



***Disclosure* nas redes de franchising: a obrigação de informação pré-contratual nos acordos de franquia**

Alexandre L. Dias Pereira* - **

1. Introdução

As redes de *franchising* cumprem um importante papel na vida empresarial portuguesa, que conhece diferentes tipos de acordos de franquia. O franchising tem vantagens e riscos para ambos os lados. Os franqueadores conseguem entrar em novos mercados sem os custos e os riscos de estabelecimento que de outra forma teriam que assumir. São os franqueados que devem suportar os custos de estabelecimento como, por ex., trabalhadores, segurança social, arrendamentos, seguros, etc. Ademais, baseado nos seus direitos de propriedade intelectual e industrial e segredos de negócio, os franqueadores podem exercer controle quase total sobre a atividade

* Versão portuguesa, com ligeiras adaptações, do nosso estudo «Transparency in business networks – pre-contractual disclosure obligations in franchising agréments», publicado a págs. 180-2020 do volume II da obra coletiva *Temas de Direito dos Contratos* sob coordenação de António Pinto Monteiro (Rei dos Livros, Lisboa, 2016). Agradecemos a colaboração na tradução de Pedro de Perdigão Lana.

** Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.



do franqueado. O franqueado, por sua vez, apesar da sua possível situação de dependência económica, tem a chance de explorar um negócio presumivelmente bem-sucedido com uma clientela já firmada. Para participar da rede de franquia, o franqueado tem que pagar um valor inicial e *royalties* periódicos pelo uso do sistema empresarial franquiado, incluindo o *know-how*, marcas e outros direitos de propriedade intelectual.

2. Características gerais e tipos especiais de franquia

Apesar da variedade de acordos e do relevante papel desempenhado pelas redes de *franchising* na modernização da vida comercial e das redes empresariais, a legislação portuguesa não define, nem fornece uma regulação especial para os contratos de franquia.¹

No caso *Pronuptia*, o Tribunal de Justiça da União Europeia apontou as principais características e várias espécies de acordos de *franchising*: franquias de produção, franquias de distribuição e/ou franquias de serviços². Posteriormente, o Regulamento (CEE) nº 4087/88 da Comissão relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85º do Tratado definiu os acordos de franquia como os que *consistem essencialmente em licenças de direitos de propriedade industrial ou*

¹ António Menezes Cordeiro, «Do contrato de franquia (franchising): autonomia privada versus tipicidade negocial», ROA 48 (1988), p. 63-84; António Pinto Monteiro, *Contratos de agência, de concessão e de franquia («franchising»)*, Coimbra 1989, p. 27, Id. *Direito comercial - Contratos de distribuição comercial*, Coimbra, 2009, p. 62-63.

² Acórdão de 28 de janeiro de 1986, proc. C-161/84, ECR 1986, p. 353.



intelectual relacionados às marcas ou sinais e know-how, que podem ser combinados com restrições relacionadas ao fornecimento ou compra de bens (considerando 2). Este Regulamento também definiu a franquia em si mesma como “um pacote de direitos de propriedade industrial ou intelectual relacionados à marcas, nomes comerciais, insígnias, modelos de utilidades, designs, direito de autor, know-how ou patentes, para serem explorados para a revenda de bens ou a prestação de serviços para usuários finais” (art. 1/3-a).

Por outro lado, o Regulamento identificou três espécies principais de franquias em função do objeto e distinguiu os acordos de franquia simples dos acordos de franquia principal (*master franchising*). O considerando 3 desse Regulamento dizia, por um lado, que “é possível distinguir vários tipos de franquia consoante o seu objecto: franquia industrial, que diz respeito ao fabrico de bens, franquia de distribuição, relativa à venda de bens, e franquia de serviços, respeitante à prestação de serviços”. Por outro lado, o acordo de franquia é definido como um acordo pelo qual uma empresa, a franqueadora, garante à outra, a franqueada, em troca de uma contrapartida financeira direta ou indireta, o direito a explorar a franquia com o propósito de fazer propaganda de tipos específicos de bens e/ou serviços, incluindo pelo menos obrigações relacionadas: a) ao uso de nome em comum ou insígnia e uma apresentação uniforme de estabelecimentos contratuais e/ou meios de transporte; b) à comunicação de *know-how* do franqueador ao franqueado; c) à prestação contínua do franqueador ao franqueado de assistência técnica ou comercial durante a duração do acordo. Já o acordo de franquia principal é considerado um acordo por meio do qual uma empresa, a franqueadora, garante à outra, a franqueada-mestre, em troca de uma contrapartida financeira direta ou indireta,



o direito de explorar a franquia com o propósito de concluir acordos de *franchising* com terceiros, os franqueados.³

Resumindo, na franquia principal (*master franchising*) o franqueador concede uma licença para o franqueado montar, gerir e controlar uma rede de *franchising* em um certo território; na franquia simples, o próprio franqueador – ou o franqueado-principal– concede licenças para franqueados-finais explorarem o sistema empresarial através da constituição de um estabelecimento de franquia em uma certa área e por determinado período de tempo.⁴

O Regulamento foi substituído pelo Regulamento 2790/1999, que por sua vez foi substituído pelo Regulamento 330/2010 relativo a acordos verticais e práticas concertadas.

Em Portugal, a doutrina e a jurisprudência consideram a franquia um método empresarial de integração vertical através do qual o franqueador integra o franqueado numa rede empresarial. Esta integração ocorre através de contratos de *franchising*, pelos quais o franqueador concede aos franqueados, em contrapartida pelo pagamento direto ou indireto (taxa inicial + *royalties*), numa determinada zona ou território e por um período de tempo estável, o direito de explorar um sistema empresarial (franquia) de produção e/ou venda de certos bens ou de prestação de serviços, sob e/ou de acordo com a imagem empresarial, know-how, assistência técnica e

³ Regulamento da Comissão 4087/88, artigo 1(3)(b)(c).

⁴ Sobre a franquia principal ver, desenvolvidamente, Jaume Martí Miravalls, *El Contrato de Master Franquicia*, Madrid, 2009.



controle do franqueador^{5,6}

3. Elementos principais dos acordos de franquia

Os contratos de *franchising*, reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina, são caracterizados por alguns elementos, tais como:

- a) as partes contratantes são o franqueador e o franqueado;
- b) o objeto do contrato é uma licença para explorar um sistema empresarial de produção e/ou venda de bens e/ou prestação de serviços;
- c) a exploração da franquia é concedida para uma determinada zona ou território e para um período de tempo estável e geralmente em termos de exclusividade e

⁵ António Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., p. 117-125, com mais referências. Ver também L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *O contrato de franquia (franchising)*, 2ª ed., Coimbra, 2010, pp. 23 seg., J. Engrácia Antunes, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, 2009, p. 451.

⁶ Como jurisprudência, disponível em www.dgsi.pt, ver nomeadamente os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de janeiro de 2007 (proc. 06A4416), de 23 de janeiro de 2010 (proc. 589/06.OTVPRT.P1), de 19 de outubro de 2010 (proc. 2114/06.4TVPRT. P1.S1), 15 de dezembro de 2011 (proc. 1807/08.6TVLSB.L1.S1); acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de janeiro de 2010 (proc. 1209/08.4TJLSB.L1-2). No seu julgamento de 14 de fevereiro de 2012 (proc. 3863/07.5TBVIS.C1), o Tribunal de Relação de Coimbra resumiu os elementos usuais dos acordos de franchising da seguinte forma: a) licenças de marcas e outros sinais distintivos do franqueador e eventualmente uma licença de patente; b) transmissão de know-how; c) assistência técnica do franqueador ao franqueado; d) controle de atividade do franqueado pelo franqueador; e) pagamentos em dinheiro pelo franqueado ao franqueador..



de não concorrência;

- d) obrigações de confidencialidade e de respeito pelo know-how do franqueador;
- e) a franquia é explorada sob os sinais distintivos do franqueador e de acordo com o seu know-how e assistência técnica, incluindo publicidade e marketing;
- f) a fim de proteger a imagem e a reputação do franqueador ou de manter a identidade e reputação comuns da rede de franquias, o franqueado pode ser obrigado a adquirir o equipamento, as instalações, os bens ou serviços a utilizar na montagem ou no funcionamento da franquia conforme estabelecido pelo franqueador;
- g) o franqueado paga como remuneração uma taxa inicial (ou taxa de admissão de entrada) acrescida de royalties periódicos.

4. Obrigações das partes

Tanto os franqueadores como os franqueados assumem obrigações nos contratos de franquia. Quanto ao franqueador, a principal obrigação é permitir que o franqueado use os sinais distintivos e know-how, fornecer-lhe formação e assistência, garantir a publicidade da rede de *franchising*, suprir ou garantir o fornecimento de bens necessários para a execução da franquia, informar os franqueados de qualquer alteração no funcionamento da empresa (nomeadamente a composição e apresentação dos bens e condições de venda), e supervisionar a rede de franquia



(nomeadamente controlando e verificando o desempenho, por outros franqueados, de deveres destinados a assegurar a identidade comum e a reputação da rede de *franchising*, como a obrigação de não contratar fora da rede).

Por seu turno, o franqueado tem um dever especial de cuidado em relação à identidade, imagem e reputação da franquia, incluindo obrigações de *non facere*, tais como as obrigações de confidencialidade, de não concorrência e de não fazer publicidade sem autorização prévia do franqueador. O franqueado também deve comunicar ao franqueador qualquer nova experiência adquirida com a execução da franquia que represente uma melhoria das suas condições de funcionamento e eficiência, além de autorizar o franqueador e outros membros da rede de franqueados a usarem esse *know-how*. Além disso, os franqueados têm que pagar uma remuneração previamente acordada (taxa de entrada e royalties periódicas), utilizar os objetos de propriedade intelectual do franqueador, seguir as suas instruções sobre equipamentos, apresentação uniforme das instalações e meios de transporte e cumprir as especificações objetivas de qualidade, observar os preços de revenda recomendados pelo franqueador, fornecer assistência aos clientes, permitindo ao principal inspecionar as peças de reposição e os métodos utilizados pelos seus auxiliares na prestação de assistência pós-venda, prestar todas as informações que lhe forem solicitadas (nomeadamente sobre a situação do mercado e perspectivas de evolução), participar em formação organizada pelo franqueador conforme estipulado no contrato. Os franqueados podem ainda assumir obrigações de venda mínima ou de volume mínimo de negócios.



5. Formação de contratos de franquia: estrutura geral

O direito privado português, tal como positivado no Código Civil e em leis especiais, prevê regulamentação específica para uma ampla gama de contratos, como por exemplo a compra e venda, a doação, a locação, o mútuo, os serviços, incluindo o mandato, o depósito e a empreitada.

Os contratos de franquia não são legalmente previstos e por isso são considerados contratos atípicos no direito português. A legislação lusa não nomeia nem fornece um conjunto de regras específicas para os contratos de *franchising*. Estes contratos são válidos ao abrigo do princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do Código Civil, nos termos do qual, dentro dos limites da lei, as partes têm o direito de fixar o conteúdo dos contratos, de celebrar contratos diferentes daqueles que são fornecidos neste código ou de neles inserir cláusulas conforme desejarem (contratos atípicos); além disso, as partes também podem aderir às mesmas regras contratuais de dois ou mais contratos, total ou parcialmente regulados pela lei (contratos mistos).

Para os contratos em geral, enquanto negócios jurídicos, o Código Civil fornece um conjunto de princípios gerais e de regras sobre a formação do contrato, a capacidade das partes, as declarações de vontade, o objeto, a eficácia, bem como a regulamentação de certos pactos preparatórios, tais como os contratos-promessa e os pactos de preferência, e ainda regras sobre o não cumprimento do contrato. Juntamente com os princípios e as regras gerais, certas leis especiais são aplicáveis aos contratos de franquia, no que se refere, nomeadamente, às cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei 446/85, com alterações), responsabilidade do produtor (Decreto-Lei 383/89,



com alterações), direito da concorrência (Lei 19/2012) e propriedade industrial (Decreto-Lei 110/2018). Ademais, é entendimento geral que as disposições do regime jurídico do contrato de agência (Decreto-Lei 178/86, com alterações) podem ser aplicadas, por analogia, aos contratos de distribuição, nomeadamente à concessão comercial e ao franchising, especialmente no que respeita à cessação de contratos⁷. Este diploma não estabelece deveres específicos de

⁷ Ver, por todos, António Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., p. 63-4, 67-9. Na jurisprudência ver por ex. os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de janeiro de 2007 (proc. 06A4416), de 5 de março de 2009 (proc. 09B0297), 25 de janeiro de 2011 (proc. 6350/06.5TVLSB.P1.S1), de 27 de outubro de 2011 (proc. 8559-06.2TBBERG.G1.S1) e 15 de Novembro de 2012 (proc. 1147/06.5TBCLD.L1.S1); Tribunal do de Relação de Coimbra, acórdão de 14 de fevereiro de 2012 (proc. 3863/07.5TBVIS.C1); do Tribunal de Relação de Lisboa, acórdãos de 22 de março de 2011 (proc. 1807/08.6TVLSB.L1-7) de 10 de dezembro de 2009 (proc. 6240.05.9TVLSB.L1-7), de 20 de dezembro de 2011 (proc. 303024/10.7YIPRT.P1)); do Tribunal de Relação do Porto, acórdãos de 19 de maio de 2010 (proc. 635 /06.5TVLS.P1), de 20 de dezembro de 2011 (proc. 303024/10.7YIPRT.P1).

Não obstante a aplicação analógica de disposições relevantes do diploma da agência aos contratos de franquia, estes poderiam ser assimilados pela noção de locação de empresa, como sustentámos em «Da franquia de empresa (franchising), BFD 73 (1997), p. 251-278. O Tribunal de Relação do Porto, no acórdão de 15 de Julho de 2009 (proc. 589/06.0TVPRT.P1), parece aceitar esta opinião (“*da conjugação de todos estes traços definidores e do tipo de cláusulas existentes e em presença no contrato de franchising, somos de opinião que a renda que é paga pelo franquiado tem uma natureza em tudo idêntica à do art. 1022º do CC, ou seja, trata-se de uma renda a pagar enquanto durar o contrato e com a finalidade essencial de retribuição pelo uso e fruição da marca e dos serviços de marketing, sendo fixada logo na celebração do contrato, ainda que atualizável.*”). No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça recusou esse entendimento no acórdão de 19 de outubro de 2010 (proc. 2114/06.4TVPRT.P1.S1: “4) No contrato de franquia as



informação pré-contratual, mas a ausência de legislação específica não significa um vazio jurídico sobre a formação dos contratos de franquia.

6. Negociações de boa-fé e *culpa in contrahendo*

Para começar, os princípios e as regras gerais do direito contratual aplicam-se aos contratos. Em particular, a doutrina da *culpa in contrahendo*, codificada no artigo 227 do Código Civil, tem um papel relevante a desempenhar no campo da franquia⁸. De acordo com esta norma, as partes contratantes agirão em conformidade com a boa-fé tanto em negociações preliminares como na redação das cláusulas, caso contrário serão responsáveis por indemnizar os danos causados culposamente à outra parte. Esta disposição legal estabelece o princípio da boa-fé (*bona fides*) em sentido objetivo, i.e., como fonte de deveres de cuidado e de lealdade entre as partes contratantes nas negociações⁹, e cuja violação é considerada uma fonte de responsabilidade¹⁰. A obrigação das partes de negociarem

rendas ('royalties') não representam, apenas, a contrapartida de utilização de um bem, como acontece no contrato de locação, mas incluem várias outras, como a assistência, a colocação no mercado de um produto com nome comercial firmado, e ainda amortização de equipamento, custos de gestão e da assistência prestada.")” Mas a questão não está encerrada.

⁸ António Menezes Cordeiro, *Manual de direito comercial*, 2.ª ed., Coimbra, 2007, p. 692; L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *O contrato de franquia*, cit., 78-80.

⁹ Ver por ex. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 2010 (proc. 4/07.1TBGDL.E1.S1)

¹⁰ A natureza jurídica da responsabilidade por *culpa in contrahendo* é uma questão controversa. O Supremo Tribunal de Justiça já considerou que a responsabilidade



de boa-fé significa a obrigação de fornecerem todas as informações pré-contratuais que sejam convenientes e justificadas para que a outra parte decida se e como o contrato deve ser celebrado¹¹. A relevância desta obrigação nos contratos de *franchising* já foi apontado pelos tribunais.¹²

Argumentos da ciência económica como a assimetria de informação e o carácter duradouro destes contratos podem ser utilizados para reforçar a obrigação de fornecer informações pré-contratuais na fase de formação dos acordos de franquia, mas os tribunais geralmente baseiam as suas decisões nos princípios jurídicos da boa fé e da confiança.¹³

por culpa in contrahendo é um *tertium genus* de responsabilidade entre a contratual e extracontratual - acórdãos de 20 de março de 2012 (proc. 1903/06.4TVLSB.L1.S1), 27 de setembro de 2012 (proc. 3729/04.0TVLSB.L1.S1) e 20 de outubro de 2012 (proc. 2625/09.0TVLSB.L1. S1). Na doutrina, ver, nomeadamente, Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendação e informações*, Coimbra, 1989, p. 516, Luis Manuel de Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, I, 8ª ed., Coimbra, 2009, p. 361. Sobre o *tertium genus* da responsabilidade civil ver também e.g. Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004.

¹¹ Ver, por todos, Carlos Alberto da Mota Pinto, *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Coimbra, 1963, Mário Júlio de Almeida Costa, *Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1994.

¹² Ver e.g. Tribunal de Relação de Lisboa, acórdão de 19 de Maio de 2009 (proc. 8685/08-7); Tribunal de Relação do Porto, acórdão de 2 de Julho de 2009 (proc. 373/07.4TVPRT.P1)

¹³ Ver por ex. Supremo Tribunal de Justiça, acórdãos de 27 de setembro de 2012 (proc. 3729/04.0TVLSB.L1.S1) e 20 de outubro de 2012 (proc. 2625/09.0TVLSB.L1.S1). Os contratos de franquia celebrados devido a erro das



No acórdão em 19 de outubro de 2010 (proc. 2114/06.4TVPRT.P1.S1) o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que as partes devem cumprir os deveres de informação e de lealdade, a fim de prevenir falsas expectativas suscetíveis de causarem danos: *“Pela tutela da confiança, devem as partes cumprir todos os deveres de lealdade e de informação que ao caso caibam, de modo a evitar criar situações de crença ou de aparência das quais possam emergir danos.”*

Por seu turno, no acórdão de 19 de maio de 2009 (proc. 8685/08-7), o Tribunal de Relação de Lisboa entendeu que: *“O dever de lealdade integrador da boa fé que deve nortear as negociações preliminares de um contrato impõe que qualquer das partes omita afirmações, conformes às suas convicções e expectativas mas ainda não comprovadas, se as mesmas forem idóneas para reforçar a confiança já criada na viabilidade do projecto e levar a contraparte a fazer e prosseguir na realização de investimentos com vista ao negócio projectado.”*

O Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 2 de julho de 2009 (proc. 373/07.4TVPRT.P1), analisou a obrigação de prestar informação pré-contratual, sustentando que três deveres decorrem da obrigação de agir de acordo com o princípio da boa-fé na fase das negociações preliminares:

partes, doloso ou não, são anuláveis de acordo com as disposições relevantes do Código Civil: por ex., quando a violação das informações pré-contratuais é dolosa, a consequência também é a anulabilidade do contrato (artigos 253.º e 254.º), sem prejuízo da responsabilidade por *culpa in contrahendo* – acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 27 de setembro de 2007 (proc. Nº 6592/2007-6)



- a) um dever de proteção, no sentido de que as partes devem evitar ações que possam causar danos à outra parte;
- b) um dever de informação, considerando as circunstâncias possivelmente relevantes para a outra parte, em especial quando é a parte mais fraca;
- c) um dever de lealdade, ou seja, a obrigação de evitar práticas desleais em relação à outra parte, incluindo a ruptura injustificada das negociações de um contrato sobre o qual a outra parte tinha expectativas legítimas e fundadas quanto à sua celebração.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça salienta o valor normativo da boa-fé e da confiança nas transações comerciais. No acórdão de de 31 de março de 2011 (proc. 3682/05.3TVSLB.L1.S1), o STJ considerou que a recusa em assinar um contrato depois de chegar a um acordo sobre todos os seus termos é uma questão de responsabilidade pré-contratual por *culpa in contrahendo*, não pela recusa em si, mas pela confiança e expectativas legítimas que foram criadas e depois frustradas sem adequada justificação.¹⁴

Mais tarde, no acórdão de 6 de novembro de 2012 (proc. 4068/06.8TBCSC.L1.S1), o Supremo Tribunal de Justiça salientou que a boa-fé impõe deveres de informação, proteção e lealdade na

¹⁴ M.J. Almeida Costa/Henrique Sousa Antunes, «S.T.J., Acórdão de 31 de Março de 2011 – Processo n.º 3682/05.3 TVSLB.L1.S1 (Responsabilidade pré-contratual: aplicação do critério do interesse contratual negativo ao cálculo da indemnização pela recusa injustificada da formalização de um contrato negociado), RLJ Ano 141 (2012), p. 309.



formação do contrato, e que o artigo 227/1 do Código Civil inclui não só a rutura das negociações, mas também a celebração de contratos ineficazes e a proteção contra contratos indesejados, i.e., a celebração de um contrato que não corresponde ao que a outra parte contratante poderia esperar baseada em informações erróneas fornecidas pela outra parte ou pela omissão de esclarecimentos adequados. No entanto, na opinião do Tribunal, para apurar a culpa das partes é necessário ter em conta não só o princípio da boa-fé, mas também outros princípios fundamentais do direito contratual privado, como a autonomia da vontade e o equilíbrio das obrigações.

Em nossa opinião, a obrigação de negociar em boa-fé também significa que, durante as negociações preliminares as partes não se envolvam em práticas de concorrência desleal, tais como declarações enganosas ou ilusórias e quebras de confidencialidade, tal como previsto atualmente no art. 311 do Código de Propriedade Industrial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro.¹⁵

7. Questões discutidas, em especial os danos ressarcíveis na responsabilidade pré-contratual

Discute-se se a responsabilidade por *culpa in contrahendo* requer culpa intencional (dolo), se só ocorre em caso de não celebração do

¹⁵ O atual CPI autonomiza a proteção dos segredos comerciais nos artigos 313 a 315, transpondo a Diretiva (UE) 2016/943, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais.



contrato (por ex., rutura injustificada das negociações ou recusa de assinar na forma adequada um contrato cuja negociação estava terminada), e se a indemnização deverá cobrir apenas os danos negativos (por ex., despesas realizadas devido à negociações) ou também danos positivos (ou seja, lucros ou resultados razoavelmente esperados pela outra parte com a celebração e cumprimento do contrato).

A redação do Código Civil não exige dolo, mas o nível de culpa será considerado na avaliação da compensação (artigo 488). Além disso, a indemnização deve ocorrer apesar de as partes terem celebrado o contrato, por ex. no caso de serem efetuadas despesas e investimentos na expectativa legítima de um determinado resultado, mas que não encontra correspondência nos termos clausulados no contrato. Esta solução foi adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 15 de Maio de 2012 (proc. 6440/09.2TVLSB.L1.S1): “A celebração do contrato ou a sua anulação, não afastam a aplicação desta responsabilidade.”¹⁶

Por outro lado, em princípio, apenas os danos negativos ou de confiança devem ser compensados¹⁷. O Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 31 de março de 2011 (proc. 3682/05.3TVSLB.L1.S1),

¹⁶ Na doutrina ver, notavelmente, Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., p. 358, 360.

¹⁷ Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 12 de Janeiro de 2009 (proc. 08B4052); Tribunal de Relação de Lisboa, acórdão de 22 de Março de 2011 (proc. 1807/08.6TVLSB.L1-7): “Essa indemnização abrange os lucros cessantes consistentes na medida do benefício que o lesado teria auferido se não fosse a existência e subsistência do contrato (dano negativo ou de confiança), e não aqueles medidos pelo benefício do lesado decorrentes da prestação devida do devedor (dano positivo ou de cumprimento).”.



sustentou que a compensação por danos contratuais negativos (dano de confiança) mede-se pela diferença entre a situação económica atual do lesado e a situação em que ele estaria se não tivesse entrado nas negociações, e portanto apenas os danos que consistem em despesas resultantes das negociações serão ressarcíveis. Já os lucros esperados com a celebração e execução do contrato não seriam indemnizáveis ao abrigo da responsabilidade por *culpa in contrahendo* devido a esta não ser responsabilidade contratual. “A indemnização pelo dano positivo destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse exactamente cumprido. Reconduz-se, assim, aos prejuízos que decorrem do não cumprimento definitivo do contrato ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso. Ao passo que a indemnização do dano negativo tende a repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à respectiva conclusão.”¹⁸

No entanto, certos danos, como a perda de uma chance (ou de diferente oportunidade de negócios) por uma das partes deveriam ser levados em conta. O Supremo Tribunal de Justiça, nos acórdãos de 12 de jde 2009 (proc. 08B4052) e de dezembro de 2011 (proc. 1807/08.6TVLSB.L1.S1) reconhece que, excecionalmente, os danos positivos podem ser indemnizáveis, nomeadamente quando o contrato é anulado.

No acórdão de 20 de março de 2012 (proc. 1903/06.4TVLSB.L1.S1) o Supremo Tribunal de Justiça parece permitir uma abordagem menos restritiva, pois os danos positivos são colocados quase em pé

¹⁸ M.J. de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 9ª ed., Coimbra, 2008, p. 548.



de igualdade com os danos negativos para efeitos de indemnização por responsabilidade pré-contratual: *“VII - Os danos indemnizáveis, em sede responsabilidade pré-contratual, por violação dos deveres de informação e esclarecimento, conducentes à outorga de um contrato desvantajoso, abrangem quer o dano da confiança (interesse contratual negativo), quer o dano do cumprimento (interesse contratual positivo).”* De igual modo, no acórdão de 27 de setembro de 2012 (proc. 3729/04.0T VLSB.L1.S81), o Supremo Tribunal de Justiça decidiu que a responsabilidade pré-contratual pode abranger danos contratuais positivos sempre que as negociações tenham um nível que justifique a confiança positiva na celebração do contrato: *“IV. A responsabilidade pré-contratual abarca o dano contratual negativo – o dano que o lesado não teria se não tivesse encetado as negociações – e pode abarcar o dano contratual positivo – quando as negociações tiverem atingido um nível tal que justifique a confiança na celebração do negócio.”*

Mais tarde, no acórdão de 20 de Outubro de 2012 (proc. 2625/09.0TVLSB.L1.S1), o Supremo Tribunal de Justiça manteve o entendimento de que os danos positivos do contrato podem ser indemnizados ao abrigo da responsabilidade pré-contratual em casos extremos e de acordo com as circunstâncias concretas do caso, se já existia um acordo global e faltava apenas a sua formalização: *“I - A responsabilidade civil pré-contratual não se confunde com a responsabilidade civil contratual, nem com a responsabilidade civil extracontratual, constituindo um tertium genus de responsabilidade civil. II - Neste tipo de responsabilidade a indemnização abrange o interesse contratual negativo, podendo, em casos limites e de acordo com as circunstâncias concretas do caso, incluir o interesse contratual positivo, se já existia um acordo global e faltava apenas a*



formalização do negócio.”

A doutrina apresenta o conceito de um pré-contrato informal vinculativo¹⁹ e tem-se também defendido a indemnização por danos positivos, nomeadamente no caso de não cumprimento do dever de celebrar o contrato.²⁰

No entanto, a indemnização por danos positivos na responsabilidade pré-contratual não deve ser construída de forma ampla, em particular quando uma exigência legal de formalização contratual não é cumprida. Se a lei exige uma forma especial para a validade da celebração de um contrato (por ex. escritura pública ou documento particular autenticado), a recusa em assinar o contrato na devida forma é um direito de ambas as partes. No entanto, se as partes acordarem plenamente os termos do contrato e seguirem com a sua execução, é necessário verificar se os interesses protegidos pela exigência legal de forma estão em jogo quando uma das partes argumenta a invalidade do contrato por falta de forma legal²¹. Pode ser uma situação de *venire contra factum proprium*, proibida enquanto abuso de direito (artigo 334 do Código Civil).

Note-se que os contratos de franquia são contratos atípicos ao

¹⁹ Carlos Ferreira de Almeida, «Contrato formal e pré-contrato informal», *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. II, Coimbra, 2006.

²⁰ Ver Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*, vol. II, Coimbra, 2009, p. 1347-8; Nuno M. Pinto de Oliveira, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra, 2011.

²¹ Ver a Anotação de Almeida Costa e Sousa Antunes, cit., p. 229-30, com mais referências.



abrigo do direito privado português, o que significa que nenhuma exigência legal de forma é exigida para a validade desses contratos, enquanto tais. Portanto, quando as partes acordarem plenamente os termos do contrato e iniciarem sua execução, parece que o contrato terá sido tacitamente celebrado (artigo 217 do Código Civil), sendo o seu não cumprimento gerador de responsabilidade contratual.

Finalmente, não há prazo específico nos acordos de franquia para reivindicar compensação por danos resultante da violação do dever de informação pré-contratual. No entanto, em caso de *culpa in contrahendo*, o Código Civil prevê um prazo de prescrição de 3 anos para requerer indemnização por perdas e danos (artigo 227/2 e artigo 498).

8. A utilização de cláusulas contratuais gerais na negociação de contratos de franquia

Geralmente os contratos de *franchising* contêm cláusulas gerais. Aplica-se-lhes, portanto, o regime das cláusulas contratuais gerais, aprovado pelo Decreto-Lei 446/85 e alterado pelos DL 220/95 e 249/99²². O âmbito de aplicação desta lei inclui cláusulas contratuais

²² Ver e.g. M.J. de Almeida Costa, Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais, 9.ª ed., Lisboa, 2007; Idem / António Menezes Cordeiro, Cláusulas contratuais gerais. Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, 1990; António Pinto Monteiro, «Contratos de adesão (o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro)», ROA (1986), e Id. «O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais». ROA (2002); J. Sousa Ribeiro, O problema do



gerais redigidas sem negociação prévia individual que são subscritas ou aceites respetivamente por proponentes ou destinatários indeterminados, bem como cláusulas inseridas em contratos individuais cujo conteúdo não pôde ser negociado pela outra parte (artigo 1), independentemente de quem redigiu essas cláusulas (artigo 2).

Este regime estabelece uma obrigação de *disclosure* total das cláusulas contratuais gerais para que o franqueado possa conhecê-las antes de aderir ao contrato. De facto, o proponente deve comunicar integralmente as cláusulas por meios adequados e com o aviso prévio necessário, para que, considerando a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, o seu conhecimento completo e efetivo seja possível pela outra parte usando de normal diligência (artigo 5). Por outro lado, o proponente tem a obrigação de informar e esclarecer qualquer dúvida razoável do franqueado sobre essas cláusulas gerais (artigo 6). Se as obrigações de comunicar e de informar/esclarecer não forem cumpridas, as cláusulas gerais são consideradas excluídas do contrato; o mesmo se aplica às chamadas cláusulas surpresa (artigo 8).

Além disso, o regime das cláusulas contratuais gerais estabelece um controlo do conteúdo do contrato proibindo as cláusulas contrárias à boa-fé (artigo 15) e prevendo uma lista de “cláusulas negras” (cláusulas consideradas absolutamente nulas) e uma lista de “cláusulas cinzentas” (cláusulas cuja validade depende do quadro

contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Coimbra, 1999.



negocial padronizado). Entre estas, e no que se refere aos contratos padrão entre empresas ou profissionais, incluem-se as cláusulas gerais que prevejam cláusula penal não proporcional aos danos ressarcíveis, assim como cláusulas que permitem a uma das partes, imediatamente ou sem aviso prévio suficiente e compensação adequada, cessar um contrato que tenha exigido da outra investimentos ou despesas consideráveis (artigo 19/c/f).

Apesar de serem apenas “cláusulas cinzentas”, elas são especialmente relevantes nos acordos de franquia. A fim de descobrir o quadro negocial padronizado no *franchising*, alguns instrumentos jurídicos não vinculativos (*soft law*) podem ser relevantes, nomeadamente o Código Europeu de Ética para o Franchising.

9. O «Código Europeu de Ética para o Franchising» e a *Unidroit Model Franchise Disclosure Law*»

A legislação portuguesa não tem regulamentação específica para os contratos de franquia, mas os princípios gerais do direito dos contratos (como o princípio da boa-fé na negociação) e a disciplina das cláusulas contratuais gerais fornecem uma base normativa para a obrigação de fornecer informações pré-contratuais entre as partes.

A fim de preencher conceitos gerais e noções legais indeterminadas, os instrumentos de *soft law* podem ser relevantes. Em particular, o Código Europeu de Ética para o *Franchising*²³, válido

²³ European Franchise Federation, «European Code of Ethics for Franchising» - <http://www.eff-franchise.com/>



em Portugal desde 1991. A Parte 3 deste Código estabelece, sobre recrutamento, publicidade e divulgação, que:

3.1 A publicidade para o recrutamento de Franqueados não deve conter ambiguidades e declarações enganosas.

3.2 Qualquer recrutamento, publicidade ou material publicitário, contendo referências diretas ou indiretas a possíveis futuros resultados, números ou ganhos esperados pelos Franqueados individuais, devem ser objetivos e não devem induzir em erro.

3.3 De modo a permitir que futuros Franqueados entrem em qualquer documento vinculativo com pleno conhecimento de causa, deverão receber uma cópia do presente código de ética, assim como uma divulgação por escrito, completa e precisa de toda a informação necessária ao relacionamento de franchising, dentro de um prazo razoável antes da execução desses documentos vinculativos.

3.4 O potencial Franqueado é responsável por analisar cuidadosamente a informação necessária à relação de franchising, incluindo obter aconselhamento profissional, antes de assinar o contrato de franquia.

3.5 O potencial Franqueado tem de ser credível e transparente na sua informação sobre a experiência, as suas capacidades financeiras, a sua formação e antecedentes, assim como qualquer outro material de informação para a relação do franchising que fornece com o propósito da sua seleção pelo Franqueador.

3.6 Se um Franqueador impuser um pré-contrato a um candidato a Franqueado, deverão ser respeitados os seguintes princípios:



- *i. antes da assinatura de qualquer pré-contrato, ao candidato a Franqueado deve ser entregue informação escrita sobre a sua finalidade assim como sobre qualquer pagamento a ser efetuado ao Franqueador de despesas efetivas incorridas e respeitantes à fase pré contratual; se o acordo de Franquia for celebrado, o pagamento deverá ser reembolsado pelo Franqueador ou descontado do possível Direito de Entrada a ser pago pelo candidato a Franqueado;*
- *ii. o pré-contrato deve definir os seus termos e incluir uma clausula de rescisão;*
- *iii. o Franqueador pode impor cláusulas de não concorrência e/ou confidencialidade para proteger o seu Know-how e identidade.*

Por outro lado, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), do qual Portugal é membro, emitiu em setembro de 2002 um instrumento sobre franquias, a *Unidroit Model Franchise Disclosure Law*, contendo disposições relativas à obrigação de entrega, formato e conteúdo do documento de *disclosure*.²⁴

Apesar de não ser vinculativa, essa Lei-modelo pode ser seguida para clarificar a obrigação de fornecer informações pré-contratuais, em especial em sede de arbitragem e de decisões segundo a equidade.

²⁴ <https://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>



10. Prazo para submissão e conteúdo mínimo do documento de informações pré-contratuais

Não há prazo legal para apresentar o documento de informação pré-contratual. No entanto, nos termos do artigo 227 do Código Civil e tendo em conta o *Código Europeu de Ética para o Franchising* (3.3 - “dentro de um prazo razoável antes da execução”) na prática dá-se frequentemente um período razoável de tempo para o franqueado estudar e decidir se quer assinar ou não o documento vinculativo. O período de tempo razoável, que depende da complexidade e/ou do estado das negociações pré-contratuais, é geralmente estipulado entre 15 dias e um mês. Não obstante, as regras do Código Civil sobre oferta e aceitação de propostas devem ser observadas (artigos 228 e seguintes).

Além disso, não há nenhuma obrigação legal específica detalhando ou especificando o conteúdo da informação pré-contratual. No entanto, de acordo com o princípio da boa-fé, o franqueador deve fornecer todas as informações relevantes e convenientes para permitir que o possível franqueado tome uma decisão devidamente fundamentada sobre a celebração do contrato e os seus termos. A informação a fornecer varia de acordo com as circunstâncias de cada caso.

No que diz respeito aos instrumentos de *soft law*, o § 3.3 do *Código Europeu de Ética sobre Franchising* estabelece que os franqueados têm direito a receber “uma divulgação por escrito completa e precisa de todo o material informativo da relação de franquia”. De acordo com o parágrafo 5.4 deste Código, os termos mínimos essenciais do acordo são:



- a) os direitos concedidos ao Franqueador;
- b) os direitos concedidos ao Franqueado;
- c) os direitos de propriedade intelectual do Franqueador nas marcas, sinais, etc. os quais deverão ser protegidos por um período de tempo, pelo menos com a duração do contrato de franchising;
- d) os bens e/ou serviços que deverão ser fornecidos ao Franqueado;
- e) as obrigações do Franqueador;
- f) as obrigações do Franqueado;
- g) as condições de pagamento por parte do Franqueado;
- h) a duração do contrato que deverá ser suficientemente longa para permitir ao Franqueado a amortização do seu investimento inicial e subseqüente específico ao franchising;
- i) a base, incluindo o aviso que ambas as partes devem fornecer, para qualquer renovação do contrato;
- j) as condições segundo as quais o Franqueado tem o direito de vender ou transferir o negócio de franchising sendo uma preocupação constante e os possíveis direitos de preferência do Franqueador a este respeito;
- k) termos de utilização pelo Franqueado dos sinais distintivos, incluindo marcas, logótipos ou qualquer outra identificação distintiva do Franqueador (como será agora o nome de domínio da internet);



- l) o direito do Franqueador em adaptar o sistema de franchising para métodos novos ou alterados;
- m) disposições para a cessação do contrato;
- n) disposições para entregar prontamente após o término do contrato qualquer propriedade tangível ou intangível pertencente ao Franqueador ou qualquer outro proprietário

11. A *franchising disclosure* no direito comparado

Nos EUA, o franqueador tem o dever de fornecer um *Franchise Disclosure Document* (Documento de Divulgação na Franquia - FDD) pelo menos quatorze dias antes de qualquer pagamento ser feito ou de um contrato de franquia ser assinado. O FDD deve, em princípio, incluir demonstrações financeiras auditadas do franqueador em um formato específico, dados de franqueados no território licenciado (nomes, endereços e números de telefone) para consulta antes de concluir a franquia, estimativa das receitas globais da rede de franquias e rentabilidade do franqueador.

Na Europa, a lei *Doubin* francesa, de 31 de dezembro de 1989, mais tarde incorporada no Código de Comércio (artigo L 330-3 *code de commerce*), é a primeira lei europeia de *disclosure* de franquias. O documento de *disclosure*, que é confidencial, deve ser entregue pelo menos 20 dias antes de qualquer pagamento ou execução do contrato. O documento de *disclosure* deve incluir a data da constituição da empresa do franqueador, um resumo do seu histórico de negócios e todas as informações necessárias para avaliar a experiência comercial do franqueador, incluindo relações bancárias,



descrição do mercado local para os bens ou serviços, demonstrações financeiras do franqueador para os dois anos anteriores, uma lista de todos os outros franqueados atualmente na rede e de todos os franqueados que tenham saído da rede no ano anterior, seja por rescisão ou não renovação, as condições de renovação, cessão, rescisão e o âmbito de exclusividade da franquia.

Em relação aos países ou regiões de língua portuguesa, no Brasil a Lei 8.955/1994 (“dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências”) prevê um documento de *disclosure* obrigatória antes da execução do contrato, sob pena de anulação do acordo e de restituições e perdas e danos (artigo 3). Por seu turno, no outro lado do planeta, o Código Comercial de Macau, promulgado pelo Decreto-Lei 40/99/M, de 3 de agosto de 1999²⁵, estabelece uma obrigação detalhada de fornecer informações e esclarecimentos pré-contratuais (artigo 680). Esta informação visa permitir ao franqueado avaliar de forma equilibrada e informada as vantagens e desvantagens do contrato. Como exemplos de

²⁵ O Código Comercial baseia-se na tradição dos países do *civil law* Europeus e representa um importante legado do património jurídico português para esta Região Administrativa Especial da República Popular da China. Em termos sistemáticos, o Código está dividido em 4 livros. O livro I diz respeito ao exercício de atividades comerciais em geral (por exemplo, obrigações de comerciantes, proteção e negociação de empresas). O Livro II regula o exercício de uma empresa coletiva e a cooperação no exercício de empresa (direito das sociedades e entidades relacionadas). O livro III diz respeito à atividade externa de uma empresa (ou seja, contratos comerciais como, por exemplo, agência, franquia, leasing e garantias autónomas). O livro IV diz respeito a instrumentos negociáveis (por exemplo, letras de câmbio). Sobre esse Código, ver e.g. Jianhong Fan, Alexandre Dias Pereira, *Commercial and Economic Law in Macau*, 2.^a ed. IEL/Kluwer, Haia, 2011.



informação que o franqueador deve fornecer, pode-se mencionar a sua identificação e dois últimos exercícios anuais, as especificações quanto às estimativas de investimento inicial necessário para a aquisição, instalação e entrada em funcionamento da franquia, a composição da rede de *franchising*, listas de franqueados, sub-franqueados e sub-franqueadores da rede, bem como daqueles que deixaram a rede nos últimos 12 meses, e também, por ex., quaisquer serviços que o franqueador se obriga a prestar para o franqueado durante a vigência do contrato. Caso esta obrigação não seja cumprida pelo franqueador, o franqueado tem o direito de exigir a anulação do contrato.

12. Síntese conclusiva

Não existe uma regulamentação específica para os contratos de franquia em Portugal, mas também não existe uma situação de vazio jurídico relativamente à obrigação de prestação informações pré-contratuais ao nível da formação do contrato.

Para começar, as partes respondem por *culpa in contrahendo*, pois têm a obrigação de agir de boa-fé nas negociações preliminares, ou seja, devem fornecer todas as informações pré-contratuais que sejam necessárias e convenientes para que a outra parte decida se e como o contrato deve ser celebrado. O valor sensível desta obrigação no campo dos contratos de franquia já foi declarado pelos tribunais.

Por outro lado, os acordos de *franchising* utilizam habitualmente cláusulas contratuais gerais. A legislação portuguesa prevê deveres especiais de comunicação, informação e esclarecimento sobre aqueles que propõem este tipo de cláusulas, e que podem revelar-se



bastante importantes nos acordos de franquia. Ademais, as partes podem referir-se a instrumentos de *soft law*, como o Código Europeu de Ética para Franchising e a *Unidroit Model Franchise Disclosure Law*.

A proteção da parte mais fraca como princípio básico do direito contratual²⁶ e como princípio da segurança jurídica poderia justificar a adoção de normas legais específicas sobre informações pré-contratuais baseada na *Unidroit Model Franchise Disclosure Law*. Outros países já adotaram disposições especiais, notadamente os EUA, a França (*Loi Doubin* de 31 de dezembro de 1989) e a Itália (*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, legge 6 maggio 2004, n. 129), assim como alguns países ou regiões de língua oficial portuguesa.²⁷

Tendo em conta a natureza transfronteiriça das redes de franchising, seria certamente uma matéria a tratar melhor mediante um instrumento de direito da União Europeia, à semelhança do que sucedeu com a diretiva sobre os agentes comerciais, que encontrou justificação, desde logo, no facto de “as diferenças entre as legislações nacionais em matéria de representação comercial

²⁶ A aplicação da lei do país de estabelecimento do franqueado, tal como previsto por Roma I sobre a lei aplicável aos contratos de franquia, parece ser influenciada por tal princípio. O Artigo 1(4)(e) do Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16

²⁷ Curiosamente, Angola tem uma Lei específica sobre Contratos de Distribuição, incluindo franquias (Lei 18/03, de 12 de Agosto – sobre os Contratos de Distribuição, Agência, Franchising e Concessão Comercial), mas não prevê uma obrigação específica de fornecer informação pré-contratual em contratos de franquia.



afecta[re]m sensivelmente, no interior da Comunidade, as condições de concorrência e o exercício da profissão e diminu[í]r em o nível de protecção dos agentes comerciais nas relações com os seus comitentes, assim como a segurança das operações comerciais; [e] que, por outro lado, essas diferenças são susceptíveis de dificultar sensivelmente o estabelecimento e o funcionamento dos contratos de representação comercial entre um comitente e um agente comercial estabelecidos em Estados-membros diferentes”.²⁸

Alexandre L. Dias Pereira

²⁸ Directiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de Dezembro de 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados- membros sobre os agentes comerciais.