

# O CONTRATO DE FRANQUIA E A VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DE CONDUTA: A BOA-FÉ COMO FRONTEIRA DE ATUAÇÃO DAS PARTES (DA *CULPA IN CONTRAHENDO* À *CULPA POST PACTUM FINITUM*)

Luis Martius Holanda Bezerra Junior<sup>1</sup>

Sumário: Considerações Preliminares: do objeto do estudo. 1. Aspectos gerais do contrato de franquia; 1.1. Caracteres distintivos e conceituação; 1.2. Raízes históricas e fundamento da expansão. 2. Direitos e obrigações das partes em relação ao objeto do contrato; 2.1. Complexidade intra-obrigacional; 2.2. Principais obrigações e direitos do franqueador; 2.3. Principais obrigações e direitos do franqueado. 3. Da boa-fé como baliza de atuação contratual; 3.1. Boa-fé e deveres anexos ou acessórios; 3.2. A violação positiva da obrigação contratual; 3.3. A boa-fé no período pré-contratual; 3.4. A boa-fé objetiva e a eficácia ulterior das obrigações advindas dos deveres laterais; 3.5. A culpa post pactum finitum; 3.6. A Cppf na jurisprudência; 3.7. A culpa post pactum finitum no contrato de franchising. 4. Conclusões. Referências.

## CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: DO OBJETO DO ESTUDO



Entre todos os contratos de distribuição, fortemente marcados pelo caráter de permanente colaboração entre as partes do ajuste, destaca-se o contrato de franquia como a espécie em que tal liame de confi-

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa - FDUL; Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub; Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

ança e cooperação se apresenta mais evidente e essencial ao próprio alcance da finalidade a que se destina a relação empresarial estabelecida.

Partindo de um modelo exitoso de empreendimento, o detentor de uma *expertise* consolidada aceita franquear<sup>2</sup> conhecimentos (*know how*), emprestar assistência organizacional e o próprio conteúdo agregado à marca, como forma de expandir a sua rede de distribuição, valendo-se, para tanto, de parceiros comerciais interessados em um investimento de menor risco e com retorno mais imediato.

Todavia, antes mesmo do início formal da relação obrigacional que irá reger o *contrato de colaboração*<sup>3</sup> entre franqueador e franqueado, já no momento de aproximação que inaugura a fase de tratativas, se fazem presentes elementos e deveres recíprocos de confiança e proteção, filtrados sob o prisma da transparência e da boa-fé, que devem iluminar o vínculo, normalmente duradouro, entre o titular da marca e o colaborador.

O caráter fidedigno e de máxima amplitude das informações fornecidas no momento de se decidir sobre a adesão do franqueado ao modelo proposto pelo franqueador, revela-se como elemento essencial à válida e consciente opção por aquele perfil de investimento, cabendo a este o fiel e perfeito cumprimento de seu dever de informação, por meio da exposição pormenorizada de todos os riscos e encargos que podem comprometer o êxito esperado pelo franqueado.

A este último, por sua vez, competem imperativos éticos e de lealdade, que exsurtem antes mesmo da entrega da Circu-

---

<sup>2</sup>Adverte MENEZES CORDEIRO, em seu *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. v. 2, Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 235, para a necessidade de se observar a correta denominação *franquear* (pôr à disposição, permitir, conceder), e não *franquiar* (selar, estampilhar).

<sup>3</sup>COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.p. 482-484.

lar de Oferta de Franquia<sup>4</sup>, eclodindo desde o momento em que, ao manifestar real interesse na parceria, se aproxima e obtém, para se decidir sobre a conveniência da adesão, o acesso preliminar a informações estratégicas de funcionamento do negócio, à situação atual dos demais franqueados, às características do mercado e aos próprios planos de expansão da marca.

A boa-fé deve então permear a relação contratual desde os seus momentos primevos, para além do conteúdo meramente prestacional especificado nas cláusulas de um contrato empresarial, robustecendo-se ao longo da execução do pacto, por meio do amálgama da confiança e da colaboração que devem ser uma constante nas relações bilaterais entre franqueador e franqueado.

Surgem, por força da inerente complexidade intra-obrigacional, independentemente da vontade ou de qualquer pactuação específica que os possa antever, os chamados deveres anexos ou laterais ao próprio conteúdo axiológico da boa-fé, materializados nos imperativos de esclarecimento, lealdade e proteção<sup>5</sup>, que se fazem notar, com relevância superior e com muito mais frequência nas relações obrigacionais duradouras, tal como ocorre no *franchising*, do que nas obrigações de prestação instantânea<sup>6</sup>.

Ditos deveres acessórios são aptos à constituição de obrigações que, deflagradas em sede pré-contratual, não se encerram nos limites prestacionais do contrato, mas projetam seus efeitos muito além do cerne obrigacional da franquia, a rema-

---

<sup>4</sup>BRASIL. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013. Art. 4º. *A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.*

<sup>5</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 604.

<sup>6</sup>VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 128.

nescer, limitando o comportamento dos outrora contratantes, mesmo após o encerramento do vínculo formal de colaboração empresarial.

O escopo do presente trabalho passa, pois, pela investigação acerca das balizas impostas, em sede de contrato de *franchising*, pelo vetor essencial da boa-fé, com seus deveres anexos e indissociáveis, que, uma vez malferidos, assumem contornos de ilicitude e rendem ensejo ao advento do dever de indenizar à parte lesada por tais condutas ofensivas, havidas antes ou após a conclusão do vínculo comercial.

A moderna concepção da obrigação como instituto complexo, cujo desenvolvimento se atribui a LARENZ<sup>7</sup>, vista como sendo um processo tendente ao alcance fidedigno dos fins que justificaram a celebração da avença, não mais se satisfaz com o mero cumprimento formal dos deveres principais (prestação), reclamando das partes deveres de abstenção das condutas que, mesmo sob a aparência de um adimplemento formal - posto que atreladas à fria disposição do contrato -, possam vir a frustrar os legítimos interesses e a vontade que nortearam a vinculação obrigacional.

Com isso, desenvolve-se a idéia de que o contrato de franquia deve ser concebido como um pacto de colaboração, que encerra obrigações havidas independentemente da vontade das partes, e que, mesmo não estando escritas ou expressamente delineadas no contrato ou na Circular de Oferta, vinculam as partes contratantes, como visgo de coerência, a atrelar seu comportamento aos propósitos que renderam ensejo à aproximação e à celebração do contrato.

Com o presente relatório, pretende-se, a par de discorrer sobre os aspectos característicos e distintivos do contrato de franquia empresarial, elementos estes essenciais à compreensão do contexto da investigação, examinar, no âmbito específico do

---

<sup>7</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. v.1. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.p. 37-40.

*franchising*, a boa-fé, como elemento intrínseco e norteador da atuação dos contratantes e a projeção de seus deveres anexos, laterais ou acessórios, como fontes de obrigações havidas antes e após o encerramento da avença, por força de sua eficácia pós-contratual.

## CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE FRANQUIA

### 1.1. CARACTERES DISTINTIVOS E CONCEITUAÇÃO

Situado no âmbito dos contratos de distribuição, ou, como prefere denominar a maior parte doutrina brasileira, dos ditos *contratos de colaboração empresarial*<sup>8</sup>, apresenta-se o contrato de franquia dotado de uma obrigação particular, de criação ou ampliação de mercado, que um dos contratantes (colaborador) assume em relação aos produtos ou serviços do outro (fornecedor).

Para ORLANDO GOMES<sup>9</sup>, trata-se de uma operação autônoma, porém com pontos de aproximação e contato com a concessão exclusiva, a distribuição, o fornecimento e a prestação de serviços, pela qual um empresário concede a outro o direito de uso de uma marca ou produto seu, com assistência técnica para sua comercialização, em troca de determinada remuneração.

Segundo o Código de Deontologia Europeu para o Franchising<sup>10</sup>, vigente desde 1º de janeiro de 1991, conceitua-se como um sistema de comercialização de produtos, serviços ou tecnologias, baseado em estreita e contínua colaboração entre empresas jurídicas, financeiramente distintas e independentes,

---

<sup>8</sup>FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 253.

<sup>9</sup>GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 578.

<sup>10</sup>PORTUGAL. Código de Deontologia Europeu para o Franchising. Disponível em: <<http://www.apf.org.pt/#!servicos/c24vq>>. Acesso em: 17 set. 2013.

através do qual o franqueador concede a seus franqueados o direito, e impõe a obrigação, de explorar uma empresa de acordo com o seu conceito.

Para o mesmo diploma comunitário, o direito concedido confere ao franqueado o poder, mas também o dever, de, mediante contrapartida financeira direta ou indireta, usar a marca ou insígnia dos produtos ou serviços, o “saber-fazer”, os métodos comerciais e técnicos e outros direitos de propriedade industrial e intelectual, apoiados em uma “prestação contínua de assistência comercial e/ou técnica”, no âmbito e durante a vigência do contrato.

Por força de uma relação jurídica<sup>11</sup>, obriga-se o franqueado, com a permanente e necessária colaboração do franqueador, a fazer investimentos em propaganda, manutenção de estoque, treinamento de pessoal e outras estratégias de expansão e conquista de mercado, dentro de limites territoriais especificados, por meio de regras ditadas segundo as diretrizes uniformes do dono da marca, tendentes a despertar nos consumidores o hábito de aquisição dos produtos ou serviços do fornecedor.

Viabiliza-se, com isso, um sistema de vantagens recíprocas<sup>12</sup>, por meio de um *método de colaboração*<sup>13</sup>, na medida em que o franqueado já se estabeleceria a negociar produtos e serviços previamente reconhecidos e trabalhados, por meio de *marketing*, junto ao consumidor, ao passo em que o franqueador ganharia com a ampliação de sua rede, com a expansão do valor agregado à marca e do próprio alcance da oferta de mercadorias ou serviços, sem significativos aportes de capital.

Dita colaboração pode se desenvolver, fundamentalmen-

---

<sup>11</sup>Segundo PONTES DE MIRANDA, em seu *Tratado de direito privado*, Tomo I, Campinas: Bookseller, 2000, p. 169, “Relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica.”

<sup>12</sup>COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 493.

<sup>13</sup>MARTINEZ, Pedro Romano. *Contratos comerciais – Apontamentos*. Cascais: Principia, 2001, p. 21.

te, sob três modalidades, classificadas a partir de decisão do Tribunal das Comunidades Europeias, no caso *Pronuptia*<sup>14</sup> (1986): a) *franquia de serviços*, em que o franqueado presta serviços sob o nome comercial do franqueador; b) *franquia industrial ou de produção*, modalidade em que o próprio franqueado produz, sob as indicações do franqueador, os produtos que vende com marca consolidada; c) *franquia de distribuição*, espécie em que se limita o franqueado à comercialização final de certos produtos, em local identificado com a marca ou a insígnia do franqueador que os produz.

Tecnicamente, entendemos tratar-se de um *contrato tipo*<sup>15</sup>, e não propriamente de *adesão*, tal como sustentado por respeitável parte da doutrina<sup>16</sup>, ante a possibilidade, ainda que limitada pela massificação das relações entre os grandes franqueadores e os seus colaboradores, da discussão e do estabelecimento de cláusulas livremente pactuadas entre as partes, tendo os aspectos pessoais dos contratantes (*intuitu personae*) papel preponderante na concretização da avença.

Apresenta, como requisito intrínseco, a exclusividade, ou semi-exclusividade<sup>17</sup>, na distribuição dos produtos e serviços do franqueador, conjugando, em sua essência, os contratos de licenciamento de uso da marca ou patente e de organização empresarial<sup>18</sup>.

Tais serviços de organização empresarial, que constituem uma das principais obrigações do franqueador, concorrendo, de forma decisiva, para o próprio êxito do negócio, materializam-

---

<sup>14</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.p. 775-776.

<sup>15</sup>SILVA, Luiz Antonio Guerra da; GONÇALVES, Valério Pedroso. *Contratos mercantis diferenciados*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 17.

<sup>16</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 63

<sup>17</sup>RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.p. 477-478.

<sup>18</sup>COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 492.

se por meio do desdobramento em três contratos acessórios, doutrinariamente<sup>19</sup> pontuados como *engineering, management e marketing*.

Por englobar o *franchising* tais contratos, que estabelecem relações jurídicas com feições quase autônomas, porém jungidas entre si por um liame comum, considera-se, na doutrina especializada, como um contrato *complexo*<sup>20</sup>, ou misto, na medida em que comportaria uma indiscutível mescla de cláusulas de contratos típicos, com disposições livremente pactuadas e inseridas, de forma caústica, pela vontade das partes.

*Engineering* é o meio pelo qual se define, projeta e executa a aparência (*layout*) do estabelecimento franqueado, de modo a identificá-lo perante o consumidor e criar a identidade visual com as demais lojas da cadeia. Confere-se, com isso, uma mesma feição a todos os estabelecimentos, criando, para o consumidor, uma imagem única, independentemente do local em que venha a ser instalada a loja ou de quem seja o titular da franquia.

O *Management* é a obrigação de prover as condições para o treinamento de funcionários, para o estabelecimento de um padrão de atendimento, elaboração dos produtos e prestação dos serviços, segundo um rígido modelo que caracteriza a marca, onde quer que esteja estabelecida uma loja de sua bandeira, além de capacitação do gestor para a administração do negócio.

Não raras vezes, costuma ser fonte de desajustes de relacionamento entre franqueador e franqueado, ensejando reclamações pela falta de efetiva assistência do franqueador, e, em situações mais graves, até mesmo a denúncia do contrato, posto que o atendimento deficiente ou a queda de qualidade dos produtos em um estabelecimento franqueado repercute sobre toda a imagem da rede, prejudicando os negócios do franqueador e

---

<sup>19</sup>COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 493.

<sup>20</sup>FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 49.

dos demais parceiros da região.

Por sua vez, o contrato acessório de *marketing* preconiza a utilização das técnicas de distribuição dos produtos e serviços perante os consumidores, com estudos de mercado, técnicas publicitárias e de lançamento de novos produtos, promoções temáticas e outras estratégias de venda e conquista de mercado local.

Para tanto, exigem-se investimentos e estreita colaboração do franqueado, que, a par de contribuir, periodicamente, com os encargos contratuais destinados à formação de um fundo de propaganda, tem o direito de receber do franqueador, com base no dever de esclarecimento derivado da boa-fé, informações claras sobre a utilização de tais recursos, os resultados de tais estratégias de *marketing* para o incremento das vendas da rede, bem como sobre as pesquisas, sondagens e prognósticos de mercado, realizados, periodicamente, pelo dono da marca.

Cabe observar que tais contratos integram o negócio de franquia e a sua perfeita execução é decisiva para o exitoso desenvolvimento do processo negocial de índole estável e duradoura. Estabelecem, ao lado dos deveres de supervisão e assistência, inerentes à prestação exigível do *franchisor* - que não pode, após a abertura do estabelecimento, abandonar o *franchisee* à própria sorte - obrigações que também tocam a este último colaborador, sobretudo no que respeita à continuidade dos investimentos, de modo a manter o padrão dos produtos e dos serviços prestados, com treinamento continuado, manutenção da imagem de eficiência perante o mercado local, observadas ainda as estratégias promocionais fixadas pela rede, mesmo que possam importar em pontuais sacrifícios ou compressão da margem de lucro.

Classifica-se como um pacto *intuitu personae*, uma vez que as características específicas, notadamente a segurança e a idoneidade pessoal do franqueado, representam aspecto essen-

cial à própria aceitação do negócio pelo franqueador, não sendo admitida, de regra, qualquer forma de sub-rogação pessoal<sup>21</sup>.

Carrega o contrato de franquia, impregnada em sua essência, além do vínculo de especial confiança a ser preservado - mormente em se tratando de pacto duradouro - uma característica de indisfarçável subordinação econômica do franqueado ao franqueador<sup>22</sup>, havida da própria fixação dos termos e condições contratuais, além dos investimentos reclamados do colaborador que adere ao *contrato tipo*<sup>23</sup>, sem que, com isso, se possa cogitar de qualquer relação de subordinação laboral ou de preposição, visto que se trata de relação comercial *horizontal*<sup>24</sup>, estabelecida entre empresários dotados de autonomia<sup>25</sup>.

Mostra-se indiscutível que, para incluir-se na rede de franqueados, assumindo, para fins econômicos, feições identificadas com a imagem do franqueador, renuncia o franqueado, em parte, à sua liberdade de comerciante autônomo, sendo necessário pontuar, todavia, que tal renúncia ocorre, conforme bem esclarece JORGE LOBO, em seu próprio benefício<sup>26</sup>, visto que abre espaço para um direito à assistência e proteção por parte do franqueador.

Nessa linha, importa assentar que, ainda que se possam vislumbrar certas características de vulnerabilidade do franqueado, notadamente no que toca à cessação do contrato ou às condições impostas para a sua renovação, não entendemos possível, em sede de relacionamento empresarial, sujeito a sistema

---

<sup>21</sup>CRETELLA NETO, José. *Manual jurídico do franchising*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 26.

<sup>22</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.p. 779-780.

<sup>23</sup>GARRUCO, Elisabete. O contrato de franquia. *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*, Lisboa, n. 34, p.p. 40-49, jul.-set. 2006.

<sup>24</sup>CRETELLA NETO, José. *Manual jurídico do franchising*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27.

<sup>25</sup>MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 488.

<sup>26</sup>LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 32.

e a princípios próprios, qualquer analogia tendente à aplicação, em sede de contrato de franquia, dos princípios inerentes às relações de consumo, em que a hipossuficiência do consumidor, sobretudo no Brasil, atrai a incidência de regras protetivas, específicas e de ordem pública, do Código Consumerista<sup>27</sup>, hauridas de fonte constitucional<sup>28</sup>, tendentes a nulificar cláusulas consideradas abusivas, insertas em contratos de adesão<sup>29</sup>.

Tal assertiva não significa, obviamente, que sejam consentidos, sob o manto da autonomia da vontade, abusos que comprometam o equilíbrio, ou mesmo coloquem em risco a própria finalidade do contrato de colaboração, funcionando a boa-fé, com seus deveres laterais, nos termos do que trata o presente estudo, como limite imanente à liberdade de atuação das partes antes, durante e após a extinção da avença.

O contrato de franquia é contrato atípico, marcado pela autonomia privada, manifestada na ampla liberdade quanto à pactuação das cláusulas de regência das obrigações assumidas, não obstante esteja a reclamar, por sua natureza e para a própria segurança jurídica e estabilidade da relação duradoura, a

---

<sup>27</sup>BRASIL. *Lei 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 08 set. 2013.

<sup>28</sup>BRASIL. *CRFB: Art. 5º*. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

<sup>29</sup>Sobre o tema específico, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, por suas duas Turmas de direito privado, ao apreciar questionamento atinente à validade da cláusula de eleição de foro, em sede de contrato de franquia, entendendo inaplicáveis os princípios consumeristas inseridos na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que nulificam, em sede de contrato de consumo, a inserção de cláusula que dificulte a defesa do consumidor em juízo: BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. *Recurso Especial nº 930875/MT*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 16.06.11. DJe de 17.06.11. Disponível a partir de <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 08 set. 2013; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1336491/SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 27.11.12. DJe de 13.12.12. Disponível a partir de <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 08 set. 2013.

prévia fixação das prestações que se atribuem a cada uma das partes, notadamente no que toca ao prazo de vigência, aos encargos financeiros cometidos ao franqueado, às limitações territoriais e de concorrência e à possibilidade de renovação da avença.

Aponta-se que, consoante estabelece a Lei de Propriedade Industrial<sup>30</sup>, em seu artigo 211, para que o contrato produza efeitos em relação a terceiros, mostra-se indispensável o registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – IN-PI, órgão competente para registrar os contratos que tenham por objeto a concessão temporária de direitos relativos a marcas e transferência de tecnologia, hipótese na qual se inserem os contratos de franquia<sup>31</sup>.

Para MENEZES CORDEIRO, trata-se do mais variável e complexo dos contratos de distribuição, na medida em que, estando inteiramente dominado pela autonomia privada<sup>32</sup>, pode apresentar, sem que com eles se possa confundir, elementos próprios de outros contratos, tais como o de agência e o de distribuição, estando certo que somente uma interpretação casuística permitirá a aferição do exato alcance do contrato e dos deveres resultantes para as partes<sup>33</sup>.

Pelo mesmo motivo, ou seja, pela aproximação com outras modalidades contratuais distintas, atribui ORLANDO GOMES um caráter de figura autônoma, embora *híbrida*<sup>34</sup>, ao contrato de *franchising*.

---

<sup>30</sup>BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 12 out. 2013.

<sup>31</sup>BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 806.

<sup>32</sup>CORDEIRO, António Menezes. Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 48, v. 1, p. 63-84, abr.1998.

<sup>33</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.p. 775-777.

<sup>34</sup>GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 578.

No Brasil, com a edição da Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994<sup>35</sup>, parcela respeitável da doutrina passou a sustentar que haveria regramento próprio para o contrato de franquia, o que faria com que, no âmbito nacional, fosse tratado, a partir de então, como um contrato típico<sup>36</sup>.

No entanto, longe de trazer a inteira regulação da matéria relativa ao complexo contrato de *franchising*, ou mesmo fazer constar da lei as *cláusulas nucleares*<sup>37</sup> do contrato, o que poderia conferir tipicidade ao tipo de ajuste comercial, cuidou o legislador, nos onze artigos do diploma mencionado, especificamente, de prestigiar uma maior transparência e segurança no âmbito da relação obrigacional, tratando, fundamentalmente, da Circular de Oferta de Franquia e das informações obrigatórias que nela devem estar contidas, além de estabelecer, como imperiosa, a forma escrita para a instrumentalização da avença.

A Circular de Oferta de Franquia, por sua vez, busca inspiração no *disclosure statute*, haurido do direito norte-americano, tendo por escopo conferir transparência negocial, ao fixar deveres de esclarecimento prévio aos franqueadores, em relação àqueles interessados em integrar a sua rede<sup>38</sup>.

Entende-se por *disclosure*, conceito desenvolvido pelo direito norte-americano após a grande crise da bolsa de valores em 1929, o princípio segundo o qual deve haver uma revelação total e sincera (*full and fair disclosure*) dos dados empresariais

---

<sup>35</sup>BRASIL. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

<sup>36</sup>Nesse sentido, citam-se os posicionamentos de SILVA, Luiz Antonio Guerra da; GONÇALVES, Valério Pedrosa. *Contratos mercantis diferenciados*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 16 e FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 285.

<sup>37</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. v. 2, Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 191.

<sup>38</sup>SILVA, Flávio Lucas de Menezes; TUSA, Gabriele. Contrato de franquia empresarial: a instrumentalização de um negócio formatado. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253.

no mercado de capitais e no de franquias empresariais<sup>39</sup>.

Não se colimou com isso, ou seja, com a publicação da lei que trata da Circular de Oferta de Franquia, a regulamentação do instituto, tal como ocorre com os contratos expressamente tipificados e versados pelo Código Civil de 2002, cuja edição, cabe observar, se deu em momento posterior ao próprio advento da Lei 8.955/94.

Pelas mesmas razões, pode-se concluir que a edição do Código de Deontologia Europeu para o Franchising<sup>40</sup>, elaborado pela Federação Européia de Franchising (EFF) e aplicável em Portugal desde 1º de janeiro de 1991, ao traçar princípios orientadores e declarar-se como um código de “bons costumes e de boa conduta” para os praticantes do negócio de franquia na Europa, não logrou ou pretendeu tornar típico o contrato em questão.

Ademais, o caráter atípico mostra-se inerente à própria essência de determinados contratos, que, por suas variantes, não se amoldam ou ajustam, perfeitamente, a um arquétipo legal previamente concebido ou específico, razão pela qual sustenta DIEZ-PICAZO<sup>41</sup> que se trata de um uma regra de *fundamento econômico*, derivada da necessidade de adaptação do contrato aos legítimos fins que os contratantes pretendem, no plano prático, obter.

Entendemos, nessa toada, com filiação à corrente doutrinária hoje predominante, que, mesmo após a edição da Lei 8.955/94, que disciplinou, no âmbito do direito brasileiro, apenas alguns aspectos do contrato, notadamente a transparência em momento pré-contratual, não se pode afirmar a tipicidade do contrato de franquia, visto que as relações entre o franquea-

---

<sup>39</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.p. 48-49.

<sup>40</sup>PORTUGAL. Código de Deontologia Europeu para o Franchising. Disponível em: <<http://www.apf.org.pt/#!/servicos/c24vq>>. Acesso em: 17 set. 2013.

<sup>41</sup>DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5.ed. v.1. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 385.

dor e seu franqueado permanecem regidas pelas cláusulas especificamente pactuadas<sup>42</sup>.

Enfeixa-se, conceitualmente, com base na lição de PINTO MONTEIRO<sup>43</sup>, o contrato de franquia, como sendo um contrato atípico, de natureza empresarial e de colaboração, por meio do qual um franqueador autoriza e cria meios para que alguém (franqueado), mediante contrapartidas, passe a atuar comercialmente, com a produção e a comercialização de produtos ou serviços, de modo estável e com o emprego da fórmula de sucesso do primeiro (marca, sinais distintivos, conhecimentos, etc), surgindo aos olhos do consumidor com a mesma imagem empresarial, obrigando-se, lado outro, a observar as indicações e a aceitar o controle e fiscalização do franqueador.

## 1.2. RAÍZES HISTÓRICAS E FUNDAMENTO DA EXPANSÃO

Fruto das alterações das formas de produção e distribuição, havidas após a revolução industrial<sup>44</sup>, e, sobretudo, da crescente necessidade de se facilitar a expansão empresarial, de modo a abarcar, de forma célere e sem vultosos investimentos com a abertura de filiais, o extenso território norte-americano, surge o *franchising*, nos Estados Unidos da América, como contrato mercantil, na década de 30 do século XX.

A criação da rede Mc Donald's, a partir da primeira lanchonete, inaugurada em Pasadena, estado da Califórnia, em 1937, pelos irmãos Richard e Maurice McDonald, não obstante

---

<sup>42</sup>Nesse mesmo sentido, o posicionamento esposado por COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 494, secundado por NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, v.2: Títulos de crédito e contratos empresariais. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 313.

<sup>43</sup>MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 123.

<sup>44</sup>VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O contrato de franquia (franchising)*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010.

não deva ser afirmada como sendo a responsável pela *invenção*<sup>45</sup> do sistema de franquia, mostrou-se, lado outro, de grande importância para o desenvolvimento do *franchising* e sua popularização, como forma de investimento rentável e seguro.

No entanto, noticia-se a existência de um embrião do atual conceito de *franchising* já no século XIX, quando, a partir de 1860, grandes empresas americanas inauguraram, com a *Singer Sewing Machine Co.*, e com a *Wilcox Sewing Machine Co.* (1874), depois secundadas pela *General Motors* (1898), um sistema de distribuição de produtos doutrinariamente tido como o início do *franchising* industrial.

Atribui a doutrina, assim, o surgimento do *franchising*, com os contornos modernos, à *Singer Sewing Machine*<sup>46</sup>, que era uma empresa dotada de uma marca extremamente conhecida, e que, com o objetivo de propiciar um rápido crescimento, inovou, ao ceder, além da utilização da marca, as próprias técnicas de vendas e de *management*, mediante contraprestação financeira dos parceiros, sob a forma de participação nos lucros (*royalties*).

Aponta-se, no entanto, como marco histórico, o ano de 1892, com a fundação, em Atlanta, estado da Geórgia, da *The Coca-Cola Company*, que, já em 1894, concedeu autorização para que fosse o produto, até então comercializado em xarope, por máquinas dosadoras, vendido em garrafas, que seriam distribuídas, por um empresário, no estado do Mississippi, o que facilitou a expansão da marca e do produto por todo o território americano e pelo mundo<sup>47</sup>.

A expansão do instituto para a Europa, onde sofreu consideráveis adaptações e modificações em relação ao modelo

---

<sup>45</sup>CRETELLA NETO, José. *Manual jurídico do franchising*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

<sup>46</sup>FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 22.

<sup>47</sup>CRETELLA NETO, José. *Manual jurídico do franchising*. São Paulo: Atlas, 2003, p.p. 48-49.

americano, que permaneceu menos específico, a abranger outros tipos de contratos de distribuição (concessão, representação, etc), no entanto, somente se deu após a metade do século XX.

Pode-se dizer que, em verdade, retornou o instituto ao seu berço histórico, tendo em vista que o anglicismo *franchising* busca origem no francês medieval (*franc*), advindo da expressão de origem francesa (*franchiser*), que significa franquear ou conceder um privilégio, então outorgado pelos senhores feudais, a uma vila franca.

Com efeito, na idade média, as chamadas cidades *franches* ou *franchisé*, por força de um privilégio especialmente outorgado, podiam oferecer a livre circulação de bens e pessoas, de forma a fomentar o seu desenvolvimento<sup>48</sup>.

Sustenta ainda FELIZARDO BARROSO<sup>49</sup> que as origens mais remotas da franquia estariam ligadas ao próprio sistema com que se procediam às expedições marítimas, também de origem européia, em que os reinos, equiparados aos franqueadores, franqueavam as embarcações, para que, em nome do monarca, sob as suas armas (marcas), os navegadores buscassem novas terras e riquezas, de sorte a expandir os limites territoriais e de mercado.

A expressão e a própria prática, todavia, desapareceram da França ao final da idade média, somente retornando à Europa, já amoldada a um modelo de parceria empresarial, depois do desenvolvimento do instituto pelo direito norte-americano.

Nos Estados Unidos, permaneceu a ser tratado, todavia, como verdadeiro gênero de contrato de distribuição, albergando, sob o conceito de *franchising*, institutos como a concessão comercial<sup>50</sup> e a representação, que, para o direito europeu, es-

---

<sup>48</sup>VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O contrato de franquia (franchising)*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 13.

<sup>49</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 13.

<sup>50</sup>MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. 3.ed. Coimbra:

tão a merecer tratamento jurídico distinto.

O Brasil, cujo modelo atual, mais específico e delimitado de franquia, se aproxima do sistema europeu de *franchising*, registra experiência pioneira, ainda em 1910, com o fabricante dos *Calçados Stella*<sup>51</sup>, que, por iniciativa de seu proprietário, passou a selecionar representantes comerciais que ficavam encarregados, por conta própria, dos investimentos para a instalação de novos pontos comerciais, onde ficava afixada a placa com a marca “Calçados Stella”, em um sistema que já propugnava uma padronização visual.

Na década de 70, surge no Brasil, a partir da experiência bem sucedida dos cursos de inglês *Yazigi* e da chegada da rede de lanchonetes McDonald’s, uma idéia mais clara sobre o sistema de franquias, mas a sua expansão, como prática comercial difundida e bem sucedida somente se verificou, de forma marcante, a partir dos anos 80, com a criação, em 1987, da Associação Brasileira de Franchising - ABF, que incentivou e promoveu a difusão do instituto no País, oferecendo esclarecimento e proteção aos franqueados<sup>52</sup>.

Nas duas últimas décadas, o incremento de alguns fatores facilitadores e econômicos possibilitou um enorme crescimento no número de franquias, consolidando o êxito da prática comercial, como meio de investimento seguro, que permite retorno mais rápido ao franqueado e a eficiente distribuição de produtos, consolidação da marca e expansão de mercado para os franqueadores.

MENEZES CORDEIRO<sup>53</sup> elenca, como motivo determinante para a vultosa expansão do franchising nos últimos anos,

---

Almedina, 2009, p. 120.

<sup>51</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

<sup>52</sup>FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 24.

<sup>53</sup>CORDEIRO, Antônio Menezes. Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 48, v. 1, p. 63-84, abr.1998, p. 68.

a conjunção de fatores como o desenvolvimento industrial, aliado à evolução tecnológica dos meios de comunicação e de divulgação das marcas, somando-se ainda a mobilidade dos consumidores, que passam a formar um mercado global, a exigir oferta uniforme de bens, aspectos estes que, somados, propiciam considerável aumento de rendimentos.

Conforme informações fornecidas pela Associação Brasileira de Franchising – ABF<sup>54</sup>, somente no período de 2002 a 2012, verificou-se, no Brasil, evolução do número de redes de franquias de 650 para 2.426. Em dez anos, o número de unidades franqueadas subiu de 56.000 para 104.543. O faturamento, por sua vez, saiu de 28 bilhões de reais, em 2002, para 103.292 bilhões de reais, no ano de 2012.

O crescimento do *franchising*, como modalidade contratual afinada aos modernos conceitos de colaboração e desenvolvimento econômico sustentável, tende a continuar com a pujança demonstrada pelos números citados, assumido, por tal motivo, ainda maior relevo o estudo das posições contratuais e das obrigações impostas aos franqueados e franqueadores, tendentes a um cumprimento perfeito, de modo a harmonizar os interesses envolvidos ao escopo da própria relação, com seus deveres principais, secundários e acessórios<sup>55</sup>.

## CAPÍTULO II – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DAS PARTES EM RELAÇÃO AO OBJETO DO CONTRATO

### 2.1. COMPLEXIDADE INTRA-ORIGACIONAL

No âmbito da relação contratual, concebida sob o prisma contemporâneo de uma complexidade intra-obrigacional, ou

---

<sup>54</sup>Disponível a partir de: <<http://www.portaldofranchising.com.br/numeros-do-franchising/evolucao-do-setor-de-franchising>>. Acesso em: 23 set. 2013.

<sup>55</sup>VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 2. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1990, p. 11.

vista como uma *relação jurídica total*<sup>56</sup>, destacam-se deveres decorrentes da obrigação em sentido estrito, a abranger o direito de crédito e o correspondente dever de prestar, ao mesmo tempo em que surgem deveres de maior amplitude, porém igualmente vinculantes, que abarcam todo o conjunto de situações jurídicas<sup>57</sup> advindas da relação instaurada entre as partes do contrato.

Surgem, com isso, tanto para o franqueador quanto para o franqueado, três grandes grupos de deveres, advindos dessa realidade complexa, aglutinados em: a) deveres de prestação principal; b) deveres secundários de prestação; e c) deveres anexos, ou acessórios, advindos do princípio da boa-fé.

O dever de adimplemento da prestação principal representa a própria causa da celebração da avença, ou seja, diz com o objeto que se busca alcançar com o contrato, exprimindo uma relação objetiva, de crédito e débito.

Os deveres secundários, por sua vez, definem-se como outras prestações, sempre dependentes da principal, que, ainda que estejam expressamente pactuadas, objetivam a complementação do dever principal de prestação, que confere razão de existir ao contrato.

Somam-se aos deveres de prestação (principais e secundários) outros deveres específicos de atuação e conduta, vistos como acessórios ou anexos de um dever principal, percebidos com maior destaque nas relações duradouras, e que buscam, a partir de um vetor essencial de boa-fé e do estabelecimento de deveres de abstenção, evitar que se venham a frustrar, por meio da quebra dos deveres de confiança e de colaboração, as legítimas expectativas quanto à conclusão do vínculo.

No entanto, ditos deveres acessórios, que independem de qualquer previsão contratual específica e geram obrigações que

---

<sup>56</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. v.1. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37.

<sup>57</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 1. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 121.

transcendem os limites formais do ajuste, por sua inequívoca e atual relevância, serão objeto de estudo mais detido e aprofundado em momento ulterior.

Passa-se, nessa toada, ao exame das principais obrigações ou deveres prestacionais, que dizem respeito ao próprio escopo do contrato de colaboração, e que tocam ao franqueador e ao franqueado, e que, de regra, se encontram escritos e especificados no contrato de franquia.

O descumprimento de tais cláusulas contratuais, ou mesmo o cumprimento imperfeito de tais obrigações de prestação, em se tratando de contrato bilateral, gravado por sinalagma, rendem ensejo à resolução da avença, permitida ainda, pela parte prejudicada<sup>58</sup>, a invocação das respectivas exceções substanciais de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) ou apenas parcialmente cumprido, a consubstanciar a chamada *exceptio non rite adimpleti contractus*<sup>59</sup>.

## 2.2. PRINCIPAIS OBRIGAÇÕES E DIREITOS DO FRANQUEADOR

As obrigações do franqueador começam a incidir antes mesmo da assinatura do contrato ou pré-contrato, por força do dever de informação e transparência, erigido a obrigação legal, a partir da edição da Lei 8.955/94<sup>60</sup>, que passou a exigir a entrega, ainda na fase de tratativas, sob pena de anulabilidade do contrato, de uma Circular de Oferta de Franquia (COF), contendo as principais informações sobre o negócio, a fim de possibilitar uma escolha consciente e esclarecida por parte do potencial franqueado.

Referido documento, de cunho informativo, vincula o

---

<sup>58</sup>Artigo 476 do Código Civil Brasileiro.

<sup>59</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Contratos. v. 4. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 286.

<sup>60</sup>BRASIL. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

franqueador e deve ser escrito em linguagem clara e acessível, contendo, obrigatoriamente, dentre outros elementos expressamente consignados no diploma legal, informações detalhadas sobre a franquia e as atividades que serão desempenhadas, com perfil do franqueado ideal e limites territoriais de atuação, além de estimativas de investimentos exigidos, taxa inicial de filiação (*initial fee*), com clara indicação de todas as taxas periódicas e valores a cargo do franqueado, com as respectivas destinações.

Deve ainda a COF disponibilizar a relação completa de todos os franqueados e subfranqueadores da rede, bem como daqueles que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone, discriminando-se, outrossim, os serviços de assistência que serão disponibilizados pelo franqueador e a situação do franqueado após a expiração do vínculo, especialmente em relação ao know how adquirido e a implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador.

Trata-se de uma obrigação legal, porém incidente em fase pré-contratual, e que se incorpora àquelas que serão especificamente dispostas no contrato de franquia, passando a integrar os termos do instrumento contratual<sup>61</sup>, de modo a vincular o seu conteúdo e condicionar a sua própria validade.

Em sede contratual, não obstante a considerável variação das acepções doutrinárias tendentes a enumerá-las, ora de forma mais detalhada, ora agrupada em pontos mais abrangentes e gerais, pode-se elencar as principais obrigações do franqueador em cinco grandes grupos de prestações principais:

I) Facultar, ao franqueado, o uso da marca, insígnia ou designação comercial, para a comercialização de seus produtos ou serviços;

II) Respeitar a exclusividade territorial acordada com o franqueado;

---

<sup>61</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 600.

III) Fornecer a assistência necessária à instalação do ponto comercial e prover as orientações indispensáveis ao gerenciamento do negócio e ao treinamento de pessoal;

IV) Auxiliar o franqueado, de forma permanente, na manutenção da atividade desenvolvida, disponibilizando conhecimentos e acesso a técnicas ou processos produtivos exclusivos (*know how*), por meio de informações atualizadas e do acesso aos produtos necessários; e

V) Respeitar o prazo contratualmente ajustado para a vigência do contrato.

Os direitos do franqueador, por seu turno, seriam extremamente variáveis, a depender, fundamentalmente, do que fora objeto de estipulação contratual e do tipo de atividade desenvolvida. Todavia, observada a própria natureza bilateral do contrato e as obrigações inerentes ao franqueado, típicas do contrato de *franchising*, podem ser enumeradas, sem caráter exaustivo, as seguintes prerrogativas, conferidas ao franqueador, usualmente verificadas nos *contratos tipo*:

I) Direito de receber o chamado *front money*, ou *franchise fee*, que representa uma prestação inicial, a funcionar como uma taxa de adesão à rede de franqueados, vertida a título de contrapartida do franqueado pela cessão do uso da marca, da assistência inicial e do saber-fazer transmitido. Tal pagamento pode ser negociado e dependerá dos próprios usos e costumes locais. Nesse sentido, enquanto na Europa se mostra freqüente a dispensa, em determinados casos, do *front money*, com a cobrança apenas das prestações periódicas, nos Estados Unidos, por sua vez, adota-se prática diversa, ou seja, paga o franqueado um valor inicial mais alto, ficando, depois, menos exigido quanto aos encargos ou mesmo dispensado dos *royalties*<sup>62</sup>. Entendemos, todavia, que, por se tratar de uma remuneração justificada pela necessidade de um investimento inicial do

---

<sup>62</sup>VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O contrato de franquía (franchising)*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 45.

franqueador, com a própria transmissão do conhecimento e a permissão de uso dos sinais distintivos da marca pelo novo integrante da rede, não seria justificável, sob pena de enriquecimento sem causa, a cobrança de novo *front money*, a cada renovação do contrato de franquia.

II) Direito a uma retribuição periódica (*royalties*), calculada, na maior parte dos casos, como percentual do produto das vendas ou correspondente ao produto de certas aquisições que o franqueado se obriga a fazer, podendo ser pactuada uma quota mínima e periódica de produtos ou insumos. Tal sistema de participação no produto das vendas, a par de remunerar o titular da marca, permite ainda que o franqueado venha a se proteger contra um eventual desinteresse ou falta de empenho do franqueador quanto à assistência continuada, na medida em que a sua remuneração seria diretamente proporcional ao lucro do franqueado.

III) Poder de fiscalização e controle da qualidade e especificações.

IV) Poder de aprovação de pontos de venda, sua configuração e compatibilidade entre a localização proposta e o perfil do consumidor da marca.

V) Poderes de domínio da cessão da posição contratual e da renovação do contrato.

Este último aspecto, por sua manifesta relevância, está a merecer uma mais aprofundada consideração.

Por seu caráter *intuitu personae*, não se pode admitir, sem o expresse assentimento do franqueador, a cessão da posição contratual do franqueado, posto que a escolha do parceiro, com quem irá se estabelecer o necessário liame de confiança, e que irá se apresentar sob a marca e os sinais distintivos consolidados, constitui uma das principais prerrogativas do franqueador.

Sobre a possibilidade de prorrogação do contrato, não obstante seja uma faculdade atribuída ao franqueador, cumpre

assentar, todavia, que o direito de decidir sobre a renovação do contrato deve encontrar limites na boa-fé.

O prazo mínimo de duração do contrato de franquia e a possibilidade de prorrogação não se encontram regulados ou previstos na Lei 8.955/94<sup>63</sup>, a corroborar a assertiva anteriormente trazida, no sentido de que tal diploma não tornou típico o contrato de *franchising*, que permanece sendo regido, fundamentalmente, pelas cláusulas especificamente pactuadas, de acordo com as especificidades do negócio e o conteúdo negociado pelas partes.

Assim, deve o franqueado, ao firmar o contrato, se assegurar de que o prazo consensualmente ajustado para a duração da relação se mostra suficiente, pelo menos, para garantir a cobertura dos investimentos, por vezes de grande monta, realizados para a abertura da franquia.

Se tal prazo de duração foi expressamente discutido e pactuado entre as partes, tem-se que deve prevalecer a autonomia da vontade livremente refletida e manifestada pelas partes, no momento da assunção do vínculo, que assume, por tal motivo, salvo a prova de qualquer vício de consentimento, força de observância obrigatória.

Lado outro, se, por força do *contrato tipo*, sequer teve o franqueado qualquer possibilidade de discutir ou se insurgir contra uma cláusula geral previamente estabelecida pela contraparte, temos que se mostra possível, em determinadas situações, a discussão judicial sobre eventual descumprimento da cláusula geral de boa-fé, com seus deveres acessórios, para que, havendo dissenso, se possa aferir a existência do direito do franqueado a uma razoável prorrogação.

Assim, se o franqueador, mesmo próximo de alcançado o termo do contrato, permanece a estimular o franqueado a fazer novos investimentos nas instalações, com a aquisição de ma-

---

<sup>63</sup>BRASIL. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

quinário novo e aumento da aquisição de insumos, há que se reconhecer que, por força da relação de especial confiança e colaboração havida no cerne do contrato de franquia, está a gerar no franqueado a legítima expectativa, de que será renovado o vínculo obrigacional.

Comportamento diverso, no sentido de não mais prorrogar o contrato, mesmo depois de gerar no franqueado tal fundada expectativa, mostra-se contraditório e incompatível com o dever de boa-fé, em verdadeira situação abusiva, caracterizada pelo *venire contra factum proprium*<sup>64</sup>, posto que qualquer dos contratantes, que pretenda se opor à renovação do ajuste que se ultima, deve atuar de forma coerente, ou seja, abster-se de qualquer comportamento que possa vir a gerar na contraparte uma legítima expectativa em sentido contrário.

### 2.3. PRINCIPAIS OBRIGAÇÕES E DIREITOS DO FRANQUEADO

Dentre as obrigações do franqueado, havidas do liame contratual estabelecido e da própria natureza do contrato, destacam-se as seguintes:

I) Obrigação de pagamento das retribuições ajustadas, dentre as quais se destacam o *front money* ou *franchise fee*, os *royalties* e as taxas de publicidade.

Este último encargo se destina, geralmente, à formação de um fundo de promoção e publicidade da marca, de âmbito geral, sendo gerenciado pelo franqueador, ou pelo *master franchiser*, que deve, portanto, prestar contas, periodicamente, sobre a utilização dos recursos, por força dos deveres de confiança e transparência.

II) Dever de desenvolvimento da atividade dentro de limites territoriais e de não-concorrência.

---

<sup>64</sup>VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O contrato de franquia (franchising)*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.p. 109-110.

Deve o franqueado observar a cláusula de raio de atuação, de modo a não interferir ou violar o espaço destinado a outro franqueado ou ao próprio franqueador, abstendo-se de concorrer em condições não permitidas pela avença. Tal dever de abstenção também se refere ao franqueador, que deve respeitar, para a concessão de novas franquias, os limites territoriais de atuação do seu franqueado originário.

III) Estrita observância, pelo franqueado, da qualidade dos produtos e serviços franqueados.

O padrão de qualidade dos produtos fornecidos e dos serviços prestados sob a bandeira de uma marca conhecida é, certamente, o principal patrimônio do franqueador. Assim, deve o franqueado manter, durante toda a duração do contrato, e não somente no início do negócio, o mesmo rígido padrão de produção, atendimento e pós-atendimento aos clientes, de modo a fortalecer a imagem da marca, gerando reconhecimento e agregando valor a toda a rede.

Um serviço de baixa qualidade, prestado por um franqueado, culmina por afetar negativamente não só o titular da marca, mas todos os demais integrantes do grupo de franqueados.

Por meio dos poderes de fiscalização e orientação conferidos ao franqueador, este deve manter rígido controle sobre o atendimento prestado pelos seus franqueados, sendo possível, em casos mais extremos, a aplicação de sanções pecuniárias e a própria rescisão do ajuste, por força do descumprimento desse dever de qualidade por parte do franqueado.

IV) Sigilo em relação aos conhecimentos recebidos do franqueador.

Os contratos de franquia normalmente trazem cláusula<sup>65</sup> de preservação e manutenção de segredo sobre os conhecimen-

---

<sup>65</sup>Nesse sentido, dispõe a Lei 8.955/94, em seu artigo 3º, inciso XIV, que a Circular de Oferta de Franquia deve informar, expressamente, sobre a situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a *know how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia e quanto à implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador.

tos adquiridos (*know how*) por força da relação jurídica mantida com o franqueador.

No entanto, ainda que não exista cláusula específica sobre todos os aspectos que devem ser mantidos em sigilo pelo franqueado, mesmo após a extinção do vínculo, impera reconhecer que a boa-fé projeta seus efeitos para além dos próprios limites temporais do contrato, vinculando as partes, por seus deveres acessórios de lealdade e proteção, a obstar a adoção de comportamentos desleais ou tendentes a causar prejuízos à contraparte.

Registre-se, todavia, que tal tema será abordado com maior detalhamento quando for dissecada, neste mesmo relatório, a relevante questão pertinente à culpa *post pactum finitum* no contrato de franquia.

Por sua vez, sem prejuízo de outros tantos que podem ser livremente pactuados ou especificamente previstos, por força da própria atipicidade do contrato de franquia, agrupam-se os direitos do franqueado, basicamente, em três tópicos:

I) Direito de usar as marcas, insígnias ou nomes comerciais do franqueador;

II) Utilização, para o proveito da atividade empresarial, dos conhecimentos, técnicas empresariais ou *know how* desenvolvidos e pertencentes ao franqueador;

III) Receber, de forma continuada e efetiva, o auxílio técnico e especializado do franqueador, no lançamento, manutenção e desenvolvimento de suas atividades (*engineering, management e marketing*).

Nesse ponto, deve ser ressaltada que não se concebe que a participação do franqueador se encerre com o fornecimento do *know how* e a abertura do negócio, posto que o deveres de cooperação e proteção ressaem inerentes à própria natureza do contrato de colaboração, tornando imperioso um efetivo e continuado acompanhamento, com a permanente troca de informações e a transferência de experiências que permitirão superar as

dificuldades, técnicas ou econômicas, surgidas ao longo da execução do contrato.

Com efeito, a obrigação de transmitir o saber-fazer, inerente ao franqueador, restaria, na prática, esvaziada em seu desiderato maior, se, a seu lado, não existisse o dever complementar de efetiva assistência técnica pelo franqueador ao franqueado, durante toda a execução do contrato de *franchising*<sup>66</sup>.

## CAPÍTULO III – DA BOA-FÉ COMO BALIZA CONTRATUAL

### 3.1. BOA-FÉ E DEVERES ANEXOS OU ACESSÓRIOS

Como um dos princípios fundamentais do direito privado atual, a boa fé objetiva, com seus deveres acessórios ou anexos, se mostra como verdadeiro pilar axiológico, sobre o qual deve estar alicerçada a formação do contrato, desde as tratativas enclatadas (*culpa in contrahendo*), passando pela execução do contrato, com efeitos projetados para além da vigência contratual (*culpa post pactum finitum*).

Estabelece-se, por força de tal baliza, um padrão ético de conduta, a ser necessariamente observado pelas partes, de modo a permear o âmbito relacional com os valores da honestidade, lealdade e probidade, vedando-se a prática de comportamentos que venham a intentar frustrar, ou mesmo a colidir com os objetivos que determinaram a celebração do negócio jurídico.

Nessa toada, nos negócios ditos bilaterais, o interesse de cada um dos partícipes da relação jurídica (*mea res agitur*) encontra fronteira nos interesses do outro figurante, igualmente dignos de proteção, de tal sorte que opera a boa-fé, em tais ca-

---

<sup>66</sup>RIBEIRO, Maria de Fátima. O contrato de franquia (*franchising*). *Direito e Justiça*. v. 19. n.1. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2005, p. 108.

sos, como mandamento de obrigação<sup>67</sup>.

No contexto específico dos contratos de distribuição, importa ter em mente que o contrato de *franchising* traz, em sua essência, a natureza de um sistema de parceria empresarial<sup>68</sup>, devendo, sob tal aspecto finalístico, ser interpretado. Desse modo, devem as partes guardar coerência com o escopo de colaboração que fomentou a formalização do vínculo, afastando-se de qualquer prática que se possa mostrar contrária ou prejudicial a tal escopo, mantendo-se fiel à obrigação como uma realidade complexa<sup>69</sup>, e não como simples dever prestacional.

Assevera-se, nesse sentido, que a franquia faz eclodir entre as partes uma relação duradoura, pautada por estreita e contínua colaboração e jungida por laços de confiança, que devem ser observados durante a execução e mesmo após a resolução do pacto, sendo este traço fundamental, caracterizado pela *obrigação de promover os interesses da outra parte*<sup>70</sup>, comum a todos os contratos de distribuição.

A boa-fé se revela sob a vertente funcional de um vetor de interpretação dos negócios jurídicos (função hermenêutico-integrativa), situação em que, ao se valer da boa-fé, estará o juiz, simplesmente, *conferindo ao contrato as exatas dimensões que a operação econômica por ele formatada reclama, segundo a sua função social e econômica*<sup>71</sup> e acorde com as legítimas expectativas das partes.

Nesse sentido, temos que a própria *interpretação contra-*

---

<sup>67</sup>SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. 8.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 34.

<sup>68</sup>DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 270.

<sup>69</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 1. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 121.

<sup>70</sup>MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.p. 127-128.

<sup>71</sup>MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 35.

*tual integradora*, proposta por LARENZ<sup>72</sup> como sendo a mais ajustada ao exame judicial do alcance das cláusulas dispostas nas modalidades contratuais atípicas, surgidas mais recentemente no tráfico, deve partir de uma idéia de conformação harmoniosa das vontades que formaram o contrato, que vai além daquilo puramente dito nos seus dispositivos impressos.

Ainda por força da boa-fé, vaticina ORLANDO GOMES que se encontram no próprio conteúdo do contrato *condições subentendidas*, que decorrem da natureza da obrigação assumida, da equidade ou do uso regular, presumindo-se que as partes aceitaram tais consectários, posto que a interpretação, por força do consensualismo, não se deve restringir à simples apuração da vontade formal das partes<sup>73</sup>.

No entanto, sua função não se restringe ao prisma de interpretação das cláusulas negociais, revelando-se, certamente com maior relevo, como fonte de deveres particulares de conduta<sup>74</sup>, havidos como acessórios, instrumentais ou anexos, que, com força vinculante, se destinam a garantir o cumprimento da obrigação como um processo, de tal sorte que a medida da intensidade dos deveres acessórios seria dada pela própria finalidade do negócio, ao passo em que seu descumprimento estaria a gerar o adimplemento insatisfatório ou imperfeito<sup>75</sup>.

No contrato de *franchising*, ressaem os deveres de cooperação e lealdade como coordenadas fundamentais à proteção dos interesses reciprocamente protegidos, de modo a assegurar o alcance dos fins sociais e econômicos preconizados, e que motivaram a aproximação das partes do negócio jurídico.

A complexidade intra-obrigacional, advinda da relação

---

<sup>72</sup>LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 424.

<sup>73</sup>GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

<sup>74</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. v.1. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 154.

<sup>75</sup>SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. 8.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 41.

contratual especificamente estabelecida, propicia a eclosão de deveres principais e acessórios de prestação, na mesma medida em que exsurtem deveres de conduta, igualmente obrigatórios e de observância especialmente relevante nas relações duradouras<sup>76</sup>.

Cabe observar que, para a completa satisfação dos interesses das partes<sup>77</sup>, o mero cumprimento dos deveres principais pode não ser suficiente, razão pela qual, observados os chamados usos do tráfego negocial<sup>78</sup> e a própria natureza jurídica do contrato, mostra-se exigível que a prestação, para que possa ser havida como perfeita, venha acompanhada do cumprimento dos deveres secundários.

Os deveres acessórios se mostram, nessa toada, independentes do dever de prestação principal, razão pela qual podem surgir antes ou depois da extinção formal do negócio e até mesmo tutelar a situação de terceiros, estranhos aos limites formais do contrato, a quem se deve proteger<sup>79</sup>.

Agrupam-se os deveres acessórios em deveres de *esclarecimento*, de *proteção* e de *lealdade*, classificação tripartida<sup>80</sup> que bem condensa, de modo doutrinário e objetivo, as três principais vertentes de onde emanam os deveres que buscam assegurar a perfeita realização da prestação principal.

Por força da boa-fé, surgem *deveres de esclarecimento* ou *informação*, que se imputam, mutuamente, às partes contratantes, antes, durante e após a execução, pelos quais ficam obrigadas, independentemente de previsão contratual específica, a fornecer todos os subsídios necessários à tomada de deci-

---

<sup>76</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 588.

<sup>77</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 305.

<sup>78</sup>LISBOA, Roberto Senise. *Contratos*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 102.

<sup>79</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 1. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 123.

<sup>80</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 604.

sões e ao perfeito funcionamento do ajuste, levando ao imediato conhecimento da contraparte toda informação ou ocorrência que possa ser tida como relevante ou apta a causar efeitos econômicos ao parceiro comercial.

No contrato de franquia, a par dos deveres de informação materializados, em sede pré-contratual, com a obrigação legal do fornecimento da Circular de Oferta de Franquia, exemplifica-se a incidência de tal dever acessório, havido durante a execução do contrato, na obrigação imposta ao franqueador de informar sobre os riscos de um produto ou serviço, relatados por um outro franqueado, além do dever de informar, com antecedência mínima, sobre a descontinuidade de um produto específico ou sobre os resultados de uma pesquisa de tendência de mercado, que possam influenciar ou refletir no produto das vendas no varejo.

Os *deveres de proteção* impõem que, durante a vigência do contrato, ou por força das relações por ele estabelecidas, ainda que extinto o vínculo, ou mesmo quando ainda não formalmente estabelecido, em sede pré-contratual, devem as partes evitar danos ao patrimônio ou à pessoa da contraparte.

O contrato de franquia reclama, por sua natureza, uma intensa e permanente colaboração. Portanto, pressupõe, a par das obrigações contratualmente estabelecidas, a existência de deveres de abstenção, cooperação e proteção, que se refletem na obrigação, não escrita ou prevista, de evitar quaisquer condutas que possam vir a causar danos à pessoa ou ao patrimônio da contraparte.

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

Com isso, pode-se afirmar que é dever do franqueador,

materializado por meio de permanente assistência e informação, alertar sobre os riscos e zelar pela segurança e eficiência do maquinário eventualmente fornecido ao franqueado, de modo a evitar acidentes ou prejuízos.

Também se impõe, por força do dever anexo de *proteção*, a abstenção, por parte do franqueador, da abusiva utilização de recursos promocionais arriscados, impostos por força contratual, que reduzem substancialmente a margem de lucro, de modo a colocar em risco a própria subsistência econômica do franqueado.

Lado outro, mostra-se imposto ao franqueado, mesmo após a extinção formal do vínculo, a obrigação de se abster de qualquer conduta que venha a causar prejuízos à marca, ao franqueador ou aos demais franqueados.

Por sua vez, o dever de *lealdade* é aquele que, certamente, se mostra como o mais identificado com o próprio cerne do conceito de boa-fé, havido como imperativo de eticidade, ou, simplesmente, como o ambiente dentro do qual as relações jurídicas, e, em particular, as relações patrimoniais, devem se desenvolver<sup>81</sup>.

Os deveres acessórios de *lealdade* encontram fundamento axiológico na necessidade de manutenção da confiança, antes, durante a execução do contrato, e mesmo depois de exauridas as prestações específicas da relação negocial.

Impõe-se às partes um dever geral e recíproco de abstenção, consistente na obrigação de evitar comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar as prestações<sup>82</sup>.

No entanto, a depender das circunstâncias do negócio, podem assumir também a feição de um dever de atuação positiva, impondo a prática de atos típicos de cooperação, que se

---

<sup>81</sup>DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5.ed. v.1. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 49.

<sup>82</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 606.

revelam essenciais à manutenção da confiança da contraparte e que confluam para a própria realização plena e satisfatória da obrigação pactuada, como meta a ser atingida por meio da conjunção dos comportamentos legitimamente esperados dos contratantes.

Com efeito, diz-se que haverá uma permanente mutação dos deveres de conduta no tempo e no espaço, posto que a sua concretização deve se amoldar e respeitar o sentido do contrato, conforme a verificação casuística dos fins comuns a que se destina a avença<sup>83</sup>.

Derivam os deveres de *lealdade* diretamente da boa-fé, sendo oponíveis mesmo sem qualquer previsão contratual, posto que surgem das próprias exigências do sistema, e, na maioria das vezes, sequer seriam passíveis de prévia estipulação.

No âmbito específico do contrato de franquia, por força da atipicidade e da intrínseca exigência de permanente colaboração, encontram os deveres de *lealdade* campo extremamente profícuo para a sua visualização, com inegável destaque para o dever de sigilo industrial, que deve ser mantido pelo franqueado durante e depois da extinção do contrato, e do dever de abstenção de concorrência, a impor limites à atuação do franqueado e do franqueador.

Nesse ponto, merece destaque ser possível vislumbrar situações em que, mesmo respeitados os termos escritos do contrato, possa uma das partes comportar-se de modo a violar um dever acessório de *lealdade*, vindo a causar danos ou a comprometer a finalidade social do contrato, em atuação temerária e que rende ensejo a uma intervenção judicial.

Com efeito, imagine-se a situação do franqueador, que, insatisfeito com a atuação de um franqueado, atuante em determinada região, e, com o objetivo de forçar o encerramento prematuro do contrato, mesmo respeitando a cláusula de raio

---

<sup>83</sup>ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 206.

ou distância mínima, abre diversas lojas próprias nas cercanias, de modo a “cercar” o estabelecimento do franqueado e dividir a sua clientela, fazendo minguar os lucros, impingindo-lhe, com isso, a bancarrota.

Na situação apresentada, não obstante não se possa apontar uma cláusula contratual especificamente violada, visto que respeitada a distância mínima entre as lojas, mostra-se, noutra vértice, evidenciada situação de concorrência desleal<sup>84</sup>, que atenta contra o próprio objetivo do contrato e contrasta com a boa-fé que motivou a aproximação das partes e a celebração do negócio jurídico.

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

Existem, todavia, inúmeras outras situações que poderiam ser referidas, na seara dos contratos de franquia, como exemplificativas de violação aos deveres anexos e jungidos à matriz da boa-fé objetiva, verificadas antes da celebração do contrato (*in contrahendo*), durante a sua execução e após o encerramento formal do vínculo (*post pactum finitum*), sendo oportuno gizar que tais infrações assumem contornos diferenciados, ora projetando-se sob a forma de uma violação negativa, sob a forma de um inadimplemento absoluto, ora revelando-se como uma violação positiva do contrato.

### 3.2. A VIOLAÇÃO POSITIVA DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL

---

<sup>84</sup>Segundo BITTAR, Carlos Alberto, *in Teoria e prática da concorrência desleal*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 45, conceitua-se a concorrência desleal como “todo ato de concorrente que, valendo-se de força econômica de outrem, procura atrair indevidamente sua clientela.”

Leciona PONTES DE MIRANDA<sup>85</sup> que o direito de alguém a uma prestação (crédito) pode ser violado: I) pelo inadimplemento, ou adimplemento insatisfatório; II) por haver se tornado impossível o adimplemento; e ainda III) pela prática de atos ou omissões contrários ao dever e à obrigação que correspondem ao direito e pretensão do credor.

Esta última situação, por vezes visualizada em face do natural desgaste das relações das partes em contratos de maior duração, revela a chamada *violação positiva do contrato*, a determinar conseqüências semelhantes às das violações negativas, posto que comprometem o regular cumprimento da avença.

Afirma-se, com isso, que todo adimplemento que importa em infração positiva, ou seja, que redunde em inequívoca violação dos fins a que se destina o contrato, dá ensejo à alegação da *exceptio non rite adimpleti contractus*, ou exceção de adimplemento não satisfatório<sup>86</sup>.

Deve-se ter em conta que a obrigação das partes contratantes, vista como um processo, não se mostra completa senão pela observância do conjunto de atividades<sup>87</sup> necessárias à satisfação do interesse que motivou a celebração da avença, e que se mostra exigível da parte que, voluntariamente, se obrigou.

Com isso, a maneira pela qual um direito é exercido se mostra determinante para a sua licitude, e para que possa merecer a tutela jurídica, posto que a razão de se garantir a tutela reside, justamente, no fato de que o negócio deve ser celebrado para um fim considerado pelo ordenamento jurídico e, por isso, merecedor de proteção<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup>MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo XXII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 139.

<sup>86</sup>MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 290.

<sup>87</sup>SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. 8.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 20.

<sup>88</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 296.

A moderna concepção do contrato, como obrigação complexa, não mais se satisfaz com a noção de prestação e contraprestação, como requisitos formais e exaurientes dos deveres assumidos pelas partes. Nesse sentido, o próprio conteúdo da obrigação principal seria dado pela interpretação das fontes<sup>89</sup>, sendo a boa-fé chamada a intervir, como meio de aferição do cumprimento ou não dos deveres cometidos a cada uma das partes.

Exige-se, hodiernamente, a satisfação material de uma estrutura obrigacional, de modo a atender à sua finalidade, ou seja, à causa motivadora da aproximação das partes e do ajuste de vontades, impondo-se obrigações e deveres de colaboração não apenas ao devedor da prestação, mas também ao credor de uma obrigação<sup>90</sup>.

O desenvolvimento da teoria da violação positiva do contrato se atribui a Hermann Staub, que, em 1902, apontou que o BGB<sup>91</sup>, não obstante fosse expresso a sancionar o devedor em mora para com as obrigações assumidas, mostrava-se, lado outro, silente em relação às numerosas hipóteses em que também se violava o conteúdo negocial, porém por meio de uma atuação positiva, ou seja, fazendo-se aquilo que não se deveria fazer, ou realizando a conduta prevista, porém de forma imperfeita.

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

No contrato de franquia, materializam-se situações em que se verifica, de forma clara, a incidência de uma violação

---

<sup>89</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 591.

<sup>90</sup>VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 129.

<sup>91</sup>BGB, § 280 e § 286.

positiva do contrato, por meio da infringência de deveres acessórios de informação, proteção e lealdade, sendo este o campo mais profícuo para a aplicação do instituto, cabendo ressaltar que os danos causados, nessa seara, não decorrem de uma infração contratual típica, visto não haver mora ou inadimplemento absoluto, mas de uma ofensa à cláusula geral de boa-fé, a impor aos contratantes a obrigação de zelar pelos interesses e pelo patrimônio um do outro<sup>92</sup>.

A falha ou insuficiência das informações prestadas pelo franqueador, sobre os riscos de um produto por ele elaborado e fornecido para distribuição na rede de franqueados, é um exemplo típico de cumprimento imperfeito da obrigação, na medida em que se teria olvidado a observância do dever anexo de esclarecimento ou informação, a recrudescer os riscos para a atuação do franqueado, que poderá ser chamado a responder, perante os consumidores, pelos danos eventualmente causados.

A divisão intencional do mercado, com o propósito de diminuir o faturamento do franqueado, não obstante possa encontrar abrigo contratual, mostra-se, lado outro, como uma afronta à boa-fé objetiva, na vertente específica dos deveres anexos de proteção e lealdade, configurando, por tal motivo, uma violação positiva do contrato.

Também se verifica situação de violação positiva, por ofensa ao dever de proteção, quando, com base em uma cláusula contratual geral, se obriga o franqueado a reduzir, drasticamente, o seu faturamento, por meio de promoções e descontos impostos, de forma reiterada e desproporcional, pelo franqueador, obstando, com isso, que o franqueado consiga obter o retorno do investimento inicial e manter a subsistência do negócio.

Em todos os casos citados, não se pode falar em uma vio-

---

<sup>92</sup>SILVA, Vitor Borges da. Da violação positiva do contrato e da eficácia ulterior das obrigações (responsabilidade pós-contratual). *Conteúdo Jurídico*, Brasília: 18 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.38343>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

lação negativa, ou seja, em inadimplemento pela ausência de uma prestação especificamente pactuada nos termos do contrato. Ocorre, todavia, uma violação positiva, por meio de um cumprimento imperfeito ou de uma violação de um dever de abstenção advindo da boa-fé, que culmina por configurar uma infração contratual positiva, apta a ensejar a indenização pelos danos causados, a rescisão da avença ou a invocação da exceção do contrato não cumprido.

### 3.3. A BOA-FÉ NO PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL

É certo que somente a partir da formalização do contrato se podem exigir as prestações afetadas a cada uma das partes, posto que a relação jurídica obrigacional encontra nascedouro no momento em que os figurantes, após a fase das tratativas, resolvem estabelecer um vínculo determinado, para a obtenção de uma finalidade legalmente protegida.

Cediço ainda que as negociações preliminares, diferentemente do que ocorre com os contratos preliminares, segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, não envolvem compromissos nem geram obrigações para os interessados, *limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses*<sup>93</sup>.

Assim, a responsabilidade contratual, incidente quando se verifica a infração dos deveres de prestação atribuídos a cada um dos contratantes, de fato, tem seu início com a válida constituição da obrigação especificamente pactuada.

No entanto, mesmo antes de formalizado o vínculo obrigacional, podem ser vislumbrados imperativos de conduta ética e proba, que incidem sobre aqueles que se aproximam e iniciam as tratativas, de tal sorte que, mesmo ainda não jungidos a um contrato, encontram-se os figurantes das negociações atre-

---

<sup>93</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 55.

lados a um dever maior de verdade e esclarecimento, que impõe a quem negocia a obrigação de atuar conforme atuam as pessoas honestas<sup>94</sup>.

Coube a Rudolf Von HIERING, em 1861, o desenvolvimento da teoria da *culpa in contrahendo*, para fazer face a situações em que, por força de uma nulidade posteriormente reconhecida, se declarava a insubsistência de um contrato, com danos gerados a uma das partes.

O direito alemão deu amplo reconhecimento à teoria, com aplicação também nos casos em que as tratativas do negócio se davam por meio de um representante, atuando em nome do possível contratante, e que, agindo em tal condição, culminava por impingir danos à contraparte, ainda na fase pré-contratual, a atrair, em tais casos, a responsabilidade do mandante pelos atos de seu preposto.

A *culpa in contrahendo*, ou responsabilidade *pré-negocial*, denominação que, atualmente, se mostra mais ajustada<sup>95</sup>, por abarcar as situações de culpa, dolo e responsabilidade objetiva, se encontra fundada na idéia de que a aproximação e o início das negociações já se mostra suficiente a fazer eclodir entre as partes os deveres de lealdade, informação e esclarecimento<sup>96</sup>, valores estes juridicamente tutelados, sendo imperioso considerar que, não tendo ainda sido firmado o contrato, tais deveres teriam origem na própria boa-fé objetiva, a incidir, em todas as etapas das tratativas, independentemente de vontade ou previsão das partes.

Tutela-se, dessa forma, uma fundada e legítima confiança de que a outra parte atue, mesmo na fase pré-negocial, de modo probo e transparente, ou seja, com prudência e lealdade, a evi-

---

<sup>94</sup>MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 438.

<sup>95</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 472.

<sup>96</sup>VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 267.

tar sejam impingidos prejuízos ou malferida a justificável expectativa de que não haverá uma ruptura injustificada das tratativas.

Para PONTES DE MIRANDA<sup>97</sup>, além dos deveres de verdade e esclarecimento, sustenta-se a responsabilidade pré-contratual em relações jurídicas de confiança e segurança, que se estabelecem na etapa preliminar, antes da relação jurídica contratual, que pode ou não vir a ser concretizada, conceituando-se a *culpa in contrahendo* como toda infração do dever de atenção, que se há de esperar de alguém que se propõe a concluir um contrato, e que, a depender dos usos do tráfico, pode se revelar sob a forma de deveres de verdade, de diligência ou exatidão.

Sobre a natureza da responsabilidade, aspecto de inequívoca relevância, sobretudo para a determinação da relevância da perquirição de culpa na conduta lesiva perpetrada *in contrahendo*, sustenta ANTUNES VARELA<sup>98</sup> que o nexo teleológico existente entre a relação preliminar e a relação contratual a que se dirige estaria a indicar a incidência das regras da responsabilidade contratual, posto que, a despeito de inexistir ainda qualquer vínculo contratual entre os partícipes das tratativas, que se dirigem à celebração de um contrato, não se pode negar que a relação criada entre essas pessoas estaria muito mais próxima da relação contratual do que daquela existente entre o titular de um direito absoluto e o autor de uma violação ilícita a esse direito.

Nesse aspecto, pontua LARENZ<sup>99</sup> que a responsabilidade pelas infrações de um dever de conduta pré-contratual deve ser regida pelos mesmos princípios que regem a responsabilidade

---

<sup>97</sup>MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 438.

<sup>98</sup>VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 270.

<sup>99</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. v.1. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 110.

derivada da infração dos deveres de conduta contratualmente ajustados.

Por sua vez, vaticina JUDITH MARTINS COSTA<sup>100</sup> que a responsabilidade pré-negocial surgiria não do contrato, ou mesmo de um pré-contrato, que com ela não se confunde, posto que inexistente ainda qualquer liame de contratação ou *obrigação de fazer*, mas teria campo operativo em uma *vinculação obrigacional* surgida do próprio *trato*.

Caso exista um pré-contrato, ou mesmo um protocolo de intenções assinado, a natureza da responsabilidade será, indubitavelmente, contratual<sup>101</sup>, posto que derivada do próprio ajuste específico e subsidiário, que estabelece uma obrigação consistente em concluir o contrato principal.

A relação pré-contratual resulta do simples início das negociações, independentemente de qualquer declaração específica de vontade das partes, tratando-se de um “acto real”, a dispensar declaração<sup>102</sup>, sendo imperioso observar que estarão especialmente robustecidos os deveres dela decorrentes, sempre que, para o bom andamento das negociações, ainda em sede preliminar, se permita o acesso de uma das partes a informações, conhecimentos, bens e serviços do outro partícipe das tratativas.

Tal situação se verifica, com freqüência, nos tratos preliminares que antecedem a celebração de um contrato de franquia, em que o franqueado, para tomar a sua decisão de aderir ou não à rede, é convidado a conhecer o processo produtivo, a filosofia de trabalho, as políticas de relacionamento, participando de seminários e inteirando-se, até mesmo, da situação financeira e dos planos de expansão e diversificação do fran-

---

<sup>100</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.p. 480-481.

<sup>101</sup>STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 693.

<sup>102</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. v. 2, Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 647.

queador.

Por força dos deveres de lealdade e confiança, incidentes desde logo, obriga-se o potencial parceiro, mesmo à minguada de qualquer contrato estabelecido, uma vez malograda a negociação, a se abster, sob pena de responsabilidade, de revelar tais informações sigilosas e a evitar comportamento abusivo ou desleal, tendente a auferir vantagem a partir dos conhecimentos a que teve acesso por força da confiança nele depositada, pela contraparte, durante as tratativas.

Na espécie, o dever de sigilo eclode imposto em relação às informações e conhecimentos obtidos, não só durante, mas também *em razão* da relação negocial incipiente, sendo necessário, todavia, o estabelecimento de um liame de causalidade entre a informação utilizada e a existência das tratativas<sup>103</sup>.

Lado outro, a ruptura injustificada e arbitrária das negociações, por parte do franqueador, depois de incutir no potencial franqueado a legítima expectativa de que o contrato seria firmado, pode deflagrar, por ofensa aos deveres de lealdade e proteção, a obrigação de indenizar os custos e os investimentos que foram, de boa-fé, realizados.

Com efeito, o franqueador que negocia, ao mesmo tempo, com diversos interessados em abrir uma franquia na mesma região, omitindo o fato de que apenas um deles seria contratado, e fazendo com que cada um, com base na confiança transmitida, realize investimentos acreditando que o contrato seria firmado, escolhendo, ao final, apenas aquele pretendente que ofereceu maiores vantagens, age de forma desleal e deve indenizar as despesas realizadas, de boa-fé e com legítima confiança, pelos demais.

Cabe aclarar, no entanto, que a simples ruptura, em si, das negociações, por representar mero exercício da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, não se mostra suficiente

---

<sup>103</sup>GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 219.

a ensinar a responsabilidade do desistente, sendo imperioso demonstrar que não se houve com a boa-fé exigida, e que violou, de alguma forma, não uma mera expectativa, mas a confiança alimentada por uma conduta que não deixava antever tal possibilidade.

Nesse mesmo sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Português, em julgado citado por ROGÉRIO DONNINI<sup>104</sup>, a afirmar que “só incorre em responsabilidade civil, nos termos do artigo 227º, do Código Civil, o interessado que não tenha procedido de boa-fé na condução daquelas negociações (STJ/PT Proc. 00B314, n. doc. SJ 200005110003142, Rel. Souza Inês. Data acórdão: 11-5-2000).

No direito brasileiro, o fundamento para a responsabilização, por violação dos deveres anexos, incidentes *na* fase pré-contratual, reside na cláusula geral de boa-fé do artigo 422 do Código Civil, que vaticina, como obrigatória, a observância dos princípios da probidade e da boa-fé no momento da conclusão do contrato.

Cumprasse, em arremate, que as tratativas se destinam, justamente, à formação da convicção dos figurantes sobre a conveniência ou não de contratar, de tal sorte que o direito de interromper a negociação, como exercício da liberdade de não contratar, exercido de boa-fé, deve ser assegurado.

Assim, observados a casuística e os costumes do tráfego negocial, deve haver uma necessária convivência entre os valores da legítima confiança, nutrida por aquele que, com justa expectativa, pretendia contratar, e a liberdade negocial daquele que, por interesse próprio, resolve não mais contratar naquele momento.

Para resolver tal aparente conflito de interesses, aponta ENZO ROPPO que o ponto de equilíbrio se encontra, justa-

---

<sup>104</sup>DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95.

mente, na regra segundo a qual *a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando se revele injustificada e arbitrária, e não quando se apóie em uma justa causa que torne legítimo o exercício de uma liberdade econômica*<sup>105</sup>, materializada na faculdade de contratar ou não, naquele determinado momento.

Em conclusão, tem-se que os deveres de lealdade e proteção, como corolários da boa-fé objetiva, somados ao dever de confiança que se estabelece na fase pré-negocial, vinculam as partes que se aproximam e iniciam as tratativas, fazendo eclodir a responsabilidade, ainda que o contrato não venha a se concretizar, nos casos em que se verifique a violação dos imperativos de probidade e lealdade, por meio da divulgação ou aproveitamento econômico de conhecimentos e informações sigilosas, acessadas por ocasião das tratativas, ou ainda nos casos em que se tenha a ruptura injustificada ou arbitrária das negociações, com prejuízo para a parte que, de forma legítima, investiu e confiou.

### 3.4. A BOA-FÉ OBJETIVA E A EFICÁCIA ULTERIOR DAS OBRIGAÇÕES ADVINDAS DOS DEVERES LATERAIS

Para além da reconhecida imposição de limites à liberdade contratual, apresenta-se a boa-fé, com igual relevância e força, como fonte de direitos e deveres secundários, regentes do comportamento das partes, antes, durante e depois da vigência do contrato.

Deriva da própria complexidade obrigacional a noção de que, para a completa satisfação dos interesses das partes, os deveres principais ou primários de prestação comparecem acompanhados de deveres secundários (ou acidentais) e de deveres laterais ou acessórios de conduta, sendo que estes últi-

---

<sup>105</sup>ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 107.

mos, mesmo que não digam respeito diretamente à prestação principal, mostram-se *essenciais ao correcto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra*<sup>106</sup>.

Imperioso observar que a relação contratual se destina à satisfação dos legítimos interesses das partes contratantes, de tal sorte que toda e qualquer conduta que se revele indispensável ao alcance da finalidade social ou econômica juridicamente tutelada, independentemente de encontrar previsão específica na lei ou nas cláusulas contratuais, pode ser exigida da contraparte, com fulcro no princípio basilar da boa-fé<sup>107</sup>.

Não se concebe, por certo, que, uma vez ultimado o prazo de vigência, pelo simples fato de não mais existir um vínculo contratual, com obrigações específicas em vigor, possa uma das partes, valendo-se de sua antiga posição contratual, exonerar-se, completamente, dos deveres de lealdade e proteção, até então observados, para agir de modo a impingir prejuízos ou obter vantagem moralmente injustificável.

Tal assertiva decorre do fato de que tais imperativos de conduta, justamente por emanarem de um mandamento superior e alheio à vontade das partes, permanecem a imperar em relação ao antigo parceiro empresarial, fazendo com que sobreviva, tão-somente em relação a tais deveres<sup>108</sup>, a relação obrigacional formalmente extinta.

Nesse aspecto, leciona ROBERTO SENISE LISBOA que a obrigação de informar, advinda dos deveres acessórios, como exemplo de pós-eficácia, pode eclodir do próprio término do contrato, como um dever de consultoria ou assistência técnica pós-negocial, que não encontra limite objetivo na conclusão do

---

<sup>106</sup>VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1989, p.p. 124-125.

<sup>107</sup>MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 32.

<sup>108</sup>SILVA, Vitor Borges da. Da violação positiva do contrato e da eficácia ulterior das obrigações (responsabilidade pós-contratual). *Conteúdo Jurídico*, Brasília: 18 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.38343>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

pacto, posto que não se vinculam tais mandamentos a qualquer fase contratual específica<sup>109</sup>.

Com efeito, a chamada eficácia póstuma ou ulterior<sup>110</sup>, que serve de base à responsabilidade pós-contratual, parte do princípio de que, mesmo operado o cumprimento das prestações formalmente pactuadas, impõe-se aos contratantes o dever de abstenção de qualquer comportamento capaz de colocar em risco ou prejudicar o fim a que se destinou o contrato, podendo ainda se manifestar sob a forma de uma atuação positiva e leal, voltada à informação ou assistência, de modo a assegurar o escopo negocial.

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

No âmbito das relações de consumo, estatuí o Código de Defesa do Consumidor<sup>111</sup>, em seu artigo 10, § 1º, a chamada obrigação de *recall*, a impor ao fornecedor de produtos ou serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado, venham a se revelar potencialmente perigosos, o dever legal de comunicar o fato imediatamente às autoridades e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

Obrigam-se ainda os fornecedores, por força do que reza

---

<sup>109</sup>LISBOA, Roberto Senise. *Obrigação de informar*. São Paulo: Almedina, 2012, p. 22.

<sup>110</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 305.

<sup>111</sup>BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 07 out. 2013.

o artigo 32 do estatuto consumerista, a assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Tais dispositivos estabelecem, com força de previsão legal específica, uma eficácia pós-contratual das obrigações impostas à parte fornecedora.

Por sua vez, na seara do contrato de *franchising*, consoante prevê o artigo 3º da Lei 8.955/94<sup>112</sup>, deve a Circular de Oferta de Franquia estabelecer, de antemão, a situação do franqueado após a expiração do contrato de franquia, em relação aos conhecimentos e aos segredos industriais a que teve acesso por ocasião do contrato, bem como em relação à implantação de atividade concorrente com a do franqueador.

Previstos tais deveres em contrato, a responsabilidade pelo seu descumprimento encontraria fundamento no próprio vínculo contratual estabelecido, feito para produzir efeitos pós-negociais, e não em uma *culpa post pactum finitum*, fundada simplesmente na violação dos deveres anexos à boa-fé.

Por tal motivo, alerta MENEZES CORDEIRO<sup>113</sup> para a necessidade de se diferenciar a culpa *post pactum finitum* de outras figuras reveladoras de uma pós-eficácia apenas *aparente, virtual* ou *continuada*, a depender da natureza e da complexidade da obrigação.

Nessa medida, uma cláusula que preveja, para o franqueado, a proibição de concorrência com a atividade do franqueador, pelo prazo de cinco anos após a extinção da franquia, apresentará hipótese de *pós-eficácia virtual*, na medida em que tais efeitos ulteriores já se encontrariam, de antemão, previstos no contrato encetado.

Todavia, conforme será tratado, de forma mais específica e em momento ulterior, inúmeras outras situações podem ocorrer.

---

<sup>112</sup>BRASIL. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

<sup>113</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p.p. 627-628.

rer, após o encerramento do contrato de *franchising*, que, a despeito de não encontrarem previsão legal ou contratual, representarão uma violação, passível de ser reparada, por força da violação dos deveres laterais ínsitos à boa-fé, hipótese em que haverá a pós-eficácia em sentido estrito.

### 3.5. A CULPA *POST PACTUM FINITUM*

A construção da teoria da *culpa post pactum finitum* encontra nascedouro na jurisprudência alemã, a partir de dois casos emblemáticos, apreciados, em 1925 e 1926, pelo Tribunal Imperial de Justiça (*Reichsgericht*), órgão supremo em matéria de jurisdição civil, então sediado em Leipzig, e que funcionou no período de 1879 a 1945.

Em ambos os casos, citados por ROGÉRIO DONNINI<sup>114</sup>, reconheceu a corte alemã a existência dos chamados *deveres de consideração*, impostos lateralmente às partes, e que persistem para além da extinção da relação jurídica.

No primeiro caso apreciado, entendeu-se que, mesmo ultimada uma cessão de crédito, impunha-se ao cedente o dever de se abster de impor obstáculos ao cessionário.

Já no segundo julgamento, ocorrido um ano depois, pontuou a corte, ao julgar um caso que envolvia demanda entre os herdeiros do escritor francês Gustave Flaubert e seu antigo editor, que, finalizado um contrato de edição, o titular dos direitos de publicação, ou seja, os herdeiros, por força do dever acessório de lealdade, estariam impedidos de fazer concorrência com o editor primevo, por meio de novas edições, enquanto não fossem esgotadas as edições anteriores.

Enumeram-se ainda, na doutrina<sup>115</sup>, três precedentes hau-

---

<sup>114</sup> DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

<sup>115</sup> DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito*

ridos da jurisprudência alemã, surgidos em meados do século XX, nos quais se reconheceu a existência de deveres de comportamento, passíveis de serem exigidos mesmo após o cumprimento de todas as cláusulas pactuadas, ou seja, mesmo após a extinção, pelo cumprimento, de uma obrigação especificamente contratada.

O primeiro, advindo de um contrato de compra e venda de um imóvel, com vista livre, e que, logo depois da transação, vem a ter a vista obstruída por uma construção levada a efeito pelo antigo proprietário e vendedor. Na espécie, mesmo sem cláusula de vedação, foi reconhecida a infringência de um dever acessório.

No segundo caso, encomendada uma partida de casacos femininos, com modelo especificado e escolhido pelo comprador, e, cumprida a obrigação de entrega, os fabricantes, depois de algum tempo, sem a anuência da primeira cliente, ofereceram e venderam o mesmo produto a um concorrente. A despeito de não existir cláusula de exclusividade, foi atestada a violação dos deveres de lealdade e proteção.

Por último, examinou-se o caso da compra de tapetes, que, após a instalação, levada a efeito por terceiros, indicados pela vendedora, apresentaram manchas decorrentes da colagem inadequada, pela utilização de cola não compatível com o tipo de tapete, circunstância desconhecida pelos instaladores. Nesse caso, não obstante estivesse a relação de compra e venda exaurida, pelo cumprimento da prestação, reconheceu o Tribunal alemão que, por força do princípio da lealdade, deveria a vendedora responder pelos prejuízos.

Ao discorrer sobre os deveres pós-eficazes que justificam a *culpa post pactum finitum*, leciona MENEZES CORDEIRO que se mostra possível apontar um “núcleo duro”<sup>116</sup> de deveres

---

*administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.p. 133-137.

<sup>116</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. v. 2, Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 659.

acessórios, destinados à tutela dos interesses pessoais e patrimoniais dos envolvidos, que envolvem a segurança, a lealdade e a informação, derivados da “proximidade sócio-econômica das ex-partes” e da relação contratual havida, não obstante apresentem como fonte simples fatos jurídicos *stricto sensu*.

Revela-se a *culpa post pactum finitum* por meio de uma violação dos deveres anexos ou acessórios, ocorrida em momento posterior à extinção do contrato, situação em que um dos ex-contratantes, abusando da posição contratual já assumida, viola os deveres de lealdade e proteção, impondo prejuízos ao antigo parceiro ou desvirtuando o objeto que se buscou alcançar por meio do contrato já extinto.

Com efeito, os deveres pós-contratuais surgem da constatação de que a boa-fé exige, de acordo com as circunstâncias, que os contratantes, mesmo depois de ultimada a relação contratual, se omitam de toda conduta mediante a qual a outra parte se veja despojada ou tenha, essencialmente reduzidas, as vantagens oferecidas pelo contrato<sup>117</sup>.

Seria, portanto, verdadeira *projeção simétrica da culpa in contrahendo no período pós-contratual*<sup>118</sup>, tendo por fundamento a visão do contrato como um processo obrigacional, que faz com que subsistam deveres para os ex-contratantes, mesmo após adimplida a prestação, que, uma vez vergastados, deflagram o dever de indenizar.

Imperioso concluir, todavia, que não há, em relação à *culpa post pactum finitum*, a mesma aceitação e o desenvolvimento doutrinário dispensados à culpa *in contrahendo*, apondo-se, como uma das causas para tal diferença de tratamento, as controvérsias ainda reinantes sobre a natureza da responsabilidade, de modo a se imputar uma indenização, após a extinção do contrato, a uma parte que cumpriu a prestação aven-

---

<sup>117</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. v.1. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 156.

<sup>118</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 625.

çada.

Entendemos, no entanto, que, da mesma forma que incide sobre os atos preliminares, criando uma relação jurídica e deveres de obrigatória observância, não se pode desconhecer a boa-fé como fonte de um dever de comportamento ulterior, que, caso venha a ser olvidado, após a extinção do contrato, enseja a responsabilidade<sup>119</sup>, cabendo aclarar que esta se funda na própria ilicitude derivada do descumprimento dos deveres anexos, e não em uma violação de ajuste extinto, apta a deflagrar a responsabilidade contratual.

### 3.6. A CPPF NA JURISPRUDÊNCIA

Conforme pontuado anteriormente, encontra a doutrina da culpa *post pactum finitum* origem e raízes científicas de formulação na jurisprudência tedesca, nos idos de 1920, quando, ao apreciar situações em que, não obstante restasse provado o exaurimento e perfeito cumprimento da obrigação, descortinavam-se comportamentos incompatíveis com os deveres de lealdade, e que culminavam por causar danos à contraparte e colocar em xeque o próprio objeto que motivou a celebração do contrato.

Trata-se, portanto, de uma formulação pretoriana, tendente a solucionar situações de aparente conflito entre o cumprimento formal de uma prestação e o paralelo descumprimento de deveres emanados da boa-fé, que termina por contrastar com o próprio objeto material da obrigação pactuada.

No entanto, antes mesmo dos julgamentos pela corte alemã, e, portanto, do próprio surgimento de qualquer teoria, com lastro científico, tendente a justificar uma responsabilidade pós-negocial, fundada na *culpa post pactum finitum*, registra-se importante e simbólico precedente no direito brasilei-

---

<sup>119</sup>GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 275.

ro<sup>120</sup>, de discussão, ainda que incipiente, de uma possível projeção de deveres que ultrapassariam as linhas formais do contrato, de modo a tutelar a boa-fé e assegurar o resultado útil da obrigação pactuada.

Trata-se do caso Cia. Nacional de Tecidos de Juta *versus* Cia. Paulista de Aniagens, que reuniu, no mesmo feito, porém de lados opostos, Rui Barbosa e J. X. Carvalho de Mendonça, dois dos maiores expoentes, de todos os tempos, do pensamento jurídico brasileiro.

Em 1907, operou-se a fusão, por acordo, da Fábrica de Juta Sant'Ana, localizada no bairro da Mooca, em São Paulo, então pertencente ao Conde Álvares Penteado, com as Fábricas São João e Santa Luzia, formando-se, assim, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta.

Para viabilizar o negócio, houve a alienação, por parte do Conde Álvares Penteado, de sua fábrica à nova companhia, pelo preço de 10.500 contos de réis, sendo 7.500 a título de pagamento pelos bens da fábrica, e 3.000 a título de posição e prestígio, em face do nome e conceito ostentados pelo Conde Álvares Penteado.

No entanto, um ano após a venda de suas ações da Cia. Nacional de Tecidos de Juta, postulou o Conde licença da municipalidade para a abertura de uma nova fábrica, denominada Cia. Paulista de Aniagens, do mesmo ramo de atividade e localizada no mesmo bairro em que funcionava a anterior (Fábrica Sant'Ana).

Irresignada com tal situação, postulou a Cia. Nacional de Tecidos de Juta, sob o patrocínio de J. X. Carvalho de Mendonça, a devolução dos 3.000 contos de réis, referentes à posição no mercado, alegando ainda a prática de concorrência desleal. O Conde Álvares Penteado, por sua vez, patrocinado por

---

<sup>120</sup> Citado por DONNINI, Rogério, em sua obra *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.p. 138-142.

Rui Barbosa, contestou sob a alegação de que jamais teria sido pactuada a transferência de clientela, ou mesmo assumido qualquer compromisso de não-concorrência, o que estaria a depender, necessariamente, de previsão legal ou contratual.

A ação foi havida por improcedente, em primeiro grau de jurisdição, ao argumento de que a renúncia a determinada prática comercial ou industrial deve ser expressa ou restar convenionada, tendo a questão chegado ao Supremo Tribunal Federal, que, em 1913, deu provimento à apelação da Cia. de Tecidos de Juta, para condenar os herdeiros de Álvares Penteado ao pagamento de indenização pela concorrência, ao argumento principal de que a freguesia estaria abarcada nos valores pagos pela posição e prestígio conquistados pelo Conde.

No entanto, em sede de embargos de declaração, conseguiu Rui Barbosa a reversão do julgado, ao ver acolhida, pela Suprema Corte, a sua tese de que não teria o Conde transferido a clientela ou assumido qualquer compromisso de não exercer a mesma atividade da empresa alienada, no mesmo bairro, uma vez que a renúncia a tal liberdade de comércio deveria, necessariamente, ser expressamente pactuada.

Tal precedente histórico, não obstante sequer tenha enveredado pelo aprofundamento da teoria que somente viria a surgir, na Alemanha, anos depois, merece destaque, na medida em que tratou da boa-fé e de deveres implícitos e não expressamente pactuados, parecendo-nos claro que, nos dias atuais, com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, seria imperioso reconhecer que tal prática concorrencial, ainda que não estivesse expressamente vedada no contrato, estaria a malferir os deveres acessórios de lealdade e proteção.

Hodiernamente, vem ganhando corpo nos Tribunais, com base na idéia de complexidade obrigacional, ou de *obrigação jurídica total*, desenvolvida a partir de LARENZ<sup>121</sup>, e dos de-

---

<sup>121</sup>LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. v.1. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.p. 37-40.

veres acessórios ou laterais impostos pela boa-fé, o entendimento de que, independentemente de qualquer pactuação específica, ou mesmo de previsão legal, devem ser impostos limites de atuação às partes que finalizam um contrato, de modo a que sejam evitados comportamentos desleais ou que possam implicar em prejuízos à ex-contraparte.

Como marco da aplicação da teoria da *culpa post pactum finitum*, no âmbito dos Tribunais pátrios, desataca-se precedente de 1988, representado por julgado da relatoria do saudoso Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecido como o primeiro caso em que a teoria fora aplicada à luz do desenvolvimento atual<sup>122</sup>.

No caso examinado pela corte gaúcha, aplicou-se, em sede pioneira, a *culpa post pactum finitum*, para admitir a rescisão de um contrato de compra e venda, em que o antigo proprietário de um imóvel, imediatamente após a alienação, ou seja, depois de exaurida a prestação, passou a ameaçar a adquirente, impedindo que esta pudesse dispor do bem, expulsando-a do local, com a intenção de vender o imóvel a outra pessoa.

Entendeu-se, naquela oportunidade, que houve violação do princípio da boa-fé, além do descumprimento de uma obrigação secundária do contrato, de modo a render ensejo à sua resolução, por culpa do autor da conduta afrontosa aos deveres da boa-fé objetiva.

Atualmente, reconhece o Superior Tribunal de Justiça, órgão incumbido da uniformização da interpretação das normas infraconstitucionais em âmbito nacional, ampla aplicação ao instituto, na medida em que se consolida o entendimento de que não se esgotam os deveres das partes com a mera prestação convencional, tendo o STJ asseverado, em recente julgado, da

---

<sup>122</sup>BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Cível. Processo Apelação Cível 588042580. Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 16.08.1988. Disponível a partir de: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2013.

lavra da Ministra Nancy Andrichi, que a responsabilidade pós-negocial vem sempre atrelada à boa-fé objetiva, e que *o fiel adimplemento da obrigação decorrente da relação de débito e crédito é o ponto culminante da conduta esperada reciprocamente pelas partes, persistindo, contudo, os efeitos pós-contratuais, não obstante extinto o negócio pelo adimplemento*<sup>123</sup>.

Em Portugal, também em recente e bem elaborado acórdão<sup>124</sup>, do Tribunal da Relação de Guimarães, tendo sido relatora a Senhora Juíza Helena Melo, restou o tema exhaustivamente tratado, pontuando-se, dentre outros inúmeros aspectos, a relevância dos deveres acessórios de lealdade e proteção e sua incidência no período subsequente ao da extinção do contrato, como corolário da confiança e das legítimas expectativas, advindas do pacto então celebrado, quanto à adoção de um comportamento honesto e de boa-fé depois de sua extinção.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a cláusula geral de boa-fé, inserida no artigo 422 do Código Civil, vertente de onde emanam os deveres acessórios, cuja violação, em sede pós-contratual, dá ensejo à *culpa post pactum finitum*, deve ser interpretada de forma sistemática e afinada com o que dispõe o artigo 2.035, parágrafo único, do mesmo estatuto, a determinar que nenhuma convenção prevalecerá quando contrariar os preceitos de ordem pública, tais como aqueles estabelecidos para assegurar a função social dos contratos.

Nessa medida, entende-se que ventila o artigo 422 do CCB, ao impor a observância da boa-fé nas relações contratu-

---

<sup>123</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1068271/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 24.04.12. DJe de 15.06.12. Disponível a partir de <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 out. 2013.

<sup>124</sup>PORTUGAL. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. 1ª Secção Cível. Processo Apelação 4/05.7BMNC.G1. Relatora: Helena Melo. Decisão unânime. Guimarães, 30.05.2012. Disponível a partir de: <<http://www.dgsi.pt/JTRG.NSF/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/4a95b05838d04cf080257b90003bcabb?OpenDocument>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

ais, norma de ordem pública e aplicação cogente, até mesmo de ofício, pelo julgador, tanto nas relações civis quanto empresariais<sup>125</sup>.

Remanesce, portanto, atual e decisivo o papel exercido pela jurisprudência, para o estudo do tema referente à pós-eficácia das obrigações, e, sobretudo, para a construção de parâmetros e limites que permitam cotejar e ponderar, diante do caso concreto e das especificidades do negócio jurídico em análise, a autonomia da vontade e os deveres anexos à boa-fé objetiva, funcionando estes últimos como vetores de conservação da função social do contrato, e, por via reflexa, como limites imanentes à atuação das partes.

### 3.7. A CULPA *POST PACTUM FINITUM* NO CONTRATO DE *FRANCHISING*

A imperativa observância dos deveres laterais ou acessórios da boa-fé, no âmbito do contrato de franquia, mesmo após a extinção formal do vínculo, também encontra fundamento na citada cláusula geral de boa-fé, inserida no artigo 422 do Código Civil Brasileiro.

Não obstante se refira o dispositivo legal à observância da boa-fé na conclusão e na execução do contrato, não se pode afastar a sua aplicação na fase pós-negocial, por meio da *culpa post pactum finitum*, momento em que permanecem vinculados os partícipes ao mesmo princípio, sendo tal exegese consectário lógico e inafastável do mandamento inserto nos artigos 113 e 187 do Código Civil, e da própria concepção atual da obrigação, vista como um processo dinâmico e funcionalmente determinado, de modo a permitir sejam alongados a relação e os deveres de conduta dela decorrentes<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup>FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Direito dos contratos. v. 4. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 174.

<sup>126</sup>TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2.

O contrato de franquia, tal como se verifica em todos os pactos de maior duração, funda suas raízes de subsistência na colaboração e, sobretudo, na confiança recíproca que se estabelece e consolida ao longo do tempo em que permanecem as partes jungidas em torno de um objetivo comum, caracterizado pelo desenvolvimento e exploração econômica da marca.

Com isso, a extinção do contrato, não obstante faça desaparecer as prestações específicas do objeto contratado, não tem o condão de apagar a confiança e a legítima expectativa de que mantenha a ex-contraparte o mesmo comportamento probo e transparente, em todas as situações ulteriores que venham a requerer a observância dos mesmos deveres acessórios, notadamente no que toca à lealdade e à proteção.

A lei 8.955/94, em seu artigo 3º, determina que a Circular de Oferta de Franquia deve dispor sobre o dever de sigilo e não-concorrência, estabelecendo a forma e o prazo pelo qual vigorarão tais restrições. Nesse caso, havendo violação de um dever expressamente previsto em contrato, cabe observar que a responsabilidade do ex-franqueado será derivada de uma pós-eficácia aparente ou virtual, posto que se trata de dispositivo previsto para atuar, com eficácia apenas depois de encerrado o vínculo.

Nesse sentido, merece destaque precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>127</sup>, em que se reconheceu a violação de deveres anexos à boa-fé, em momento posterior ao encerramento do contrato de franquia, permanecendo a ex-franqueada, sem respaldo contratual, a vender produtos da marca, com a utilização de *know how* apreendido durante a

---

Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.p. 15-16.

<sup>127</sup>BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 5ª Câmara Cível. Processo Apelação 0000020-06.2007.8.19.0207 (2009.001.20666). Relatora: Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Rio de Janeiro, 16.06.2009. Disponível a partir de: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA...&PGM=W EBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=25611&PROCESSO=200900120666>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

vigência do contrato extinto, além da prática de concorrência desleal.

No caso citado, apreciado pela justiça fluminense, após a rescisão causada por inadimplência quanto ao pagamento dos *royalties*, foi violada *cláusula de quarentena*, que previa a abstenção, por parte da ex-franqueada, do desenvolvimento de atividades, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, no mesmo ramo do franqueador.

O acórdão reformou, em parte, a decisão de primeiro grau, que julgara improcedente o pedido do franqueador, para condenar a ex-franqueada ao pagamento de indenização ao ex-parceiro comercial, por força da pós-eficácia dos deveres contratuais. Trata-se, como visto, de situação de pós-eficácia virtual, haurida de uma situação jurídica complexa e fundada no descumprimento de uma prestação secundária, expressamente antecipada pelas partes contratantes.

No entanto, a própria atipicidade do contrato de franquia mostra-se como campo fértil ao surgimento de diversas situações em que não se poderá prever, seja pelo engenho das partes ou por obra do legislador, a adoção de comportamentos, por parte dos ex-contratantes, que possam vir a ensejar a responsabilidade pela violação de deveres anexos à boa-fé, notadamente os de lealdade e proteção, e que, por sua própria natureza, não são objeto de previsão legal ou contratual.

Por força do dever de lealdade, deve a parte, após o encerramento formal do vínculo, adotar comportamento coerente e compatível com a confiança depositada e consolidada durante a vigência do contrato, deixando de revelar informações sigilosas, estratégicas ou prejudiciais à marca, que tenha vindo a conhecer por ocasião do contrato de franquia.

O imperativo de proteção, em sua projeção pós-contratual, impõe o dever de zelar pela integridade patrimonial e pela imagem pessoal da marca e do ex-parceiro comercial, determinando a abstenção de comportamentos que venham a

contrastar com a colaboração até então mantida e a impor prejuízos, ou mesmo colocar em risco a subsistência da outra parte.

Nesse sentido, enquadra-se como violadora dos deveres anexos de proteção a conduta de ex-franqueado de uma grande marca de confecções, que, após a extinção do contrato, publica um livro e passa a proferir palestras em que insinua a exploração de mão-de-obra estrangeira e barata, em condições de semi-escravidão, e a baixa qualidade dos produtos utilizados pelo franqueador, além de desestimular outros potenciais parceiros ou franqueados.

Registre-se, apenas para aclarar, que se tal conduta ocorresse ainda na vigência do contrato, estar-se-ia diante de situação configuradora, em tese, *violação positiva do contrato*<sup>128</sup>, por ofensa aos deveres laterais de proteção e lealdade, que obrigam a um comportamento cooperativo, oposto àquele adotado, sendo oportuno reprimir que surge a violação positiva justamente quando inexistente a mora ou o inadimplemento absoluto quanto às obrigações específicas do franqueado.

Não só a divulgação, mas também a utilização de informações privilegiadas ou de expansão e planejamento, acessadas durante a vigência do contrato de franquia, para o estabelecimento de um negócio novo que se preparava a ex-parceira para iniciar, antecipando-se o ex-franqueado na abertura, também pode vir a configurar ofensa aos deveres laterais, sobretudo aqueles voltados para a lealdade.

No entanto, os deveres acessórios, exigíveis após o encerramento do contrato de franquia, representam uma via de mão dupla, sendo imputados também ao ex-franqueador, não obstante seja mais comum a hipótese inversa.

Assim, não se admite, por força dos deveres de proteção, que forneça o ex-franqueador informações depreciativas ou

---

<sup>128</sup> Confirmam-se, nesse sentido, as observações traçadas no item 4.2 do presente relatório.

falsas sobre o ex-franqueado, a um potencial novo parceiro comercial deste último, com o objetivo de prejudicar a celebração de um novo contrato.

Tampouco se mostra legítima ou aceitável a publicação, em sítio eletrônico da marca franqueadora, ainda que em ambiente restrito aos franqueados, sob o pretexto de se aprender com a experiência negativa e evitar a repetição dos mesmos erros pelos atuais parceiros comerciais, de um *ranking* de “melhores e piores franqueados de todos os tempos”, noticiando os equívocos que levaram ao fechamento das franquias e permitindo, de forma direta ou indireta, a identificação dos ex-franqueados que malograram na sua atividade.

Tais situações hipotéticas, mencionadas a guisa de exemplo, verificadas após o regular encerramento do contrato de franquia, ou seja, ultimadas as prestações formalmente acordadas entre os contratantes, representam uma violação autônoma e independente do conteúdo negocial ou de previsão legal, a incidir sobre os deveres laterais de lealdade e proteção, que permanecem a atrelar os ex-contratantes, de modo a fazer eclodir uma responsabilidade pós-contratual, fundada na *culpa post pactum finitum*.

## CAPÍTULO IV - CONCLUSÕES

Mais do que em qualquer outro contrato de colaboração, mostra-se, especialmente na franquia, indispensável a permanente atuação conjunta e solidária das partes contratantes, que devem atuar com sinergia, jungidas pela confiança e pelo propósito comum de fortalecer, cada uma a seu modo, a marca e o negócio desenvolvido.

Com efeito, não obstante conserve o franqueado a sua individualidade jurídica, posto que se trata de empresário constituído de forma autônoma, não ostenta, lado outro, *individuação*

*mercadológica*<sup>129</sup>, de tal sorte que, para o grande público consumidor, não se deve perceber qualquer distinção entre franqueado e franqueador, nos atos de comércio praticados no final da cadeia de consumo.

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

Os deveres de conduta representam, dessa forma, vertentes de uma mesma obrigação de comportamento fundado na boa-fé e derivados das próprias exigências de um sistema complexo, voltado para a satisfação das obrigações reciprocamente assumidas pelas partes, porém alheios à própria autonomia privada, visto que transcendem os limites e situações passíveis de previsão no contrato.

O cumprimento das obrigações contratuais, ante a sua reconhecida complexidade, está a exigir uma série de condutas ordenadas e que caminham para um fim (adimplemento). Não se esgota, portanto, na mera observância formal dos deveres de prestação, como obrigação principal pactuada, sendo imprescindível buscar o atendimento da finalidade que inspirou a formação do contrato, posto que, para além da tradicional subordinação do devedor aos interesses do credor, deve ser prestigiado o bem comum da relação obrigacional<sup>130</sup>.

Por tal motivo, mostra-se inafastável o dever de observar aquilo que denomina ENZO ROPPO como o *regulamento contratual*, assim definido o conteúdo imperativo do contrato, ao qual se vincularam as partes, e que enfeixa tudo aquilo que,

---

<sup>129</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 3: contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 699.

<sup>130</sup>ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 204.

com base no ajuste, se está obrigado a fazer, bem como aquilo que se pode esperar ou pretender da outra parte<sup>131</sup>.

Nesse sentido, ao credor também são impostas obrigações, derivadas dos deveres anexos de informação, proteção e lealdade, que, caso ressaíam descumpridas, a despeito de não ensejarem a mora ou o inadimplemento absoluto, abrem espaço para o dever de indenizar e até mesmo para a resolução da avença, ante o cumprimento imperfeito das obrigações pactuadas, sob o prisma atual da obrigação como uma realidade complexa e tendente à satisfação dos interesses juridicamente tutelados por meio do contrato.

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

Dentre as várias formas de manifestação da pós-eficácia obrigacional, destaca-se a *culpa post pactum finitum*, ou pós-eficácia em sentido estrito, que tem lugar a partir da violação de um dever acessório ao vetor essencial da boa-fé, capaz de ensejar a obrigação de indenizar, e não pelo descumprimento de um dispositivo legal ou contratual que fixe tal obrigação para um momento ulterior, situação em que tal pós-eficácia será apenas *virtual*<sup>132</sup>.

No contrato de franquia, por sua própria atipicidade, observam-se diversas situações em que a boa-fé pode se apresentar como fonte autônoma de deveres laterais, que prescindem de qualquer previsão contratual específica, a obstar situações de ofensa aos deveres de informação, lealdade e proteção.

A *culpa in contrahendo*, a violação positiva do contrato e

---

<sup>131</sup>ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 126.

<sup>132</sup>CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 627.

a responsabilidade pós-contratual representam institutos de inequívoca relevância e atualidade no campo dos contratos comerciais, notadamente aqueles de longa duração, marcados, tal como ocorre com o *franchising*, por uma relação complexa e um dever de estreita cooperação e manutenção de confiança, sendo a boa-fé, como vetor de base do próprio sistema, baliza de observância obrigatória por parte dos contratantes, desde o momento das tratativas, até depois da extinção formal do vínculo.



## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 set. 2013.
- BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 07 out. 2013.
- BRASIL. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível

em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>.  
Acesso em: 22 fev. 2013.

BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>.  
Acesso em: 12 out. 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma.  
Recurso Especial nº 1068271/SP. Relatora: Ministra  
Nancy Andrighi. Brasília, 24.04.12. DJe de 15.06.12.  
Disponível a partir de <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.  
Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma.  
Recurso Especial nº 930875/MT. Relator: Ministro Sid-  
nei Beneti. Brasília, 16.06.11. DJe de 17.06.11. Disponí-  
vel a partir de <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso  
em: 08 set. 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma.  
Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1336491/SP.  
Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 27.11.12. DJe  
de 13.12.12. Disponível a partir de  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 08 set. 2013.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO  
DE JANEIRO. 5ª Câmara Cível. Processo Apelação  
0000020-06.2007.8.19.0207 (2009.001.20666). Relatora:  
Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Rio de Janeiro,  
16.06.2009. Disponível a partir de:  
<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA...&PGM=WEBJRPIMP&FLAGCONTA=1&JOB=25611&PROCESSO=200900120666>>. Acesso em: 07 jul.  
2013.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Cível. Processo Apelação  
Cível 588042580. Relator: Desembargador Ruy Rosado

- de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 16.08.1988. Disponível a partir de: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2013.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- CORDEIRO, António Menezes. Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 48, v. 1, p. 63-84, abr.1998.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. v. 2, Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CRETELLA NETO, José. *Manual jurídico do franchising*. São Paulo: Atlas, 2003.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5.ed. v.1. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho, no direito ambiental e no direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Direito dos contratos. v. 4. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e*

- empresarial*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Contratos. v. 4. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- GARRUCO, Elisabete. O contrato de franquia. *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*, Lisboa, n. 34, p.p. 40-49, jul.-set. 2006.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 3: contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. v.1. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 1. 8.ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LISBOA, Roberto Senise. *Obrigação de informar*. São Paulo: Almedina, 2012.
- LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Contratos comerciais – Apontamentos*. Cascais: Principia, 2001.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14.ed.

- Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo I. Campinas: Bookseller, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo XXII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, v. 2: Títulos de crédito e contratos empresariais. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PORTUGAL. Código de Deontologia Europeu para o Franchising. Disponível em: <<http://www.apf.org.pt/#!servicos/c24vq>>. Acesso em: 17 set. 2013.
- PORTUGAL. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. 1ª Secção Cível. Processo Apelação 4/05.7BMNC.G1. Relatora: Helena Melo. Decisão unânime. Guimarães, 30.05.2012. Disponível a partir de: <<http://www.dgsi.pt/JTRG.NSF/86c25a698e4e7cb78025>

- 79ec004d3832/4a95b05838d04cf080257b90003bcabb?OpenDocument>. Acesso em: 08 jul. 2013.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. O contrato de franquia (franchising). *Direito e Justiça*. v. 19. n.1. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2005.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. 8.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SILVA, Flávio Lucas de Menezes; TUSA, Gabriele. Contrato de franquia empresarial: a instrumentalização de um negócio formatado. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVA, Luiz Antonio Guerra da; GONÇALVES, Valério Pedroso. *Contratos mercantis diferenciados*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.
- SILVA, Vitor Borges da. Da violação positiva do contrato e da eficácia ulterior das obrigações (responsabilidade pós-contratual). *Conteúdo Jurídico*, Brasília: 18 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?content=2.38343>>. Acesso em: 08 jul. 2013.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2. Rio de Ja-

neiro: Renovar, 2006.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*.  
v. 1. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1989.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*.  
v. 2. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1990.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*.  
3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.