

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 26

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2020

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 26 Janeiro/Junho de 2020

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsèrié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Gerson Branco (UFRGS), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Pedro Wehrs do Vale Fernandes (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ), Sergio Negri (UFJF) e Unie Caminha (UNIFOR).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 26 (janeiro/junho 2020)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2021.

A FASE PRÉ-CONTRATUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA EM PORTUGAL¹

THE PRE-CONTRACTUAL PHASE OF THE FRANCHISE CONTRACT IN PORTUGAL

*Raíssa Mendes Tomaz**
*Alexandre Libório Dias Pereira***

Resumo: Este trabalho busca fazer uma análise da legislação aplicável ao contrato de franquia no âmbito pré-contratual. Busca-se verificar a fase da formação do contrato, discutindo a aplicação da culpa *in contrabendo* e da boa-fé como bases para a exigência da obrigação de *disclosure*. Faz-se também um breve comparativo com o direito comparado. A atipicidade do contrato de franquia em Portugal torna estas situações intrigantes devido à multiplicidade de soluções que um contrato complexo como este pode apresentar. Conclui-se, após o estudo dos temas supracitados, que a análise casuística dos conflitos referentes à formação do contrato de franquia se configura, devido à atipicidade do contrato no direito nacional, como o meio mais adequado para dirimir conflitos referentes a este tipo contrato em Portugal.

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

Abstract: This study aimed to analyze the law applicable to the franchise agreement in the pre-contractual post. After this review, we started to check the phase of contract formation, discussing the implementation of culpa *in contrabendo* and good faith as the basis for

¹ Artigo recebido em 07.05.2021 e aceito em 05.07.2021.

* Doutoranda em Ciências-Jurídico Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra. Pesquisadora associada do Centro de Investigação de Direito Público – CIDP da Universidade de Lisboa. E-mail: raissamendestomaz@gmail.com

** Docente associado da Universidade de Coimbra desde março de 2020. Doutor em Ciências-Jurídico Empresariais pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências-Jurídico Empresariais pela Universidade de Coimbra. E-mail: aldp@fd.uc.pt

the requirement of the disclosure, also making a short comparison with foreign law. The atypical nature of the franchise agreement in Portugal makes these intriguing situations due to multiplicity of solutions that a complex contract as the franchise can present. It was concluded after analyzing the aforementioned issues, the case by case analysis of conflicts regarding the formation and termination of the franchise agreement, appears as the most appropriate means to resolve conflicts over franchise agreement in Portugal.

Keywords: Franchising. Disclosure. Contract of dependence. Competition law. Clientele indemnity. Stock.

Sumário: Introdução. 1. *Culpa in contrahendo*. 2. A boa fé nos contratos. 3. Dever de informação. 4. Características da fase pré-contratual no contrato de franquia 4.1. *Disclosure* no direito comparado. 4.2. *Disclosure* em Portugal. 5. Tipos de contrato preliminares. Conclusão.

Introdução.

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

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

complexo, em que o feixe de relações que incorpora merece uma análise individualizada.

Ao longo desta análise, detalhar-se-á a formação do contrato ou, em outras palavras, a fase pré-contratual, e serão analisadas as obrigações pré-contratuais e os tipos de contratos preliminares aplicados ao contrato de franchising. O estudo é feito com base na boa-fé nos contratos e no desenvolvimento da *culpa in contrabendo* no direito europeu, e de que forma isto inclui a obrigação de *disclosure* prevista ao contrato de franquia. Além disso, é feita uma breve menção sobre os tipos de contratos preliminares adotados, que se configuram em instrumentos cada vez mais utilizados pelas partes, como uma forma de garantir a aplicabilidade prática desta investigação.

1. *Culpa in contrabendo*.

O contrato é um instrumento privilegiado na instituição da dimensão valorativa da margem de liberdade dos particulares, sendo dotado de certo carácter autónomo.² A ampliação do âmbito dos contratantes em potencial, impulsionada pelo desenvolvimento do *marketing*, da publicidade e da mercadologia, cria a necessidade de uma progressão mais demorada entre o momento da negociação e do acordo definitivo.³ Neste contexto, surgem contratos, antecedidos por processos cada vez mais complexos, que objetivam a celebração do negócio final. No teor deste *iter negotii*, podem ser incluídos estudos individuais, entrevistas, propostas contratuais, de duração, complexidade e custos variados. O conteúdo deste processo, a princípio, está a critério das partes, com base do princípio da liberdade contratual.⁴

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

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

4 O princípio da liberdade contratual, previsto no art. 405 do Código Civil Português, tem no

Contudo, o desenvolvimento da liberdade contratual acaba por originar a modalidade dos contratos de adesão, que paradoxalmente se configuram em uma limitação de ordem prática à liberdade de modelação dos contratos. As finalidades dos contratos de adesão são claras, as empresas se beneficiam deste modelo quando suas atividades são direcionadas a um número elevado e indeterminado de clientes. No entanto, também são evidentes as suas desvantagens. Este tipo contratual restringe drasticamente a liberdade factual de contratar do consumidor individual, além de facilitar uma possível cartelização de setores econômicos. O crescimento da incidência desta forma de contratar exigiu uma ampliação do dever de proteção, antes restrito ao período contratual, para o momento pré-contratual. Esta proteção deve estar presente no momento anterior às negociações formais, bastando que uma das partes atinja uma proximidade negocial.⁵ Também se incluem nesta proteção os valores patrimoniais, além dos terceiros relacionados à ocasião pré-negocial. A liberdade contratual não pode ser confundida com um total afastamento do ordenamento jurídico quanto às regras aplicáveis, deixando tudo a critério das partes envolvidas. Antes, trata-se de uma possibilidade dos sujeitos participarem diretamente da modelação de seus interesses dentro de um quadro de valores jurídicos e econômicos.

A atenção para a responsabilidade, até então pouco explorada na área da formação dos contratos, é denominada por Jhering,⁶ em

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

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

6 Ainda que Jhering não forneça uma fundamentação muito clara do que é a figura da *culpa*

seu célebre ensaio em 1861, como *culpa in contrabendo*. O direito romano é muito insatisfatório nas bases desta responsabilidade pré-contratual, que vai de encontro com o desenvolvimento das atividades econômicas, enquanto estas, cada vez mais, exigem das partes uma maior lealdade e probidade nas transações. É necessária, pois, a instalação de exigências de ordem ética e social, traduzida na consagração dos limites da autonomia privada.⁷ O regime dessa responsabilidade pré-contratual tem uma natureza híbrida e mista, condizente com a índole da culpa nas formações dos contratos, localizada em uma região nebulosa entre a responsabilidade contratual e extracontratual.⁸

A culpa *in contrabendo* se refere a contextos particularizados, não é compatível com o direito delitual, pois estabelece uma série de comportamentos genéricos, independentemente de qualquer contexto em concreto. Segundo Manuel Carneiro da Frada,⁹ trata-se de uma terceira via da responsabilidade civil, porque não pode ser considerada como uma responsabilidade obrigacional, já que os deveres referentes à formação dos contratos não são obrigações em sentido estrito – por não se adequarem ao conceito de uma obrigação de prestar, prevista no art. 397 do Código Civil português. Também vale salientar que a culpa *in contrabendo* não é reconhecida em todos os sistemas

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

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

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

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

jurídicos, como, por exemplo, nos sistemas da *common law*. Nestes sistemas, a mera abertura das negociações não cria, entre as partes, nenhum tipo de relação jurídica passível de responsabilização.¹⁰

2. A boa-fé nos contratos.

Esta preocupação da ordem jurídica com os valores éticos-jurídicos da comunidade demonstrada pela culpa *in contrabendo* encontra clara sintonia com o princípio da boa-fé. A boa-fé, segundo Mota Pinto,¹¹ consiste no abandono da ideia do direito puramente positivista, permitindo a utilização de princípios extralegais. No âmbito específico dos contratos, a boa-fé se configura numa regra de conduta, que impõe aos contratantes um comportamento honesto, correto e leal. O Decreto Lei n. 446/85 de 25 de outubro fixa o princípio da boa-fé como princípio geral de controle relativo às cláusulas contratuais. Configura-se como um critério para determinar o exercício legítimo da liberdade contratual e está presente durante toda a existência do contrato, sendo uma espécie de matriz dos deveres laterais. Sua violação, conseqüentemente, pode ocasionar uma responsabilidade contratual, pós-contratual ou pré-contratual, a depender do caso concreto.¹²

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

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

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

A culpa *in contrabendo* ou culpa na formação dos contratos, encontra-se prevista na legislação portuguesa no art. 227 do Código Civil¹³ e pauta a conduta das partes nos princípios da boa-fé, entendida pelo seu sentido ético, tanto na parte negociatória como na fase decisória. O dano que o artigo deseja reparar é o dano da confiança, desejando colocar o lesado na posição que estaria caso não tivesse depositado sua confiança no sujeito em questão. Ela permite controlar o conteúdo do contrato, com o intuito de evitar abusos e injustiças. Apesar de teoricamente se dirigir à fase pré-contratual, a culpa *in contrabendo*, em Portugal, atua de maneira independente da figura do contrato. Em outras palavras, ela não depende da validade ou até da conclusão do contrato para ser verificada. Contudo, o legislador não indica no art. 227 quais são estes deveres pré-contratuais, apenas consagra o preceito ético da boa-fé na fase negocial do contrato.

Este preceito ético deve estar presente na ruptura das negociações e também nos casos em que o contrato se conclui e se torna nulo e ineficaz. A boa-fé atua como um mecanismo de integração do conteúdo vinculativo da relação obrigacional, fundando deveres acessórios entre as partes, uma espécie de instrumento operativo que visa fixar as cláusulas contratuais, atuando como modelo limitador.¹⁴ Este posicionamento já se encontra amadurecido na legislação angolana sobre os contratos de franquia, por exemplo, que estabelece no art. 41 da Lei 18/03,¹⁵ um artigo específico referente à boa-fé, exigindo a sua observância durante toda a relação contratual, com o objetivo da realização plena do fim contratual.

13 Art. 227. 1. Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder culposamente pelos danos que causou à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do art. 498.

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

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

3. Dever de informação.

Segundo Menezes Cordeiro,¹⁶ a culpa *in contrabendo* prevê deveres de proteção, esclarecimento e lealdade. O dever de proteção sofre uma extensão contínua e é aplicado até no momento que antecede as negociações formais. Já o dever de esclarecimento recai sobre as partes contratantes, prevendo uma série de sanções como a conclusão ou anulamento do contrato, caso este se baseie em falsas informações ou até devido a ameaças ilícitas. Segundo o autor, independentemente do regime dos vícios na formação da vontade, tal situação implica no dever de indenizar, e em casos nos quais um contratante exigir uma proteção especial, este dever é intensificado.

O terceiro grupo, que é bastante similar ao dever de esclarecimento, é o dever de lealdade, que não reside propriamente no âmbito informativo, mas no comportamento subjetivo das pessoas. Estes deveres de informação obrigam os contraentes à prestação de todos os esclarecimentos necessários para a aceitação da proposta contratual, já os deveres de lealdade obrigam as partes a não adotarem comportamentos que desviem a negociação de um viés honesto. Incluem-se neste, além dos deveres de informação, os deveres de sigilo, por exemplo. O que se procura vedar, no caso, é qualquer comportamento que frustre o escopo da formação válida do contrato por meio da declaração negocial.

Dentre esses deveres acessórios relacionados à culpa *in contrabendo* e à boa-fé, destaca-se o dever de informação. Informação, segundo Sinde Monteiro,¹⁷ em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma situação de fato, seja ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outro tipo de relação. Diferentemente do conselho e da recomendação, a informação se esgota na pura exposição objetiva dos

16 CORDEIRO, António Menezes. *Op. Cit.*, p. 549-551.

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

fatos, estando ausente qualquer proposta de conduta. A informação é um dever lateral importante em casos em que a relação jurídica é mais duradoura, os indivíduos que carecem de conhecimentos técnicos ou factuais indispensáveis para a tomada de uma decisão recorrem a quem supostamente possui esses dados. A violação dos deveres de atuação impostos pela boa-fé na fase pré-contratual referentes à informação pode ser verificada tanto por omissão, silenciando elementos que a contraparte tem interesse de conhecer, como por ação, no fornecimento de informações inexatas. Se as negociações envolvem profissionais no desempenho do seu ofício, cabe as partes observar obrigações particulares de competência e honestidade que não são exigíveis de um leigo. Tudo isto decorre das próprias características da parte envolvida.

Os ditames da boa-fé consistem em um complexo feixe de deveres, no qual o dever de informação se encontra incluído como parte integrante da ideia de proteção da confiança.¹⁸ A *culpa in contrahendo* se configura em uma legitimação do processo de formação do contrato, compreendendo que este não se traduz num ato simples, mas sim em um conjunto de atividades complexas que objetivam a decisão definitiva de contratar, assim como posteriormente a sua conclusão. Nos casos de danos patrimoniais provocados por informações deturpadas, quando se comprova que o autor tem consciência do dano que pode causar e, mesmo assim, induz terceiros a erro, não é equivocado afirmar que há uma ofensa também aos bons costumes.

O *Misrepresentation Act*,¹⁹ elaborado em 1967, é um importante passo referente ao dever legal da *duty of disclose*, porque prevê um regime mais favorável para parte lesada no caso da violação do dever de informação. Segundo Sinde Monteiro,²⁰ a indenização só

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

19 ATIYAH, P.S.; TREITEL, G.H. *Misrepresentation Act 1967. The Morden Law Review*, New York City, v. 30, n. 4, p. 869-888, jul. 1967. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1967.tb01149.x/pdf>. Acesso em: 07 mai. 2015.

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

não é válida nos casos em que se comprove que a parte autora acredita que os fatos fornecidos são verdadeiros.

Tal posição se constitui em um grande avanço no ordenamento dos países da *common law*, porque abandona a ideia de que, para se exigir uma indenização, deve se comprovar uma *special relationship* entre as partes. O termo *misrepresentation* consiste em uma falsa afirmação de um fato atual ou passado, feita por uma das partes e dirigida a outra parte, que de alguma forma a induza a contratar. Precisa ser uma afirmação objetiva, não podendo recair sobre publicidade e nem se constituir como uma declaração ambígua. Além disso, deve ser material e contar com o elemento da confiança. Devido a todas estas exigências, o silêncio não é considerado uma *misrepresentation* segundo o direito inglês, o que se exige no caso é ação positiva, uma conduta que implique em uma declaração. Segundo Vasconcelos,²¹ a *misrepresentation* não é uma ação dolosa, porque não é feita com o intuito de enganar, mas consiste em afirmações prestadas à contraparte sobre perspectivas do negócio, que elaboradas de forma negligente, acabam por não corresponder à realidade.

Porém, é importante pontuar que, por mais abrangentes que as exigências de informação e boa-fé sejam, elas não podem se confundir com uma garantia de sucesso empresarial. É o que afirma Maria Santos,²² quando diz que as partes devem sempre agir com boa-fé, mas nem por isso pode ser o franqueador responsabilizado pelo fracasso da empresa do franqueado. Monteiro²³ corrobora essa ideia ao afirmar que a contraparte não pode exigir a inexistência de risco na escolha do seu parceiro contratual; este risco é inerente a todo e qualquer negócio, faz parte da natureza do investimento. Moura Vicente²⁴

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

22 SANTOS, Ângela Maria Figueiredo. *O contrato de franquia*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2009. p. 25.

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

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

complementa ao afirmar que não existe, na ordem jurídica portuguesa, nenhum dever geral de informar ou esclarecer à contraparte acerca da totalidade de circunstâncias de fato e direito determinantes na hora de contratar. O dever de informar para o autor se dá somente no padrão de diligência exigível ao comum das pessoas.²⁵ Também não é errado exigir que o dever de atuar com probidade, lealdade e com base na boa-fé deve ser observado por ambas as partes contratantes. A obrigação de sigilo quanto às negociações é outra obrigação, que assim como o direito à informação, decorre deste posicionamento legislativo.

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

4. As características da fase pré-contratual do contrato de franquia.

A fase negocial do contrato de franquia se inclui no grupo de contratos que demandam atenção na fase pré-contratual. Ela é com-

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

posta de obrigações especiais para as partes signatárias, no sentido de promover uma melhor adequação ao negócio jurídico que pretendem constituir. Conforme se disse anteriormente, o contrato de *franchising* é uma modalidade de investimento econômico muito mais democrática de acesso ao mercado, e em decorrência de todas essas vantagens que o contrato possui – e também devido aos investimentos de grande monta que podem ser feitos no caso concreto – constata-se a necessidade de uma regulação prévia à constituição do contrato, com o objetivo de evitar abusos por parte do franqueador ou franqueado. A necessidade de regulação também pode ser justificada pelo princípio da lealdade que envolve o contrato de franquia, decorrente do posicionamento de parte da doutrina ao afirmar que este se configura como um contrato *intuitu personae*,²⁶ aquele em que a confiança se constitui em um elemento inerente ao tipo.

Segundo Amoroso,²⁷ um estudo de mercado deve ser feito antes da instalação de uma rede de franquias, sendo responsabilidade do futuro franqueador promover uma análise do seu projeto, verificando a originalidade do produto ou serviço, a adaptação da fórmula às diversas condições regionais, a concorrência e se a transferência do *know-how* é possível.²⁸ Em suma, o franqueador tem que demonstrar a validade do seu negócio antes de criar uma rede de franquias. Para isto também é necessário estabelecer um perfil dos seus fran-

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

27 AMOROSO, Marisa; BONANI, Giuseppe. GRASSI, Paolo. *Manuale del Franchising*. Rimini: Maggioli Editore, 1996, p. 103.

28 Acórdão do Tribunal Da Relação de Lisboa Processo n.1601.11.7TVLSB.L1-7 de 01-27-2015 decide que esse dever não pode ser confundido como uma garantia de excelência do negócio. O estudo prévio de viabilidade não tem poder de garantir se as projeções previstas vão se concretizar. Desta forma, entende-se que o direito de informação que o franqueador possui não pode ser confundido com a garantia de sucesso do negócio, eliminando o risco empresarial inerente a qualquer empreendimento (PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão n.1601.11.7TVLSB.L1-7. Relator: Maria do Rosário Morgado. *Diário da República Eletrônico*. Lisboa, 27 jan. 2015).

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

A exigência do dinheiro de entrada ou *front Money* se refere ao capital que o candidato deve desembolsar para ter acesso ao *know-how*, ao uso da marca e à assistência técnica por parte do franqueador, como uma espécie de contraprestação pelos benefícios prestados.²⁹ Nos Estados Unidos, esta taxa inicial é muito comum, geralmente se trata de um valor elevado, e em muitos casos não se constata o pagamento de *royalties* após o pagamento do *front money*. Já na Europa, o fenômeno é inverso, a exigência de *front-money* é pouco observada, sendo mais comum o uso do pagamento dos *royalties*. Em Angola, a prestação do *front money* é prevista no art. 44³⁰ da Lei de Contratos de Distribuição n. 18/03, junto com as remunerações referentes à publicidade e *royalties* periódicos, sob o título de direito de entrada. A natureza desse capital de entrada é de um investimento a longo prazo, que só tem o seu retorno de acordo com o desenvolvimento do próprio negócio.

O surgimento de problemas durante o período negocial vem exigir do legislador uma posição mais direcionada para esta fase delicada do contrato. O problema mais comum enfrentado por parte dos franqueadores é referente à comunicação de informações que integram o saber-fazer. Além de outros elementos essenciais, os franqueadores demandam um mecanismo de proteção de saber-fazer

29 AMOROSO, Marisa; BONANI, Giuseppe. GRASSI, Paolo. *Op. Cit.*, p. 135.

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

que inclua a fase pré-contratual. O conhecimento adquirido na fase negociatória, assim como o da fase contratual, também exige proteção. Já os franqueados enfrentam problemas relativos às informações prestadas pelos franqueadores que, muitas vezes e de forma arbitrária, omitem elementos importantes do negócio, comprometendo o real consentimento da contraparte, além de colocar o franqueado em uma posição completamente desfavorável no momento da contratação. Em termos simples, é necessário tentar coibir práticas ligadas à difusão do slogan *get rich quick*, que podem ser potencialmente danosas às partes contratantes.³¹

4.1. Disclosure no direito comparado.

Quem primeiro atenta para a devida regulação desta fase preparatória foi a legislação americana, por meio da lei federal de 1979, que impôs ao franqueador a obrigação de oferecer ao franqueado todas as informações necessárias para uma melhor avaliação do risco do investimento. Os Estados Unidos deram origem a este documento que influencia ativamente a legislação mundial, o chamado *Disclosure Act*.³² Esta lei entra em vigor em 21 de outubro de 1979 e cria a figura do *basic disclosure document*, que deve fornecer todas as informações necessárias sobre o novo negócio ao franqueado e, em caso de sua não observância, acarreta pesadas sanções ao franqueador. Seguindo este exemplo, o estado canadiano de Alberta também adota medidas no sentido do fornecimento de informações sérias e leais por meio do *Alberta Franchises Act*, que prevê a possibilidade de o franqueado resolver o contrato em caso de não observância.

O dever de informação é logo acompanhado pela legislação francesa por meio da Lei Doubin n. 89-1008 de 31 de dezembro de

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

32 FEDERAL TRADE COMMISSION. *Disclosure Act*. 1979. Disponível em: www.ftc.gov/. Acesso em: 17 mar. 2015.

1989 que, além de impor ao franqueador a obrigação de prestar informações sinceras sobre as especificações da rede de franquia, também impõe um prazo de entrega para este documento de 20 dias anteriores à celebração do contrato. Por meio deste documento legislativo, a França é considerada como a primeira nação a dar uma disciplina orgânica à fase pré-contratual. A diferença entre a legislação americana e francesa é que a última não exaure os tipos de contratos que são influenciados por esta legislação, enquanto a primeira afirma expressamente que se refere aos contratos de franquia.

Além da referida lei, o Decreto Lei n. 91-337 vem especificar as informações que o documento deve ter, como, por exemplo: a identificação do franqueador, seu respectivo domicílio bancário, data de criação da empresa, contas anuais, duração do contrato proposto, suas condições de prorrogação e cessação, entre outras, o que garante a introdução de um importante conceito de transparência no momento das negociações contratuais. Tal exigência encontra-se presente no artigo da *Chambre de Commerce et d'Industrie Territoriale de l'Aisne*³³ sobre o modelo do contrato de franquia francês.

Além da França, a Espanha também adota essa exigência de informação pré-contratual³⁴ por meio da Lei n. 7/1996 de 15 de janeiro, que impõe a entrega do documento com as referidas informações em um prazo de 20 dias anteriores contados da celebração do contrato ou da entrega pelo futuro franqueado de qualquer prestação pecuniária.

Na Itália, o contrato de franquia é tipificado, devido a isto os deveres pré-contratuais são um pouco mais complexos e não se en-

33 CCI HAUTS DE FRANCE. *Chambre de Commerce et d'Industrie Territoriale de l'Aisne*. Disponível em: <http://www.aisne.cci.fr/>. Acesso em: 17 mar. 2014.

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

cerram na exigência de entrega da *disclosure*. O legislador italiano também exige que o franqueador tenha constituído uma rede previamente experimentada³⁵ no mercado para que seja considerado apto a celebrar futuros contratos de franquia e esta exigência é alvo de crítica por boa parte da doutrina italiana.³⁶ O art. 4 da *Legge 6 di maggio* de 2004 exige que o franqueador deve conceder, no período de 30 dias contados da data da assinatura do contrato, todas as informações necessárias de modo exato e completo, ainda que não tenha sido requisitado pelo contratante. Posição claramente influenciada pela doutrina americana da Federal Trade Commission. Qualquer mudança no contrato também deve respeitar esta antecedência prevista na lei. No caso de comprovação de um *vizio de consenso*, situação em que as informações concedidas são consideradas inverídicas, a contraparte, com base no art. 8 da mesma lei, pode requerer a anulação do contrato.

A função do período de 30 dias é a de conceder ao candidato um período *di riflessione* para verificar minuciosamente o conteúdo do contrato. Frignani³⁷ não considera este período longo e é taxativo

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

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

ao afirmar que a obrigação do *disclosure* não deve ser exercida de forma verbal, devido à dificuldade de comprovação documental do ato. Outra exigência interessante apontada pelo autor é referente à necessidade de demonstração da lista de franqueados, que garante ao candidato um melhor poder de escolha quanto à localização do seu empreendimento. Já no que diz respeito às decisões judiciais e arbitrais expostas, entende-se que estas devem ter algum liame subjetivo com a atividade franqueada. Apesar de ser um defensor da obrigação de *disclosure*, o autor faz algumas ressalvas nas informações fornecidas.³⁸ A falta de assistência técnica também é considerada como uma violação da comunicação das partes segundo o Tribunal de Veneza na decisão de 01.10.2007, que considera tal atitude como uma “informação falsa”, porque o contrato de franquia tem como um dos seus elementos fundamentais a prestação de assistência técnica pelo franqueador.

Também se encontra na legislação brasileira um instrumento equivalente ao modelo americano, francês e espanhol, a chamada circular de oferta de franquia - COF. Previsto nos arts. 3 e 4 da Lei 8.995,³⁹ este documento, que visa dar maior transparência ao contrato, contém todas as informações a respeito da situação jurídica e financeira do franqueador e da empresa, tais como: o total do investimento inicial, o valor estimado das instalações e equipamentos, condições de pagamento, remuneração pelo uso de sistema e marca, além do texto completo do contrato que visa celebrar com a contraparte. Este documento deve ser entregue, em linguagem clara e acessível, no prazo de 10 dias antes da celebração do contrato. O não

37 *Ibidem*, p. 78.

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

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

cumprimento dessa premissa faculta ao franqueado arguir a anulabilidade do contrato e a restituição dos valores já pagos ao franqueador. A responsabilização civil compreende perdas e danos causados ao franqueado em virtude da falsa informação prestada, já a responsabilização penal se encaixa no tipo penal do art. 171⁴⁰ do Código Penal Brasileiro referente ao estelionato.

Macau tem um posicionamento interessante no que diz respeito às informações pré-contratuais referentes ao contrato de franquia. O art.680 do Código Comercial⁴¹ de Macau elenca todas as informações que devem ser prestadas na fase pré-contratual. Não se trata de uma lista taxativa por certo, mas de uma boa referência que o franqueado tem na fase de negociação. Informações como as contas anuais do franqueador referentes aos dois últimos exercícios, a-

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

41 Art. 680.1. O franqueador é obrigado a prestar, por escrito e com a antecedência adequada, informações completas e verdadeiras ao interessado, por forma a que este possa fazer uma ponderação criteriosa e esclarecida das vantagens e inconvenientes da celebração do contrato, entre outras: a) Identificação do franqueador; b) Contas anuais do franqueador relativas aos dois últimos exercícios; c) Acções judiciais em que estejam ou tenham estado envolvidos o franqueador, os titulares de marcas, patentes e demais direitos de propriedade industrial ou intelectual relativos à franquia, e seus subfranqueadores, que, directa ou indirectamente, possam vir a afectar ou impossibilitar o funcionamento da franquia; d) Descrição detalhada da franquia; e) Perfil do franqueado ideal no que se refere à experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente; f) Necessidade e extensão da participação directa e pessoal do franqueado no exercício da franquia; g) Especificações quanto ao montante estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em funcionamento da franquia; h) Valor das retribuições periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, especificando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam; i) Composição da rede de franquia, lista dos franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram da rede nos últimos 12 meses; j) Rentabilidade das empresas dos franqueados e incidência de falências; l) Experiência profissional adquirida, o seu saber-fazer e métodos empresariais; m) Serviços que o franqueador se obriga a prestar ao franqueado durante a vigência do contrato. 2. O franqueador deve também facultar ao interessado, com a antecedência adequada, o modelo do contrato tipo e, se for o caso, também do pré-contrato de franquia adotado, com o texto completo, inclusive dos respectivos anexos.

ções judiciais em que a franquia está envolvida, perfil do franquiado ideal, especificações quanto ao investimento inicial, valor dos *royalties* periódicos, lista de franqueados e franqueadores, serviços que o franqueador se dispõe a prestar ao franqueado, rentabilidade de empresas e incidência de falências são algumas das informações que podem ser exigidas pelo franqueado no momento da contratação. É um rol completo e bastante amplo, um pouco semelhante ao modelo italiano, mas mais detalhado porque inclui, na sua segunda parte, regulação referente aos contratos preliminares de franquia, o que não acontece na Itália devido à exigência de experimentação prévia da fórmula. Além disto, também vale ressaltar a obrigação de informação prévia sobre qualquer alteração na apresentação dos bens ou na sua composição conforme prevê o art. 688,⁴² o que mais uma vez demonstra a preocupação do legislador de Macau com a devida prestação de informações durante o contrato de franquia.

Já em Angola, apesar da tipificação do contrato de franquia efetuada por meio da já citada Lei n. 18/03, este diploma não fala expressamente na exigência da *disclosure*, no entanto inclui no art. 41.1.c),⁴³ referente às obrigações do franqueado, a obrigação de guardar o devido sigilo sobre todas as informações fornecidas pelo franqueador. O referido artigo prevê que é obrigação do franqueado guardar sigilo sobre todas as informações recebidas, sejam elas sobre processos de fabricação, *know-how*, publicidade, técnicas de venda, etc. O legislador angolano visa incluir todo tipo de informação concedida e garantir a devida tutela legal do seu sigilo, por um lapso de tempo que perdure enquanto existir o controle pelo franqueador e até após o seu termo.

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

43 Art. 41.1. 1. Constituem obrigações do *franchisado*, nomeadamente: c) guardar segredo sobre toda a informação que lhe seja transmitida pelo *franchisador*, incluindo sobre processos de fabrico e *know-how*, durante todo o período de duração do controlo e após o seu termo.

No âmbito internacional, a UNIDROIT – Internacional Institute for the Unification of the Private Law, publica em setembro de 2002, em Roma, um modelo de legislação uniforme sobre a franquia, denominado Model Franchise Disclosure Law.⁴⁴ O art. 6 do documento enumera as informações que devem ser fornecidas no contrato, além disto, o Model Franchise estabelece uma sanção no caso do não cumprimento da obrigação de *disclosure*, o franqueado pode optar por resolver o contrato ou obter a sua anulação. Trata-se de importante modelo de referência para outros países, porque fornece detalhes precisos das exigências específicas que a modalidade contratual possui.

4.2 Disclosure em Portugal.

Em Portugal, não se encontra expressamente na legislação tal vedação legal, entretanto, alguma doutrina não admite um total vácuo legislativo no que tange a essa disciplina.⁴⁵ A comunidade portuguesa é signatária de dois instrumentos que regulam a disciplina, o *Model Franchise Disclosure Law* e o *European Code and Ethics for Franchising*. Tais instrumentos preveem a aplicação da figura do documento de *basic disclosure*, que deve ser entregue ao candidato no período de 15 dias a um ano antes da data da celebração do contrato. Além disto, o já citado art. 227 impõe as partes um dever de boa-fé nas preliminares do contrato e estabelece que a parte contratante deve se responsabilizar por eventuais abusos que efetuar nesta fase.

A legislação portuguesa referente às cláusulas contratuais gerais, que não raro são incluídas nos contratos de franquia, também

44 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Model Franchise Disclosure Law*. 2002. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2015.

45 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Transparency in business networks: pre-contractual disclosure obligations in *Franchising* agreements. *Estudos selecionados do Instituto Jurídico Portucalense*, Coimbra, v. 2, 2014. p. 17.

atenta para a necessidade de informação integral e adequada, além de atribuir à parte que fornece as informações o ônus de provar que as mesmas são devidamente prestadas. Atenta-se para a característica presente do art. 5 da LCCG de que a informação deve ser prestada na sua íntegra, sob pena de ser considerada inexistente de acordo com o art. 8, b) do mesmo diploma. O dever de informação se encontra consagrado no art.6 e admite variações na sua extensão, mas em suma prevê que se deve tornar acessível ao aderente todas os esclarecimentos necessários para a real compreensão do conteúdo contratual.⁴⁶ Menezes Cordeiro⁴⁷ exemplifica que as situações de remissões para cláusulas não existentes ou colocadas em lugares não visíveis, devem ser equiparadas como falta de informação. Já Pinto Monteiro⁴⁸ equipara a informação em excesso com a falta de informação em determinados casos, porque o consumidor ou o aderente, a depender do caso, não consegue analisar com cuidado contratos muito extensos. Assim, os contratos de adesão também devem ser atentos a este tipo de situação, caso contrário podem considerados inexistentes de acordo com o DL 445/85 de 25 de outubro.

Vasconcelos⁴⁹ defende que, devido à complexidade do contrato de franquia, o dever de informação deve ser ampliado a ponto de permitir que o franqueado visualize todo o sistema em funcionamento. Ao visualizar a fórmula em funcionamento, o candidato pode propor questões que atendam aos seus interesses, sendo esta uma forma eficaz de superar o déficit de informação entre as partes. Joerges⁵⁰ complementa a ideia afirmando que as bases legais para a *disclosure* fazem parte da natureza legal do contrato, que por se tratar de um

46 MONTEIRO, António Pinto. O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 62, v. I, p. 118-138, jan. 2002.

47 CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 589.

48 MONTEIRO, António Pinto. *Op. Cit.*, p. 115-119.

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

50 JOERGES, Christian. *Franchising and the law: theoretical and comparative approaches in Europe and the United States*. Baden-Baden: Nomos, 1991. p. 50.

contrato de longo prazo, a figura do franqueador deve inspirar segurança ao franqueado. Toda esta proteção ao direito da informação⁵¹ visa equalizar o claro desequilíbrio que envolve as partes no momento da contratação visto que o franqueador possui exclusividade no acesso de muitas informações do novo empreendimento. Se não há regulação própria a respeito, facilmente se pode conduzir o franqueado a erro. Além do dever de informação, também é possível de depreender desta legislação um dever de lealdade e esclarecimento.⁵²

Mesmo depois dessa clara exigência legislativa do dever de lealdade no momento da celebração do contrato de franchising, podem-se constatar casos em que uma das partes fornece informações distorcidas e falsas sobre o negócio discutido. Este é o caso da *misrepresentation*, que segundo Césare Vaccá,⁵³ pode ter sido feita com o objetivo de dolo ou por negligência, caso em que será chamada de *negligent misrepresentation*. O autor italiano coíbe este comportamento com base na legislação italiana, que por meio da *Legge 6 Maggio 2004 n. 129*, também impõe ao franqueador a entrega do documento no qual constem as informações sobre o futuro negócio no prazo de 30 dias antes da celebração do contrato. O contrato de *affiliazione commerciale* deve adotar um bom comportamento contratual de acordo boa-fé, sendo absolutamente vedadas tentativas de enganar ou tentar induzir o contratante a erro. Já em Portugal, caso seja constatada uma *misrepresentation*, o candidato adquire o direito de anular o contrato e a ser indenizado com base no art. 227 do Código Civil.

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

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

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

Vale salientar que, apesar de se supor que o dever de lealdade e informação recai somente sobre o franqueador, também se defende que estes mesmos deveres devem ser observados pelo franqueado. Se isso não for exigido por parte do franqueado, este pode facilmente, dotado de má-fé, conduzir o franqueador a erro somente para adquirir conhecimento de *know-how*, por exemplo. Segundo a escolha do franqueado deve estar sujeita aos mesmos deveres, porque o franqueador precisa sempre prezar pela continuidade uniforme da sua rede, e para isto necessita de informações claras e precisas de quem pretende contratar.⁵⁴

A obrigação de informação deve ser mútua durante toda a formação do contrato, independentemente de qualquer cláusula expressa,⁵⁵ tal fato decorre da própria concepção do contrato de franquia, que é um contrato de colaboração.⁵⁶ Trata-se do fenômeno de *feedback*⁵⁷ ou fertilização cruzada, que surge a partir das obrigações decorrentes do conteúdo essencial do contrato de franquia. Dentre as informações que não devem ser consideradas integrantes do dever de *disclosure*: nome de fornecedores, com intuito de evitar que os candidatos lidem diretamente com eles, e o nome de clientes, em respeito à *privacy*, entre outros.⁵⁸ Em suma, a norma de transparência, para ser considerada válida, deve ser mútua e bilateral. A cooperação entre as partes não pode ser confundida com uma dependência.

Desta forma, percebe-se que, antes mesmo da formalização do contrato de franquia, recai sobre ambas as partes o dever de fornecer informações sérias e reais sobre suas qualificações técnicas, sob pena de futura anulabilidade. Essa confiança entre as partes, se-

54 RIBEIRO, Ana Paula da Costa. *Op. Cit.*, p. 48.

55 MONTEIRO, António Pinto. Contratos de agência, de concessão e de franquia (Franchising). *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, ano 1984, n. 3, p. 303-327, 1984.

56 *Ibidem*.

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

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

gundo estudos por parte dos autores Karlijn J. Nijmeijer, Isabelle N. Fabbrocotti e Robbert Huijsman,⁵⁹ configura-se como um dos elementos que mais influenciam no sucesso empresarial de uma franquia. Contudo, as partes não podem fazer uso desse dever para se furtar ao risco que a participação no comércio implica, conforme diz Vasconcelos.⁶⁰ Também se deve evitar o desvirtuamento do dever de informação e lealdade que a fase negociatória do *franchising* possui; este não pode ser estendido de forma irrestrita, também deve ser passível de limites.

5. Tipos de contratos preliminares.

Antes da celebração do contrato principal, muitas vezes podem se constatar casos em que seja interesse de uma das partes contratuais – ou de ambas – constituir algum dos tipos de contratos preliminares antes de formalizar o contrato de *franchising* em definitivo. Tal necessidade pode ser justificada por inúmeras razões, tal como a necessidade do franqueado de se familiarizar com a rede, a impossibilidade de constituição do contrato principal por falta de condições materiais provisórias, o interesse de se experimentar a viabilidade econômica de uma franquia, entre muitas outras. Vasconcelos⁶¹ elenca os tipos de contratos preliminares que podem ser aplicados ao contrato de franquia. São eles: o pré-contrato de franquia, o contrato de pré-franquia e o contrato de promessa de franquia.

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

59 NIJMEIJER, Karlijn; FABBRICOTTI, Isabelle N.; HUIJSMAN, Robbert. Making Franchising Work: a framework based on a Systematic Review. *International Journal of Management Reviews*, London, v. 16, n. 1, p. 63, jan. 2014.

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

61 *Ibidem*, p. 84.

da criação da rede, ainda é uma espécie de aspirante a franqueador. O que o franqueador almeja é um acordo entre um ou mais franqueados, para experimentação e desenvolvimento durante um determinado período de tempo. Segundo Vasconcelos,⁶² o franqueador, neste caso, quer testar sua fórmula empresarial no mercado; ao final deste prazo deve optar por montar o sistema de franquias ou abandonar o projeto. Se optar pela primeira opção, caberá ao franqueado escolher se vai aderir ao sistema ou não, concedendo à parte um claro direito de preferência decorrente deste acordo preliminar, conforme defende Henrique Mesquita.⁶³ Não há aqui a prestação de *front-money* ou *royalties* a princípio.

O contrato de promessa de franquias será aplicado nos casos em que uma das partes assume a obrigação de celebrar contrato futuro de franquias, que por algum motivo não pode ser celebrado no momento presente, como a ausência temporária do capital necessário, por exemplo. O autor Mário Júlio de Almeida Costa⁶⁴ defende que o fator que diferencia o contrato-promessa dos atos de negociação é a ausência de eficácia contratual específica. Os atos de negociação, apesar de dotados de relevância jurídica, carecem dessa eficácia, ao contrário do que se verifica no contrato-promessa que, segundo o autor, pode ser incluído no processo de elaboração de um negócio jurídico.

Ou seja, esse será o modelo de contrato preliminar adotado quando houver realmente um desejo de contratar já mais amadurecido, apenas por conveniência das partes é que se opta por não formalizar o contrato no momento. Segundo Vasconcelos,⁶⁵ este modelo de

62 *Ibidem*, p. 85.

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

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

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

contrato de promessa não é passível de execução específica, por se tratar de um contrato de prestação infungível, não podendo ser substituído por uma decisão judiciária. Segundo Fernando de Gravato Morais,⁶⁶ se um contrato possui obrigação de natureza pessoal infungível, o contrato-promessa não é submetido à execução específica, porque a natureza da obrigação se configura como uma das exceções legislativas à figura da execução específica; esta seria inviabilizada por completo.

Já o pré-contrato de franquia é a modalidade mais aplicada na prática negocial. É utilizada quando o interesse do franqueador é de dar ao candidato a franqueado um período de tempo para se familiarizar com a franquia, e assim ter mais elementos para a escolha final sobre a titularidade do franqueado. Também são verificados em casos que o franqueado, mesmo após todas as informações prestadas, opte por testar o poder atrativo da marca, a eficiência da assistência, entre outros aspectos.⁶⁷ Em termos simples, consiste em uma experimentação do saber fazer.⁶⁸ É um contrato preliminar criado com o intuito de contornar o risco de se celebrar um contrato de franquia, pois exige a demonstração prática por ambas as partes de que podem executar as cláusulas contratuais exigidas. Com efeito, trata-se de uma negociação séria e leal, visto que envolve direitos de confidencialidade.⁶⁹

Contudo, não existe qualquer obrigação de se celebrar o contrato definitivo, já que se configura como um prazo de experiência, em que ambas as partes analisam na prática a viabilidade econômica do investimento. Além disso, o seu conteúdo não é cristalizado, imutável e pode variar caso se opte por um contrato definitivo. Caso não seja celebrado, o candidato não pode concorrer com o franqueador

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

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

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

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

durante um determinado período de tempo, em uma determinada área e para alguma doutrina, tal acordo sequer dá direito à preferência por parte do franqueado.⁷⁰

Esta modalidade de contrato preliminar é amplamente utilizada por países como a França,⁷¹ e tem como objetivo promover certa segurança nas negociações do *franchising*. Mesmo se tratando de uma modalidade socialmente típica de contrato, o risco que cerca as partes é relativamente maior do que em outros tipos contratuais, devido ao desequilíbrio de informações em que as partes se encontram. A existência destas modalidades contratuais preliminares tem clara influência na constituição de um contrato de franquia que resulte em um sucesso para ambas as empresas envolvidas, sendo altamente recomendável a todos os tipos de contrato de *franchising*, principalmente em casos em que o franqueado se considere inexperiente comercialmente.

O direito italiano traz uma discussão interessante a respeito dos contratos preliminares que também pode ser ampliada para outras legislações em que o contrato de franquia é tipificado, pois questiona se os requisitos referentes ao principal contrato de franquia, presentes na *Legge 6 maggio de 2004 n. 129*, devem ser ampliados aos contratos preliminares.⁷² A existência desta variedade de contratos preliminares de franquia se justifica devido à complexidade que este tipo de contrato possui e que é, conseqüentemente, transferida

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

71 CCI HAUTS DE FRANCE. *Op. Cit.*

72 O posicionamento do autor, com base em uma discussão do Tribunal de Genova de 15 de janeiro de 2008, é de que o contrato preliminar, assim como contrato principal, também se configura um consenso entre as partes, devendo estar sujeito aos mesmos requisitos. Visto que o objetivo do contrato preliminar é a formação de contrato principal válido, este deve também respeitar as mesmas exigências sob pena de frustração do objetivo da sua existência. (FRIGNANI, Aldo. *Op. Cit.*, p. 99).

para a sua fase pré-contratual. Os deveres de lealdade, probidade, informação e sigilo decorrem das próprias características do contrato estudado, que demanda uma proteção e tutela mesmo quando as negociações ainda não se configuram em uma aceitação das partes.

Conclusão.

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

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

franquia, contrato de promessa de franquia e o contrato de pré-franquia tem o intuito justamente de fortalecer a confiança entre as partes. O contrato de pré-franquia e o pré-contrato de franquia, por exemplo, são acordos em que não existe realmente uma obrigação de contratar, um tipo de contrato de experiência, em que as partes testam a viabilidade do empreendimento que pretendem realizar.

Estes são alguns dos pontos polêmicos discutidos por esta pesquisa, contudo se encontram longe de exaurir totalmente o estudo referente ao tema, que poderá ser aprofundado ou ter seu posicionamento questionado com base em outros entendimentos doutrinários.

