

INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA NO CONTRATO DE FRANQUIA: INAPLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO*

Eveline Mendonça Felix Gonçalves

Sumário: Introdução. 1. Origem do Contrato de Franquia e Previsão Legal no Brasil e em Portugal. 2. Modalidades e Características do Contrato de Franquia. 3. Formação do Contrato de Franquia. 4. Formas de Cessação do Contrato de Franquia. 5. Indenização de Clientela. 5.1. Primeiros registros. 5.2. Presupostos da indenização de clientela. 5.2.1. Angariação e aumento de clientela. 5.2.2. Ganhos agregados ao principal pela atuação do agente. 5.2.3. Ausência de recebimento de valores pelo agente após o fim do contrato. 5.3. Causas de obstáculo à indenização de clientela. 5.4. Prazo para exercício do direito à indenização de clientela e seu valor. 6. Natureza Jurídica da Indenização de Clientela. 7. Indenização de Clientela nos Contratos Afins de Concessão e Franquia. 8. Impossibilidade de Indenização de Clientela nos Contratos de Franquia no Brasil. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO



franquia, cada vez mais, faz parte do cotidiano de todos os povos. Não é mais possível falar-se em comércio e distribuição de produtos, em ampliação de negócios, em marcas, sem se falar em franquia. O instituto, que surgiu de forma tão

* Relatório da disciplina de Direito Comercial I e II apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas. Regência: Professor Doutor Manuel Januário da Costa Gomes e Professor Doutor José Alberto Vieira.

espontânea, como intenção e necessidade de expansão de negócios, sem grande investimento do detentor da marca e interesse daquele que intencionava exercer o comércio, mas não dispunha de grande capital e *know-how*, tomou corpo e hoje pode ser observado nos pontos mais distantes do planeta, trazendo mesmo a sensação de que as distâncias geográficas e culturais passaram a ser relativas.

A exemplo das demais modalidades de contrato tende contrato de franquia a se encerrar. Muitas vezes a finalização do contrato decorre de definição prévia dos contratantes; outras vezes ocorre por interesse mútuo manifestado durante a vigência do contrato; outras vezes por conta de descumprimento de um ou outro contratante ou até mesmo de ambos. Os resultados advindos dessa extinção do vínculo são variados. Uma consequência já registrada e reconhecida em vários países é a necessidade de o franqueador indenizar o franqueado pela clientela conquistada ou pelo significativo aumento dos negócios empreendidos em decorrência da atuação do franqueado.

Esse o objetivo do presente estudo, diante da intitulada indenização de clientela examinar sua definição, seus requisitos, suas características e sua aplicação prática, inclusive sua repercussão nos tribunais, certo que no Brasil, em um primeiro exame, não se constata disciplinamento dessa figura jurídica no contrato de franquia e nos outros contratos afins. Para que se chegue a tal desiderato, impõe-se o exame preliminar do próprio contrato de franquia, sua origem e características, sua formação e, especialmente, sua extinção com as consequências que poderão advir. Em seguida, busca-se examinar a essência da figura da indenização de clientela, sua aplicação além do Brasil, seu nascedouro jurídico e as causas de sua previsão.

Todo o exame terá por objetivo responder à pergunta: A indenização de clientela no contrato de franquia poderá ser aplicada no direito brasileiro? Com base nas considerações doutrinárias e jurisprudências desenvolvidas, chega-se a con-

clusão de que essa indenização não deve ser admitida no Brasil.

1. ORIGEM DO CONTRATO DE FRANQUIA E A PREVISÃO LEGAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

Várias são as teorias sobre a verdadeira origem da franquia. No entanto, como real forma de contrato tal qual empreendida nos dias atuais, pode-se visualizar verdadeiro sistema de franquia em meados do século XIX, surgindo nos Estados Unidos da América, com o fabricante de máquinas Singer Sewing Machine Company (1862). Comerciantes independentes poderiam vender as máquinas e usar o nome “Lojas Singer” em suas fachadas. Alguns anos depois a General Motors, em 1898, passa a se utilizar da mesma forma de distribuição de produtos e, em 1899, a Coca-Cola.

Na América, com o sucesso do empreendimento e com o fim da Segunda Guerra Mundial no século XX há um grande crescimento do sistema de franquias. De fato, após a guerra, grande contingente de homens retornou aos Estados Unidos. À época, o país atravessava momento de dificuldade socioeconômica, sem boas perspectivas de trabalho. Assim, o exercício do comércio por meio do contrato de franquia, com o já desenvolvimento da marca e produto assinalava boa opção de trabalho independente, sem grandes investimentos ou altos riscos, como registra Adalberto Simão Filho em sua obra *Franchising*¹.

Grande fator de atração para esse sistema de comércio era a possibilidade de atuação independente, sem vínculo empregatício e, ao mesmo tempo, a proposta de fornecimento de assistência especializada, com comercialização de produtos já aceitos pelo mercado. No mesmo caminho, para a empresa

¹ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas. 2000.

franqueadora a possibilidade de desenvolvimento do trabalho e ampliação da distribuição de produtos e serviços, sem necessidade de vultosos investimentos, também era fator de grande interesse, havendo real proliferação dessa forma de comércio.

Em Portugal, verifica-se na década de 1980 o real surgimento do contrato de franquia com a empresa têxtil Cenoura, seguida de outras no ramo de alimentação. Já no Brasil, o verdadeiro início do contrato de franquia ocorreu com o fabricante de calçados Stella, em 1910. Na verdade, ainda sem as regras que mais tarde passaram a disciplinar o contrato, o detentor da marca escolheu bons representantes comerciais e propôs que passassem a revender os produtos em pontos comerciais próprios utilizando a marca, em suas fachadas, da “Calçados Stella”.

Desenvolveu-se no Brasil esta forma de contratação para distribuição de produtos na década de sessenta com as redes Yázigi e CCAA no ramo de educação de língua estrangeira. Todavia, somente nos anos oitenta, consolidou-se a ideia de franquia no Brasil, dando ensejo ao surgimento da Associação Brasileira de Franchising.

No Brasil, a Lei nº 8.955 de 1994 prevê o contrato de franquia e traz sua definição em seu art. 2^o registrando que na franquia o franqueador concede ao franqueado a possibilidade de uso de marca e o direito de distribuição de produtos ou serviços e, eventualmente, o direito de uso de tecnologia e sistema operacional, geridos pelo franqueador, mediante uma remuneração.

Apesar a definição legal, a maioria dos doutrinadores entende que se trata de contrato atípico. Isto porque a lei discipli-

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

na, praticamente em sua totalidade, a circular de oferta de franquia (COF). A rigor, não regulamenta o conteúdo da relação jurídica, apenas estabelece o dever de transparência.

De fato, trata-se de contrato atípico, certo que não há uma verdadeira regulamentação do contrato, como estabelecimento de normas e diretivas. Há, tão somente, uma conceituação e a definição dos elementos que comporão a circular de oferta de franquia.

Em Portugal, inexistente qualquer regramento específico para o contrato de franquia. São utilizadas, por analogia, as regras atinentes aos contratos afins, especialmente o contrato de agência, normatizado pelo Decreto-Lei n 178/86 e modificado pelo Decreto-Lei n 118/93. Como ressalta Luís Miguel Pestana de Vasconcelos³, no direito português, por não estar regulamentado de forma expressa em lei é um contrato atípico, mas é socialmente típico, por ser celebrado de maneira constante e reiterada no comércio. No ponto, importante o registro do autor que afirma a liberdade contratual como fator marcante no Direito Civil português, podendo os contratantes disciplinar o negócio jurídico da forma que melhor lhes convenha.

Segundo a doutrina de Fran Martins⁴, o contrato de franquia pode ser conceituado como aquele que vincula duas partes fornecendo uma a outra o direito de comercializar seus produtos, sem a exigência de vínculo de subordinação, havendo permanente assistência técnica e comercial. Para Orlando Gomes⁵, franquia é a operação pela qual um empresário permite a outro o direito de utilização de sua marca, fornecendo assistência técnica e em contrapartida recebe remuneração predeterminada. Registra Fábio Ulhoa Coelho⁶ que se pode entender por contra-

³ VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. Pestana de. *O contrato de franquia (franchising)*. Coimbra:Almedina. 2010

⁴ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro:Forense. 1998.

⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Atlas. 1986.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva. 1997.

to de franquia aquele vincula um comerciante a outro, devendo um autorizar o uso da marca e prestar orientação empresarial com ou sem venda de produtos. A respeito da matéria, esclarece António Menezes Cordeiro⁷:

Nele, uma pessoa - o franqueador- concede a outra – o franqueado -, dentro de certa área, cumulativamente ou não:

-a utilização de marcas, nomes ou insígnias comerciais;

-a utilização de patentes, técnicas empresariais ou processos de fabrico;

-assistência, acompanhamento e determinados serviços;

-mercadorias e outros bens, para distribuição.

Por sua vez, Pedro Romano Martinez⁸ conceitua esse contrato da seguinte forma:

O contrato de franquia constitui um método de colaboração entre empresas com vista à utilização de marcas, técnicas empresariais, patentes, nomes comerciais, método de produção, etc.; e tanto respeita a produtos como a serviços. A empresa titular, designadamente de uma marca, de uma insígnia ou de um nome comercial, não querendo aumentar por conta própria a exploração dessa vantagem, de molde a evitar riscos próprios do gigantismo empresarial, contrata com outra pessoa que passa a explorar a marca, a técnica ou o nome comercial da primeira, mediante uma contrapartida, normalmente designada por royalties. Por vezes, acorda-se também quanto ao pagamento de uma entrada inicial, seguida de contrapartidas pecuniárias periódicas.

Examinados os conceitos elaborados pela doutrina extrai-se que alguns elementos devem estar presentes quando se trata de um contrato de franquia. A colaboração é fator marcante e ambas as partes contratantes devem empreender com espírito de cooperação recíproca. Há evidente interesse em ampliação do âmbito de ação com atingimento de novas zonas de comércio mediante atuação descentralizada. A atuação do franqueado

⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*. Coimbra: Almedina.. 2012.

⁸ MARTINEZ, Pedro Romano. *Contratos comerciais – Apontamentos*. Estoril: Príncipe Editora. 2006.

é independente, mas orientada pelos critérios já previamente definidos pelo franqueador. Para possibilidade de atuação o franqueado deve pagar um valor periódico e, eventualmente, também um preço inicial. A propriedade da marca se concentrará no franqueador, que cederá o direito de uso e mediante condições ao franqueado. A assistência técnica deverá ser permanente, sempre atualizando a forma de atuação do franqueado de acordo com as diretrizes do franqueador.

2. MODALIDADES E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE FRANQUIA

Importante definir as modalidades pelas quais o contrato de franquia se concretiza. São elas a franquia de produção ou de distribuição, de serviços e de indústria.

Na franquia de distribuição ou de produtos o franqueador fabrica os produtos que serão vendidos pelo franqueado ou contrata um fabricante que, de acordo com suas orientações, realiza a fabricação inserindo sua marca. O franqueado vende produtos sob a marca do franqueador e com sua identidade, sendo que a este último caberá fornecer o *know-how* e a assistência técnica necessárias para que se efetive a distribuição dos produtos. Aqui, o franqueado se limita a vender o produto fornecido pelo franqueador. As lojas de comércio de roupas, como Benetton e Hering, são exemplos dessa modalidade de franquia.

Na franquia de serviços a prestação de serviços é executada pelo franqueado sob a marca, denominação e *know-how* do franqueador, com sua orientação e assistência. Ele disponibiliza uma forma de prestação de serviços diferenciada e o franqueado passa a atuar dentro daquela forma de proceder, com os mesmo padrões e técnicas indicadas pelo franqueador. Típica franquia de serviços são as de escolas de idiomas e lavandeiras, como CCAA e Quality.

Já a franquia industrial se caracteriza por ser um contrato pelo qual o franqueado fabrica os produtos de acordo com o que preestabelecido pelo franqueador e os comercializa, também utilizando o *know how* do franqueador, que fornecerá as fórmulas industriais, direito de fabricação e comercialização e até mesmo matéria-prima. Nessa modalidade, o franqueado se compromete a produzir os produtos, como estipulado, para comercialização posterior. É o caso de franquia de Coca-Cola e Donuts.

Característica marcante do contrato é a utilização da marca pelo franqueado. Deve haver a cessão do direito de uso da marca pelo franqueador para utilização pelo franqueado de modo que o destinatário do produto identifique a fraqueada como parte integrante de uma mesma cadeia. Elemento caracterizador do contrato é a obrigação de transmissão do *know-how*. Deverá o franqueador contribuir efetivamente para o desenvolvimento do trabalho a ser levado a efeito pelo franqueado. Para isso, imperiosa a transmissão de técnicas, a orientação de organização do negócio, repasse de informações sobre gestão, viabilizando ao franqueado todo acesso aos meios de sucesso empreendidos pelo franqueador.

Da mesma forma, imprescindível a real assistência técnica do franqueador ao franqueado até mesmo para que a transmissão do *know-how* se concretize de forma correta. Somente com a presença constante de assistência, todo o método desenvolvido pelo franqueador e repassado poderá ser desenvolvido pelo franqueado a espelho do que inicialmente estabelecido pelo franqueador. Como consequência natural da transmissão de *know-how* e assistência, terá o franqueador o direito de fiscalizar e acompanhar o desenvolvimento do trabalho feito pelo franqueado. Tais características são interligadas, certo que este controle e fiscalização visam mesmo a procurar atrelar o trabalho do franqueado ao que estabelecido como padrão pelo franqueador, mantendo-se assim a unidade do negócio aos olhos do

consumidor.

Como bem registra Luís Miguel Pestana de Vasconcelos⁹, há que se observar que o controle não é ilimitado, certo que também deve ser destacada a independência do franqueado, que não possui vínculo de trabalho com o franqueador. O franqueado, mesmo tendo por obrigação contratual seguir as linhas de trabalho do franqueador, também possui independência de gestão.

No Brasil, a lei estabelece a necessidade de o contrato ser formalizado por escrito. Assim dispõe o art. 6 da Lei n 8.955 de 1994¹⁰ que deverá ser escrito o contrato e assinado na presença de duas testemunhas.

Em Portugal não há esta exigência. Todavia, pela própria natureza negocial e pelas peculiaridades desta espécie de contrato, quase sempre, se formará por escrito. Efetivamente, para que sejam traçados os disciplinamentos, com previsão de prazo, valores, execução, âmbito territorial, assistência, transferência de know-how, torna-se praticamente inimaginável que um contrato com estas peculiaridades se estabeleça verbalmente. Assim, mesmo sem a exigência legal o que se observa é que estes contratos são formalizados por escrito, muitas vezes com estrutura previamente delineada pelo franqueador, com pouca margem de negociação e alteração pelo franqueado.

É um contrato *intuitu personae*, devendo ser levada em consideração a pessoa do contratante, especialmente observado que os perfis de franqueado e franqueador devem estar afinados pela mesma ideia e trabalho, em colaboração e autonomia. Estão os contratantes livres para formar o contrato como desejarem. Sendo um contrato que não se limita a um único momento, a uma única troca, marcado por uma sequência de atos

⁹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O contrato de franquía (franchising)*. Coimbra: Almedina. 2010.

¹⁰ Art. 6º O contrato de franquía deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

que envolverão ambos os contratantes, contata-se que a boa-fé deverá nortear todas as fases das relações negociais. Deverá estar presente na fase pré-contratual. Deverá ser disponibilizada toda gama de informações sobre o negócio, os riscos que se irá assumir e deverá o franqueado acompanhar, durante certo tempo, o funcionamento de outra franquia. Importa registrar que a fidúcia será ponto fulcral deste contrato, isto porque, aos olhos do consumidor, a franqueada se apresenta como a própria empresa, e, portanto, como o próprio franqueador.

3. FORMAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

a) Circular de Oferta de Franquia

Para a formação do contrato de franquia, como ressaltado e mesmo que não tivesse previsto a lei brasileira, imperiosa a necessidade de se constituir por escrito, observada a complexidade do vínculo. Com uma gama de obrigações e direitos recíprocos é inegável que o contrato de franquia deverá se formar por documento, com o estabelecimento de cláusulas claras que prevejam tanto os deveres como os direitos de ambos os contratantes durante a execução do contrato e também disciplinem o seu fim. No ponto, sobressai a importância da obrigatoriedade da emissão da Circular de Oferta de Franquia, documento exigido em lei e que visa trazer segurança àquele que pretende tornar-se franqueado. No dizer de Luiz Felizardo Barroso¹¹ o pretense contratante deverá ser munido de todas as informações necessárias para verdadeiro conhecimento do negócio, inclusive os seus riscos.

Com base no princípio do *disclosure*, deverá a Circular de Oferta de Franquia oferecer uma revelação ampla de todo o empreendimento, com apresentação de balanços financeiros, histórico da empresa, perfil ideal de franqueado, desempenho no mercado, investimentos financeiros necessários. A Lei N

¹¹ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. São Paulo: Atlas. 1997

8.955 de 1994 traça os elementos que devem estar contidos na Circular de Oferta de Franquia em seu art. 3¹². São arrolados

¹² Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;

II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;

III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;

VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;

VII - especificações quanto ao:

a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;

b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e

c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties);

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;

X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e

dados essenciais que deverão nortear futura contratação, privilegiando para que seja realizado pacto com absoluto conhecimento do que estabelecerá o vínculo entre as partes.

No sentido da obrigatoriedade e importância da Circular de Oferta de Franquia, transcreve-se os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIALETICIDADE, DA SUBSTANCIAÇÃO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - PRELIMINARES AFASTADAS - CONTRATO DE FRANQUIA - CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA - INFORMAÇÕES FALSAS - IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DAS METAS IMPOSTAS PELA FRANQUEADORA - RESCISÃO DO CONTRATO - DEVER DE INDENIZAR - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - ART. 21 DO CPC - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA REPARTIDO - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONDE-

b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;

XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;

XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:

a) supervisão de rede;

b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;

c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;

d) treinamento dos funcionários do franqueado;

e) manuais de franquia;

f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e

g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;

XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e

b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

NAÇÃO - APLICAÇÃO DO §3º, DO ART. 20, DO CPC - RAZOABILIDADE. Uma formalidade comum a todos os recursos é a de que estes sejam fundamentados em confronto com a decisão atacada, expondo-se, de tal maneira, as razões para a sua reforma. Tal exigência se dá em atenção ao princípio da dialeticidade recursal, o qual impõe à parte recorrente o ônus de motivar o recurso, expondo as razões hábeis à reforma da decisão recorrida frente ao que nela foi decidido. Tendo o magistrado de origem julgado os pedidos formulados pelas partes fundamentando sua decisão exatamente dentro dos limites e dos fatos por elas narrados, não há qualquer violação à teoria da substanciação. Sendo a requerida devidamente citada, apresentando defesa no prazo legal, esvazia-se a alegação de nulidade da sentença por violação ao princípio do devido processo legal. Havendo informações falsas na circular de oferta de contrato de franquia, que conduz a resultados diversos do esperado e prometido, a franqueadora é responsável pelo pagamento de indenização por danos materiais, que podem ser cumulados com cláusula penal, se há previsão específica. V.v. Cabe à franqueadora o cumprimento das exigências legais, não lhe sendo imputável qualquer responsabilidade pelo sucesso do negócio da franqueada. Todavia, restando comprovado nos autos que vários outros franqueados não conseguiram alcançar as metas impostas pela franqueada, não há como se falar que o insucesso do empreendimento tenha se dado em razão de má administração pela autora, devendo ser o contrato de franquia rescindido, mantendo-se a condenação imposta nos termos da sentença de primeiro grau. Havendo sucumbência recíproca, devem os ônus de sucumbência ser repartidos entre as partes, conforme determina o art. 21 do CPC. Tratando-se de ação condenatória, a verba honorária deve ser arbitrada com base no art. 20, §3º, do CPC. A fixação dos honorários advocatícios deve seguir um critério de razoabilidade, que emerge da importância da causa, do tempo exigido para o serviço, do grau de zelo profissional e da presteza na execução do trabalho. ApelaçãoCível 1.0702.01.013864-3001 Relator(a): Des.(a) Valdez Leite MachadoData de Julgamento: 02/02/2012Data da publicação da súmula: 08/05/2012

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA-
CONTRATO DE FRANQUIA - OBRIGATORIEDADE DE

ENTREGA DE CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA - LEI 8.955/94 - INADIMPLEMENTO POR PARTE DO FRANQUEADOR - RESCISÃO CONTRATUAL - POSSIBILIDADE - PERDAS E DANOS. É dever do franqueador fornecer, aos interessados, Circular de Oferta de Franquia, prestando as informações essenciais do negócio jurídico, sob pena de anulabilidade do contrato de franchising. Apelação Cível 2.0000.00.422908-3/000 Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha Data de Julgamento: 13/05/2004 Data da publicação da súmula: 29/05/2004

Fica patente que a contratação, sem observância aos ditames legais e real apresentação de Circular de Oferta de Franquia, levará a possibilidade de anulação do contrato firmado, certo que violada pedra fundamental do contrato relativa à transparência dos negócios do franqueador perante ao potencial franqueado.

No entanto, é importante que se registre que os tribunais brasileiros, analisando o tema, têm decidido que verificada a não apresentação da Circular de Oferta de Franquia, mas tendo havido real exposição do negócio ao franqueado, com concretização do contrato e execução por longo período, não haverá que se falar em possibilidade de anulação do contrato. Não é em outro sentido o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AÇÃO INIBITÓRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DE DIREITO. AÇÃO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. CIRCULAR DE OFERTA. Não foi demonstrado qualquer prejuízo com a ausência de fornecimento da Circular de Oferta, tendo a franqueada tomado efetivo conhecimento das peculiaridades do negócio. O lapso temporal consolida a relação contratual, descabendo acolher o juízo de inexistência ou ruptura da franquia, medidas extremas que não se amoldam à relação sub judice. REGISTRO DA MARCA. Embora o art. 129, da Lei n 9.279/96, determine que a propriedade da marca adquiere-se pelo registro validamente expedido, o art. 130, II, da mesma legislação, estabelece que ao titular da marca ou ao

depositante é ainda assegurado o direito de: (...) licenciar seu uso. INEXISTÊNCIA DE KNOW-HOW. ÔNUS DA PROVA. A doutrina do ônus da prova repousa no princípio de que, visando a sua vitória na causa, cabe a quem afirma o direito o encargo de produzir provas capazes de formar, em seu favor, a convicção do juiz. No caso vertente, não se desincumbindo a contento desse encargo a franqueada, ora apelante, a improcedência do recurso é a medida que se impõe, em face dos elementos constantes dos autos. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70019029370, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 25/07/2007). Número: 70019029370 Tipo de Processo: Apelação Cível Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos Órgão Julgador: Décima Quinta Câmara Cível Comarca de Origem: Porto Alegre Data do Julgamento: 25.07.2007 Publicação: Diário da Justiça do dia 31/07/2007

b. Pré-Franchise

Com a multiplicidade de ações e obrigações que caberão as partes, muitos contratantes vislumbram a necessidade de se firmar um contrato preliminar denominado *pré-franchise*. Sua característica principal é de se estabelecer por tempo limitado visando propiciar o conhecimento amplo do sistema operacional e avaliando, o pretense franqueado, a realidade do negócio que intenciona exercer. Procedimento extremamente salutar, reduz as possibilidade de frustração das partes com o negócio realizado, como registra Adalberto Simão Filho¹³.

Ao contrário do que poderia inicialmente parecer, esse contrato preliminar não significa contrato de promessa de franquia, como ressalta Luís Miguel Pestana de Vasconcelos¹⁴. Representa uma possibilidade de experiência inicial do pretendente a franqueado, que ingressa em um centro-piloto ou mes-

¹³ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas . 2000.

¹⁴ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O contrato de franquia (franchising)*. Coimbra: Almedina. 2010

mo em uma sucursal do franqueador para visualizar os mecanismos de trabalho e funcionamento da empresa. Representa um vínculo de experiência, devendo o interessado se comprometer com os deveres inerentes de sigilo e não concorrência, especialmente se, ao final, entenderem as partes pelo não estabelecimento do contrato de franquia.

4. FORMAS DE CESSAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

A exemplo dos contratos em geral, o contrato de franquia provavelmente terá seu término. Como ressalta Sílvio de Salvo Venosa¹⁵, mesmo tendo uma função social importante o contrato, atingida sua finalidade, extingue-se. Esta é uma característica do direito das obrigações, sua transitoriedade, certo que ao firmar um contrato os envolvidos já tem, em perspectiva, a possibilidade de seu encerramento. Tal característica no contrato de franquia deve ser observada sob outro prisma, certo que nesse tipo de pacto não se tem em mente um negócio que se efetive e possa se exaurir instantaneamente, mas se projeta uma concatenação de atos e negócios por um longo período. Ainda assim, não se pode perder de vista a possibilidade de finalização, visto que envolve negócio entre duas partes que, por um rol inumerável de questões, podem optar por colocar termo ao negócio, ou podem chegar a tal desiderato por razões outras que não sua própria deliberação.

Forma natural de finalização do contrato é a extinção com a execução de tudo que contratado, sendo atingido o objetivo definido pelas partes. No entanto, pelas intercorrências normais da vida cotidiana e comercial, muitas vezes a extinção ocorre por inexecução, descumprimento ou vontade das partes, surgindo de cada uma delas consequências próprias para os

¹⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas . 2003.

contratantes.

As causas mais frequentes de extinção do contrato de franquia apontadas e apuradas por Adalberto Simão Filho¹⁶ são ruptura de cláusula de exclusividade; falta de assistência técnica; falta de pagamento de prestações, violação de cláusula de não concorrência e ocultação de lucros. Observa-se que em sua grande maioria está ligada a questão da parceria e da boa-fé, que devem permear especialmente esta espécie de contrato pelo vínculo extremamente próximo que faz o elo desta relação contratual.

a. Caducidade

Chegado o evento fixado, estará terminado o contrato, sem necessidade de declaração. O contrato se extingue naturalmente, não havendo que se falar em manifestação das partes ou declaração judicial. Ocorrido o evento previamente estabelecido o contrato se encerra, como registra Antônio Pinto Monteiro¹⁷ em sua obra *Contratos de Distribuição Comercial*.

Clássico exemplo é o decurso do tempo fixado nos contratos por prazo determinado. Caso continue a haver cumprimento por ambas as partes, dar-se-á a renovação tácita por prazo indeterminado, e então, havendo interesse em finalização do pacto, deverá haver precedência de denúncia, com prazo razoável. Já se tendo estabelecido prazo, também devem ser previstas todas as consequências do fim contrato e estabelecidos prazos razoáveis para lucro e forma de renovação. Sendo um contrato por prazo fixado as nuances já são conhecidas e os valores de pagamento já devem estar previstos. Por isso todas as consequências e eventuais obrigações de uma parte para com a outra devem estar definidas, sob pena de trazerem surpresa e violarem a boa-fé que deve nortear toda contratação, mas espe-

¹⁶SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas S.A 2000.

¹⁷ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos de Distribuição Comercial*. Edições Almedina S.A. Coimbra. 2009

cialmente esta que se baseia na cumplicidade e assistência recíproca.

Importante o registro feito por Luís Miguel Pestana de Vasconcelos¹⁸ quando questiona se deverá o franqueador ser obrigado a garantir uma duração mínima do contrato para que o franqueado possa recuperar o investimento inicial. Ressalta o autor que deverão ser diferenciadas duas situações. Quando ocorrer de ser a cláusula de tempo uma cláusula geral do contrato, onde se observe a estipulação sem de discussão quando da formação do contrato, deverá ser tida, a cláusula, como nula. Já sendo o prazo delimitado após ampla negociação das partes, deverá ser reputado válido, visto que é um dos aspectos de maior relevância no momento da negociação prévia. Ademais, entre nos vigora a o princípio da livre contratação, observadas a expressão livre e consciente da vontade e observada a boa-fé.

Convém ressaltar que a lei italiana sobre franquias prevê que o prazo deverá garantir um retorno mínimo de investimento e, em qualquer caso, não deverá ser inferior a três anos. Indica, claramente, o legislador, intenção de proteger o investimento feito, de modo a viabilizar um exercício razoável da empresa e exploração da potencialidade do contrato.

b. Distrato

As partes que acordaram contratar têm a liberdade de pôr fim ao pacto, como se observa do disposto no art. 406 n 1 do Código Civil português¹⁹. O mútuo acordo é um novo contrato que disciplinará a finalização do anterior que pode ter sido estabelecido por prazo determinado ou prazo indeterminado. No

¹⁸ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O contrato de franquias (franchising)*., Coimbra: Almedina. 2010

¹⁹Artigo 406.º Eficácia dos contratos
1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.
2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei.

Brasil o distrato é regulado pelo art. 472 do Código Civil²⁰ e faz-se pela mesma forma exigida para o contrato. O distrato é um acordo entre os contratantes, com objetivo de extinguir o vínculo obrigacional criado pelo contrato.

Estabelece a Lei n 8.955/94 que o contrato de franquia se formará por escrito. Assim, ao distrato se impõe, também, a forma escrita. No ponto, importante que seja ressaltada a necessidade de disciplinamento de todas as questões relativas à finalização. Esta providência, certamente trará clareza sobre os direitos e obrigações decorrentes do distrato, sendo respeitada a boa-fé e evitando-se demandas originadas da insatisfação das partes. Assim, o encerramento do contrato por mútuo acordo deve significar extinção do vínculo, e, especialmente, traçados claros sobre as consequências deste fim.

c. Denúncia

A denúncia é forma de extinção do contrato estabelecido por tempo indeterminado e ocorre quando uma das partes comunica a outra sua intenção, não sendo obrigatória a existência de fator motivador a ser explicitado. Observadas as peculiaridades do contrato objeto deste estudo e sempre tendo em mente que os contrato não são eternos, mas, no caso da franquia, tendem a se prologar no tempo, a denúncia como forma de intenção e efetivação de finalização do pacto deve ser feita com todas as cautelas para que não se viole o direito do outro contratante.

Havendo denúncia por parte do franqueador, poderá ele frustrar uma projeção de lucros feita pelo fraqueado que investiu capital, tempo e expectativa na presunção de que poderia se beneficiar, ainda por determinado tempo, do contrato. Assim, a questão atinente ao prazo de pré-aviso é extremamente relevante, devendo ser observado prazo razoável a permitir retorno de investimento.

²⁰ Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

No ponto, examinando a legislação e doutrina portuguesa, contata-se que inviável tomar-se por base analógica a previsão da lei para o contrato de agência no que toca ao tempo de pré-aviso, certo que os investimentos e previsões de duração do contrato são pela própria essência da franquia, em geral, maiores do que ocorre com o contrato de agência.

Ressalta Luís Miguel Pestana de Vasconcelos²¹ que também se deverá examinar com atenção a existência ou não de cláusula fixando o prazo de pré-aviso. Deverá ter-se em conta se a cláusula está entre aquelas que não foram particularmente negociadas ou se, ao contrário, foram objeto de real discussão e estipulação pelas partes. Sendo negociada e sendo previsto o prazo razoável de pré-aviso, observadas as peculiaridades do contrato, eventual questionamento só seria razoável quando gravemente violado o princípio da boa-fé, certo que há de se respaldar a autonomia da vontade e liberdade contratual.

A doutrina brasileira, sobre o tema e imprevisão da matéria em norma positivada manifesta-se, de forma coerente, asseverando que sempre deverá se ter em conta para o exercício da denúncia a possibilidade de duração do contrato por prazo não inferior aquele necessário para garantir o retorno dos investimentos. Nesse sentido, trago à colação julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre o exercício da denúncia, observado o prazo de pré-aviso:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPRESENTAÇÃO. RESILIÇÃO UNILATERAL E IMOTIVADA DO CONTRATO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECONVENÇÃO. AÇÃO CAUTELAR E PRINCIPAL DE EXTINÇÃO DE HIPOTECA Trata-se de ações conexas e dependentes de caráter declaratório e condenatório de manutenção de contrato particular de representação comercial e anulação de cláusulas contratuais com reconvenção condenatória pela aplicação de multa contratual decorrente de infração do contrato e cautelar e

²¹ VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O contrato de franquia (franchising)*. Coimbra: Almedina . 2010

principal de extinção de garantia de hipoteca julgadas improcedentes, salvo a extinção das hipotecas. VALOR DA CAUSA modificado ex-officio - Impertinente a interferência judicial, sem provocação, no sentido de majorar o valor da causa ao exclusivo efeito de render recolhimento de majoração de custas, mormente em se tratando de Cartório Judicial Privativado, especialmente em foro de sentença final de improcedência. ERRO MATERIAL - Inexiste erro material a ser corrigido pelo tão só fato de que a sentença nomina como testemunha, pessoa informante, especialmente porque inócua ao deslinde da quaestio. OMISSÃO SENTENCIAL - Inexiste omissão a ser solvida se a sentença examinou destacadamente umas cláusulas do contrato e não nominou outras, mas disse explicitamente que não vislumbrava qualquer nulidade, abusividade ou desequilíbrio contratual, afastando qualquer nódoa ao contratado. ABUSO DO PODER ECONÔMICO - Inexiste abuso do poder econômico no contrato que prevê expressamente a possibilidade de rescisão imotivada ou renovação automática, com a ressalva do aviso prévio de 90 dias. Ao contrário, a hipótese vem celebrada expressamente no art.720 do CCB. Além disso, inaplicável ao caso debatido nos autos as disposições do CDC, posto que ausente relação de consumo e os personagens da relação se constituem empresas de porte e hipersuficiente. Equilíbrio contratual não evidenciado. O contrato de representação e distribuição previa a possibilidade de rescisão imotivada, por qualquer das partes, cláusula e condição exercitada pela fornecedora, em razão do que estava dispensada de elencar os fundamentos do rompimento do ajuste, menos ainda sustentar a quebra do pacto. Disso decorre que tal ajuste, a par de permitir o rompimento do contrato imotivadamente, não tolera, depois do seu exercício, com o contrato já extinto, volver questões outras como o descumprimento de cláusulas contratuais, hipótese não versada oportunamente. A ação principal de manutenção do contrato e anulação de cláusulas, cumuladas com indenizações, bem como reconvenção, são improcedentes. Ação cautelar e principal de extinção de hipoteca procedentes. Não obstante, a verba sucumbencial, fixada para a sucumbência recíproca das partes, vai mantida nos termos da sentença. DUPLA APELAÇÃO. APELAÇÕES DESPROVIDAS. SENTENÇA EXPLICITADA. (Apelação Cível Nº 70036780864, Sexta Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 13/06/2013) Data de Julgamento: 13/06/2013. Publicação: Diário da Justiça do dia 20/06/2013

No julgado destacado, observa-se a chancela do Poder Judiciário no sentido de entender absolutamente válida a cláusula pactuada de dissolução do contrato, sem que se necessite de ato de descumprimento ou se imponha motivação. Registra-se, ainda, a necessidade de observância ao prazo de pré-aviso, imprescindível para organização negocial daquele que não intencionou a finalização do pacto. Foi rechaçado, também, o questionamento de adimplemento e validade de cláusulas, certo que evidenciada a intenção de discussão do contrato, tão só, porque exercido o direito de denúncia.

d. Resolução

A resolução é forma de extinção decorrente do não cumprimento do contrato que poderá originar o encerramento do pacto, seja pela gravidade do inadimplemento, seja pela reiteração de atos que isoladamente analisados não implicariam nessa consequência. Assim, para que se dê a resolução, necessária a existência de motivação, diferentemente do que ocorre com a denúncia. Dar-se-á nos contratos por prazo determinado ou indeterminado e não há que se falar em pré-aviso, nos moldes do que previsto para denúncia.

Como lecionam António Pinto Monteiro²² e Luís Miguel Pestana de Vasconcelos²³ a Lei de Agência²⁴ estabelece fun-

²² MONTEIRO, António Pinto. Contratos de distribuição comercial. Coimbra: Almedina 2009

²³ VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. Pestana de. O contrato de franquia (franchising). Edições Almedina S.A., Coimbra. 2010

²⁴ Artigo 30.º
(Resolução)

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

- a) Se a outra parte faltar ao cumprimento das suas obrigações, quando, pela sua gravidade ou reiteração, não seja exigível a subsistência do vínculo contratual;
- b) Se ocorrerem circunstâncias que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual, em termos de não ser exigível que o contrato se

damentos para a resolução que são aplicáveis analogicamente à franquia, pois podem ser tidos, mesmo, como princípios gerais que se aplicam a contratos duradouros. O primeiro fundamento é o concernente ao descumprimento de obrigações ou à reiteração de descumprimento. Tal como registrado, o incumprimento deve ser de monta a originar o fim do pacto, observada o caráter drástico da extinção do vínculo. Assim, descumprimentos mais sutis podem levar a direito de indenização, ressarcimento ou aplicação de penalidades já previstas em contrato, mas não devem autorizar resolução do contrato de franquia.

Da mesma forma, uma violação leve que não ensejaria maior repercussão, pode se transmutar para uma questão capaz de autorizar a rescisão quando a reiteração torne insustentável a manutenção do pacto. Isto porque a relação contratual deve estar revestida de fidúcia, que a reiteração de atos em desacordo com o avençado pode abalar.

5. INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA

5.1. PRIMEIROS REGISTROS

Os primeiros registros sobre indenização de clientela são de sua previsão pela lei austríaca em 1921, com relação ao contrato de agência. Essa figura jurídica foi especificamente prevista quando constatado que o contrato foi finalizado por ação do proponente, sem culpa do agente, e quando realizada a formação de clientela pelo agente em benefício do proponente. Havia, ainda, a fixação de valor de teto para o recebimento desse montante indenizatório, não podendo representar montante além das comissões recebidas em um ano.

Também na França, em 1937, surge a figura da indenização de clientela e como registra Luís Manuel Teles de Menezes

Leitão²⁵, neste primeiro momento não dizia respeito ao contrato de agência, mas especificamente com relação ao empregado sob o vínculo de subordinação. Seria devida quando do fim do contrato sem responsabilidade do trabalhador e com quebra do pacto pelo empregador, sem justa causa. Somente em três décadas mais tarde houve previsão da referida indenização para os casos de ruptura do contrato de agência quando não originada por descumprimento do agente.

Em 1953, surge na Alemanha a figura da indenização de clientela quando disciplinado o contrato de agência e foi tida como a mais polêmica novidade apresentada pelo legislador naquele momento, como ressalta Carolina Cunha²⁶. Pelo disciplinamento alemão após a extinção do contrato o agente poderia exigir do principal razoável compensação. Isto caso o principal obtivesse vantagens pelos negócios realizados com os clientes amealhados pelo agente e desde que o agente não fosse receber comissões após o fim do contrato, com relação a contratos já celebrados ou a celebrar com clientes obtidos por sua atuação. Haveria exclusão da possibilidade indenizatória se o agente fosse o responsável pelo fim do contrato.

Importante o registro de que com a Diretiva n 86/653/CEE em 1986 houve a implementação da previsão de possibilidade dos Estados-membros adotarem a indenização de clientela com base no modelo alemão ou no modelo francês, sendo aquele vinculado a ideia de compensação advinda do benefício obtido pelo proponente pela clientela angariada e o segundo, relativo à ideia de indenização por dano suportado pelo agente, em decorrência do fim do contrato. Em 1986, com o Decreto-Lei 178/86, concretiza-se pela positivação normativa a indenização de clientela no contrato de agência em Portugal. Neste país, como na maioria dos demais Estados-membros,

²⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *A Indemnização de clientela no contrato de agência*. Coimbra: Almedina. 2006

²⁶ CUNHA, Carolina. *A indemnização de clientela do agente comercial*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora. 2003

optou-se pela configuração germânica para o instituto.

No Brasil, não se observa norma positivada sobre indenização de clientela em qualquer dos contratos de distribuição. Examinando a doutrina brasileira, o que se percebe é a omissão de qualquer dispositivo relativo à indenização de clientela nos moldes do que traçado na Europa. A jurisprudência segue o mesmo caminho. Nos julgados relativos aos contratos de distribuição, as referências a indenizações ocorrem sempre ligadas a ideia de dano, de ação que lesa uma das partes, em indenização no sentido real do termo e não compensação, como se entende a chamada indenização de clientela.

5.2. PRESSUPOSTOS DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA

5.2.1. ANGARIAÇÃO E AUMENTO DE CLIENTELA

Dispõe o Decreto-Lei n 178/86 de 03 de Julho com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 118/93 de 13 de abril²⁷ que para que se constate a obtenção de clientela pelo agente a

²⁷ Artigo 33.º Indemnização de clientela

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

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

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

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

4 - Extingue-se o direito à indemnização se o agente ou seus herdeiros não comunicarem ao principal, no prazo de uma ano a contar da cessação do contrato, que pretendem recebê-la, devendo a acção judicial ser proposta dentro do ano subsequente a esta comunicação.

ensejar a indenização da qual aqui se trata deverá ele ter angariado novos clientes para o principal ou aumentado significativamente o volume de negócios com clientela já existente e o principal possa se beneficiar consideravelmente, após o fim do contrato, da ação desenvolvida pelo agente. Assim, importante examinar especificamente essas situações.

Percebe-se que pela análise da previsão legal e observada a finalidade da indenização de clientela que o que se deve apurar é efetivamente a ocorrência de uma ação tal do agente que vincule os clientes e negócios junto ao principal. Em ambas as situações, visualiza-se um real crescimento de negócios, certo que há aumento das tratativas já existentes ou aumento do número de clientes. Imprescindível é que haja uma relação direta da atuação do agente para com a referida relação negocial.

No tocante ao aumento da clientela importante que se perceba a existência de vínculo efetivo e duradouro. Uma constatação de aumento pontual, sem que haja realmente um elo entre cliente e empresa, não pode ser caracterizada como aumento de clientela para os fins da indenização ora em exame. Até porque, necessário que se perceba que, com o aumento de clientes, vá ocorrer, em perspectiva, uma continuação de negócios que beneficiará o proponente, já sem interferência daquele agente, mas por conta de sua atuação. Necessário, ainda que sejam, de fato, clientes que não possuíam vínculo com o principal, pois se for o caso, a ação do agente somente deu continuidade a um trabalho pretérito já realizado pelo principal ou por outro agente, não havendo que se falar em possibilidade do agente vir a se beneficiar da indenização por aumento de clientela. Podem, contudo, serem clientes já vinculados ao agente, mas que a partir da contratação com o principal, continuam fiéis ao agente e firmam contrato por conta do elo com o agente.

Releva registrar que, como ressalta Carolina Cunha²⁸, os

²⁸ CUNHA, Carolina. *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*. Boletim

novos clientes obtidos e a situação caracterizadora da indenização se constata mesmo quando a atuação do agente não tenha sido causa exclusiva para a aquisição dessa nova clientela. Necessário, assim, que seja verificada sua atuação efetiva para a aquisição da clientela, mas outros fatores, como a própria atuação do principal, também podem estar presentes, sem que isso exclua o direito a indenização que cabe ao agente.

Discorre com pertinência a doutrinadora que não se deve perquirir sobre a aquisição de clientela de modo subjetivo, por meio da tentativa de demonstrar intenção e elemento volitivo. A demonstração deve ser de ordem objetiva e concreta, observada a atuação do agente na formalização do contrato e, ainda, pela apuração de comissão paga pelo principal ao agente quando firmado contrato com novo cliente, o que por si já indicaria ação do agente capaz de caracterizar atuação capaz de lhe conferir direito à indenização.

A questão relativa à elevação do volume de negócios traz, por certo, conteúdo pouco preciso, e levará o aplicador do direito a examinar de forma ainda mais particularizada a questão. É que as próprias expressões utilizadas pelo legislador geram grande margem a interpretações. Estabelece a norma que deverá ocorrer aumento de volume de negócios e que ele deverá ser substancial. Assim, o que deverá ser considerado aumento? O que será aumento substancial? Os autores não definem claramente a questão. Apesar de discorrerem sobre o tema e procurarem parâmetros, não há efetivamente um marco objetivo para a constatação de aumento substancial de negócio.

Tendo em mente a dificuldade registrada, importa que sejam traçadas linhas de norte para a constatação do que estabeleceu a lei como pressuposto para a indenização de clientela. Em primeiro lugar é importante que se tenha como horizonte o montante total de negócios e não aumento de cada negociação

de per si. Da mesma forma, havendo, com intermediação do agente, objetivamente, aumento de negócios de forma substancial, a indicação natural será de que cabível aqui indenização de clientela. Deverá o principal, entendendo que esse aumento não se deu com conta do agente, demonstrar fator externo que levou a tal resultado, excluindo assim sua responsabilidade indenizatória.

De qualquer forma, a conclusão do exame destes requisitos é que pretendeu o legislador estabelecer, como pressuposto para a indenização de clientela, a constatação de verdadeiro aumento de negócios, seja pelo maior número de clientes, seja pela elevação de movimento de negócios empreendidos com os clientes já conquistados.

5.2.2. GANHOS ADVINDOS AO PRINCIPAL PELA ATUAÇÃO DO AGENTE

Para que se constate situação caracterizadora da indenização de clientela a presença de benefícios consideráveis trazidos ao principal pela atuação do agente, após o fim do contrato. Isto implica em dizer que para que haja a obrigação compensatória, a atividade de intermediação negocial exercida deve continuar a render frutos, deve se perpetuar em benefício do principal. Caso não ocorra prorrogação de vínculo entre cliente e principal no tempo, não há que se falar em valores a serem destinados ao agente a título de indenização de clientela.

A essa altura é importante a refletir sobre a imprecisão da questão tal como posta no dispositivo legal. É certo que, como se verá adiante, o agente terá um prazo para exercer seu direito de pleitear a indenização tratada. No entanto, mesmo assim, a ideia de continuação do negócio é ideia de futuro e, portanto, possui margem para o imponderável, sendo, a nosso ver, extremamente difícil se demonstrar a existência de benefício a ser continuamente auferido pelo principal, ao fim da relação.

Sob outra perspectiva, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão²⁹, que assim se manifesta:

Essa prognose não é, no entanto, difícil de estabelecer, já que os contratos intermediados normalmente se traduzem num benefício efectivo para o principal, permitindo-lhe obter um lucro líquido dessa relação, o qual é considerado como benefício.

Segundo ele, não se pode deixar ao largo a expressão “considerável” prevista na lei. Em consequência, o benefício dever ser razoável e será dimensionado pela comparação da amplitude e duração de tempo dos contratos intermediados pelo agente e dos outros negócios do principal sem essa interferência. Refletindo-se sobre o que deve ser tido como considerável e partido do pressuposto de que se terá em foco algo que se protrai no tempo, a melhor solução é a de averiguar detidamente, em cada caso, o benefício adquirido, observada a ótica do principal, do agente e dos negócios realizados, devendo haver uma avaliação sob as várias faces do contrato, dos sujeitos envolvidos e do próprio mercado.

Nesta linha de entendimento o seguinte julgado do Tribunal da Relação de Coimbra:

1. O n.º 4 do art.º 33º do DL n.º 178/86 de 3/7 consagra dois prazos: um de prescrição do direito de comunicação da exigência do crédito e outro de caducidade do direito de propor a ação de indemnização, os quais podem ser usados cumulativamente pelo agente

2. Continuando um cliente do principal, angariado pelo agente, a relacionar-se comercialmente com ele, posto que interpostamente através de sociedade pelo cliente criada para o efeito, permanece o agente com direito às comissões.

3. A substanciação do conceito legal: “benefício considerável”, requisito do direito à indemnização de clientela prevista no artº 33º do cit. DL, não tem de derivar necessariamente de factos de certo jaez - vg da facturação anual do principal – antes podendo advir de uma análise concatenada,

²⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *A Indemnização de Clientela no Contrato de Agência*. Edições Almedina S.A.Coimbra. 2006

ponderada, sensata e judiciosa, da plêiade de factos apurados.

4. Emerge tal requisito se se prova que o principal fatu-
rou, por intervenção do agente, quantia (muito) superior a
cinco milhões de euros num contrato que durou 20 anos e
tendo os clientes por este angariados continuado a manter re-
lações comerciais com aque-
le1845/05.0TBLRA.C1Relator:CARLOS MOREIRA.Datado
Acordão:07/05/2013 Tribunal Recurso:LEIRIA 5º J C Legis-
lação Nacional: DLN.º178/86 DE 3/7

No dizer de Carolina Cunha³⁰ para o juízo de prognose, que apresenta grande dificuldade para ser realizado, devem ser utilizadas as presunções naturais e jurídicas de que um aumento da procura da empresa se reverterá em evidente benefício considerável para o principal. No ponto, tenho que importante refletir sobre os requisitos anteriores de aumento de clientela e volume de negócios. Certamente o legislador não pretendeu fixar esses requisitos por si mesmos, mas em decorrência do benefício real que podem acarretar ao principal. Assim, o aumento de clientela e de extensão de contratos, que se quer destacar para viabilizar a indenização de clientela é, em conclusão, aquele que traga efetivo benefício ao principal.

5.2.3. AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO DE VALORES PELO AGENTE APÓS O FIM DO CONTRATO

Último pressuposto, a ser examinado, e que deve coexistir com os demais, diz respeito à inexistência de valores recebidos pelo agente, após a cessação do vínculo, com relação a contratos negociados ou concluídos após o fim do contrato. Pela própria lógica do sistema, só será devida a compensação pela clientela caso o agente nada receba no tocante aos contratos firmados e negociados após o fim do contrato de agência, certo que, em recebendo a comissão, já estaria sendo remunere-

³⁰ CUNHA, Carolina. *A Indemnização de clientela do agente comercial*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra . Coimbra: Coimbra Editora. 2003

rado e, eventual indenização, seria uma dobra de pagamento que não foi o que visado pelo legislador.

Afirma-se, assim, a necessidade, também aqui, de se fazer uma projeção do que seria auferido pelo agente, caso continuasse em vigor o contrato. Será apurado o que seria normalmente pago ao agente, observada a duração esperada da vinculação do cliente. Observa-se a ocorrência desta situação quando os clientes foram obtidos e trabalhados pelo agente, mas o contrato só se efetivou esgotado o vínculo entre principal e agente. Da mesma forma, em contratos que já se estabelecem com perpetuação de negócios, como compras periódicas, não tendo sido estabelecido o recebimento da comissão, razoável que receba o agente sua retribuição, certo que trabalhou para a concretização do negócio e, até mesmo, para esta forma sucessiva de prestação.

5.3. CAUSAS DE OBSTÁCULO À INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA

É fato que para o exercício do direito de indenização de clientela deve haver a extinção do contrato que vincula agente e principal. Dispõe a norma regulamentadora que havendo a finalização do contrato por conta de ação imputável ao agente, não terá ele direito a indenização de clientela. Assim, a primeira hipótese de perda de direito de indenização de clientela diz respeito à resolução do contrato por descumprimento de obrigação imputável ao agente. De fato, havendo causa de finalização do pacto por ação contrária as normas estabelecidas pelas partes ou as normas legais que tenham força para encerrar o contrato, terão também a repercussão de desobrigar o principal a pagar a indenização de que aqui se trata, certo que a extinção do contrato não ocorreu por seu descumprimento ou sua vontade.

De ver-se que, mesmo havendo manifestação do agente

pelo fim do contrato, se quem o descumpriu foi o principal e, portanto, ele deu ensejo a essa manifestação do agente, terá este último intacto o seu direito à indenização de clientela. Esclarece Carolina Cunha³¹ que a expressão legal “razões imputáveis ao agente” implica o exame do que efetivamente se pretende com a palavra “imputável”. Analisando a questão, afirma que deve se entender imputável como razão de extinção causada pelo agente por culpa, por fato a ele imputável. Assim, deve ter havido ato de vontade praticado, sendo excluídas situações surgidas de ações sem culpa, atos de terceiros e caso fortuito ou força maior.

A hipótese de denúncia do contrato pelo agente, sem fatores outros a justificar a conduta, é causa de fim do contrato por razão ao agente imputável, devendo também ser tida como fator de exclusão ao direito à indenização de clientela. De verse que absolutamente razoável a imposição da de exclusão, certo que do contrário, haveria uma margem grande de imprecisão para o principal. Isto porque, havendo a consequência de direito a indenização de clientela em caso de denúncia, o principal poderia ser surpreendido a qualquer tempo pela manifestação do agente neste sentido, muitas vezes tão só para se ver indenizado. Ademais, em caso de denúncia, não se observa nenhum descumprimento das partes, assim, desejando o agente o desenvolvimento normal do contrato com o recebimentos dos frutos de sua atuação, basta a continuação da vigência do pacto. Releva registrar que a indenização de clientela tal como concebida visa compensar o agente pela quebra da continuidade do contrato, sem que tenha dado ensejo ao seu término.

No caso de ocorrência de distrato, diz Luís Manuel Teles de Menezes Leitão³² que não há que se falar em exclusão ao direito à indenização de clientela. É que, neste caso e indepen-

³¹ CUNHA, Carolina. *A indenização de clientela do agente comercial*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. Coimbra. 2003

³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *A indenização de clientela no contrato de agência* Coimbra:Almedina. 2006.

dentemente de quem tenha tido a iniciativa da resolução, há um efetivo acordo de vontades visando o fim do contrato e isto não pode ser tido como causa imputável ao agente. No mesmo sentido Carolina Cunha³³ que ressalta que a exclusão de indenização deve ser interpretada de forma restritiva e, assim a extinção deve ser por razão apenas imputável ao agente e não também imputável a ele.

Examinando a situação tenho que em caso de distrato, havendo mesmo definição das partes sobre o fim do contrato e suas consequências, deveria estar disciplinada toda questão que envolve as partes. Os deveres e direitos de ambas, as estipulações, as consequências da extinção devem ser traçadas com clareza, evitando-se assim, margem par questionamento futuro. Se na formalização da resolução as partes tudo definem, deveriam expressamente deliberar sobre a indenização de clientela, em respeito a boa-fé e clareza que devem nortear o contrato. Assim, a nosso ver, havendo distrato formalizado e disciplinado pelas partes, a indenização de clientela deveria ser claramente definida. Sem menção a ela e tratando-se de partes com inegável capacidade, de concluir-se que definida a inexistência desta forma indenizatória. Não se alegue que não se trata de razão imputável ao agente. Havendo o acordo de vontades, no mínimo, há causa também imputável ao agente que é sua intenção de terminar o vínculo.

Em se constatando a caducidade e tendo-se em conta que houve, portanto, fixação de prazo por deliberação das partes, não há que se falar na consequência de perda do direito de indenização de clientela pelo agente. No entanto, tendo sido o contrato prorrogado de forma automática, havendo manifestação do agente pelo fim do pacto, haverá a perda do direito compensatório por clientela amealhada, certo que sua ação deu

³³ CUNHA, Carolina. *A indenização de clientela do agente comercial*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. Coimbra. 2003.

origem ao encerramento do contrato.

Quando constatada a insolvência do agente, devem ser consideradas diferentemente situações de insolvência culposa ou fortuita. Sendo qualificada e declarada judicialmente como culposa, tal situação como consequência lógica indica fim do contrato por razão imputável ao agente, já que preestabelecida situação causada pelo agente e, assim, excluído o direito indenizatório. Sendo fortuita, pela presença de causa externa a vontade do agente, não há que se falar em exclusão da compensação por aquisição de clientela.

Situação última ensejadora da exclusão indenizatória é a cessão de posição contratual pelo agente e por mútuo acordo. Realmente, sendo feita a negociação entre cedente e cessionário, com pagamento deste ao agente para que possa ingressar na posição do cedente, recebeu ele, agente, pela clientela que angariou, e assim, acabaria por receber duas vezes pelo mesmo bem se permanecesse seu direito a indenização de clientela nos moldes aqui tratados.

5.4. PRAZO PARA EXERCÍCIO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA E SEU VALOR

Estabelece o art. 33, n 4, Decreto 118/93 que se extingue o direito à indenização se o agente ou seus herdeiros não comunicarem ao principal, no prazo de um ano a contar da cessação do contrato, que pretendem recebê-la, devendo a ação judicial ser proposta dentro do ano subsequente a essa comunicação. Importa reconhecer a necessidade de comunicação da intenção ao principal e o real conhecimento deste sobre o interesse o agente, independentemente, no entanto, da forma utilizada. No entanto, é imperioso que se constate que a comunicação por escrito e especialmente com documento assinado de ciência traz o facilitador da demonstração do ato para eventual discussão futura. Deverá a comunicação ser feita no prazo de

um ano e, após realizada, sem o pagamento, terá o agente um ano para ingressar com a ação judicial.

A fixação de prazo é, sem dúvida, providência salutar da lei, propiciando a segurança de que ultrapassado o período não mais pairará qualquer sombra de questionamento sobre valores devidos. Não só para o principal, mas também para o agente a repercussão é de segurança e atenção, visto que tem prévia ciência da necessidade de comunicação clara ao principal do seu intento e sem pagamento ou havendo divergência sobre valores, prazo e clientela, deverá exercer seu direito de ação no prazo de um ano da comunicação, para que não veja perecer esse direito.

Relevante destacar que o direito de indenização de clientela não comporta renúncia antecipada, havendo mesmo uma proteção de ordem pública, inderrogável pela vontade das partes quando da formação e vigência do contrato. Possibilitar esta forma de disposição pelas partes, seria menosprezar o poder de ingerência do principal quando da formação do negócio, que poderia impor tal renúncia, mesmo que de forma velada, ao agente. No entanto, é relevante observar que, com o fim do contrato, não mais se pode deduzir uma disparidade de posições entre contratantes. Assim, com a extinção do vínculo, a manifestação de vontade do agente, declarando nada mais ter a receber no tocante à indenização de clientela deve ser reputada válida, sob pena de se pôr em questão toda forma de manifestação.

Para se apurar o valor devido a título de indenização de clientela impõe a Lei de Regência³⁴ a observância a parâmetros

³⁴ Artigo 34.º

Cálculo da indemnização de clientela

A indemnização de clientela é fixada em termos equitativos, mas não pode exceder um valor equivalente a uma indemnização anual, calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente durante os últimos cinco anos; tendo o contrato durado menos tempo, atender-se-á à média do período em que esteve em vigor.

equitativos tendo como teto o valor obtido anualmente com cálculo a partir das remunerações dos últimos cinco anos. Caso inferior o tempo de contrato a média será apurada por seu período de duração. Devem ser observados para fixação do *quantum*, tanto o que o agente deixou e deixará de ganhar, quanto os benefícios auferidos pelo principal. Mais uma vez, registram os doutrinadores a necessidade de ser realizada uma prognose, o que, certamente se reveste de imprecisão, especialmente levando-se em conta a não fixação de marco temporal limite nesta perspectiva de relação comercial que manteriam cliente e principal pela atuação do agente.

Para trazer mais segurança e objetividade quanto a apuração do valor compensatório vários os elementos a serem tidos em conta. Ressaltam a apuração de tempo possível de duração do vínculo com a clientela, o índice de perda de clientes no decorrer dos anos e, tendo em vista o adiantamento da quantia que seria paga periodicamente pelo principal ao agente, a necessidade de cálculo e decote de juros. Além desses fatores, cada caso de per si, exige o exame particularizado para que se apurem os elementos que devem ser levados em consideração para que se alcance um valor fixado em termos equitativos, como estabelece a lei.

6. NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA

Existe teoria segundo a qual a indenização de clientela teria natureza assistencial, impondo-se, por isso, a proteção do agente diante da perda de sua remuneração, com o fim do contrato. Em primeiro lugar, como registra António Pinto Monteiro³⁵, deve ser afastada a ideia de simples medida de índole social. De fato, o instituo não pode ter por base somente uma

³⁵ MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. . Coimbra: Almedina . 2009.

medida de cunho eminentemente protetivo, que estaria afeto a outras áreas do direito e da administração pública.

Descreve Luís Manuel Teles de Menezes Leitão³⁶ que a tese de existência de propriedade incorpórea encontra seu fundamento na configuração do direito de propriedade do agente sobre clientela angariada. Assim, presente essa propriedade incorpórea, adquirida com o fim do contrato, deverá haver pagamento pelo principal por este bem que não mais permanecerá ligado ao agente. A crítica a essa teoria baseia-se no fato de que não pode ser tida a clientela como pertencente ao agente, certo que os negócios são entabulados com o principal, por intermédio do agente.

Outra linha de pensamento assenta-se na ideia da existência de função ressarcitória observado o dano suportado pelo agente que não mais será remunerado, apesar de continuar o principal se beneficiando da ação desenvolvida pelo agente. Tal tese peca por trazer conteúdo indenizatório e de recomposição de situação anterior que não é o foco da indenização de clientela, até porque, *in casu*, não se trata de ato ilícito praticado pelo principal e causador de dano.

A tese da função de compensação pelo enriquecimento sem causa é defendida por boa parte da doutrina e baseia-se no fato de não se admitir que agregue o principal os benefícios do trabalho desenvolvido pelo agente, sem que o compense pela clientela por este amealhada e que continuará a contratar com o principal. A crítica que se apresenta a este fundamento é a de que existe realmente um enriquecimento, mas isto não seria ilícito ou sem motivação. A base contratual que se firmou autoriza e lastreia este acréscimo ao principal.

A tese da retribuição diferida tem seus pilares firmados na existência de perpetuação dos negócios trabalhados e articulados pelo agente, que não recebeu por eles certo que finaliza-

³⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *A indemnização de clientela no contrato de agência*. Coimbra: Almedina. 2006.

do o contrato de agência. Em um desenrolar natural do contrato teria o agente recebido normalmente sua retribuição, no entanto, não chegou a recebê-la pelo fim do contrato de agência. Assim, esta remuneração devida seria diferida, paga em momento posterior ao fim do contrato. Seria, portanto, uma remuneração pelo serviço desenvolvido pelo agente durante a vigência do contrato, mas só ocorrente após o encerramento do contrato de agência. Registra Januário Gomes³⁷ ser este seu entendimento, asseverando que a indenização de clientela parece ter natureza de retribuição por serviços prestados, sendo os efeitos desses serviços percebidos após o fim do contrato, em proveito do principal.

Mais preciso este último enquadramento, certo que não traz conteúdo assistencialista ou indenizatório, o que, como ressaltado acima, não pode ser aceito quer pela insuficiência, quer pelo desvirtuamento do instituto. Da mesma forma, não se baseia em enriquecimento sem causa, pois, a nosso ver, o agregamento ao principal é legítimo e objetivado pelo contrato. Assim, nada mais adequado do que se entender a indenização de clientela como uma retribuição diferida, pagamento feito pelo trabalho desenvolvido, mas ainda não concretizado quando do fim do contrato de agência.

7. INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA NOS CONTRATOS AFINS DE CONCESSÃO E FRANQUIA

No dizer de António Pinto Monteiro³⁸, a doutrina da indenização de clientela prevista para os contratos de agência seria uma espécie de doutrina geral que seria também aplicada aos outros contratos de distribuição, com as mudanças e alterações necessárias, caso aplicada a norma do art. 33 da Lei de

³⁷ GOMES, Manuel Januário da Costa. *Apontamentos sobre o contrato de agência*. TJ 3 Abril-Maio 1990, pp. 9-35

³⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra:Almedina .. 2009.

Agência, por analogia. A questão é polêmica e tem sido amplamente debatida.

No ponto, tem-se afirmado que a posição das partes nos contratos de distribuição, notadamente, agência, franquia e concessão são muito similares, com obrigações, atribuições e direitos semelhantes e relativos à cooperação para um fim comum. Isto não seria afastado por atuarem o concessionário e franqueado, diferentemente do agente, por conta e em nome próprio. De ver-se assim, se as funções desempenhadas foram efetivamente do mesmo teor e se, pela atuação, foi realmente angariada clientela. Necessário, portanto, avaliar se houve efetiva atração de clientela desenvolvida por atuação do distribuidor e se, no caso concreto, irá a outra parte se beneficiar do trabalho empreendido.

Importa trazer relevo ao contrato que será firmado com o cliente. Se na agência é o principal que contratará, por intermédio do agente, na concessão e franquia quem contrata é o concessionário e franqueado, aparentando, em uma primeira análise, que a clientela já está vinculada a estes últimos e não ao concedente ou franqueador. Não haveria assim, transferência de clientela da qual se beneficiaria concedente e franqueador. Deve ser ponderado, entretanto, que mesmo que assim seja, há clara possibilidade de vínculo do cliente com franqueador e concedente pelo próprio interesse na marca e no que ela proporciona.

Manifesta-se Antônio Pinto Monteiro pela possibilidade de indenização de clientela ao franqueado e concessionário, observados os requisitos do art. 33 do Decreto-Lei 178/86, em aplicação analógica, preenchidos os pressupostos e tendo como norte a real atuação de franqueado e concessionário de forma equiparada ao agente. Afirma a necessidade de observância da efetiva função do franqueado e se ele realmente a desempenhou de forma assemelhada ao agente, como relevante fator de atração de clientela. Um segundo requisito a ser preenchido seria a real possibilidade de utilização pelo franqueador desse

acrécimo, beneficiando-se do trabalho desenvolvido pelo franqueado.

Entende José Alberto Vieira³⁹ que, na vigência do contrato de concessão, a atuação do concessionário angariando clientela beneficia a si mesmo, com o aumento de negócios e ao concedente. O problema virá a surgir com o fim do contrato, uma vez que, tendo o concessionário amealhado clientela, vinculou-a ao outro contratante, mas por sua diligência e atuação eficiente. Segundo esclarece o doutrinador que em contrato de concessão, mesmo havendo grande vinculação do cliente com a marca e produto do concedente, verifica-se também relevante elo com o concessionário, como é o caso de concessionária de automóvel. Assim, se por um lado o cliente escolhe o automóvel pela marca, pelo fabricante, também opta observando toda a gama de negócios envolvidos na venda, como assistência técnica, formas de pagamento e qualidade da prestação do serviço. Assim, a clientela é prospectada tanto por conta do concedente, quanto pela peculiar atuação do concessionário.

Apresenta relevante questionamento ao indagar sobre qual o fundamento para se atribuir indenização de clientela ao agente, que tem ação de intermediação e promoção negocial e se vedar ao concessionário que possui atuação de maior amplitude inclusive com transações de pós-venda. Conclui o autor que, portanto, absolutamente justificada a aplicação do art. 33 do Decreto-Lei 178/86 de forma analógica aos contratos de concessão comercial, não sendo de se admitir, inclusive, qualquer cláusula contratual de exclusão de indenização de clientela, certo que serão nulas, observado que se trata de norma injuntiva. A esse respeito, transcreve-se julgado do Tribunal da Relação de Lisboa:

1. O contrato de concessão comercial é um “contrato de distribuição comercial” tal como os contratos de agência, comissão, mediação e franquia.

³⁹ VIEIRA, José Alberto. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

2. O contrato de concessão comercial é o acordo pelo qual uma das partes (o concedente) se obriga a vender os produtos por si produzidos ou distribuídos à contraparte (o concessionário), a qual se obriga a comprá-los e a (re)vendê-los a terceiros, por sua conta e de modo estável, numa determinada circunscrição.

3. É um contrato inominado, não tipificado na lei, não dispondo, por isso, de regulamentação específica, pelo que se lhe aplicam as cláusulas acordadas entre as partes, as regras gerais dos contratos e ainda as normas dos contratos nominados, sempre que a analogia das situações o justifique, designadamente o de agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato.

4. Enquanto que o agente é um colaborador autónomo da empresa, por conta da qual se obriga a promover a celebração de contratos e, algumas vezes a concluí-los ele próprio, mas em nome e por conta do principal, o concessionário actua em seu nome e por conta própria, e, em regra, obriga-se a comprar uma quantidade mínima de produtos durante um certo período de tempo e/ou a revender uma quantia mínima.

5. No contrato de concessão, as partes vinculam-se a outro tipo de obrigações - além da obrigação de compra para revenda -, sendo através delas que verdadeiramente se efectua a integração do concessionário na rede ou cadeia de distribuição do concedente, mas não é necessário, por exemplo, que exista uma fiscalização e controlo apertados do concedente sobre o concessionário, e também não é essencial que este se obrigue a adquirir uma “determinada quantia mínima”.

6. Existe um contrato de concessão comercial quando o cessionário exerce uma actividade de compra e venda dos produtos fornecidos pelo cedente em regime de exclusividade em todo o território nacional, durante vários anos, participando o cedente nas despesas de promoção e publicidade dos produtos vendidos e prestando regularmente assistência ao concessionário.

7. Prevendo-se nos artigos 33º e 34º do DL 178/86, na redacção dada pelo DL nº 118/93, de 13.04., a indemnização de clientela, em termos explícitos, para o agente, no regime jurídico do contrato de agência, é entendimento unânime que a função desempenhada pelo concessionário, no contrato de concessão, reclama, em abstracto, tutela semelhante, atento o

leque e a amplitude das tarefas assumidas e onexo funcional que une os sujeitos, pois, prosseguindo o concessionário objectivos relacionados com a distribuição ou venda dos produtos ou com a prestação de serviços, a sua actividade é susceptível de se projectar também positivamente na esfera do cedente.

8. Com efeito, entre os dois contratos existe uma grande analogia nesta parte: tanto o agente como o concessionário promovem os produtos do “principal”, assim contribuindo para a sua divulgação. E, tal como sucede num contrato de agência, o concessionário adquire e fideliza determinada clientela, daqui resultando uma certa afinidade entre o contrato de agência e o contrato de concessão comercial, não só quanto à actividade desenvolvida pelo agente e pelo concessionário, mas ainda quanto à situação de dependência económica em que ambos se encontram relativamente à outra parte.

9. Portanto, o regime da indemnização por clientela previsto no citado artigo 33º é aplicável por analogia aos contratos de concessão comercial, com as devidas adaptações.

10. Tem-se entendido que não se trata em rigor de uma verdadeira indemnização devida ao agente (não tendo função reparadora) até porque não está dependente de prova, a fazer por este, dos danos sofridos. O que conta são os benefícios que podem ser proporcionados pelo agente ao principal, benefícios esses que, na vigência do contrato, eram comuns, e que, após o seu termo, irão aproveitar apenas a este.

11. Não é qualquer acréscimo de clientela ou qualquer benefício que daí resulte para o principal que justifica a atribuição ao agente de uma “indemnização” de clientela; há-de tratar-se de um acréscimo e de um benefício de proporções minimamente relevantes para o efeito: um acréscimo “substancial” do volume de negócios do principal donde resulte para este um benefício “considerável”.

12. Nos casos em que a respectiva actividade vem sendo exercida pelo concessionário, em regime de total exclusividade, em todo o território nacional, é de presumir que toda a clientela tenha sido angariada durante esse longo período de tempo. E daí que seja mais difícil falar em angariação de novos clientes e/ou no aumento substancial de volume de negócios.

13. Não é necessário que os benefícios para o conce-

dente já tenham ocorrido, bastando que, de acordo com um juízo de prognose, seja bastante provável que eles se venham a verificar, isto é, que a clientela angariada pelo agente constitua em si mesma uma chance para o principal; o mais importante é que o principal fique em condições de continuar a usufruir da actividade desenvolvida pelo ex-concessionário,

14. Sendo a indemnização de clientela uma compensação devida ao agente após a cessação do contrato pelos benefícios de que o principal continue a auferir com a clientela angariada ou aumentada pelo agente, o que é necessário é apurar se, e em que medida, após a cessação do contrato, o cedente pode ficar a beneficiar da actividade desenvolvida pelo concessionário.

15. É da experiência comum que, em princípio, sendo o concessionário o único vendedor dos produtos do cedente durante vários, após a cessação do contrato esta está em condições de beneficiar consideravelmente da actividade desenvolvida por aquela; a não ser assim entendido, deverá a cedente invocar as razões pelas quais não teria beneficiado dessa actividade e imputáveis à outra parte. 4189/09-7Relator: PIMENTEL MARCOS Data do Acórdão: 01/10/2013

António Menezes Cordeiro⁴⁰ afirma o carácter compensatório da indenização de clientela e ressalta sua aplicação aos contratos de concessão, registrando que ela não deve ser, contudo, automática, deve ser examinado com precisão a situação ensejadora à interpretação analógica, preenchidos os requisitos pertinentes delineados no art. 33 da Lei de Agência. Já com relação ao contrato de franquia, pondera que a clientela é angariada por meio da marca para o franqueado e as vantagens e desvantagens que isso acarreta estão contidas no risco do negócio que as partes estabeleceram e que a boa fé impõe respeitar. Manifesta-se, assim, contra a possibilidade de indenização de clientela na franquia.

Também Luís Manuel Teles de Menezes Leitão⁴¹ registra

⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. Coimbra: Editora Almedina. 2012.

⁴¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *A indemnização de clientela no contrato de agência*. Edições Almedina S.A.Coimbra. 2006

que a posição do concessionário é a mesma do agente, sendo merecedora da atribuição de indenização de clientela, preenchidos os pressupostos de lei. No entanto, com relação à franquia, manifesta-se contra a atribuição de clientela ao franqueado fundamentando seu entendimento na constatação de que o cliente pertence ao sistema de franquia e nele permanecendo após o fim do contrato. Argumenta, com precisão, que o franqueador não se relaciona com os clientes pelo que não se observa qual, precisamente será o benefício auferido com o fim do contrato. Outro argumento consistente que utiliza é que não há perda de remuneração pelo franqueado já que ele explora diretamente o negócio e retira seu próprio lucro, devendo pagar ao franqueador a contrapartida pelo uso da marca. Admite tal possibilidade apenas na franquia de distribuição, em casos pontuais.

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos⁴² discorrendo sobre o tema indica seu entendimento da possibilidade de aplicação analógica, observada a existência de clientela subjetiva, ligada especialmente ao modo de trabalho do franqueado, seu serviço de pós-venda e prestação de serviço.

Observa-se que dentre os doutrinadores portugueses há franca maioria apontando no sentido da possibilidade da extensão analógica da indenização de clientela regulada para o contrato de agência aos contratos de concessão comercial, havendo tão só um diferencial de argumentação quanto à forma de aplicação analógica e à particularização casuística.

Em relação ao contrato de franquia não se verifica aceitação doutrinária tão farta como a que se percebe para o contrato de concessão, certo que a posição dos contratantes, a natureza do vínculo e as formas remuneratórias se distanciam do contrato de agência, tornando pouco adequada a extensão da indenização de clientela a esses contratos.

⁴² VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *O contrato de franquia (franchising)*. Coimbra: Almedina. 2010

Na Alemanha, parte da doutrina afirma a possibilidade de indenização de clientela nos contratos de franquia. O BGH atualmente estende a previsão do art. 89 al.b do HGB relativo ao agente para os concessionários. Assim, parte da doutrina já não vê sentido na resistência na extensão com relação à franquia, pois afirma que neste ponto os contratos de concessão de venda de veículos automotores é muito semelhante ao contrato de franquia.

Já na doutrina italiana observa-se tendência a excluir a atribuição de indenização de clientela ao fraqueado, uma vez que ele ingressa em estrutura negocial que já existe, sendo nebulosa a apuração de conquista de clientela.

8. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA NO BRASIL

Para que um exame real da possibilidade ou não da aplicação da indenização de clientela no contrato de franquia no Brasil, imprescindível o exame do contrato de franquia, sua origem, peculiaridades, características. Da mesma forma, imperioso o estudo do instituto da indenização de clientela, pressupostos de constituição e natureza jurídica. Após esta análise, já deixando registrado o entendimento pela impossibilidade de reconhecimento da indenização de clientela na franquia, especialmente no Brasil, serão traçados os fundamentos para a rejeição.

a) Estipulação de cláusula contratual referente à indenização de clientela

Muito pouco se tem em doutrina especificamente sobre a indenização de clientela no contrato de franquia no Brasil. Em primeiro lugar e diante da inexistência de norma específica deverão ser analisadas as seguintes situações: quando o contrato estabelece a indenização de clientela; quanto o contrato veda

a indenização de clientela e quando há omissão do contrato.

Nas duas primeiras situações, possível tal estipulação como cláusula contratual, seja para prever, seja para excluir esta forma compensatória pelo trabalho desenvolvido pelo franqueado, certo que envolve direito disponível, com partes em posições semelhantes, devendo se privilegiar a liberdade contratual. Na verdade, não havendo disciplinamento legal sobre o tema e existindo relação de equilíbrio e ampla negociação entre franqueador e franqueado, não há que se perquirir sobre imposição implícita de cláusulas a macular o pacto.

Não se olvida do entendimento de que possível o questionamento da cláusula de exclusão de compensação, observando-se a presença de contrato de adesão. No entanto, tal presunção tem nítido teor protecionista, que não se coaduna com a essência do contrato de franquia e a livre disposição das partes não só quando da formalização do pacto, mas também quando de sua execução, certo que para ambos os contratantes o sucesso do empreendimento é horizonte objetivado de forma comum.

No ponto, importa registrar que diferentemente do que ocorre em outros países, especialmente em Portugal, no Brasil inexistente, repita-se, norma positivada sobre a matéria. Assim, não há que se falar em norma injuntiva a ser aplicada independentemente de disposição em contrário das partes.

Na omissão do contrato de franquia, não se pode afastar o exame de três linhas de entendimento. A primeira atribui a clientela ao franqueado e mesmo utilizando o ele da marca e *know-how* já testados pelo franqueador, seus investimentos são altos e os prazos muitas vezes insuficientes inviabilizando o lucro pretendido e possível. Segundo este entendimento o franqueado é que exerce a atividade diretamente junto à clientela, utilizando a marca, mas se utilizando principalmente de atendimento aprimorado e de excelência. Em consequência, sendo a clientela atribuída ao franqueado, com o fim do contrato, de-

verá ele receber pelo que agregou ao franqueador que se beneficiará de sua atuação, certo que ele franqueado, não receberá os valores normalmente percebidos quando da vigência do contrato.

Para a segunda corrente, sendo a franquia um contrato de colaboração, a marca, o *know-how* saber fazer, e o gerenciamento feito pelo franqueado terão o mesmo peso, devendo a clientela ser atribuída a ambos, franqueador e franqueado.

Para outra linha de pensamento, acolhida neste trabalho, não é possível desvincular, dissociar a clientela da marca. Todo o poder de atração, a ação sobre clientes, o vínculo que se estabelece, corre entre cliente e a marca que pertence ao franqueador. O trabalho desenvolvido pelo franqueado é reflexo das diretrizes, *know-how*, qualidade e peculiaridade do produto desenvolvido pelo franqueador. A clientela estará, assim, sempre vinculada ao franqueador. Sob essa ótica, não haverá qualquer agregamento realizado pelo franqueado que somente atua como se fosse mesmo o franqueador. Neste caminho, não há que se falar em compensação ao franqueado pela clientela desenvolvida, certo que ela está diretamente ligada ao franqueador e o franqueado já recebeu pelo desenvolvimento de seu trabalho, auferindo os lucros do negócio.

Ocorrendo o fim do contrato não deverá ser atribuído benefício compensatório ao franqueado pelo acréscimo de clientela, certo que isso seria decorrência natural do desenvolvimento do contrato. As posições de ambos os contratantes são equilibradas, não havendo que se falar em indenização de clientela.

b) Inexistência de previsão de indenização de clientela no direito brasileiro

Importa registrar que, no direito brasileiro, não se observa previsão legal para a indenização de clientela na normatização específica que disciplina o contrato de franquia, Lei n

8.955 de 1994. De fato, sendo aplicada esta espécie compensatória em Portugal, Alemanha, França e em outros tantos países, caso houvesse intenção legislativa neste sentido, teria, certamente, sido incluída sua previsão no texto legal de 1994. Isto porque a questão já é debatida e aplicada desde o início do século XX em outros países, especialmente na Europa. O legislador brasileiro, entendendo pertinente e adequada a previsão, inevitavelmente a teria feito quando disciplinado o contrato de franquia. Não foi o que aconteceu, entretanto e, em consequência, não pode o interprete ir tão mais além, para buscar o instituto em outros continentes e o fazer presente sem qualquer intenção legislativa.

Mesmo havendo regulamentação do contrato de franquia pela Lei 8.955/94, as normas gerais previstas pelo Código Civil que regulam os contratos em geral, também são aplicáveis ao contrato em foco. No entanto, nem mesmo examinadas detidamente as regras gerais dos contratos, não se observa qualquer menção à indenização de clientela. Da mesma forma, as normas do contrato de agência, também não preveem tal compensação.

Não havendo previsão em nosso quadro normativo e sendo o instituto utilizado em outros ordenamentos, verifica-se clara intenção do legislador em não reconhecer esta possibilidade desta forma de indenização.

De fato, neste ponto, importante analisar os dispositivos do Código Civil quanto à extinção dos contratos. Dispõe o art. 475 do Código Civil⁴³ brasileiro que pode pedir a resolução contrato aquela parte que foi lesada pelo inadimplemento, caso não prefira exigir o seu cumprimento. Dispõe a lei, ao final, que em qualquer caso poderá ser pleiteada indenização por perdas e danos.

⁴³ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Do exame desse dispositivo, não é possível se inferir qualquer indicação de possibilidade de indenização de clientela, certo que aqui o que se pretende é indenizar por danos suportados, após ação de descumprimento contratual, ou seja, o foco da norma não é o agregamento de vantagem ao franqueador ou franqueado, mas o dano sofrido por qualquer das partes por ação lesiva da outra.

Já especificamente quanto ao regramento do contrato de agência disciplinado do art. 710 ao art. 721 do Código Civil brasileiro, também não se pode extrair regra que autorize o entendimento da existência de previsão de indenização de clientela. Dispõe o art. 717⁴⁴ que mesmo que dispensado por justa causa será o agente remunerado por serviços úteis realizados para o proponente, sem que se fale em exclusão de indenização por perdas e danos.

Alguns poderiam entender que a previsão de remuneração por serviços úteis possibilitaria a percepção de verdadeira indenização por clientela angariada. Sem razão, a meu ver. Serviços úteis indicam fatos concretizados e finalizados. A indenização de clientela aponta para o futuro, para a utilização de clientes angariados que continuarão a beneficiar o proponente. Serviços úteis poderiam ser atuações administrativas, cobranças de crédito, fornecimento de bens. Assim, não tem o conteúdo de indenização de clientela. Já a parte final do artigo indica direito a obter indenização por perdas e danos em decorrência de prejuízos sofridos. Aqui também não se pode enxergar qualquer semelhança com a figura da indenização de clientela. Não há qualquer menção a prospecção de clientela e ao ganho que permanecerá obtendo, por ela, o proponente.

Poe sua vez, o art. 718⁴⁵ dispõe que havendo fim do con-

⁴⁴ Art. 717. Ainda que dispensado por justa causa, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos.

⁴⁵ Art. 718. Se a dispensa se der sem culpa do agente, terá ele direito à remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações

trato de agência, sem culpa do agente, terá ele direito a receber o que devido com relação inclusive a negócios pendentes, além de indenizações previstas em lei especial. Da mesma forma, não se pode extrair deste dispositivo indicação da indenização aqui estudada. Negócios pendentes são negócios já iniciados e não finalizados. O instituto da indenização de clientela não tem este mote. Visa equilibrar a relação das partes quanto a negócios futuros do franqueador agregados pela atuação anterior do franqueado.

De fato, analisando a doutrina brasileira, não vislumbramos qualquer menção a indenização de clientela, nem mesmo quando examinadas as formas indenizatórias previstas em lei, nem tampouco a título de exame do que previsto no direito estrangeiro. Há, dessa forma, indicação clara de que tal instituto não teve a percussão aqui, daquela que se observou em outros países.

No mesmo caminho a jurisprudência. Não se observa dos julgados brasileiros qualquer registro de indenização de clientela nos moldes do que traçado. Examinadas as decisões dos Tribunais brasileiros somente se observa menção a pagamento de comissões pendentes ou indenizações decorrentes de inadimplemento e perdas e danos. Neste sentido os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

PROCESSUAL CIVIL - PRELIMINAR - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 165 DO CPC - CONTRATO DE FRANQUIA - RESCISÃO - INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS - IMPOSSIBILIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL E DA CULPA.

Não há falar-se em nulidade do decisum por ausência de fundamentação se a decisão proferida em primeiro grau encontra-se devidamente acompanhada das razões que levaram o magistrado a formar a sua convicção, nos termos do artigo 165, do CPC.

Para que se imponha o dever de indenizar, necessária a

comprovação dos requisitos subjetivos da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, a ilicitude da conduta e o nexo causal entre ambos.

Não há que se falar em indenização seja ela moral ou material quando ausentes um dos requisitos acima elencados.

(Apelação Cível 1.0024.02.623899-8/001, Relator(a): Des.(a) Irmair Ferreira Campos, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/01/2008, publicação da súmula em 15/02/2008)

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE FRANQUIA. DECISÃO QUE REJEITA EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO PELOS GASTOS COM A ATIVIDADE DE FRANCHISING. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. MANUTENÇÃO DA IMPROCEDÊNCIA.

Os embargos declaratórios possuem finalidade específica delimitada no art. 535 do CPC, não tendo como objetivo o reexame do julgado, eis que com a sua interposição buscase completar decisão omissa ou a aclará-la, dela retirando eventual obscuridade ou contradição. Inocorrentes as hipóteses legais e constatada a nítida pretensão de obter o reexame do julgado, mostra-se correta a decisão que rejeita os embargos declaratórios. Resta inviabilizado o reconhecimento da nulidade da decisão que rejeita os embargos declaratórios em face da ausência de prejuízo à parte (*pas de nullité sans grief*) eis que terá sua insurgência analisada no recurso de apelação interposto.

A Lei n. 8.955/94 disciplina certos aspectos da franquia que, por sua vez, não constitui modalidade de contrato típico, de modo que as relações entre franqueador e franqueado regem-se, basicamente, pelas cláusulas contratuais que os vinculam.

Em se tratando de responsabilidade civil, como é sabido, a obrigação de indenizar pressupõe três requisitos: comprovação de culpa, do dano e nexo causal entre a conduta antijurídica e o dano.

Rechaçada a prática de ato ilícito pela franqueadora e inexistindo nexo de causalidade entre a conduta da mesma com os prejuízos alegados pela franqueada, não há que se falar em dever indenizatório, eis que ausentes os requisitos en-

sejadores da responsabilidade civil, devendo, portanto, prevalecer a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial. (Apelação Cível 1.0024.06.199849-8/001, Relator(a): Des.(a) Irmair Ferreira Campos , 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/03/2008, publicação da súmula em 15/04/2008)

APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA. RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DA FRANQUEADORA. IMPERÍCIA E INÉRCIA DA FRANQUEADA NA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE.

Não há falar em culpa da franqueadora pelo insucesso da franqueada e consequentes prejuízos seus, se a prova dos autos demonstrou imperícia e inércia na administração da franquia, bem como o descumprimento de cláusulas contratuais por parte desta. (Apelação Cível 1.0024.01.586811-0/001, Relator(a): Des.(a) Luciano Pinto , 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/03/2006, publicação da súmula em 20/04/2006)

c) Ausência de parâmetros para reconhecimento da indenização de clientela no contrato de franquia

Não existindo previsão legal, seria inviável, no direito brasileiro, se precisar os requisitos e pressupostos para configuração do ganho de clientela e também seria inviável se estabelecer os parâmetros para fixação de valores. Entender-se em contrário seria conferir ao magistrado a incumbência de estabelecer estes requisitos e parâmetros por si mesmo. Isto iria viabilizar decisões absolutamente divergentes. Como estaria configurada a situação de compensação por prospecção de clientela? Como seria aferida? Qual o tempo para análise? Qual a forma de fixação?

Como registrado neste estudo, no direito estrangeiro, especialmente em Portugal, mesmo havendo previsão, tão só, para o contrato de agência, tal qual ressaltado, são definidos em lei os pressupostos, requisitos, causas de exclusão que são entendidos analogicamente à franquia. No Brasil, ao contrário,

nenhum dispositivo legal menciona a compensação por clientela angariada, não havendo, mesmo, como utilizar-se de analogia ou qualquer outra forma interpretativa.

Acrescente-se que, no caso da franquia, o franqueado não é remunerado pelo franqueador, pois de sua própria atuação extrai o lucro. Desenvolve ele o negócio, sob a marca do franqueador, mas em seu próprio nome. Assim, seria extremamente difícil uma apuração de valores, especialmente se não estabelecida em regulamentação própria. No caso da franquia o próprio franqueado é que, com sua atuação, recebe os valores de lucros e repassa os valores previamente fixados ao franqueador. Não há, por consequência, remuneração paga pelo franqueador ao franqueado.

Não seria razoável se apurar o que foi obtido de lucro por determinado período para imputar tal montante ao franqueador. Seria uma penalidade imposta ao franqueador e uma gratificação ao franqueado, situação que não se coaduna com a posição de partes capazes e vinculadas por contrato.

Ademais, seria mesmo inviável se precisar qual foi esta captação ou aumento de clientela. O que existiu no momento da execução do contrato, já se operou. É presente e já foi remunerado. O que vier a ocorrer no futuro faz parte do imponderável que só poderá ser apurado quando ocorrer. Como se poderá precisar hoje que a clientela do franqueador irá ser o dobro daqui a um ano por conta da ação do franqueado hoje? Registre-se que, aqui, trata-se de contrato sem remuneração do franqueador ao franqueado, sendo inversa a situação. Não fosse o suficiente, o juízo de prognose registrado na doutrina portuguesa, tendo a lei como baliza e parâmetros, não pode aqui ser utilizado, exatamente pela falta de norma positivada a fornecer estes marcos reguladores.

Registre-se, ainda, a diferença do contrato de franquia para com os demais contratos que autorizam a extensão do entendimento de possibilidade de indenização de clientela. No

contrato de agência há precisão dos negócios realizados e da forma de continuação dos negócios com os clientes. Na franquia a previsão de negócio futuro é extremamente ampla, sem qualquer amarração de vínculo ou contratações a serem entabuladas.

d) Inexistência de enriquecimento sem causa

Sustentam alguns doutrinadores a possibilidade de indenização de clientela nos contratos de franquia porque não poderia haver um enriquecimento sem causa do franqueador. Por isso deveria ser pago montante capaz de compensar o franqueado pela clientela que continuará a beneficiar o franqueador. Mas compensar é equilibrar, igualar. Assim, estaria se partindo do pressuposto de que a relação contratual é desequilibrada, o que não é uma verdade a ser tida como caracterizadora do contrato de franquia. Em uma situação de extinção e sem previsão expressa no contrato não há que se falar em necessidade de se equilibrar, pois não se pode partir de uma presunção de que existiu um desequilíbrio. O equilíbrio já existe na medida em que ganham, nos termos do que pactuado, franqueado e franqueador. O franqueador recebendo o valor inicial e os *royalties* e o franqueado o lucro de sua atividade. Ir além é presumir necessidade de proteção que não pode ser feita em caráter absoluto. Deverá ocorrer, sim, um enriquecimento, mas com lastro e com causa, para ambos os contratantes.

Diz-se que durante a vigência do contrato os benefícios são de ambos, mas depois só do franqueador que, por isso, pagaria ao franqueado a denominada indenização de clientela. Mas o franqueado também auferiu benefícios, além dos lucros normais do negócio. Adquiriu experiência e até mesmo angariou clientes que podem acabar por se vincular ao franqueado pela distinção e excelência do serviço.

Aqui, ressaltam os defensores da possibilidade de reconhecimento do direito à indenização de clientela que há uma

clientela subjetiva, ligada especialmente ao modo de trabalho do franqueado, seu serviço de pós-venda ou prestação de serviço. Até mesmo por isso não há que se falar em imposição de pagamento de valor compensatório. Isto porque se existe este vínculo subjetivo ele vai acompanhar o franqueado, não havendo que se falar em ganho obtido pelo franqueador.

Importante o exame da possibilidade de novo contrato entre franqueador e outro franqueado a explorar a mesma região de outro contrato de franquia extinto. De se questionar: quem iria inicialmente ser beneficiado pela clientela? Seria o franqueador ou o novo franqueado? Deste modo, a quem seria imposta a obrigação de pagar compensação pelos clientes amealhados?

A nosso ver, fica evidenciada a impossibilidade de se constatar ganho ao franqueador, capaz de importar em direito ao franqueado por indenização de clientela.

e. Sucesso do negócio como objetivo comum do contrato

O argumento de que se, por seu trabalho, foi ampliada a clientela deve o franqueado ser remunerado por isso, não se sustenta. O objetivo do negócio é efetivamente que o contrato se desenvolva com sucesso para que persista no mercado, produzindo lucro para ambas as partes. Esta seria a consequência natural do negócio e não pode haver necessidade de compensação pelo desenvolvimento natural do trabalho.

Como inúmeras vezes aqui registrado, não se trata de indenização, mas compensação pela mais valia. Quando do pacto, o objetivo do franqueador era o desenvolvimento do negócio, o do franqueado, lucrar, investindo em negócio já consolidado. Assim, o aumento de clientela já era previsto e almejado pelos dois contratantes.

Assim, tanto o franqueador, como o franqueado irão se beneficiar com a clientela, depois da cessação do contrato. O último não mais ostentará a marca, mas terá adquirido experi-

ência, saber fazer, clientela que poderá ser utilizada também posteriormente. Na verdade, caso se entendesse por obrigações pelas aquisições do contrato, o franqueado também precisaria compensar o franqueador por tudo que adquirido.

Impõe-se, portanto, a constatação de que o pacto vinculou partes esclarecidas e capazes e o objetivo de ambas era, deste o início, desenvolver a franquia, aumentando o número de vendas, de clientes, aprimorando o negócio. Desta forma, observado o princípio da boa-fé, se assim desejassem os contratantes, deveriam fixar cláusula com previsão de indenização de clientela; forma de apuração; valores a serem tidos como parâmetro; tempo a ser considerado, se não o fizeram, não poderá, depois, ser este ponto objeto de questionamento.

f. Marca, a essência do contrato de franquia

Não há como negar. Na franquia a marca possui extrema relevância e a questão da clientela está irrefutavelmente ligada a ela, por isso, o desenvolvimento do trabalho pelo franqueado, por mais especial que seja, não pode ser tido como ensejador de situação de necessária compensação por clientela. Atuando sob as orientações do franqueador está, o franqueado, desenvolvendo a marca, o negócio, sendo ambos remunerados. Já obtém o franqueado a remuneração devida na medida em que recebe maior clientela pela imagem e marca do franqueador.

Até mesmo a argumentação de que o franqueado poderá perder os investimentos se o contrato não for renovado pelo franqueador não se sustenta. Isto porque quando se estabelece o contrato devem ser elaboradas cláusulas que bem disciplinem a relação comercial, ensejando definição inclusive de prazo que possibilite retorno do investimento, com razoável lucro. Se isso não foi feito poderá se questionar a própria regra, pondo em questão o fato de ser o prazo insuficiente e ter havido, por exemplo, imposição de lapso temporal pelo franqueador. Este questionamento pode ser legítimo, mas, ainda assim, será de

outra ordem, o que implica em dizer que não se deve desvirtuar tal mácula contratual para solução geral de cabimento de indenização de clientela.

Entender-se possível a indenização de clientela em contratos de franquia no Brasil ao invés de beneficiar o hipoteticamente mais fraco, o franqueado, poderá prejudicá-lo, pois diante da incerteza quanto a possível demanda sobre indenização de clientela o franqueador já embutirá tal previsão nos valores a serem cobrados quando do pagamento inicial e periódico.

A se optar pelo entendimento de cabimento da indenização de clientela na franquia se estaria desnaturando o contrato de franquia, pois na essência este contrato vincula a clientela à marca, ao franqueador e não ao franqueado que optou pelo negócio já também e especialmente pela segurança e proteção que a marca pode lhe conferir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução, cada vez mais acelerada, da sociedade contemporânea e o desenvolvimento de toda estrutura social acarreta uma movimentação negocial cada vez mais aprimorada e técnica. A franquia, que emergiu, de forma espontânea, como novo e eficiente mecanismo de distribuição de produtos e serviços está, a cada dia mais, demonstrando ser método eficiente de atuação negocial. Sua utilização no mundo dos negócios é caminho sem volta e o aprimoramento das relações contratuais decorrentes deve ser busca incessante em nome da boa e eficaz relação entre contratantes, trazendo segurança e fortalecendo as organizações empresariais.

Como contrato atípico, a franquia possui seus delineamentos firmados em doutrina e, cada qual, nos instrumentos específicos e definidos em cada pacto. No direito brasileiro, acentuou a Lei n 8.955 de 1994 sua atipicidade, regulando qua-

se que com exclusividade a circular de oferta de franquia e definindo a importância e imprescindibilidade de sua emissão, com o nítido objetivo de trazer conhecimento do negócio, clareza aos contratantes e, em última análise, acarretar segurança que repercutirá no meio social pela diminuição de conflitos que poderiam advir.

É frisada, desta forma, a característica de pessoalidade do contrato, devendo-se levar em conta, quando da contratação, as especiais características das partes, sua afinidade com a marca e a possibilidade de adequação ao processo negocial.

De extrema importância a fides como elemento marcante deste contrato, certo que a relação jurídica não se esvai em um ou outros poucos atos, mas se perpetua por período considerável, envolvendo relações contínuas e periódicas e necessidade de colaboração ampla.

Mesmo sendo um contrato com especial duração, a possibilidade de sua extinção é inafastável e se dará por diversas formas como pelo fim do prazo estipulado, pela manifestação desta intenção pelas partes ou qualquer delas ou pelo descumprimento contratual. Dessa forma, de grande importância o estudo e aprimoramento das formas de extinção da franquia e suas consequências.

Foi examinada a figura da indenização de clientela, no Brasil, até então, pouco conhecida, mas de grande repercussão e aplicação em outros países, como Portugal, Alemanha e França. Apesar de originada e delineada para aplicação aos contratos de agência, sendo regulada e prevista pelo Decreto-Lei 178/86 e Decreto-Lei 118/93 vem sendo aplicada analogicamente aos outros contratos de distribuição, notadamente aos contratos de concessão comercial e franquia.

Aqui, o grande foco do estudo, certo que por tudo que examinado conclui-se pela impossibilidade de aplicação, no Brasil, do instituto de indenização de clientela nos contratos de franquia e vários são os fundamentos para se chegar a tal resul-

tado.

Inicialmente, registre-se que, no Brasil, em nenhum dos contratos típicos, há qualquer menção a indenização por clientela prospectada. Não se observa, nem mesmo por via interpretativa, a presença dessa forma compensatória no disciplinamento dos contratos nem, tampouco, do exame das normas gerais dos contratos.

Assim, não sendo prevista a indenização de clientela no direito brasileiro em qualquer dos contratos, inviável que se importe o instituto, pois não existiriam quaisquer parâmetros para fixação de valores ou tempo a ser considerado ou requisitos a serem preenchidos.

Não fosse o suficiente, toda normatização de questões relativas à extinção do contrato aponta na previsão de indenizações em casos típicos de descumprimento, dano configurado, prejuízos suportados e não de benefício auferido por clientela angariada.

Acrescente-se que, pela própria peculiaridade do contrato de franquia, a clientela está ligada diretamente ao franqueador, ao proprietário da marca, à própria marca, não havendo que se falar em valor a ser destinado ao franqueado por clientela que se utilizou de produtos e serviços disponibilizados pelo franqueado, mas sob o nome, *know-how* e assistência do franqueador.

Não há que se falar em qualquer enriquecimento sem causa do franqueado pela clientela adquirida. Como registrado, a clientela já está, por essência, ligada à marca e, portanto, ao franqueador. Ambos os contratantes já tem a exata ciência deste vínculo e, por isso mesmo, optou o franqueado por esta espécie de negócio.

Ademais, registre-se que as duas partes já estão sendo adequadamente remuneradas. O franqueador recebendo os valores inicial e periódicos e o franqueado os lucros do negócio, em consequência natural ao seu trabalho.

O sucesso é objetivo natural de todo empreendimento e, portanto, a boa atuação do franqueado, angariando clientela não pode ser fator de outro ganho, que não o próprio lucro, pois este desenvolvimento trará benefício aos dois contratantes.

Reconhecida a indenização de clientela no contrato de franquia no direito brasileiro, seria descaracterizar o contrato, trazendo mesmo insegurança quanto às consequências da extinção, o que redundaria, na verdade, em prejuízo para os contratantes, ante a incerteza de questionamentos relativos a prospecção de clientes, seu valor, parâmetros e prazos.

Por todos esses fundamentos, observando-se a grande utilização dessa forma de contrato e seu avanço expressivo no Brasil e em todo mundo, de se adotar exame percuciente do instituto da indenização de clientela para que se conclua por sua inaplicabilidade no direito brasileiro, assegurando a tão almejada segurança das relações jurídicas.

REFERÊNCIAS

a) DOUTRINA

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. São Paulo: Atlas. 1997.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito comercial*. Coimbra: Almedina, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Saraiva. 1997.

CUNHA, Carolina. *A indenização de clientela do agente comercial*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GOMES, Januário. *Apontamentos sobre o contrato de agência*. Tribuna da Justiça, n° 3, Abril-Maio 1990.

- GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Atlas. 1986.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *A Indemnização de clientela no contrato de agência*. Coimbra: Almedina. 2006.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Contratos comerciais: apontamentos*. Estoril: Príncipe Editora. 2006.
- MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro:Forense. 1998.
- MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas, 2000.
- VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. Pestana de. *O contrato de franquia (franchising)*. Coimbra:Almedina, 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.
- VIEIRA, José Alberto. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

b) JURISPRUDÊNCIA

- TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. 1845/05.0. Relator Carlos Moreira. Datado acordão: 07/05/2013.
- TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. 4189/09-7, Relator Pimentel Marcos. Data do acordão: 01/10/2013.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 1.0702.01.013864-3001. Relator desembargador Valdez Leite Machado. Julgamento em 02/02/2012, publicado em 08/05/2012.
- _____Apelação Cível nº 2.0000.00.422908-3/000. Relator desembargador Eduardo Mariné da Cunha. Julgamento em 13/05/2004, publicado em 29/05/2004.
- _____Apelação Cível nº 1.0024.06.199849-8/001. Relator

desembargador Irmair Ferreira Campos. Julgamento em 27/03/2008, publicado em 15/04/2008.

_____Apelação Cível n° 1.0024.01.586811-0/001. Relator desembargador Luciano Pinto. Julgamento em 23/03/2006, publicado em 20/04/2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n° 70036780864. Relator desembargador Newton Carpes da Silva. Julgamento em 13/06/2013, publicado em 20/06/2013.

_____Apelação Cível n° 70019029370. Relator desembargador Vicente Barrôco de Vasconcellos. Julgamento em 25/07/2007, publicado em 31/07/2007.