros pontos prestados ao franqueado, treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos, treinamento dos funcionários do franqueado, manuais de franquia, auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia, e, por fim *layout*, e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado.

A especificação, ponto por ponto, de todas as questões relativas ao estabelecimento, atividade, direito e obrigações do franqueador e do franqueado, logo no documento informativo, permitem que o franqueado reflita a respeito da conveniência do negócio. O que o legislador brasileiro demonstrou, através da minuciosa apreciação de todos os pontos referentes ao conteúdo do contrato, é que o documento entregue pelo franqueador não trará apenas informações de fácil acesso, mas todos os detalhes que comporão a futura relação jurídica, permitindo ao franqueado brasileiro o efetivo conhecimento da atividade objeto da franquia. A previsão detalhada de todos os pontos torna-se um amuleto de proteção do franqueado quanto à recusa injustificada do franqueador em fornecer algum dado exigido pela lei, além de facilitar a apreciação dos tribunais quando colocado em questão a suficiência do documento para a validação do futuro contrato⁶⁴⁴.

A Lei Modelo UNIDROIT, à semelhança do que ocorre no ordenamento brasileiro, determina que o franqueador deve informar ao potencial franqueado a respeito dos produtos e serviços que ele deve adquirir para o desenvolvimento de sua atividade⁶⁴⁵. A Lei Modelo exige que se especifique quais são as categorias de mercadorias e serviços que o franqueado deve comprar ou arrendar, e se será exclusivamente a partir do franqueador, seus afiliados ou um provedor previamente designado, ou se poderá se relacionar com outros provedores mediante autorização do franqueador. Para além, deverá esclarecer se as vantagens que eventualmente o franqueador ou seus afiliados receberem direta ou indiretamente dos provedores de mercadorias (como descontos) são transmitidos ao franqueado ou se o franqueador tem uma margem de benefício.

a qualidade do produto/serviço prestado, uma vez eu alguns bens/serviços característicos do *franchising* estão intimamente ligados ao exercício da atividade, sendo obrigação do franqueador assegurar a qualidade desses bens/serviços disponibilizados ao público.

⁶⁴⁴ Uma vez que o art. 4.º, parágrafo único, da Lei n.º 8955/94 determina que a falta de entrega da Circular de Oferta dá azo à anulabilidade do contrato.

⁶⁴⁵ Para MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *La Reforma...*, *op. cit.*, p. 1390, este é um campo extraordinariamente relevante para o potencial franqueado, uma vez que pode se ver submetido a uma série de abusos derivados da ausência da concorrência no fornecimento, principalmente no preço excessivo estabelecido por provedores impostos.

Com relação ao próprio contrato, assim como os demais ordenamentos, a Lei Modelo determina que seja prevista a duração e as condições de renovação da franquia, uma descrição dos programas de formação continuada, as condições as quais poderá o franqueador ou o franqueado colocar fim ao contrato, os valores pecuniários a serem pagos por direitos de entrada ou de outros tipos, e condições para transferência da franquia⁶⁴⁶. Em semelhança ao sistema brasileiro, exige que o documento contenha a amplitude dos direitos de exclusividade relativos ao território ou clientela⁶⁴⁷, assim como informações sobre qualquer reserva em favor do franqueador do direito de usar ou licenciar o uso de marcas cobertas pelo contrato; vender ou distribuir bens ou serviços autorizados para venda do franqueado através do mesmo canal de distribuição, limitações impostas relativas ao território ou clientela, e as restrições ou condições relativas aos bens e serviços que poderá vender⁶⁴⁸.

A Lei italiana, em seu Art. 4.º, c, exige a identificação dos elementos e características da atividade objeto de franquia⁶⁴⁹. Em Portugal, ante a falta de regulação específica, não existe uma obrigação legal específica de quais informações devem ser transmitidas. Mas de acordo com o princípio da boa-fé o franqueador deve fornecer todas as informações relevantes e convenientes para permitir que o potencial franqueado tome uma decisão com conhecimento de causa⁶⁵⁰.

Ao que se percebe, a Lei brasileira é extremamente cuidadosa ao especificar todos os elementos que compõem o conteúdo do documento informativo, aproximando-se, em certa medida, à extensa proteção conferida pela Lei americana e pela Lei Modelo UNIDROIT. Nesse contexto, considera-se que, apesar de os demais ordenamentos analisados preverem disposições a respeito dos elementos que compõem o conteúdo do contrato, o fazem de uma forma muito menos descritiva, ao utilizar termos como “*elementos esenciales del acuerdo de franquicia*”⁶⁵¹ ou “*una sintetica illustrazione degli*

⁶⁴⁶ V. art. 6.º, 2, a, b, d, e, h, i, k

⁶⁴⁷ A clientela não está prevista na Lei brasileira.

⁶⁴⁸ V. art. 6.º, 2, c, f, j.

⁶⁴⁹ O art. 3.º, n.º 4 dispõe sobre o conteúdo do contrato, que é entregue junto do documento informativo. Aqui, prevê o valor dos investimentos e taxas de inscrição que o franqueado deverá suportar antes do início da atividade; os métodos de cálculo e pagamento dos *royalties*; a existência de qualquer direito de exclusividade territorial, tanto em relação aos demais franqueados quanto aos canais de venda e unidades diretamente explorados pelo franqueador; a especificação do *know-how*; as características dos serviços oferecidos – principalmente em termos de assistência técnica, preparação e treinamento; os termos de renovação, rescisão ou transferência do contrato.

⁶⁵⁰ PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 193

⁶⁵¹ Art. 3.º, g do RD n.º 201/2010.

elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale”⁶⁵², ficando a cargo do franqueador determinar o que será informado e, posteriormente, do judiciário analisar se as informações foram suficientes de acordo com a escassa previsão legal.

É importante ressaltar que essas informações presentes no documento fornecido pelo franqueado se diferem da exigência da entrega do próprio contrato com prazo de antecedência, exigência estabelecida por alguns ordenamentos⁶⁵³. Isto é, quando a Lei exigir, o documento de informação será entregue juntamente com uma cópia do futuro contrato. A determinação de entrega do contrato não implica dizer que o documento entregue não poderá sofrer modificações, uma vez que até o momento da aceitação da proposta as partes estão livres para discutir os termos que lhes forem convenientes.

3.3.7 Informações sobre os Deveres Pós-Contratuais

Alguns ordenamentos preveem, desde o documento informativo pré-contratual, a obrigatoriedade de dispor a respeito de eventuais deveres pós-contratuais. Dentre eles, tem-se principal relevo as questões referentes ao *know-how*, ao segredo e à obrigação de não concorrência pós-contratual, as quais proíbem o franqueado de entrar em concorrência com o franqueador ou com a rede, seja durante o prazo do contrato – não conter ações em empresa concorrente – ou após o termo do contrato. A Lei espanhola apenas prevê o dever de confidencialidade, em seu artigo 4.º, que, em regra, não vigora apenas na fase pós-contratual, mas desde a fase preliminar. A Lei brasileira, no artigo 3.º, XIV exige a informação da situação do franqueado após a expiração do contrato, em relação ao *know-how*, ao segredo de indústria e à implantação de atividade concorrente. A Lei Modelo UNIDROIT, por meio do art. 6.º, n.º 2, g, determina que o documento informativo contenha as eventuais cláusulas de proibição de concorrência aplicáveis durante a vigência ou após a extinção do contrato.

⁶⁵² Art. 4.º, c da Lei n.º 129/2004.

⁶⁵³ Na prática, a ilustração dos elementos que caracterizam a atividade já está contida no contrato. O que se pretende, com isso, não é que o franqueador informe o objeto da franquia (como a revenda do bem x; ou a prestação do serviço y), mas que especifique como deve ser exercida a atividade. Estas são as características, de acordo com FRIGNANI, *op. cit.*, p. 99, que diferenciam a franquia de um simples contrato de fornecimento até o final da revenda.

3.4 Violação do dever de Informação, de Lealdade e de Esclarecimento e a Responsabilidade Civil Pré-Contratual no Direito Português

A análise da etapa preliminar de um contrato exige abordar, por fim, a responsabilidade que se origina pelos danos causados nas negociações. Nessa exegese, ao estabelecer obrigações pré-contratuais às partes, deve-se dispor quais as consequências jurídicas da sua inobservância, principalmente quando seu incumprimento gerar vícios na fase executória ou pós-contratual, ou mesmo afetar a existência do contrato celebrado. O presente estudo não tem como objetivo esgotar a doutrina a respeito da responsabilidade pré-contratual no direito civil português, uma vez que a complexidade da matéria se estende para além do que aqui é proposto. Serão feitas breves considerações a respeito da responsabilidade pré-contratual a fim de aplicá-la ao direito empresarial, e, especificadamente, como poderá ser tratada no âmbito do contrato de franquia.

Os tratos prévios são o primeiro contato entre os interessados a celebrar o contrato e cumprem a função de preparar o caminho para que a vontade transmita as reais intenções das partes na vinculação⁶⁵⁴. É a fase anterior ao contrato que busca a discussão dos seus termos jurídicos e econômicos, sem vincular as partes à obrigatoriedade de contratação. Apesar disso, devem os contraentes agir de boa-fé tanto nas negociações preliminares quanto na redação das cláusulas contratuais⁶⁵⁵. O dever de *bona fides* em sentido objetivo é tido como um dever de cuidado e lealdade entre as partes na fase prévia, sendo a sua violação considerada fonte de responsabilidade⁶⁵⁶. A responsabilidade por culpa na formação dos contratos se dá através “da celebração de um contrato não correspondente às expectativas, devido ao fornecimento pelo parceiro negocial de informações erradas ou à omissão do esclarecimento devido”⁶⁵⁷.

A informação e a lealdade são consideradas elementos essenciais para a estipulação e consagração de qualquer negócio jurídico⁶⁵⁸. As partes que negociam têm o

⁶⁵⁴ Por esse motivo possuem as partes o dever de “respeitar os valores fundamentais da ordem jurídica, pautando-se pela boa-fé” CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 587.

⁶⁵⁵ Para NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares do. A Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações e a Recusa Injustificada de Formalização do Contrato. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 247 a violação de deveres impostos pela boa-fé sempre se configurará como um ilícito.

⁶⁵⁶ PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 185.

⁶⁵⁷ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *op. cit.*, p. 355. O autor, *Ibidem*, p. 371, esclarece que “a imposição de uma obrigação pré-contratual de esclarecimento representa um contributo louvável no sentido de recriar uma maior igualdade entre as partes; não apenas igualdade formal, mas igualdade material”.

⁶⁵⁸ Definidas por SERRABONA-GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 348 como diligências *in contrahendo* derivadas da boa-fé.

dever especial de corresponder às expectativas criadas na contraparte⁶⁵⁹, sendo vedada a atuação desleal, sem observância do princípio da boa-fé, mesmo na fase preliminar⁶⁶⁰. A responsabilidade pré-contratual é defendida no ordenamento⁶⁶¹, uma vez que, apesar de não haver um vínculo jurídico, as partes devem observar deveres de conduta pré-estabelecidos⁶⁶². Atuar abusivamente na fase preliminar é subverter a finalidade das negociações, incorrer em infração de um dever secundário de conduta, realizar um comportamento de má-fé e transgredir um dever jurídico concreto⁶⁶³. A sanção para tais atos é a responsabilidade pelos prejuízos gerados.

A questão ganhou visibilidade no pensamento jurídico em 1861, quando Jhering suscitou a possibilidade de nulidade dos contratos quando existentes divergências entre a vontade real e a vontade declarada, verificando a possibilidade de a parte responder pelos danos culposamente causados na contraparte⁶⁶⁴. Baseado na teoria da vontade defendida por Savigny⁶⁶⁵, determinou que a vontade deve prevalecer sobre a declaração⁶⁶⁶. O mérito

⁶⁵⁹ Para OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 180-181 as expectativas criadas se subdividem em duas vertentes, um dever de conteúdo positivo pelo qual uma das partes adquire um direito objetivo após convicção de possuir aquele direito, pautada na longa atuação da contraparte; e um dever de conteúdo negativo (de abstenção, omissão, de *non facere*), que correspondem à proibição de conduta contraditória, proteção preventiva conhecido por *venire contra factum proprium*. Por esse princípio, uma parte não deve exercer um direito em contradição com a sua postura anterior, sob pena de violação da boa-fé. CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, *op. cit.*, pp. 771-812 subdivide os deveres em *surrectio* e *suppressio*, respectivamente.

⁶⁶⁰ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁶¹ A responsabilidade pré-contratual é defendida, em termos gerais, pelo Código Civil Italiano, que em seu artigo 1337.º dispõe que “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”, pelo Código Civil Português, que em seu artigo 227.º preconiza que “*Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*” e pelo Código Civil Francês, que prevê no artigo 1104.º “*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*”. No Brasil, o artigo 422.º do Código Civil estabelece que “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”. Entende-se, porém, pelo Enunciado 25 da Jornada de Direito Civil (realizada em setembro de 2002) que o artigo é aplicável também na fase pré e pós-contratual. Em Espanha não existe uma regra que determina a responsabilidade pré-contratual, mas normas que fazem uso da boa-fé em sentido objetivo, como os artigos 7.º, n.º 1 e 1258.º do Código Civil. Nos projetos de unificação do direito privado, a responsabilidade pré-contratual tem fundamento no artigo 1.7, alínea 1 dos Princípios UNIDROIT. E no artigo 1:201 e 2:301 dos Princípios Europeus do Direito dos Contratos (PECL).

⁶⁶² JHERING, Rudolf Von. *Culpa In Contrahendo ou Indenização em Contratos Nulos ou não Chegados à Perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 41 defende que o imperativo da diligência vale também para as relações contratuais em formação. De forma semelhante, RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 745-767 e p. 746 explica que na fase inicial do *iter negotii* não há contrato, mas as partes já estão em relação com relevo jurídico próprio, pois a entrada em negociações faz surgir especiais deveres de conduta que vinculam as partes e dão conteúdo a uma relação obrigacional.

⁶⁶³ OVIEDO ÁLBAN, *op. cit.*, p. 107.

⁶⁶⁴ VARELA, *op. cit.*, p. 268.

⁶⁶⁵ SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le Obligationi*. Vol. 2. Traduzione di Giovanni Pacchioni. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1915, pp. 307-331.

⁶⁶⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 18.

mais destacável reconhecido à Jhering é ter advertido que as partes, desde a fase de formação do contrato, devem comportar-se de forma honesta, correta e diligente, pilares fundamentais da moderna doutrina da culpa *in contrahendo*, que, se violados, acarretam um dever de indenizar⁶⁶⁷. Em conformidade com os conceitos elaborados por Jhering, diversos ordenamentos jurídicos criaram a obrigação de indenização em caso de invalidez do contrato decorrente de erro ou falta de veracidade nas informações prestadas por uma das partes. A culpa *in contrahendo*⁶⁶⁸ estabelece que na época do acordo o negócio precisa ser válido.

Com relação à natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, a doutrina se divide em três posicionamentos: quem defende que a responsabilidade pré-contratual tem natureza contratual⁶⁶⁹, extracontratual ou autônoma. No primeiro caso⁶⁷⁰, parte-se do pressuposto de que com as negociações prévias as partes criam uma relação legal de obrigação produtora de deveres que têm a consideração de uma obrigação em sentido técnico⁶⁷¹. Afirmam que apesar de não haver vínculo contratual, a relação criada entre os sujeitos está mais próxima da relação contratual, pois é gerada por uma infração obrigacional prevista em lei⁶⁷². Já os defensores da responsabilidade como extracontratual⁶⁷³ declaram que na fase preliminar o dever de indenização surge pelo não cumprimento do dever de boa-fé, que não é considerado uma obrigação legal, mas um

⁶⁶⁷ A culpa *in contrahendo* elenca um conjunto de deveres *in contrahendo* sedeados na boa-fé e orientados para a proteção da confiança FRADA, *Uma Terceira...*, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁶⁸ Para CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 588, o instituto da culpa *in contrahendo* recorda que a autonomia privada deve respeitar certos limites, sendo ilegítimos os comportamentos desonestos que causem danos a outrem. Ainda, de acordo com PRATA, *op. cit.*, pp. 52-53, a responsabilidade *in contrahendo* representa um instrumento adaptado para proteger o contraente débil e, por isso, as jurisprudências determinam um dever de esclarecimento intenso e mais amplo quando reconhecem a desigualdade negocial das partes.

⁶⁶⁹ Defendida pela doutrina alemã. A responsabilidade pela culpa *in contrahendo* tem previsão no §311, n. 2 BGB, que considera que mesmo antes da conclusão do contrato pode nascer uma relação obrigacional legal que justifica a sua sujeição a uma responsabilidade semelhante à contratual. Para melhor aprofundamento cfr. SILVA, Eva Sónia Moreira da. Algumas Notas sobre a Reforma do BGB no Âmbito da Responsabilidade Pré-Contratual: o §311. In: CAMPOS, Diogo Leite de. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 869-889.

⁶⁷⁰ Tem como defensores VARELA, *op. cit.*, pp. 271-272; TELLES, *op. cit.*, pp.74-76; CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 591; PRATA, *op. cit.*, pp. 212-214; NASCIMENTO, *op. cit.*, pp. 246-250; e MARTINS, *op. cit.*, pp. 40-41, que aplica à essa responsabilidade os artigos 798.º e seguintes do Código Civil Português.

⁶⁷¹ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁷² TELLES, *op. cit.*, p. 75 afirma que apesar da relação pré-contratual não ter origem em um contrato, nem todas as obrigações nascem de contratos.

⁶⁷³ Sendo a responsabilidade baseada no artigo 1902.º do Código Civil Espanhol e 227.º, n.º 2 do Código Civil Português. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 93-95 e p. 98; GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo. *Código Civil: anotado*. vol.1. Lisboa: Quid Juris, 2015, pp. 281-282. VIEIRA, José Alberto. *Negócio jurídico: anotação ao regime do Código Civil (artigos 217º a 295º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 34; CUNHA, *op. cit.*, pp.53-54, p. 63 e pp.75-76.

dever geral de respeitar a esfera jurídica alheia⁶⁷⁴. Por fim, a terceira corrente, e a mais defendida em Portugal⁶⁷⁵, considera a responsabilidade como *sui generis* ou mista, que produz efeitos próprios nem sempre reconduzíveis ao binômio clássico da responsabilidade civil. Para seus defensores, não se pode qualificar a responsabilidade pré-contratual, pois apesar de não resultar da violação de um direito absoluto, surge da transgressão de um dever dentro de uma relação específica que impõe a tutela da confiança. Nesse âmbito, consideram que um mesmo ato poderia ter mais de uma natureza, em função da sua circunstância, criando um dualismo no regime jurídico⁶⁷⁶.

O dever de informação recai sobre situações jurídicas em que um dos contraentes não está em condições de conhecer os fatos, excluindo-se as situações em que uma das partes não conhece, mas poderia conhecer se usasse toda sua diligência⁶⁷⁷. Compreende-se que é violado o dever de informação em duas situações⁶⁷⁸: quando a parte não fornece informações obrigatórias estabelecidas pela lei⁶⁷⁹ ou quando uma das partes induz a outra a erro como fundamento para anulação do contrato⁶⁸⁰. Seguindo o caminho proposto por Carneiro da Frada⁶⁸¹, admite-se a responsabilidade por informações, modalidade geral da responsabilidade por declarações.

Poderá existir responsabilidade pré-contratual em três grupos de fatos constitutivos⁶⁸²: a ruptura injustificada nas negociações, pela qual protege-se a expectativa legítima do lesado violada pelo incumprimento do dever de lealdade; o vício na fase pré-contratual que torne o contrato celebrado inválido ou ineficaz, como por exemplo os contratos nulos por inobservância da forma legalmente exigível, ilicitude, inidoneidade do

⁶⁷⁴ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁷⁵ VICENTE, *Comemorações...*, *op. cit.*, pp. 175-176 e ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 196; FRADA, *Uma Terceira...*, *op. cit.*, pp. 88 e 95; RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 745-767 e p. 748; LEITÃO, *op. cit.*, pp. 356-357; BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*. Parede: Principia, 2017, pp. 37-38; SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁷⁶ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁷⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 202.

⁶⁷⁸ Pelo artigo 8.º da Lei Modelo UNIDROIT os supostos de incumprimento do dever de informação no *franchising* são a não entrega no prazo estabelecido (ou a omissão de informação relevante) e ou declaração que tende levar o potencial franqueado a erro.

⁶⁷⁹ VICENTE, *Comemorações...*, *op. cit.*, pp. 268-269.

⁶⁸⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁸¹ FRADA, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 159.

⁶⁸² Entendimento adotado por COSTA, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 36. A separação tripartite também é defendida por TELLES, *op. cit.*, p. 71 e PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 1197-1463, o qual divide entre responsabilidade por celebração de um contrato ineficaz; responsabilidade em caso de não conclusão de um contrato e responsabilidade por celebração de um contrato indesejado.

objeto ou ilegitimidade; ou o dano gerado na fase negocial, mesmo quando o contrato celebrado é válido e eficaz, como por exemplo os contratos anuláveis por dolo, erro simples, coação moral ou usura, que são convalidados por inação da parte prejudicada. Essas situações, protegidas pelo direito português⁶⁸³, representam a violação da boa-fé.

O que o direito resguarda por meio da responsabilidade pré-contratual é a confiança legítima⁶⁸⁴ depositada por uma das partes na consecução ou na válida execução do contrato. Essa confiança é criada com base em informações prestadas pela contraparte ou na crença de que o outro contraente age com lealdade⁶⁸⁵. Os vícios no dever de informação⁶⁸⁶ podem gerar a nulidade ou a anulabilidade do contrato, ou se traduzir em dever de indenizar, sem afetar a validade contratual⁶⁸⁷. Para determinar os termos da responsabilidade deve-se analisar em que momento foi suscitado o erro, isto é, se o vício na fase pré-contratual é reclamado antes ou após a firma do contrato.

Não é fácil precisar até onde vai a responsabilidade pré-contratual pelos danos e prejuízos causados à contraparte, uma vez que a determinação do *quantum* indenizatório remete à análise da teoria do interesse positivo e negativo. Isso porque a parte afetada pela quebra da expectativa legitimamente fundada pode sofrer um dano ou prejuízo real, ou um prejuízo por ter sido privado de algo que, fundado na confiança, sentia que já lhe pertencia, que fazia parte do seu patrimônio. Nem todos os atos dentro da formação contratual podem ser suscetíveis de proteção, sendo necessário estabelecer quais os pressupostos para que se

⁶⁸³ Posicionamento defendido por ALMEIDA, Carlos Ferreira de *op. cit.*, pp. 197-198.

⁶⁸⁴ De acordo com MENÉNDEZ MATO, *op. cit.*, p. 97, as negociações geram uma relação de confiança de caráter quase contratual⁶⁸⁴, o que faz com que a sua violação dê lugar ao nascimento de responsabilidade por *culpa in contrahendo*.

⁶⁸⁵ PRATA, *op. cit.*, pp. 44-49 elenca os principais fatores que levam uma das partes a confiar na conduta da outra. Para a autora são determinantes: a natureza profissional do sujeito que intervém nas negociações contraposta à condição de leigo da contraparte; a respeitabilidade da pessoa que desencadeia as negociações; a existência de anteriores relações contratuais entre as partes; o tipo de contrato, sua natureza e importância econômico-social; formulação concreta da declaração iniciadora das negociações (não cabendo confiança em declarações vagas ou desprovidas de conteúdo); comportamento dos sujeitos envolvidos revelando a existência de uma intenção negociatória.

⁶⁸⁶ E, aqui, RICO RUIZ, *op. cit.*, p. 106 afirma que a falta de veracidade da informação pré-contratual se aproxima da publicidade enganosa, entendida como aquela que pode induzir a erro, afetar o comportamento econômico e causar um prejuízo ou silenciar dados fundamentais, e, por isso, o efeito é a ilicitude. Para o Direito Espanhol, a publicidade de captação utilizada pelo franqueador no período prévio à formação do contrato é considerada verdadeira publicidade. Entretanto, RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 745-767 e p. 754 adverte que a tutela da publicidade enganosa é mais intensa que a da responsabilidade pré-contratual, pois “ao invés de imputação de danos traz as informações publicitárias para o campo do contrato, atribuindo-lhes eficácia geradora de uma vinculação negocial”. Apesar disso, considera-se que quando a adesão à rede se der determinadamente pela ação publicitária, e corresponda ao conteúdo do contrato, as informações enganosas podem ser consideradas como motivo para um possível erro do consentimento, capaz de gerar nulidade do contrato e responsabilidade pré-contratual.

⁶⁸⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 203.

tutele a confiança. O universo jurídico, tratando-se de negociações preliminares, protege as expectativas de quem confiou em situações legitimamente fundadas na eminente concretização do negócio jurídico, o qual se cria por um estado de recíproca confiança e lealdade entre as partes que negociam⁶⁸⁸.

Existem dois interesses tutelados: o interesse positivo, também conhecido como interesse no cumprimento⁶⁸⁹, pelo qual busca-se a reparação do lesado pela falta culposa ao cumprimento⁶⁹⁰, através de uma indenização que tem por objetivo colocar o credor na situação em que estaria caso houvesse a celebração de um negócio válido ou caso todas as obrigações tivessem sido cumpridas pelo devedor. De outro modo, há o interesse negativo, conhecido por interesse na confiança⁶⁹¹ ou na não celebração do contrato⁶⁹², que se funda a partir da confiança do lesado na validade da declaração e busca colocar o sujeito no estado em que estaria se não tivesse iniciado as negociações⁶⁹³.

Quanto à extensão aos danos indenizáveis na fase pré-contratual, a jurisprudência⁶⁹⁴, em regra, aceita o ressarcimento do interesse negativo⁶⁹⁵, que é a perda originada pela violação da expectativa de uma das partes que confia na conclusão do contrato não celebrado ou declarado nulo⁶⁹⁶. A indenização pelo interesse negativo inclui as perdas sofridas e os gastos que teve na tentativa de celebração do contrato e, eventualmente, indenização pelos contratos que tenha deixado de celebrar com terceiros

⁶⁸⁸ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 267.

⁶⁸⁹ Para maior desenvolvimento a respeito do interesse positivo, cfr. PINTO, Paulo Mota., *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 871-876

⁶⁹⁰ Artigos 798.º e 562.º do Código Civil.

⁶⁹¹ A respeito do interesse negativo, FRADA, *Teoria...*, *op. cit.*, p. 42 e PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 876-883.

⁶⁹² Artigos 898.º e 908.º do Código Civil

⁶⁹³ São ressarcidas as despesas tornadas inúteis pela não celebração ou os lucros que perdeu por confiar na declaração. Sobre isso, PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 876.

⁶⁹⁴ PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, p. 189 afirma que certos danos, perdas econômicas ou perda de chance de negócios diferentes que a parte teve que respeitar devem ser levados em conta, referenciando o julgamento do STJ 12/01/2009 (processo 08B4052) STJ julgamento 12/2011 (processo 1807/08.6.TVLSB.L1.S1).

⁶⁹⁵ Da mesma forma, a doutrina reconhece que quando o evento que obriga à reparação ocorre na fase pré-contratual, pelas previsões do Código Civil português, a indenização não pode se dar pelo não cumprimento do contrato, diferente do que ocorre no direito alemão com o §463, 2.º frase do BGB. A indenização é sobre os prejuízos que o lesado não teria sofrido se não houvesse a celebração do contrato, mesmo que já tenha sido realizado um contrato inválido. Posicionamento defendido por PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 871.

⁶⁹⁶ OVIEDO ÁLBAN, *op. cit.*, p. 109.

por conta das negociações com a parte que provocou o dano⁶⁹⁷ – desde que o dano efetivamente sofrido seja comprovado.

O objetivo é indenizar o franqueado pelas e perdas efetivamente sofridas no curso das negociações⁶⁹⁸, as quais teria evitado se não houvesse confiado na boa-fé do outro contraente. Os gastos indenizáveis mais habituais são os custos ocasionados com motivo da realização de viagens, contratação de pessoal qualificado, solicitação de créditos ou registros, gastos de instalação, aquisição de infraestrutura e eventuais compromissos frente a terceiros⁶⁹⁹. Entretanto, quando há impossibilidade de restauração natural, sendo o dano abstrato, pode haver indenização por equivalente⁷⁰⁰.

Pelo interesse negativo, não se ressarcem as expectativas da contraparte na frustração do propósito contratual, mas os danos emergentes gerados pelo ilícito tanto na quebra da confiança quanto na má-fé da parte⁷⁰¹ – que são as despesas efetuadas para concretização das negociações – e o lucro cessante⁷⁰², traduzido nos benefícios que teria auferido em outras oportunidades negociais que não se concretizaram por conta da negociação falhada⁷⁰³. É possível, como exceção, que a indenização cubra o interesse positivo ou de cumprimento⁷⁰⁴. A jurisprudência entende dessa forma quando a negociação

⁶⁹⁷ PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 1069-1071 admite que as oportunidades preteridas (lucro cessante) podem integrar o interesse negativo ou dano de confiança.

⁶⁹⁸ Segundo COSTA, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 84, a indenização pelo interesse negativo encontra limite no dano correspondente ao interesse positivo, há uma ponderação de equidade no sentido de que a indenização não pode exceder os proveitos que o lesado retiraria da válida celebração do contrato.

⁶⁹⁹ SERRABONA-GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 349. Com relação à responsabilidade perante terceiros, admite-se desde que a obrigação com terceiro tenha nexos de causalidade com a criação e frustração da confiança. Sobre isso, PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 1073.

⁷⁰⁰ COSTA, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 72-72.

⁷⁰¹ E, aqui, PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 1082 salienta que as despesas ressarcidas são as criadas após a criação da situação de confiança que as justifica.

⁷⁰² Quanto ao lucro cessante, há doutrina que não o inclui na medida em que a separação das negociações em atenção a uma oferta que resulte mais vantajosa se apresenta como um motivo justo de abandono. Sobre isso, SERRABONA-GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 349. Já PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 1092 admite a aplicabilidade do lucro cessante e não limita o ressarcimento aos dispêndios frustrados, incluindo valores adicionais que o lesado não auferiu, de forma a não deixar a situação patrimonial do lesado aquém da hipotética, isto é, tenta-se colocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse celebrado o contrato ou não tivesse confiado na sua celebração válida e eficaz.

⁷⁰³ VICENTE, *Comemorações...*, *op. cit.*, p. 273 e ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 212 e COSTA, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁰⁴ PEREIRA, *Transparency...*, *op. cit.*, pp. 189-190 afirma que a indenização por danos positivos na fase pré-contratual não deve ser construída de forma ampla, citando STJ, julgamento 25/10/12 (processo 2625/09.0TVLSB.L1.S10), STJ, julgamento 27/09/12 (processo 3729/04.0TVLSB.L1.S1), e STJ, julgamento 20/03/12 (processo 1903/06.4TVLSB.L1.S1).

atinge um ponto tal que apenas resta a formalização do contrato, sendo a conduta culposa da parte na violação do dever de conclusão do negócio ainda mais gravosa⁷⁰⁵.

Interessa destacar que a responsabilidade pré-contratual poderá ocorrer tanto nos casos de não conclusão dos contratos, com a interrupção arbitrária das negociações, quanto nos casos de o contrato vir a celebrar-se, padecendo, porém, de vícios ou invalidades⁷⁰⁶. Vale destacar que a indenização não depende da anulação ou nulidade do contrato, sendo possível indenizar a parte que sofreu o dano, ainda que não pretenda anular o negócio⁷⁰⁷.

3.4.1 Responsabilidade pré-contratual antes da celebração do contrato

A responsabilidade em sede pré-contratual quando, por algum vício, o contrato não é celebrado, existe como exceção à normalidade⁷⁰⁸. Isso porque as negociações preliminares, em regra, não geram nenhuma vinculação das partes e não as levam à obrigatoriedade da contratação⁷⁰⁹, sendo o direito de não contratar uma das faces da autonomia privada⁷¹⁰. Pautadas na autonomia, as partes podem negociar livremente na busca de um contrato transparente. A responsabilidade, nessa via, deve observar a ponderação de interesses, e é exercida de modo potestativo quando se verifica abuso no direito de contratar. A responsabilidade civil é um dever de conteúdo positivo que representa proteção sucessiva da confiança⁷¹¹, evitando que quem confia suporte o dano⁷¹².

A liberdade contratual, pedra angular da economia de mercado, traz às partes a liberdade de negociar paralelamente com diferentes potenciais contratantes, comparar, entre eles, as diferentes proposições que se oferecem aos atores econômicos, e escolher

⁷⁰⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁰⁶ VICENTE, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 263 destaca que a responsabilidade pré-contratual no direito português ocorre em três categorias de fatos: a) rompimento ilegítimo das negociações; b) celebração de um contrato ineficaz por vício imputável a fato culposo de uma das partes, como incapacidade, vício na vontade, abuso de poder de representação, impossibilidade ou ilicitude do objeto e etc.; c) celebração de um contrato válido com violação de deveres de conduta decorrentes da boa-fé.

⁷⁰⁷ SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 224-225.

⁷⁰⁸ Nesse sentido, ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. *El Contrato de Franquicia: definición y conflictos em las relaciones internas*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1995, p. 270 explica que o instituto da *culpa in contrahendo* e a possibilidade de indenização na fase preliminar aparece como um critério de limitação da autonomia privada, uma vez que as partes já não estão livres para romper injustificadamente as negociações.

⁷⁰⁹ TELLES, *op. cit.*, p. 76.

⁷¹⁰ CUNHA, *op. cit.*, p. 153.

⁷¹¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 181.

⁷¹² CHAVES, *op. cit.*, p. 57 afirma que quem entra em negociações com a finalidade de contratar confia na lealdade e na honestidade de seu co-contratante. Justifica-se a responsabilidade pelos prejuízos causados quando, sem motivo justificado e por leviandade, por má-fé ou por culpa, a contraparte deixa de retribuir a lealdade e retira-se das negociações.

qual é o mais conveniente⁷¹³. A fase preliminar permite que as partes se conheçam, troquem informações e ideias, deliberem e discutam sobre a possibilidade e viabilidade de uma eventual vinculação contratual. Deve-se garantir que operem com liberdade, evidenciando suas prioridades na tomada de decisões afim de prosseguir ou abandonar as negociações. Apesar de não estarem vinculadas a uma obrigação de concluir um contrato, para que as negociações sejam interrompidas precisa haver uma justa causa. Considera-se, portanto, que a liberdade para estabelecer relações jurídicas poderá ser restringida quando estiver em causa a confiança extraída da boa-fé nas negociações⁷¹⁴, de forma que, é vedada pelo ordenamento jurídico a ruptura injustificada⁷¹⁵ que cause danos pela transgressão do dever de lealdade e transparência.

A boa-fé *in contrahendo* fundamenta a responsabilidade pré-contratual por ruptura nas negociações. Será responsável a parte que produzir um dano no patrimônio da contraparte pela quebra de uma razoável confiança na conclusão do contrato, desde que essa ruptura tenha caráter injustificado, havendo relação de causalidade entre o dano e a confiança⁷¹⁶. Entende-se dessa forma pois, apesar de livres para contratar, iniciadas as negociações as partes não podem romper livremente e injustificadamente os acordos sem causar prejuízo ao comércio e às normas que o regulam, por serem vedadas as práticas desleais e irracionais⁷¹⁷.

Dessa forma, o dever de indenização surge à contraparte caso sejam as negociações interrompidas de forma injustificada seguindo dois critérios que a doutrina chama de “duplo requisito cumulativo originário de responsabilidade”⁷¹⁸: a confiança razoável da contraparte no seguimento das negociações e a ausência de justa causa na ruptura. Um terceiro requisito, que não pode ser esquecido, é o dano sofrido pela

⁷¹³ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 321.

⁷¹⁴ CUNHA, *op. cit.*, p. 154.

⁷¹⁵ Prevista nos artigos 1337.º e 1338.º do Código Civil Italiano. Os princípios UNIDROIT consideram a limitação ao interesse negativo, *vide* artigo 2.15, alínea 1, 2 e 3. Da mesma forma nos PECL, art. 2:301, n.2. O ordenamento jurídico português, por sua vez, não dispõe a respeito da responsabilidade na ruptura, mas dispõe, em seu artigo 227.º, que as partes que negociam devem agir segundo a boa-fé, sob pena de responder pelos danos causados. Da mesma forma, os ordenamentos jurídicos espanhol e brasileiro não preveem normas específicas que admitam responsabilidade preliminar pela ruptura, porém, pode ser justificada através da união de normas supletivas. Pela leitura dos artigos 7.º, n.º 1, 1902.º, 1101.º e 1007.º do Código Civil Espanhol admite-se a responsabilidade quando infringidas normas emanadas da boa-fé. Para mais desenvolvimento, cfr. SERRABONA-GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 340. Já no Brasil, encontra-se disposto no artigo 422.º do Código Civil o dever de agir com probidade e boa-fé nas negociações, sob pena de responsabilidade. Sobre isso, cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 191.

⁷¹⁶ SERRABONA-GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 347

⁷¹⁷ MONSALVE CABALLERO, *op. cit.*, p. 254.

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 317.

contraparte, que deve ter como causa a ruptura das negociações. A responsabilidade só é cabível, nessa senda, quando a ruptura ocorre após a aceitação da oferta⁷¹⁹, desde que haja má-fé da parte que negocia sem a intenção de contratar⁷²⁰ ou que a ruptura seja arbitrária, sem justificativa⁷²¹.

Não basta que a parte esteja em negociação⁷²² para que o dano sofrido seja indenizável⁷²³. É necessário que as negociações estejam em um estado avançado capaz de gerar confiança legítima na contratação, fundada em elementos objetivos que ultrapassam o mero estado psicológico da parte⁷²⁴. Por estado avançado, entende-se o desenvolvimento da negociação, e não meramente o seu tempo de duração⁷²⁵. Essa diferença se torna mais clara quando observados os casos práticos. Isso porque existem contratos celebrados rapidamente, realizados por proposta e aceitação, como é o caso da compra e venda de uma mercadoria ou de um serviço, assim como existem os contratos firmados após a observância de fases preliminares minuciosas e laboriosas⁷²⁶, que passam por sucessivos trâmites desde a pesquisa e estudos, até consulta a técnicos, esclarecimentos pessoais e acordos provisórios⁷²⁷. Há variação entre a complexidade e a duração das negociações, que estabelecem diversas fases diferentes dentro do processo negocial.

Assim, a parte que negocia sabendo da improbabilidade de se chegar a um bom termo nas negociações, mas que incita a contraparte a confiar na conclusão do negócio, ou, por omissão, permite que a contraparte realize despesas em função do futuro negócio, acaba por violar o dever de lealdade, podendo ser responsabilizada pelos danos gerados⁷²⁸. Após a ruptura, a parte lesada pode ser ressarcida pelos prejuízos e gastos que teve na

⁷¹⁹ PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 246-247. Antes da aceitação, seguindo a tradição romana, a oferta poderá ser retirada pelo autor, pois lhe é conferida certa liberdade de revogação. Para maior desenvolvimento a respeito da revogação da oferta, cfr. GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 142-150.

⁷²⁰ Ocorre quando uma parte entra em negociações sabendo, intencionalmente, com o específico propósito de romper-las, existindo um comportamento doloso que vai de encontro com a boa-fé e torna-se um ataque ilícito na esfera da liberdade do outro contraente.

⁷²¹ MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, p. 94.

⁷²² JHERING, *op. cit.*, p. 33, LEITÃO, *op. cit.*, p. 355 e RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 761.

⁷²³ Para NASCIMENTO, *op. cit.*, pp. 179-262, p. 251 deve-se indenizar as despesas efetuadas e as oportunidades de celebração de outros negócios.

⁷²⁴ PRATA, *op. cit.*, p. 43.

⁷²⁵ MARTÍ MIRAVALLS, *Redes...*, *op. cit.*, p. 88 lembra que a mera entrega do documento informativo pelo franqueador não garante a maturidade negocial exigida para que haja responsabilidade em caso de ruptura.

⁷²⁶ De acordo com COSTA, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 46 se verifica esse cuidado principalmente nas relações que movimentam valores econômicos de grande monta.

⁷²⁷ *Ibidem*, p. 46.

⁷²⁸ PRATA, *op. cit.*, p. 49.

certeza da celebração do contrato, desde que haja legítima confiança na execução do contrato e que tenham as expectativas sido frustradas por um ato da contraparte.

A responsabilidade pela culpa *in contrahendo*⁷²⁹ determina que as partes que negociam em uma relação de confiança na conclusão do contrato serão responsáveis pela indenização dos danos que causarem caso venham a romper os tratos preliminares, desde que essa ruptura não seja justificada por alguma razão, por algum interesse juridicamente mais digno que a tutela da confiança ou quando a situação do mercado faça com que as partes não cheguem a um acordo – quando existe um negócio melhor, ou uma oferta melhor a uma das partes. Nesses casos, o dever de boa-fé impõe que uma parte comunique à outra, para que esta possa ajustar a sua oferta.

Com relação à extensão do dano, como regra, a ruptura das negociações gera ressarcimento do interesse contratual negativo⁷³⁰, uma vez que o lesado tem o direito de ser ressarcido pelos danos causados pelo investimento da confiança, na expectativa de que as negociações gerariam um acordo contratual⁷³¹. Excepcionalmente reconhece-se ao lesado o direito a ser ressarcido pelo interesse positivo⁷³². Admite-se que quando as negociações estavam em uma situação tão avançada, em que não há mais nada para negociar além da formalização do documento ou o cumprimento de uma forma legal exigida, acaba por existir um pré-contrato informal. A violação do dever de contratar, nos casos de pré-

⁷²⁹ De acordo com CORDEIRO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 594, a culpa *in contrahendo* é um instituto destinado a tutelar a parte débil e a prevenir a conclusão de contratos injustos.

⁷³⁰ O STJ se posiciona no sentido de que “não havendo dever contratual de celebrar o contrato (...) a responsabilidade pela não celebração do contrato há-de implicar o ressarcimento apenas do interesse contratual negativo, não fazendo sentido que, não se tendo chegado a celebrar qualquer contrato, o lesado possa reclamar os danos sofridos em virtude da não realização das prestações a que o mesmo tendia”. Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 24 de outubro de 2013 (Processo n.º 1300/11.0TVLSB.L1-2), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 14, mar. 2018; E, ainda, que “O dever de ressarcir o dano de cumprimento é incompatível com a inexistência de um dever de concluir o contrato” Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 31 de março de 2011 (Processo n.º 3682/05.3TVSLB.L1.S1), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 14, mar. 2018. Cfr. outros acórdãos: Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 11 de julho de 2013 (Processo n.º 5523/05.2TVLSB.L1.S1), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 14, mar.

⁷³¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, pp. 215-216.

⁷³² Sobre isso, MARTINS, *op. cit.*, p. 66 e PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 1347-1348. O tribunal, de forma minoritária, admite essa possibilidade, ao dispor que “há situações em que a indemnização será pelo interesse contratual positivo, quando as negociações tiverem atingido um desenvolvimento tal que justifique a confiança na celebração do negócio. Será o caso de se ter atingido um acordo sobre todas as questões e apenas faltar a concretização/celebração do acordo através da forma legal” Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 28 de abril de 2009 (Processo n.º 09A0457), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 23, mar. 2018; Conferir também Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 16 de dezembro de 2010 (Processo n.º 1212/06.9TBCHV.P1.S1), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 23, mar. 2018; e Supremo Tribunal de Justiça, julgamento de 28 de abril de 2009 (Processo n.º 06B4223), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 23, mar. 2018.

contrato válido, gera indenização pelo interesse contratual positivo⁷³³. Essa acepção carece de suficiente autonomia uma vez que se põe em jogo a existência de uma responsabilidade pré-contratual⁷³⁴, pois já não há a liberdade negocial, e a indenização se daria pela violação do dever de celebração do contrato⁷³⁵.

3.4.2 Responsabilidade pré-contratual após a celebração do contrato

Outrossim, mesmo após a vinculação contratual, as partes podem suscitar o ressarcimento de danos gerados na fase preliminar. Isto é, a celebração do contrato não convalida os vícios produzidos no momento de sua formação, sendo cabível a declaração de nulidade, anulação ou, mesmo em um negócio válido, a indenização por danos que tenha sofrido a contraparte⁷³⁶. Nesse âmbito, a responsabilidade por culpa *in contrahendo* existe quando um negócio válido ou invalidamente celebrado pressupõe a violação de deveres pré-contratuais, como é o caso do dever de cuidado, de diligência ou de informação⁷³⁷.

A falta de informação, por si só, não vicia a relação jurídica estabelecida entre as partes⁷³⁸. Isso porque invalidar imediatamente o contrato quando suscitado vício no dever informativo não é a melhor saída para a proteção do franqueado, que além de suportar o desconhecimento de circunstâncias-chaves do negócio, poderá deixar de reclamar os danos sofridos para evitar uma possível nulidade indesejada⁷³⁹. É necessário verificar se a conduta do franqueador foi realizada com dolo, de forma a induzir o franqueado a erro e a vício da vontade⁷⁴⁰, ou sem dolo, por meio de erro negligentemente provocado⁷⁴¹.

⁷³³ Aqui, em realidade, pode-se duvidar de que, na generalidade dos casos, se esteja perante uma responsabilidade pré-contratual. Isso porque, quando se está diante de um dever de conclusão do negócio falta a liberdade de negociar, que caracteriza a fase preliminar. Nesses casos não se está perante uma ruptura nas negociações, mas sim em recusa de formalização do contrato. Sobre isso, PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 128-129 e 1346 e NASCIMENTO, *op. cit.*, pp. 179-262 e p. 256.

⁷³⁴ Nascimento, *Ibidem*, pp. 179-262, p. 251, afirma que a ruptura das negociações sempre gera indenização pelo interesse negativo, uma vez que não é possível conhecer as prestações que as partes se vinculariam (e o interesse positivo). Entretanto, o autor não considera possível limitar a indenização do interesse negativo ao positivo, uma vez que essa informação só é cognoscível após todo conhecimento do contrato estar definido, o que não ocorre na ruptura das negociações. Sendo, assim, possível que o valor da indenização exceda o que equivaleria ao interesse do cumprimento.

⁷³⁵ COSTA, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 78.

⁷³⁶ Por força do artigo 227.º do Código Civil.

⁷³⁷ MARTINS, *op. cit.*, p. 68.

⁷³⁸ Para MARTÍ MIRAVALLS; RUIZ PERIS, *La Reforma...*, *op. cit.*, p. 1386, a falta de atualização das informações também é suscetível de gerar vício na relação contratual, sendo possível a anulabilidade.

⁷³⁹ RICO RUIZ, *op. cit.*, p. 110.

⁷⁴⁰ SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 94 explica da seguinte forma: “o declarante emite uma declaração negocial que corresponde à sua vontade. No entanto, na fase formativa da

O não cumprimento de deveres de lealdade e informação⁷⁴² é um dos principais problemas no âmbito de responsabilidade pré-contratual no *franchising*⁷⁴³. Sempre que o erro for doloso, no intuito de induzir a erro o franqueado, o contrato poderá ser anulado⁷⁴⁴. De outra forma, quando forem erros não dolosos, isto é, erros negligentemente provocados, deverá ser realizada uma análise individual para determinar o potencial lesivo do erro e a sua suficiência para determinar a anulação⁷⁴⁵.

vontade ocorreu um erro que a distorceu. A vontade foi mal esclarecida, está viciada por uma representação interna do negócio ou do circunstancialismo que o rodeia que é errada ou incompleta e, por isso, não corresponde à realidade. A vontade que assim se formou não seria a mesma se o declarante, no momento da formação da vontade, tivesse tido acesso aos elementos representativos da realidade, tal como ela realmente é. Ter-se-ia formado uma vontade diferente”.

⁷⁴¹ PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 1379-1380.

⁷⁴² MARTÍ MIRAVALLS, *Algunas Reflexiones...*, *op. cit.*, p. 7 explica que a jurisprudência equiparou a não informação (omissão) e a informação insuficiente ao dolo negativo, de forma que ambos – omissão e insuficiência – possuem a mesma conduta de retenção de informação mas em graus distintos.

⁷⁴³ Outro problema trazido por PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 1377-1378, que tem as mesmas consequências jurídicas do vício na vontade, quais sejam, possibilidade de anulação e indenização por interesse negativo, é o caso da celebração de um contrato no qual se observa exploração de uma situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter (art. 282.º, n.º 1 do Código Civil).

⁷⁴⁴ No sistema jurídico espanhol, apesar de não consagrada a nulidade em caso de incumprimento do dever de informação, MAYORGA TOLEDANO, *op. cit.*, pp. 96-97 defende que o incumprimento total da obrigação de prestar informações pode representar conduta dolosa ou gravemente negligente do franqueador, sendo a consequência jurídica a nulidade do contrato, com base nos artigos 1.265.º, 1.266.º, 1 e 1.270.º, 1 do Código Civil Espanhol. Para não prejudicar o franqueado, pode-se defender também a ideia de que ficará a cargo do franqueado a faculdade de anular ou não o contrato. O Tribunal Espanhol, entretanto, afirma só pode haver nulidade quando houver um erro que recaia em um elemento essencial do contrato. Sob essa ótica, não se aceita a assimilação automática entre o incumprimento do dever de informação e sua presunção como vício do consentimento. No sistema português anulabilidade e responsabilidade pelos danos gerados são institutos autônomos, de forma que será possível a existência da anulabilidade, nos casos previstos, independentemente de haver a responsabilização pelos prejuízos. Nesse sentido, Cfr. Tribunal da Relação de Lisboa, julgamento de 27 de setembro de 2007 (Processo n.º 6592/2007-6), Disp. <<http://www.dgsi.pt>>. Ace.: 23, mar. 2018.

⁷⁴⁵ Nesse sentido, MARTÍ MIRAVALLS, *Redes...*, *op. cit.*, pp. 92-96 faz uma análise a respeito dos erros invalidantes. Para o autor, o dever de informação recai sobre a identidade do franqueador; os signos distintivos da rede; o setor de atividade; a experiência do franqueador; as características da franquia e sua exploração, know-how, formação e assistência; investimentos e estimativas de lucro; estrutura e extensão da rede e conteúdo do contrato. O erro sobre a pessoa só é capaz de invalidar o contrato, nos termos do art. 1266.º do Código Civil espanhol, quando essa informação é a causa principal do acordo. Para o autor, o franqueado pode obter dados sobre o franqueador para não incorrer em erro, de forma que, via de regra, deverá suportar caso recaia em erro. Verificar informações a respeito da contraparte é um comportamento exigível a todo contraente, de forma que, em regra, não gera anulabilidade do contrato. Com relação aos signos distintivos, o autor, *Ibidem*, pp. 97-98, afirma que por ser um elemento essencial, pode afetar o objeto do contrato e anulá-lo por vício no consentimento. Quando o erro se dá por o franqueador não ser o titular ou licenciante dos signos distintivos, não é um problema de anulabilidade do contrato mas de nulidade, uma vez que a falta de titularidade registral de uma marca pelo franqueador ou de sua condição de licenciado com direito para autorizar o uso a terceiros pode gerar a nulidade do contrato de franquia por falta de objeto. Já os dados de mercado fornecidos pelo franqueador, seguindo o autor, *Ibidem*, p. 99, geram anulabilidade quando forem feitas estimativas com base em dados subjetivos, sem estudo. Por que a informação objetiva, feita com base em dados verídicos e análise de mercado, não elimina o risco empresarial que deve correr o franqueado por conta própria. Já as informações a respeito dos dados da empresa só se tornam erro que invalida o contrato quando o franqueado crê erroneamente que o franqueador tem uma vasta experiência e, na realidade,

O ordenamento jurídico trata de forma diferente os casos em que há intenção do franqueador em repassar a informação com a finalidade de induzir o franqueado à celebração do contrato, ou não. Quando há finalidade em induzir em erro, o dolo se traduz em vício de consentimento e pressupõe uma infração consciente e maliciosa do princípio da boa-fé pré-contratual, sendo vedado no ordenamento jurídico a conduta enganosa, no intuito de obter vantagens em relação à contraparte⁷⁴⁶. Já a indução negligente em erro por violação de deveres de informação ou lealdade (*misrepresentation*), quando não há intenção ou consciência do engano, mas um fornecimento negligente de informações, o negócio pode ser anulado apenas em determinadas situações, como por exemplo se recair em informação essencial para a vinculação⁷⁴⁷ que altere a realidade jurídica das partes⁷⁴⁸.

Nos casos de invalidação por vício no consentimento, não se põe em causa a validade ou a eficácia do contrato, mas analisa-se o dano proveniente de uma vinculação

é o primeiro ou um dos primeiros franqueados da rede, e desde que os dados fornecidos não pudessem ser verificados pelo franqueado. O know-how, *Ibidem*, pp. 101-102, pode invalidar o contrato por ser um conhecimento secreto. Nessa senda, o potencial franqueado se vincula à rede sem poder verificar previamente as informações a respeito do know-how transmitidas pelo franqueador, de forma que só lhe resta confiar e acreditar na boa-fé do franqueador de que os dados fornecidos são verídicos. Não é um risco que o franqueado deva suportar na medida em que não é possível, no prazo de antecedência, verificar as informações fornecidas pelo franqueador. O erro pode gerar o vício de consentimento e levar à anulabilidade do contrato de franquia. Se o know-how for inexistente, cabe a nulidade do contrato por falta de objeto. Já se a transmissão não foi completa há um incumprimento contratual do franqueador e não de vício no consentimento. Já com relação aos investimentos, *Ibidem*, p. 104-105, quando forem específicos da rede, de conhecimento único do franqueador, pode-se exigir anulabilidade por vício no consentimento. Já os investimentos genéricos do mercado, ainda que significativos, quando pudessem ter sido comprovados pelo franqueado, não gerarão anulabilidade, pois acredita-se que o franqueado deveria assumir o risco e suportá-lo. SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 219 lembra que no Direito Espanhol o declarante não pode alegar erro quando podia e evitar se atuasse com a devida diligência.

⁷⁴⁶ MARTÍ MIRAVALLS, *Algunas Reflexiones...*, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁴⁷ VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 81-82 caracteriza como elementos essenciais todos aqueles que interessam ao tipo, como por exemplo a respeito de aspecto financeiros do negócio, perspectivas de lucro futuras e etc. Para o autor, sempre que a informação falsa prestada pelo franqueador tiver sido determinante para o estabelecimento da relação jurídica (como por exemplo o franqueador que passa informações de mercado alteradas para justificar o pagamento de uma taxa inicial elevada) ela trará ao franqueado o poder de anular ou resolver o contrato, além de ser indenizado por todos os gastos realizados para efetivação do negócio. SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 119 considera que o erro sobre a pessoa do declaratório e sobre o objeto do negócio (art. 251.º, CC), sobre os motivos que as partes tenham reconhecido como essenciais (art. 252.º, n.º1 CC) são anuláveis ainda que o erro não seja desculpável ou que o declaratório não tenha percebido, já o erro sobre as circunstâncias que constituem a base do negócio, ou seja, sobre elementos essenciais para o declarante, serão anuláveis desde que o declaratório conheça ou deva conhecer a essencialidade desse elemento.

⁷⁴⁸ PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, pp. 1383-1384 esclarece que no caso de violação do dever pré-contratual de informação, o sujeito lesado deve ser colocado na situação que estaria se tivessem sido cumpridos os deveres, ou seja, se tivesse recebido uma informação correta. É uma indenização pelo dano da confiança da informação, considerada, também, como interesse no cumprimento do dever pré-contratual de informação. Não se pode colocar o sujeito na situação em que estaria se não lhe tivesse sido fornecida nenhuma informação, nem no interesse positivo na existência dos fatos que a informação se referia.

indesejada⁷⁴⁹. O próprio contrato é o dano⁷⁵⁰ e a celebração é o evento lesivo. Ocorre quando, por exemplo, o franqueador age de má-fé e descumpre os deveres de lealdade e informação para levar o franqueado à contratação, de tal forma que se o franqueador tivesse observado os deveres pré-contratuais, o contrato não teria sido celebrado⁷⁵¹. Nesses casos, se o franqueado optar pela anulação do negócio e cumular com a indenização, esta deverá reconstituir a situação para o momento anterior ao ato lesivo⁷⁵², que é justamente o interesse contratual negativo⁷⁵³.

Nas hipóteses de *culpa in contrahendo* pela violação de deveres de informação, aceita a doutrina⁷⁵⁴ a indenização de todos os danos sofridos. Nessa via, quando celebrado um contrato válido, mas indesejado ou não correspondente às expectativas, por conta de uma violação no dever pré-contratual de informação, cabe a indenização pelo interesse contratual negativo não limitado ao interesse contratual positivo. Como se trata de uma questão de vício na vontade, é possível suscitar a anulação do contrato⁷⁵⁵, sendo o ressarcimento do interesse negativo cumulado com a revogação do contrato indesejado⁷⁵⁶.

Quando o vício na fase pré-contratual incide em um contrato já celebrado, mas puder provocar a sua anulação, o que geralmente ocorre quando há “informação insuficiente ou deturpada fornecida pelo lesante ou no aproveitamento da situação de necessidade ou de inferioridade do lesado”⁷⁵⁷, mas a parte lesada decidir pela convalidação do contrato, a indenização deve repor o equilíbrio, através da redução de prestação, correspondendo à efetivação do interesse contratual positivo⁷⁵⁸.

De outro modo, existem os casos em que o franqueador atua de má-fé e não observa os deveres de conduta impostos, mas, mesmo sem o evento lesivo, o franqueado

⁷⁴⁹ MARTÍ MIRAVALLS, *Redes...*, *op. cit.*, p. 95 explica que para ter potencial suficiente para anular o contrato, o erro deverá ser essencial e escusável.

⁷⁵⁰ PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 881.

⁷⁵¹ Quando o lesante comete o ilícito para induzir o lesado à celebração do contrato.

⁷⁵² O que a doutrina defende por reconstituição natural. Sobre isso, PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 1411 e ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 215.

⁷⁵³ PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 1362. O mesmo se aplica aos contratos nulos ou ineficazes, em que, segundo *Ibidem*, p. 1131 “a indemnização teria de corresponder ao interesse contratual negativo, para não se chegar a um resultado equivalente ao que o sistema jurídico repudia, por isso prevendo a invalidade ou a ineficácia do negócio”.

⁷⁵⁴ PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 1135 e SILVA, Eva Sónia Moreira da, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, pp. 209-216.

⁷⁵⁵ Vide art. 253.º, n.º 1 do Código Civil.

⁷⁵⁶ PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 1284 afirma que o evento lesivo não consiste na anulação do contrato, pois a lei permite que o errante anule o contrato mesmo em caso de erro culposo.

⁷⁵⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 214.

⁷⁵⁸ Segundo PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 1131.

ainda assim teria concluído o negócio. Aqui, o negócio celebrado em conformidade com todos os deveres pré-contratuais seria diferente do celebrado com vícios, e, provavelmente, teria um conteúdo mais favorável à parte lesada. Nesses casos, seguindo o art. 562.º do Código Civil, deve-se colocar o lesado na situação em que estaria se o negócio vantajoso tivesse sido concluído⁷⁵⁹, havendo uma modificação do contrato para as condições do negócio hipotético.

Os casos de nulidade⁷⁶⁰ do contrato levam geralmente à proteção do interesse contratual negativo, uma vez que a celebração do contrato contraria a ordem jurídica⁷⁶¹. Isso porque, nas palavras de Ferreira de Almeida, não se pode “pretender que a indemnização pudesse incluir a compensação pela frustração de um resultado que, nas circunstâncias, seria objectivamente inatingível” e que “redundaria afinal na obtenção de um resultado equivalente àquele que o sistema jurídico repudia”⁷⁶².

O certo é que não existe uniformidade na doutrina ou jurisprudência com relação à medida da indenização na responsabilidade pré-contratual. Observa-se, portanto, que a regra geral de proteção nas hipóteses de *culpa in contrahendo* apoiam a extensão do dano aos interesses negativos, constituindo-se o interesse positivo uma exceção que se verifica, principalmente, em casos de efetiva obrigação de contratar⁷⁶³, e em casos de convalidação dos contratos anuláveis, quando a anulação do negócio representa maior prejuízo ao lesado.

O que importa salientar, nessa medida, é que a promoção da transparência nas relações negociais é, hodiernamente, cada vez mais defendida nos ordenamentos jurídicos. De tal forma que, mesmo nos casos de atipicidade do contrato, o legislador busca

⁷⁵⁹ *Ibidem*, pp. 1412-1413 – reconhecido, pelo autor, como um interesse contratual positivo relativo a negócio diverso. Salienta o autor que a nomenclatura (positivo) nesses casos levam a uma interpretação ambígua. Pois não se busca colocar o lesado na situação em que estaria pelo cumprimento do mesmo contrato, mas sim do contrato diferente que existiria se os deveres tivessem sido observados. O interesse positivo, nesses casos, leva o lesado a situação diversa.

⁷⁶⁰ A nulidade, para RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema...*, *op. cit.*, p. 226 visa a garantia da “integridade e coerência normativas de um sistema jurídico que reconhece a autonomia privada”. V. art. 284.º e 290.º do Código Civil

⁷⁶¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 214 considera que a indenização por interesse positivo poderá ocorrer nos casos de contrato anuláveis que não são anulados e nos casos de nulidade por falta de forma quando há um acordo pré-contratual final, sendo os outros casos de nulidade protegidos pelo interesse negativo. Em sentido contrário, NASCIMENTO, *op. cit.*, pp. 179-262 e p. 260 considera que alguns contratos nulos podem ser indenizados pelo interesse positivo, por ser a melhor forma de proteger o confiante lesado.

⁷⁶² ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 215. Da mesma forma se posiciona PINTO, Paulo Mota, *Interesse...*, *op. cit.*, p. 1227.

⁷⁶³ E, aqui, coloca-se em causa a própria existência de uma relação pré-contratual.

instrumentos para efetivá-la como direito, seja impondo deveres de atuação de acordo com a boa-fé, seja determinando consequências jurídicas específicas para o seu incumprimento. Como consequência, o franqueador está obrigado à deveres pré-contratuais que se manifestam através da boa-fé, e não cumprimento dessas obrigações, ainda que não estipuladas legalmente, gera o dever de indenizar a parte lesada.

CONCLUSÃO

Ante a falta de regulação no sistema português, a franquia é uma modalidade contratual propícia a padecer de vícios na sua formação. Isso ocorre, fundamentalmente, porque as partes autorregulam seus interesses respaldadas pelo princípio da liberdade contratual. Os problemas surgem quando verificado que os contraentes não observaram determinados deveres pré-contratuais que limitam a autonomia privada. O não cumprimento de certas imposições, como o dever de agir de boa-fé na formulação do contrato, gera consequências jurídicas que se convertem em responsabilidade civil pré-contratual ao causador do dano, prevista no ordenamento jurídico português por meio do artigo 227.º do Código Civil.

As questões a respeito do surgimento do contrato de franquia e da sua concepção como contrato autônomo já não são fonte de divergências doutrinárias. O que se põe em causa, quando analisadas as questões iniciais do contrato de franquia, é a efetiva transmissão do *know-how* que, atrelada à concessão de licença de marca e dos signos distintivos, se caracteriza como principal elemento do *franchising*, e o abuso do poder de controle do franqueador sob o negócio do franqueado, que coloca em causa a validade do contrato e traz a possibilidade de sua desvirtuação para um contrato de trabalho, teoria defendida pelo direito francês e alemão.

Maior debate encontra-se na nova concepção da transparência defendida no Direito público e privado. O tema ganhou visibilidade no direito administrativo, o qual inicialmente formulou a ideia da transparência como um princípio evolutivo da democracia defendendo não existir poder legitimamente desenvolvido sem transparência, exigindo-se dos órgãos e gestores públicos o agir cristalino. A nova cultura de vigilância cidadã ultrapassou os limites públicos e estabeleceu-se como critério de legitimidade também no Direito privado. Nas relações contratuais, a transparência promove a confiança entre as contrapartes. Para sua efetivação, torna-se necessária a observância de determinados deveres que se manifestam através do agir de forma ética e leal.

A fase pré-contratual diligente, que observa a atuação leal e correta, favorece a vinculação equilibrada e torna-se uma das principais garantias de que o negócio jurídico subsequente será válido. Em contrapartida, o contrato mal formulado, que padece de vícios

na sua gênese, trará reflexos nocivos que se manifestarão durante a vigência do contrato, estendendo-se à fase pós-contratual.

O equilíbrio entre as partes na formação do contrato pode ser alcançado através da simetria informativa. Por meio dela, o Direito não busca equiparar o poder econômico dos contraentes, mas fornecer meios para que essa disparidade não se torne fator de vícios contratuais. Dessa forma, no Direito privado, em especial em matéria de contratos, a defesa da transparência se materializa desde a fase preliminar através do dever de informação, pelo qual os contraentes devem informar sua contraparte a respeito de qualquer fato ou dado que possa influenciar a decisão de contratar.

Garantindo-se que as partes tenham conhecimentos adequados, e que a deficiência informativa de um dos contraentes não o leva a uma “vinculação às cegas”, torna-se possível a criação de acordos que preservam interesses mútuos. Por conseguinte, a regulação da fase pré-contratual dificulta a atuação abusiva da parte que possui privilégios informativos, e minimiza o uso dessa vantagem como instrumento de imposição de cláusulas desfavoráveis à parte mais débil da relação.

Em vista da necessidade de se garantir o equilíbrio de conhecimentos no momento da contratação, como requisito para a efetivação da vinculação consciente, o Direito propôs o dever de informação também nas relações entre empresários. No contrato de franquia, considera-se o franqueado como parte que carece maior proteção, posto que o franqueador naturalmente se encontra em vantagem informativa e econômica. Isso ocorre por ser o franqueador o detentor dos conhecimentos técnicos da atividade e o criador da “fórmula de sucesso” que sustenta a rede empresarial. A falta de informação atinge de forma muito mais significativa o franqueado, de modo que a vinculação inconsciente gerada pelo desconhecimento se torna um grande fator de risco à validade da vinculação.

Os vícios gerados na fase preliminar, em regra, permanecerão ocultos por muito tempo, o que leva o franqueado a despender valores significativos para colocar o negócio em marcha baseado em uma expectativa irreal de sucesso. Os danos são, na maioria das vezes, irreversíveis, o que dificulta a restauração ao *status quo* anterior à lesão.

Os efeitos nocivos do desequilíbrio de partes no Direito Português são agravados pelo vácuo legal a respeito do dever de informação no contrato de franquia. Defende-se, portanto, que a criação de um marco legal com a delimitação das obrigações preliminares no *franchising* diminuiria significativamente os litígios que chegam ao judiciário,

conferindo maior segurança nas contratações, a exemplo de outros ordenamentos jurídicos que trazem tal previsão legal, evidenciando-se Espanha (RD n.º 201/2010), França (art. R-330-1 e L-330-3 do Código Comercial), Itália (Lei n.º 129/2004) e Brasil (Lei n.º 8955/94).

Diante da complexidade dos contratos de *franchising*, e do seu enquadramento como relação jurídica duradoura pautada na confiança entre as partes, reconhece-se que o dever de informação deve recair sobre dados necessários para que o franqueado visualize o sistema e, assim, esteja em condições de propor modificações que atendam aos seus interesses. São consideradas informações relevantes para a formação da vontade: as relativas à identidade e características do franqueador, as condições de titularidade e uso da marca, a descrição do setor de atividade do negócio objeto da franquia, a experiência da empresa franqueadora, o conteúdo e características da franquia, a extensão da rede e os elementos essenciais do acordo.

Através do presente estudo foi possível identificar que embora sejam observadas relevantes diferenças entre os ordenamentos, preponderam os pontos em comum, sendo possível evidenciar maior ou menor abrangência das leis quanto à proteção das informações consideradas relevantes.

A proteção do franqueado conferida pela Lei italiana ganha destaque no que concerne os prazos estabelecidos. Nesse sentido, a Lei n.º 129/2004 obriga o franqueador a fornecer ao potencial franqueado o registro dos demonstrativos financeiros da empresa nos três anos anteriores à entrega do documento. Brasil e França, de forma menos abrangente, preveem a demonstração financeira dos últimos dois anos, sendo a Lei Espanhola ainda mais branda, com a previsão de um ano.

Com relação à variação de franqueados na rede – número de estabelecimentos em exercício, números de franqueados que deixaram de fazer parte da rede com o respectivo motivo – a Lei italiana exige a indicação dos dados referentes aos últimos três anos, novamente mais cautelosa quando em comparação com os demais ordenamentos: dois anos (Espanha) e um ano (Brasil e França).

Quanto ao prazo de antecedência da entrega do documento informativo, o sistema italiano prevê que seja entregue 30 dias antes da assinatura do contrato. Em Espanha e França o prazo é de 20 dias enquanto no Brasil é 10 dias. A falha do legislador italiano, que se assemelha a do francês, é não prever a entrega com antecedência à assinatura do

pré-contrato de franquia, o que sugere que poderá ocorrer a vinculação do potencial franqueado através de um contrato-promessa sem que receba informações preliminares.

Mantendo-se a discussão no que se refere aos prazos, um dos pontos mais polêmicos do documento informativo é o que prevê a informação de processos judiciais que envolvam o franqueador, a rede, e/ou a marca. Por meio dela, permite-se que o potencial franqueado conheça a reputação do franqueador e verifique as ações que podem afetar a atividade. O ordenamento brasileiro é o que melhor dispõe a respeito dessa obrigação, impondo a informação sobre todas as pendências judiciais que envolvam franqueador, empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direito autorais, e que questionem o sistema de franquia ou possam impossibilitar o seu funcionamento. A Lei italiana exige a informação dos procedimentos judiciais concluídos nos últimos três anos, isto é, sobre os quais já não caiba a interposição de recurso. Por sua vez, a Lei espanhola, prevê, brevemente, a informação das eventuais medidas judiciais que afetem a titularidade ou uso da marca, mas permanece omissa com relação aos demais procedimentos que envolvam franqueador e sua rede. A Lei francesa nada dispõe sobre essa questão.

Importa questionar, nesse ponto, a suficiência das informações previstas pelas Leis em análise. A Lei Modelo UNIDROIT disciplina o dever de informar as ações civis relativas à fraude, declaração tendente a conduzir a erro e outras, a semelhança da Lei Estado-unidense. A importância da abrangência conferida pela Lei Modelo se torna evidente ao passo que o franqueador pode ser declarado culpado por fraude em atividades comerciais diferentes realizadas antes da atual atividade. Essas informações permitem que se trace um perfil do franqueador enquanto empresário, e que o franqueado possa decidir se deseja depositar sua confiança na relação, e em que medida pretende assumir os riscos.

Partindo-se para as conclusões a respeito do conteúdo do documento informativo, através da presente análise foi possível identificar que Lei brasileira é a que de forma mais abrangente dispõe a respeito das informações pré-contratuais sobre o conteúdo do futuro contrato e das obrigações a serem assumidas pelas partes, inclusive atendendo a questões relativas a fase pós-contratual, aproximando-se das cautelosas disposições criadas pela Lei Modelo.

Em contrapartida, semelhante à Lei italiana, a Lei brasileira falha quanto à descrição do setor de atividade. Essa informação abarca questões relativas ao número de empresas concorrentes presentes no setor, ao estudo de mercado e da clientela que o

potencial franqueado poderá angariar na extensão geográfica que lhe é atribuída, a estatísticas financeiras, e etc. Tais obrigações, previstas de forma cautelosa pela Lei francesa e de maneira menos abrangente pela espanhola, permitem que o potencial franqueado conheça a atividade que efetivamente irá desenvolver por meio de uma perspectiva do que encontrará na prática.

Percebe-se, através da análise comparada, que nenhum ordenamento aborda todas as questões de forma efetiva, encontrando-se falhas e vantagens que os diferenciam e os aproximam. Deve estar claro que independente da proteção mais ou menos abrangente, o franqueado deve encontrar resguardo na fase preliminar que o coloque em posição de conhecer o negócio antes de estar contratualmente vinculado.

Em realidade, para que se verifique o ideal equilíbrio não basta que o franqueado seja informado, mas que efetivamente entenda as obrigações as quais se vinculará. Através dessa garantia, evita-se que o contraente confie apenas no sucesso empresarial aparente, ludibriando-se com a ideia de pertencer a uma rede com elevado prestígio, que, após a vinculação, descobre não condizer com a realidade.

Assim, a ausência ou insuficiência do dever informativo que causar prejuízos ao contraente mais frágil pode trazer consequências jurídicas ao causador do dano, pautadas no instituto da culpa *in contrahendo*. De tal forma, destaca-se a responsabilidade pré-contratual em três casos distintos: 1) Na ruptura injustificada das negociações; 2) Na celebração de um contrato nulo ou inválido; 3) Na celebração de um contrato perfeitamente válido, mas que apresenta um dano que merece ser ressarcido.

A regra que se estabelece é a do ressarcimento do dano pelo interesse negativo, aceita pela maior parte da doutrina em Portugal e em outros países como França e Itália. A responsabilidade pré-contratual pelo interesse positivo é defendida em casos excepcionais, em especial nos contratos convalidados, quando a parte lesada decide manter a relação contratual, devendo ser garantido que a relação se execute da forma como ocorreria se o contrato fosse perfeitamente válido.

A ruptura injustificada das negociações gera ao franqueado o direito a ser indenizado pelo interesse negativo, traduzido em danos emergentes (gastos efetivos que teve para tentar colocar em marcha o negócio) e lucros cessantes (as oportunidades que efetivamente e comprovadamente perdeu por confiar legitimamente na celebração do negócio). O interesse negativo, nesse caso, atende à defesa da autonomia privada, de tal

forma que a parte possa desistir a qualquer momento, desde que indenize a sua contraparte por todos os danos que lhe causará e que o dano esteja ligado, por meio de um nexo de causalidade, à ruptura de confiança.

Já na celebração de contratos nulos ou anuláveis, como regra geral haverá a indenização pelo interesse negativo, pois a relação jurídica deixará de existir, devendo a parte ser colocada na situação que estaria se não tivesse iniciado as negociações. A parte lesada não será prejudicada, pois todos os gastos efetuados para a concretização do negócio serão indenizados pela contraparte, no sentido de que o interesse negativo não será limitado pelo interesse positivo. Assim, conforme defende Paulo Mota Pinto, quando o sujeito lesado anular o negócio, poderá solicitar indenização complementar pelos danos não removidos pela anulação.

Conclui-se, dessa forma, que as partes estão vinculadas ao dever de boa-fé desde as negociações preliminares. A informação torna-se um importante instrumento de tutela não só da parte em desequilíbrio, mas do correto funcionamento do mercado, na medida em que, conforme salienta Cassiano dos Santos⁷⁶⁴, o mercado se constitui como um sistema de troca de mensagens que só funciona corretamente se a informação estiver equilibradamente distribuída. Assim, através da observância da boa-fé e da transparência, permite-se que as partes atuem com verdade e lealdade, e formem uma vinculação que atende aos objetivos prosseguidos por ambos os contraentes.

Na medida em que se considera que a fase preliminar representa significativo avanço na tutela dos interesses das partes, da formação de uma válida vinculação contratual e de prevenção de problemas futuros, evidencia-se a importância que deve ser dada à regulação da fase pré-contratual. A decisão racional do contraente está intimamente ligada à simetria informativa e ao equilíbrio contratual na formação do negócio jurídico. É natural, portanto, que recaia sobre o contraente com maior poder econômico e informativo o dever de fornecer informações e prestar esclarecimentos à parte em desvantagem.

⁷⁶⁴ SANTOS, *op. cit.*, p. 180.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Isabel Maria de Oliveira. *O Contrato de Franquia (Franchising)*, in *O Direito*. Lisboa, ano 123, abr./set., 1991, pp. 319-383.

ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. *Contrato de Franquia e Direitos de Propriedade Intelectual*, in *Lusíada, Direito*. Porto, nº 3. 1º sem, 2011, pp. 39-62.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ALMEIDA, Fernando Pinto de. *O Contrato de Franquia*. Disponível em: <http://www.trp.pt/ficheiros/estudos/pintodealmeida_contratofranquia.pdf>. Acesso em: 25. Abr. 2018.

AMARAL, Maria Lúcia. A Protecção da Confiança. In: GOMES, Carla Amado (org.). *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, julho 2012, p. 21-29. Disponível: <www.icjp.pt>. Acesso em: 15, mai. 2018.

AMOROSO, Marisa. *Il Franchising e le Strategie di Brand*, in *Sinergie Journal*, 2012. Disponível em: <www.sinergiejournal.it> Acesso em: 25, abr. 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé*, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 60, n. II. Lisboa, abril de 2000, pp. 573-595.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE FRANCHISING. Disponível em: <<http://www.associacaofranchising.pt/>>. Acesso em: 08, nov. 2017.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*. Parede: Principia, 2017.

BENSOUSSAN, Hubert. *Le Droit de la Franchise*. 2. ed. Vendôme: Apogée, 1999.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 10. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BESSIS, Philippe. *Le Contrat de Franchisage*. Paris: Montchrestien, 1990.

CALIXTO, Margarida Mendes; PIZARRO, Sebastião Nóbrega. *Contratos Financeiros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2018.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CLÉMENT, Jean-Paul. *La Franchise: 20 ans de jurisprudence*. Paris: Institut des Réseaux Européens de Franchise et de Partenariat, 1994.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1998.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Direito Comercial*. 4. ed. rev. atual. Aumentada. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *Do Contrato de Franquia (franchising): da autonomia privada versus a tipicidade negocial*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 48, 1988.

_____. *O Contrato de Agência e a Boa-Fé*, in *Actas do Colóquio de Distribuição Comercial: nos 30 anos da lei do contrato de agência*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 7-20.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Contrato Promessa: uma síntese do regime vigente*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura das Negociações*. Coimbra: Almedina, 2006.

DELEBECQUE, Philippe; DUTILLEUL, François Collart. *Contrats Civils et Commerciaux*. Paris: Dalloz, 2015.

DÍAS, Odavia Bueno. *Franchising in European Contract Law: a comparison between the main obligations of the contracting parties in the principles of European Law on Commercial Agency. Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC) French and Spanish law*. European Legal Studies. Vol. 8. Munich: Sellier European Law Publishers, 2007.

DUTRA, Delamar José Volpato; FELDHAUS, Charles. *Habermas e Interloquções*. São Paulo: DWW, 2012. n.p.

ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A. *El Contrato de Franquicia: definición y conflictos em las relaciones internas*. Madrid: Ciencias Juridicas, 1995.

FARIA, Maria Teresa Barbot Veiga de. *Paraísos Fiscais: Formas de Utilização e Medidas de Combate à Evasão Fiscal*, in *Ciência e Técnica Fiscal: Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos*, nº 409-410, Coimbra, jan./jun., 2003, pp. 87-116.

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

_____. *Uma Terceira Via no Direito da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

FRIGNANI, Aldo. *Franchising: La Nuova Legge*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

GARCÍA RUBIO, Maria Paz. *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*. Madrid: Tecnos, 1991.

GODIN, Rodolphe. *L'application au contrat de franchise de la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle: Analyse critique et perspectives: la quête d'un équilibre*. Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2013. Disponível em : <<https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A1829>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GÓMEZ ASENSIO, Carlos. *Los Deberes derivados de la buena fe como limite al poder de dirección del cabeza de red*. Programa de Doctorado de Derecho Mercantil y de los Negocios da Universidad de Valencia. 2013.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro Ramón. *La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y la Responsabilidad en la Acción Pública*, in *Revista del Consejo Escolar del Estado*. nº 3, vol. 2, 2013, pp. 35-44. Disponível em: <<https://sede.educacion.gob.es/publivena/d/16168/19/0>>. Acesso em: 14, mar, 2018.

GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo. *Código Civil: anotado*. vol.1. Lisboa: Quid Juris, 2015.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II. 5ª edição. Coimbra. Almedina. 2013.

GRUNDMANN, Stefan; KERBER, Wolfgang; WEATHERILL, Stephen. *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*. De Gruyter: Berlin, 2012.

IANNOZZI, Pierpaolo; PANDOLFINI, Valerio; TRIPODI, Enzo. *Il Manuale del Franchising: La disciplina normativa, la giurisprudenza e i modelli contrattuali*. Milano: Cosa & Come, 2005.

JHERING, Rudolf Von. *Culpa In Contrahendo ou Indenização em Contratos Nulos ou não Chegados à Perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008.

JONES, Paul; WULFF, Erik. *Franchise Regulation in China: Law, Regulations and Guidelines*, in *Franchise Law Journal*. vol 27. nº. 1, 2007. Disponível em: <<http://www.jonesco-law.ca/89/files/pdfs/PFR%20-%20Final%20article%20-%20July%2017%202007.pdf>>. Acesso em: 08, mai. 2018.

LACAYO ARANA, Maria Alejandra. *La Buena Fe em el Control de Incorporación de las Condiciones Generales de la Contratación*. Tesis Doctoral. Salamanca, 2012. Disponível em: <https://gedos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124166/1/DDP_LacayoAranaMariaAlejandra_Tesis.pdf>. Acesso em: 23, mar. 2018.

LA FONTAINE, Francine. *Franchising: directions for future research*, in *International Journal of the Economics of Business*, nº.1. vol. 21, pp. 21-25, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/13571516.2013.864124>> Acesso em: 04, out. 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. vol. I. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

LLOBET I AGUADO, Josep. *El Deber de Información en la Formación de los Contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

MANRIQUE TORRES, Jorge Isaac. *Una Mirada Crítica a los Derechos a la Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas*, in *Derecho y Cambio Social*. ISSN: 2224-4131. Depósito legal: 2005-5822. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5475843.pdf>>. Acesso em: 14, mar. 2018.

MANUAL de Franchising: tudo o que precisa saber para escolher uma marca, gerir o negócio ou fazer expandir a sua rede. Porto: Bertrand, 2001.

MARCHAND, Jennifer. *Réflexions Sur le Príncipe de Transparence*, in *Revue du Droit Public*, n.º. 3, mai./jun., 2014, pp. 677-703.

MARTÍ MIRAVALLS, Jaume. *Algunas Reflexiones Sobre el Error Invalidante como del Consentimiento en el Contrato de Franquicia: comentario a la STS de 27 de febrero 2012*, in *Revista de Derecho Mercantil*. n.º. 284, 2012, pp. 399-423.

_____. Aproximación a la Ley Modelo UNIDROIT sobre Franquicia. In: BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Contractual Europeo*. Barcelona: Bosh, 2009, pp. 391-403.

_____. *El Deber de Transparencia en la Introducción de una Red de Franquicia en Italia*, in *Revista de Derecho Mercantil*. n.º. 264-265, 2007, pp. 647-664.

_____. *Los Códigos de Conducta en las Redes de Franquicia: el modelo americano versus el europeo*, in *Revista de Derecho Mercantil*. n.º. 269, 2008, pp. 949-994.

_____. *Redes de Franquicia*. Porto: Juruá, 2018.

_____; RUIZ PERIS, Juan Ignacio. *Deberes de información precontractual respecto a contratos de colaboración comercial: la nueva Ley belga de transparencia en redes*, in *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. n.º. 17, 2006, pp. 25-37.

_____. *La Reforma del Régimen de Transparencia en Materia de Franquicia: un Paso Adelante y una Ocasión Perdida*, in *Revista de Derecho Mercantil*. n.º. 262, 2006, pp. 1355-1399.

MARTINS, António Carvalho. *Responsabilidade Pré-contratual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARZORATI, Osvaldo J. *Franchising*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. *El Contrato Mercantil de Franquicia*. 2. ed. Granada: Comares, 2007.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *La Oferta Contractual*. Navarra: Aranzadi, 1998.

MONSALVE CABALLERO, Vladimir. *La Ruptura Injustificada de los Tratos Preliminares*. Tese de Doctorado en Nuevas Tendencias del Derecho Privado da Universidad de Salamanca. Salamanca, maio 2018. Disponível em: <https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18494/1/DDP_Ruptura%20injustificada%20de%20los%20tratos%20preliminares.pdf>. Acesso em: 08, mar. 2018.

MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de Agência: anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86 de 3 de julho*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Contrato de Agência: Anteprojecto*, in Boletim do Ministério da Justiça. n.º 360, 1986, pp. 43-139.

_____. *Contratos de Agência, de concessão e de franquia (franchising)*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. Coimbra, s.n., 1989.

_____. *Contratos de Distribuição Comercial*. Coimbra: Almedina, 2009.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

MORAIS, Silvia Filipa Borges. *Direito Aplicável ao Contrato Internacional de Franquia*, in Themis, Lisboa, ano 11, n.º 20/21, 2011, pp. 279-318.

NASCIMENTO, Paulo Fernando Modesto Sobral Soares do. A Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações e a Recusa Injustificada de Formalização do Contrato. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 179-262.

NÈGRE, Claude. *La Franchise*. 2. ed. Paris: Vuibert, 2004.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PILAR SEGURA, Lorena del. *Alcances de la Confianza Legítima en el Derecho Privado Colombiano*, in Cuadernos de la Maestría en Derecho, n.º 3, 2015. Disponível em: <<http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/428>>. Acesso em: 08, mai. 2015.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Business Law: A Code Study (the commercial code of Macau)*. Coimbra: Imprensa de Coimbra, 2004.

_____. *Cessação de Acordos de Distribuição no Direito Português: resenha de jurisprudência recente sobre prazos de denúncia e indemnização de clientela*, in Revista Jurídica Portucalense. n.º 18, Porto, 2015.

_____. *Da Franquia de Empresa: franchising*, in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 73, 1997, pp. 251-278.

_____. *Direito da Concorrência e Liberdade de Empresa*, in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 89, t. 2, 2013, pp. 631-665.

_____. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Distribuição Online e Concorrência: as restrições verticais no mercado digital*, in Actas do Colóquio de Distribuição Comercial: nos 30 anos da lei do contrato de agência. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, pp. 179-193.

_____. *Transparency in Business Network – Pre-contractual Disclosure Obligations in Franchise Agreements*, in Estudo Geral, Coimbra, 2014. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28751>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A Responsabilidade Pré-negocial Pela Não Conclusão dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1963.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Sobre a Proibição do Comportamento Contraditório (Venire Contra Factum Proprium) no Direito Civil*, sep. Boletim da Faculdade de Direito, vol. Comemorativo. Coimbra: [s.n.], 2002.

PORTO, Paulo Lopes; MARIA, Santiago Barbadillo de. *Franchising passo a passo*. n. 1. Julho 2003. Porto: Edições Ipam, 2003.

PRATA, Ana. *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra: Almedina, 2002.

REINA GUICHOT, Emilio. *Transparencia y Acceso a la Información Pública en España: análisis y propuestas legislativas*, in Laboratorio de Alternativas, documento 170, 2011. Disponível em: <http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/al_d04f2c5f4e94e441966c1b79f39fa3.pdf>. Acesso em: 14, mar. 2018.

RIBEIRO, Ana Paula. *O Contrato de Franquia (franchising) no Direito Interno e Internacional*. Lisboa: Tempus editores, 1994.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

_____. *O Problema do Contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Responsabilidade Pré-Contratual: Breves anotações sobre a natureza jurídica e o regime. In: CAMPOS, Diogo Leite de. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de Franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *O Contrato de Franquia, in Direito e Justiça*. Vol. 19. Tomo 1, 2005.

RICO RUIZ, Catalina Ruiz. *El Contrato de Franquicia y sus Limites Jurídicos: problemática actual*. Valencia: Tirant, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *El principio General del Derecho de Confianza Legítima, in Revista de Ciencia Jurídica da Universidade de Guanajuato*. Ano 1, nº 4, 2013, pp. 59-70.

ROSA, Alberto Lopes da. *A Evolução Do Contrato De Franquia Empresarial No Direito Brasileiro E Soluções Para Um Desequilíbrio Congênito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f8e59f4b2fe7c570>>. Acesso em: 21, fev. 2018.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio. *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*. Navarra: Aranzadi, 2000.

RUTGERS, Jacobien W. Los Contratos de Agencia, Franquicia y Distribución em el DCRF. In: BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Contractual Europeo*. Barcelona: Bosh, 2009, pp. 311-320.

SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português: Dos actos de comércio às empresas (o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português)*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le Obbligazioni*. Vol. 2. Traduzione di Giovanni Pacchioni. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1915.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. Algumas Notas sobre a Reforma do BGB no Âmbito da Responsabilidade Pré-Contratual: o §311. In: CAMPOS, Diogo Leite de. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 869-889.

_____. *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres de Informação*. Coimbra: Almedina, 2006.

SILVA, Suzana Tavares da. O Princípio da Transparência: da Revolução à Necessidade de Regulação. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de; SILVA, Suzana Tavares da. (coord.). *As Reformas do Sector Público: Perspectiva Ibérica no Contexto Pós-crise*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

SIMÕES, M. Barata. *Franchising: franquia, inovação e crescimento*. Lisboa: Texto Editora, 1991.

SERRABONA-GONZÁLEZ, Francisco Javier Pérez. *El Contrato de Franquicia: Un nuevo modelo de negocio para las nuevas tendencias y necesidades del mercado*. Tese de doutorado, Granada, 2014.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Princípio da Transparência no Direito Financeiro*, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. V.VIII. Rio de Janeiro, 2001, pp. 133-156.

VACCÀ, Cesare. *Gli Accordi di Franchising, il Controllo Sulla Formazione del Contratto e le Condizioni di Fini Rapporto*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, nº 4.1, Milano, 1990, pp. 243-264.

VALENTE, Enrico. Responsabilità e Tutela. In: GABALLO, F; GIANCRISTOFARO, A.; LIMONTA, G.; VACIAGO, G.; VALENTE, E. *Il Nuovo Contratto di Franchising: guida pratica della nuova disciplina*. Dogana: LegaleCivile, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. vol. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O Contrato de Franquia (Franchising)*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VICENTE, Dario Moura. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2001.

VIEIRA, José Alberto. *Negócio jurídico: anotação ao regime do Código Civil (artigos 217º a 295º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

VILAR, António. *Franchising: a lei e a prática*. Organização António Vilar. Maia: Vida Económica, 2008.

LISTA DE LEGISLAÇÕES, NORMAS, DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADOS

BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08, out. 2017.

_____. Código Penal, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19, abr. 2018.

_____. Lei n. 8.955/94, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm>. Acesso em: 05, set. 2017.

BÉLGICA. Code de Droit Economique. Disponível em: <<http://www.eff-franchise.com/Data/Belgium%20Precontractual%20Disclosure%20in%20French.pdf>>. Acesso em: 8, mai. 2018.

ESPANHA. Ley n. 7/1996, 1996. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1072>>. Acesso em: 02, fev. 2018.

_____. Real-Decreto n. 201, 2010. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-4175>>. Acesso em: 02, fev. 2018.

ESTADOS UNIDOS. *Franchising Rule*. Disponível em: <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=6337e93cc3fff6a21dc70a692359ae41&mc=true&node=se16.1.436_15&rgn=div8>. Acesso em: 22, mai. 2018.

EUROPEAN CODE OF ETHICS FOR FRANCHISING. Disponível em: <<http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique13>>. Acesso em: 05, set. 2017.

FRANÇA. Code de Commerce. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>>. Acesso em: 13, fev. 2018.

ITÁLIA. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>>. Acesso em: 07, abr. 2018.

_____. Legge 6 de maggio 2004, n. 129. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/04129l.htm>>. Acesso em: 13, fev. 2018.

MACAU. Código Comercial. Disponível em:
<<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/31/codcompt/codcom0601.asp#13t8>>. Acesso em: 21, jun. 2018.

MÉXICO. Ley de la Propiedad Industrial. Disponível em:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50_130318.pdf>. Acesso em: 20, mai. 2018.

MODEL FRANCHISE DISCLOSURE LAW. Disponível em:
<<https://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>>.
Acesso em: 02, fev.2018.

PORTUGAL, Código Civil, 1966. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 20, out. 2017.

_____. Código de Propriedade Industrial, 2003. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=438&tabela=leis>. Acesso em: 20, out. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 178/86, 1986. Disponível em:
<<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/4520.pdf>>.

_____. Decreto-Lei nº 446/85, 1985. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis>.

_____. Lei da Concorrência n. 19/2012, 2012. Disponível em:
<http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Lei_19_2012-Lei_da_Concorrencia.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Regulamento n. 2790/99, 1999. Disponível em:
<<http://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:126060>>.

_____. Comissão das Comunidades Europeias. Regulamento n. 4087/88, 1988. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1988.359.01.0046.01.POR>.