

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO EM DIREITO CONTRATUAL**

MIRIAN REGINA PASSARELLI PRADO

**A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM FACE DOS CONTRATOS DE
FRANQUIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

SÃO PAULO

2014

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO EM DIREITO CONTRATUAL**

MIRIAN REGINA PASSARELLI PRADO

**A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM FACE DOS CONTRATOS DE
FRANQUIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo –
PUC/COGEAE - como requisito parcial à
aprovação no curso de Especialização em
Direito Contratual.

Orientador: Prof. Dra. Greice Patrícia Fuller

São Paulo
Outubro de 2014

RESUMO

Volta-se a presente monografia ao estudo da cláusula de não concorrência, tendo como enfoque principal a análise da relevância da sua inserção dentro do contrato de franquia. Tal figura contratual se baseia na transferência de *know-how* e informações sigilosas acerca do negócio desenvolvido pela rede de franquias; negócio esse já formatado em um modelo previamente testado perante o mercado consumidor pelo franqueador. As peculiaridades que envolvem o contrato de franquia tornam esse tipo de investimento bastante atrativo tanto para o franqueador (que tem a possibilidade de ampliar a sua marca com menor investimento), como para o franqueado (que conta com a assessoria do franqueador para montagem e desenvolvimento do negócio). Porém, são também as suas características particulares que demonstram a relevância da inserção da obrigação de não concorrência no contrato de franquia. Primeiramente, foram analisadas as noções gerais do contrato de franquia, sua natureza e elementos característicos. Em seguida, foram ponderados os aspectos particulares da obrigação de não concorrência, bem como as discussões acerca dos limites que devem norteá-la. Ao final, procurou-se demonstrar a relevância da inserção da cláusula de não concorrência no contrato de franquia a partir da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Contrato de franquia. Obrigação de não concorrência. Limites da cláusula de não concorrência.

SUMÁRIO

Introdução	5
1. Contrato de franquia	7
1.1 Histórico.....	7
1.2 Conceito.....	9
1.2.1 Visão doutrinária.....	10
1.2.2 Natureza jurídica e objeto.....	11
1.2.3 Forma e características.....	13
1.2.4 Função social e econômica.....	15
1.3 Espécies de franquia.....	15
1.4 Elementos do contrato de franquia	16
1.4.1 Circular de oferta de franquia	16
1.4.2 Cláusulas essenciais	18
1.5 Extinção do contrato	20
2. A cláusula de não concorrência nos contratos de franquia no direito pátrio	22
2.1 Aspectos gerais da cláusula de não concorrência.....	22
2.1.1 Conceito e fundamentos	22
2.1.2 Natureza jurídica e características	24
2.1.3 Princípio da livre iniciativa.....	26
2.1.4 Limitações.....	27
2.1.5 Violação à obrigação de não concorrência.....	28
2.2 Obrigação de não concorrência no contrato de franquia.....	29
2.2.1 Posicionamento jurisprudencial.....	29
2.2.2 Legitimidade da cláusula de não concorrência no contrato de franquia.....	35
2.2.3 Limitações e descumprimento da obrigação	37
3. Considerações finais	40
Referências Bibliográficas	41

INTRODUÇÃO

O mercado de franquia é ramo da economia brasileira que cresce exponencialmente a cada ano; sendo que, ao final de 2013, o setor de *franchising* alcançou os expressivos números de 2.703 redes de franquias, 114.409 unidades franqueadas, e R\$ 115.582.000.000,00 de faturamento¹.

Tais números demonstram que o contrato de franquia é um instrumento jurídico que deve ser atentamente analisado, a fim de sejam evitados conflitos entre as partes envolvidas – seja na fase pré-contratual (quando da elaboração da circular de oferta de franquia), seja durante a execução do contrato (com relação a preço, exclusividade geográfica etc.), ou na fase pós-contratual, sendo neste último momento, ou seja, quando do término da relação contratual, que terá relevância a cláusula de não concorrência.

Nessa seara, o presente trabalho tratará da cláusula de não concorrência no contrato de franquia, buscando se aprofundar na pesquisa dos bens jurídicos tutelados quando da inclusão de obrigação para que o franqueado não se restabeleça na mesma área de atuação após a finalização da relação contratual; o que demonstra que, apesar de figurar como uma obrigação acessória no contrato, o dever de não competição é de extrema importância para conferir eficácia ao próprio contrato. Mais especificamente, o problema a ser tratado no trabalho refere-se à relevância de ser inserida a cláusula de não concorrência no contrato padrão de franquia.

Para alcançar o objetivo pretendido com o presente estudo, primeiramente far-se-á uma análise do contrato de franquia, passando por seu conceito, natureza jurídica, espécies, principais características e cláusulas e a sua extinção. Neste capítulo, por ser relevante para a verificação do problema que se pretende estudar, o trabalho se aprofundará no fato de que essa figura contratual tem como uma de suas principais características a transmissão, para o franqueado, do ‘saber fazer’ (*know how*). E é exatamente a transferência das informações e conhecimentos técnicos confidenciais acerca do negócio que faz com que a franquia seja um negócio diferenciado, já que o franqueador oferece um modelo que foi antecipadamente montado e testado; o qual, por tal razão, traz mais segurança acerca do retorno e do sucesso do empreendimento ao investidor.

¹ Os números foram apresentados em 11 de março de 2014 pela Associação Brasileira de Franchising (ABF). Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/numeros-do-franchising/evolucao-do-setor-de-franchising>>. Acesso em: 28/03/2014.

A obrigação de não concorrência é o objeto de estudo do segundo capítulo da monografia, no qual serão verificados os seus conceitos, fundamentos, características e limites. Neste ponto, o trabalho também analisará a cláusula de não concorrência frente aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência; já que impor restrições ao exercício de atividade empresarial ao antigo franqueado tais preceitos são flexibilizados.

Por último, o segundo capítulo do trabalho também se dedicará à análise da obrigação de não concorrência no contrato de franquia, para verificar a legitimidade e importância da inclusão da cláusula de não concorrência no contrato padrão do franqueador. Serão ainda levadas em consideração as decisões judiciais e os fundamentos utilizados pelo Poder Judiciário para dar por válida ou para afastar a aplicação da cláusula de não concorrência inserida em contratos de franquia. Tal análise casuística é de suma relevância para verificar quais questões devem ser observadas pelo franqueador quando da elaboração da referida cláusula no contrato padrão, a fim de que o seu emprego não venha a ser afastado através de um litígio judicial.

Feitas tais considerações introdutórias, conclui-se que o trabalho buscará abordar todas as questões que se mostram relevantes para a análise da importância da inserção da cláusula de não concorrência nos contratos de franquia, bem como a sua aplicabilidade pelo Poder Judiciário.

1. CONTRATO DE FRANQUIA

1.1 Histórico

Após a Segunda Guerra Mundial, o sistema de franquia na forma como é hoje conhecido ganhou relevância, em especial nos Estados Unidos da América. Isto porque, com o duplo objetivo de recuperar o país do pós-guerra, momento em que se vivenciavam grandes desequilíbrios socioeconômicos, bem como de realocar os ex-combatentes no mercado de trabalho, o governo americano deu incentivos para o ingresso dos interessados na atividade comercial, por meio da utilização do *franchising*².

A ideia se valia, de um lado, da utilização de empresas já estabelecidas no mercado e que desejavam a expansão dos seus negócios e o fortalecimento da marca; e de outro, dos cidadãos que precisavam escapar do desemprego que atingira o país no pós-guerra, mas não tinham possibilidade financeira de realização de grandes investimentos na indústria e no comércio.

A união desses interesses, aliado à conveniência de que o novo empreendedor possuiria conhecimento técnico especializado advindo do franqueador, bem como comercializaria produtos ou prestaria serviços previamente testados e aceitos no mercado consumidor, teve como resultado a fórmula de sucesso do sistema de franquia instaurado nos Estados Unidos da América³.

Com a consolidação do sistema de franquias no mercado norte-americano, o modelo passou a ser exportado para diversos países da Europa⁴ e da América Latina.

No Brasil, diz-se que algumas das razões para o grande sucesso das franquias estão relacionadas às suas próprias características geográficas, sociais e econômicas, tais como “dimensões continentais com graves problemas de distribuição, padrões de necessidade de consumo não atendidas plenamente, demanda com exigência de padronização gerada pela

² MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 439.

³ *Ibidem*. p. 439.

⁴ No mercado europeu, já existia um sistema semelhante à franquia (embora mais precário), que era a concessão de venda. Inicialmente, houve bastante resistência para o ingresso das franquias em países da Europa, que sempre deram preferência à utilização de produtos e serviços locais, e, também, porque a cláusula de territorialidade, uma das principais características do sistema de franquias não era considerada legítima para o direito europeu.

veiculação nacional de comunicação, o número cada vez maior de pequenos empresários com grande vitalidade, mas sem apoio e preparo”⁵.

Por essas e outras razões, os investidores buscam, nas franquias, modelos de negócio mais seguros, nos quais encontrarão assessoria por parte do franqueador, além de trabalharem com uma marca previamente testada e consolidada junto ao mercado consumidor.

Justamente neste quadrante, como será estudado neste trabalho, é possível notar que as redes de franquia precisam se proteger por meio da inclusão da cláusula de não concorrência em seu contrato padrão, para que todo o suporte e informações entregues ao franqueado durante a relação contratual não seja utilizada como instrumento do exercício de concorrência qualificada quando do término da avença.

Por fim, relevante ressaltar que a legislação atinente aos contratos de franquia, que originalmente espelhava o modelo americano, sofreu diversas modificações durante todo esse período, sendo que, atualmente, nota-se que cada um dos países possui legislação própria sobre o assunto, seguindo as normas e costumes locais, os quais ficam delimitados ao respectivo país, conforme explica a jurista Ailed Morejón Grillo⁶:

De acuerdo con la experiencia internacional, las Franquicias van buscando su propia identidad normativa de conformidad y en paralelo a sus necesidades jurídicas. Estas necesidades jurídicas parten, en primer lugar del sistema de relaciones económicas en el que se desarrolle el negocio. No podrán determinar el contrato de Franquicias en los países capitalistas, regidos por la economía de mercado, la libre competencia, la relación oferta-demanda, por mencionar algunas, las mismas disposiciones legales que en los países socialistas.

Hasta hace poco existía escasa o ninguna legislación específica sobre las Franquicias. Los únicos países que la regulaban eran Canadá y Estados Unidos. El primero contaba con una Ley de Franquicias en la provincia de Alberta, mientras que el segundo con la Federal Trade Commission Rule y con leyes estatales. Todos los demás países consideraban a este contrato como producto de la autonomía de la voluntad y, por tanto, sujeto a las reglas generales de los contratos. A partir de fines de la década de 1980 empiezan a aparecer legislaciones tales como la “Ley Doubin” de Francia (1989), la “Ley Especial sobre Franquicias” de Brasil (1995), la Ley Nº 7/96 de España (1996) y el “Proyecto Álvarez-Fernández Meijide” de Argentina (1999).

Gran parte de los países del mundo han creado su propia institución

⁵ MILMAN, Fabio. *Franchising: Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 39.

⁶ GRILLO, Ailed Morejón. *El Contrato de Franquicia*. ISBN-13: 978-84-692-0134-3 Nº Registro: 09/21475. Cuba, 2009. E-book disponível em <http://www.eumed.net/libros-gratis/2009a/478/> Acesso em 07/10/2014 às 16h30.

nacional que organiza en el ámbito interno el sistema de Franquicias. Tal es el caso de la Asociación Brasileña de Franchising y el Instituto Brasileño de Franchising, ambos con sede en Sao Paulo, la Asociación e Instituto Mexicanos de Franquicias, A.C., la Asociación de Franquiciantes Canadienses, Asociación Japonesa de Franquicias(1972), Asociación de Franquiciantes australianos, Asociación Británica de Franquicias(1977), La Asociación Colombiana de Franquicias (ALCOFRAN), Cámara Venezolana de Franquicias (PROFRANQUICIAS), Federación Iberoamericana de Franquicias, la Federación Europea de la Franquicia, entre otras muchas.

La Federación Europea se constituyó el 22 de septiembre de 1972 y está conformada por las asociaciones o federaciones nacionales de Franquicia establecidas en Europa, fundamentalmente de los países integrantes de la Unión Europea(Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal y RFA). Los países miembros de la Federación, se rigen por el llamado Código Deontológico, cuya última modificación entró en vigor el 1 de enero de 1991 y regula en su articulado normas de buenas costumbres y conductas para los usuarios de Franquicias europeas; la Asociación Internacional de Franquicias cuyo surgimiento data del año 1960, con sede en Washington, D.C., Estados Unidos, y muchas otras.

La Asociación Internacional de Franquicias cuyo surgimiento data del año 1960, con sede en Washington, D.C., Estados Unidos, es la organización rectora de la actividad franquiciataria a nivel mundial.

Mais adiante será abordada, especificamente, a legislação aplicável às franquias no Brasil, seus desdobramentos na esfera contratual, bem como a sua aplicação jurisprudencial atual.

1.2. Conceito

A Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994, que disciplina os contratos de franquia empresarial, traz o seu conceito no artigo 2º, nos seguintes termos:

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.

Da leitura do referido dispositivo já se pode observar as principais características do contrato de franquia, que ainda serão abordados neste capítulo, merecendo ser destacado o

fato de que a obtenção da franquia pelo franqueado depende do pagamento de uma taxa inicial, vinculada à obrigação de pagamento de quantias suplementares, e, em contrapartida, o franqueador permite a utilização da marca ou patente e a distribuição de produtos ou serviços.

1.2.1 Visão doutrinária

Para Maria Helena Diniz:

Franquia ou franchising é o contrato pelo qual uma das partes (franqueador ou franchisor) concede, por certo tempo, à outra (franqueado ou franchisee) o direito de usar marca, transmitindo tecnologia (p. ex., General Motors, Coca-Cola), de comercializar marca, desenvolvendo rede de lojas (p. ex., lojas Benetton, O Boticário etc.), serviços (p. ex., o de hotelaria - Hilton, Holliday Inn, Sheraton; o de ensino - Follow Me, CCAA, Yázigi; o de restaurante e lanchonete - McDonald's, Pizza Hut, Casa do Pão de Queijo, Amor aos Pedacos, Café do Ponto etc.) ou produto que lhe pertence, com assistência técnica permanente, recebendo, em troca, certa remuneração. Trata-se de um sistema de parceria empresarial em que o franqueador cede ao franqueado o direito de usar 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 (Lei n. 8.955/94, art. 2º)⁷.

A Lei nº 8.955. de 15 de dezembro de 1994, anteriormente citada traz a maioria das diretrizes jurídicas acerca de tal modelo de negócio.

Doutrinariamente, Orlando Gomes conceitua o contrato de franquia de maneira bastante sinóptica, estabelecendo que se trata de “uma operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de produto seu com assistência técnica para a sua comercialização, recebendo em troca, determinada remuneração⁸”.

Carlos Alberto Bittar incorpora ao conceito de franquia uma das características mais essenciais a este estudo, qual seja, a transferência, do franqueador para o franqueado,

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 3º volume : teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 23. ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. - São Paulo : Saraiva, 2007. p.733.

⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 578.

de *know-how*, o que envolve todo o desenvolvimento e aperfeiçoamento comercial e técnico relativo ao negócio. Apresenta, por fim, conceito estabelecido pela Cour d'Appel de Paris, por meio do qual a franquia é

(...) um método de colaboração entre duas ou várias empresas comerciais, uma franquiadora, outra franquiada, pelo qual a primeira, proprietária de um nome ou de uma razão social conhecidos, siglas, símbolos, marca de fábrica, de comércio ou de serviços, bem como de *savoir-faire* particular, coloca à disposição da outra o direito de utilizar, mediante um pagamento ou outra vantagem, uma coleção de produtos ou de serviços, originais ou específicos, para os explorar obrigatoriamente e totalmente segundo técnicas comerciais experimentadas, desenvolvidas periodicamente recicladas, de uma maneira exclusiva, para o fim de realizar um melhor impacto sobre um mercado considerado e de obter um desenvolvimento acelerado da atividade comercial das empresas envolvidas⁹.

Fran Martins, por sua vez, aborda mais elementos na formação do conceito do contrato de franquia, estabelecendo se tratar de

(...) contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligadas por um vínculo de subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos¹⁰.

Feitos tais esclarecimentos, parece-nos que o contrato de franquia mostra-se opção bastante atrativa ao mercado, já que o franqueado pode utilizar-se de conceito já aceito e desenvolvido para desenvolvimento de seus negócios, devendo fornecer ao franqueador, determinada remuneração.

1.2.2 Natureza jurídica e objeto

No modelo atualmente praticado, insta ressaltar que o contrato de franquia empresarial reúne em si características de uma série de outros contratos típicos, dentre eles,

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 160/161.

¹⁰ MARTINS, Fran. *op. cit.* p. 440.

exemplificativamente, estão a distribuição, a cessão onerosa para uso de marca ou patente, e a concessão exclusiva. É, por isso, um contrato de natureza jurídica híbrida, no qual elementos de contratos distintos se unem para formar um outro indissolúvel.

Segundo Fran Martins, pode ser classificado como um negócio jurídico bilateral (firmado entre franqueado e franqueador, criando obrigações permanentes para ambos), típico (regulado pela Lei nº 8.955/94), *intuitu personae* (pois as características pessoais dos contratantes são determinantes para a realização do negócio), consensual (a convergência de vontades dos contratantes é suficiente para dar efetividade ao negócio), oneroso (pois remunerado) e de execução continuada (gera obrigações sucessivas enquanto estiver vigente)¹¹.

Conforme artigos 2º (anteriormente transcrito) e 3º Lei nº 8.955/94¹² anteriormente

¹¹ MARTINS, Fran. *op. cit.* p. 443.

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

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

citados, a franquia empresarial pode ter por objeto produtos ou serviços, sem qualquer exclusão, desde que garantidos por uma marca registrada e que o franqueador possa conceder a comercialização dos mesmos a terceiros. Tais produtos e serviços serão explorados pelo franqueado de acordo com as normas estabelecidas pelo franqueador e sob sua supervisão técnica.

1.2.3 Forma e características

O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de duas testemunhas e sua validade independe de registro perante cartório ou outro órgão público, conforme determinação do artigo 6º da lei nº 8.955/94.

Além disso, possui algumas características relevantes, que o distingue das demais figuras contratuais existentes no mundo empresarial.

Para configuração do contrato de franquia, é necessário que o franqueador seja titular de determinada marca e do *know how* necessário para desenvolvimento do negócio. Importante, ainda, a existência da figura do franqueado, que promoverá a exploração da marca e comercialização do produto ou serviço com assistência técnica e supervisão do franqueador, sendo tal assistência a característica que faz com que a franquia se diferencie da mera cessão de utilização de marca ou distribuição de produto.

Simultaneamente, uma das principais características da franquia é a autonomia do

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.

franqueado, inexistindo vínculo de subordinação ou emprego entre ele e o franqueador. Trata-se de autonomia jurídica, financeira e administrativa, já que o franqueador, além de não ser empregado, não é ligado ao franqueado na forma de sucursal ou filial, tratando-se de pessoa jurídica distinta. Porém, em alguns aspectos, essa autonomia é relativa, pois existem “um sem-número de obrigações oriundas do contrato de franquia que tolhem a ação do franqueado, apesar de ser ele uma empresa independente da franqueadora¹³”.

Parece-nos que também é inerente ao contrato de franquia a colaboração recíproca entre os contratantes, que estabelecem uma parceria que objetiva a produção e/ou distribuição de bens ou prestação de serviços, na qual cada uma das partes exercerá uma função específica com o suporte da outra.

Além disso, conforme ensina Fran Martins, a franquia estabelece uma rede para essa produção e/ou distribuição de bens ou prestação de serviços que agrega vantagens ao franqueador (o qual amplia o alcance de sua marca suportando menores encargos) e ao franqueado (que lidará com produtos e serviços já conhecidos no mercado, com assistência e publicidade do franqueador)¹⁴.

Outra relevante característica do contrato de franquia é a territorialidade, pois que, tanto o franqueado não pode ampliar sua atuação a território no qual não está autorizado a ingressar, como o franqueador não deve autorizar que diferentes franqueados atuem no mesmo território. Assim, deve estar delimitado de maneira clara o espaço geográfico abrangido por cada contrato de franquia.

No ponto, um parêntesis merece ser aberto para se destacar que a clara demarcação geográfica no contrato de franquia é de suma relevância também quando da finalização do negócio jurídico. Isso porque, como se verá, a cláusula de não concorrência inserta na avença terá como um de seus limites, o chamado limite espacial, o qual estabelece que o franqueado somente não pode se restabelecer na mesma área geográfica de sua antiga atuação (já que é neste local que exercerá concorrência qualificada ao franqueador).

Por último, deve ser mencionado, como marcante característica do contrato de franquia, o fato de que nessa figura, há a cessão de *know-how* por parte do franqueador para que o franqueado opere de forma mais segura no mercado já previamente estabelecido.

¹³ MARTINS, Fran. op. cit., p. 442.

¹⁴ Ibidem, Fran. op. cit., p. 440.

1.2.4 Função social e econômica

A estrutura e características do contrato de franquia fazem com que essa espécie de negócio tenha relevante função social e econômica no mercado brasileiro.

Sob o prisma da função econômica, “o franqueador amplia a rede sem precisar abrir filiais, o franqueado ingressa no mercado baseado em imagem empresarial conhecida e o consumidor tem mais opções de compra e preços¹⁵”.

Em outras palavras, o sistema de franquias permite que o franqueador promova a expansão de seu negócio, com capital de terceiro, ainda que em momento econômico desfavorável, concedendo a oportunidade aos franqueados iniciarem-se no ramo comercial por meio da utilização de modelos previamente testados, diminuindo as chances de insucesso.

No que se refere à função social do contrato de franquia, deve ser salientado que, exatamente em razão da utilização de marcas já consolidadas no mercado, o franqueado não precisa, necessariamente, possuir prévia experiência comercial, devendo, apenas, seguir as orientações do franqueador para ingresso no mercado já previamente estabelecido. E, posteriormente, os ‘novos empresários’ podem se utilizar dos conhecimentos e experiência adquiridos no exercício da franquia, o que pode habilitá-los à montagem de um novo empreendimento ao final do contrato.

1.3 Espécies de franquia

No que se refere ao tipo de atividade que será exercido (conteúdo), a franquia pode ser classificada em franquia de serviços, franquia de produção, franquia de distribuição ou franquia de indústria¹⁶.

Qualquer tipo de serviço pode ser objeto de contrato de franquia de serviços, na qual o franqueador proporciona ao franqueado um modo original e pessoal de prestá-los,

¹⁵ MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais: atualizados pelo Código Civil de 2002 e leis posteriores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 376.

¹⁶ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 45.

sendo que este último deverá obedecer aos padrões necessários que tornaram o modelo conhecido e confiante aos consumidores.

De acordo com Adalberto Simão Filho, na franquia de produção, os franqueados comercializam produtos que são produzidos pelo próprio franqueador e que já foram previamente testados e recebidos pelo mercado. Ainda, esclarece o mesmo doutrinador que, já na franquia de distribuição, o franqueador seleciona terceiros que fabricarão os produtos a serem distribuídos pelos franqueados através de comercialização com o mercado consumidor. Por último, leciona que a franquia de indústria, por meio da qual a produção dos bens se dá pelo próprio franqueado, que detém, para tanto, *know-how* repassado pelo franqueador, que pode incluir tecnologia, métodos e, até mesmo, segredos de indústria¹⁷.

A franquia também pode ser classificada de acordo com a forma em que estruturada, não sendo relevante ao presente estudo a verificação individualizada de cada um dos tipos de formatação¹⁸.

1.4 Elementos do contrato de franquia

O contrato de franquia possui alguns elementos essenciais, os quais serão abordados nos itens subsequentes.

1.4.1 Circular de oferta de franquia

A Lei nº 8.955/94 trouxe, em seu artigo 3º, a obrigação ao franqueador que tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial de fornecer ao interessado em tornar-se franqueado, dez dias antes da assinatura do contrato de franquia, uma circular de

¹⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Op. Cit.* p. 45/46.

¹⁸ Cabível informar que, quanto à forma, a franquia pode ser classificada em: mista, master, *corner*, associativa, financeira, multifranchise, multimarcas, de nova instalação, de conversão, de desenvolvimento de área, ou itinerante (SIMÃO FILHO, Adalberto. *Op. cit.* p. 47).

oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, a qual deverá conter, obrigatoriamente, uma série de informações, elencadas em seus incisos¹⁹.

Parece-nos que, conforme se extrai da leitura o artigo anteriormente citado, é por meio deste documento que o franqueador expõe todas as informações da empresa, inclusive aquelas que podem vir a ser consideradas negativas (por exemplo, balanços, demonstrações financeiras e pendências judiciais), bem como esclarece as normas que regem o sistema de franquias por ele estabelecido (tais como investimento inicial, taxas inicial e periódicas, territorialidade, situação do franqueado após a expiração do contrato de franquia com relação ao sigilo e não restabelecimento, entre outros).

A circular de oferta de franquia tem efeito vinculante e integra o contrato de franquia posteriormente assinado²⁰.

Pela análise da alínea b, do inciso XIV, do artigo 3º da Lei nº 8.955/94, a circular de oferta de franquia deve informar a situação do franqueado, após o término do contrato de franquia, em relação à “implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador”; assim, já neste momento, parece-nos que deve o franqueador antecipar os termos da cláusula de não concorrência que constará da futura avença.

Conforme leciona Irineu Mariani, em caso de descumprimento da obrigação de entrega da circular de oferta de franquia no prazo legal, ou caso haja divulgação de informação falsa no referido documento, o contrato de franquia poderá vir a ser anulado, podendo o franqueado exigir o recebimento de perdas e danos. Tal anulação, no entanto, dependerá da análise de cada caso em particular, pois se entende que, nos casos em que o franqueador possibilitou ao franqueado a obtenção de informações suficientes a respeito da franquia desejada, não há se falar em anulação da avença²¹.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celia Boudin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006. p. 39.

²¹ Na doutrina, posiciona-se nesse sentido Irineu Mariani, ob. cit., p.383. Na jurisprudência, podem ser destacados os seguintes julgados: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação n. 9137830-50.2003.8.26.0000*, Relator Cauduro Padin, j. 20/08/2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3215573&cdForo=0&vlCaptcha=dzvta>>. Acesso em: 14 jun. 2014; e SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação n. 9055887-79.2001.8.26.0000*, Relator Thiers Fernandes Lobo, j. 24/04/2007. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=491948&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

1.4.2 Cláusulas essenciais

O contrato de franquia deve estabelecer, de forma clara, os direitos e obrigações dos contratantes.

Conforme ensina Maria Helena Diniz:

Não há um contrato standard para a franquia. Todavia, muitas dessas cláusulas já estão consubstanciadas em cláusulas-padrão impressas, em função da prática dos negócios. Há cláusulas que são imprescindíveis para caracterizar a franquia, como as atinentes ao prazo do contrato, que varia de um a cinco anos; à delimitação do território, para que se saiba onde o franqueado poderá atuar com exclusividade; à determinação da localização, ou seja, do local onde se estabelecerá o franqueado; às taxas de franquia, devidas pela exploração e pelo uso das marcas do franqueador, inclusive as suas insígnias e sinais de propaganda; às cotas de vendas; ao direito de o franqueado vender a franquia; ao preço das mercadorias franqueadas, que em regra é fixado pelo franqueador, dando um abatimento ao franqueado, o que constituirá o lucro deste nas vendas realizadas, de modo que, se o franqueado quiser alterar o preço, deverá ser autorizado pelo franqueador; ao cancelamento do contrato, esclarecendo os motivos que poderão extingui-lo²².

Conforme leciona Adalberto Simão Filho, caberá ao franqueador a frequente melhoria dos produtos ou serviços oferecidos, a realização de constantes trabalhos promocionais e publicitários, a adoção de medidas para fortalecimento do relacionamento com a clientela, a prestação de toda a assistência técnica necessária, e o respeito à delimitação territorial estabelecida com o franqueado. A este último, por sua vez, caberá a realização dos pagamentos a que se obrigou, a integral adequação ao modelo formulado pelo franqueador e o respeito à marca que utiliza e aos segredos comerciais e industriais que lhes foram transmitidos²³.

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

(...) os franquiados devem assumir as seguintes obrigações: não concorrência, confidencialidade, respeito aos métodos comerciais e *know-how* transmitidos, publicidade uniforme, pagamento dos *royalties* iniciais e proporcionais. O contrato deve prever, ainda, exclusividade recíproca entre as partes. Especial atenção deve ser dada para os efeitos da ruptura do contrato, tendo em vista a cessação do uso da marca e outros sinais

²² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 3º volume : teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 23. ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. - São Paulo : Saraiva, 2007. p.735.

²³ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 67.

distintivos licenciados, estoques existentes e materiais impressos. A cláusula de não concorrência proíbe ao franquiado durante o contrato, e um certo tempo após sua ruptura, de se interessar direta ou indiretamente por uma atividade idêntica na mesma zona geográfica²⁴.

As cláusulas contratuais nesse tipo de negócio jurídico são as mais variadas, a depender na natureza dos produtos e serviços comercializados, bem como dos interesses das próprias partes. Dentre as principais cláusulas do contrato de franquia, consideradas necessárias para a sua própria caracterização, encontram-se o prazo do contrato, a delimitação do território e da localização, as taxas de franquia, a quota de vendas, o direito de o franqueado vender a franquia e a extinção do contrato²⁵.

A Lei 8.955/94 não estipula regra para o prazo do contrato de franquia. Parece-nos que, de acordo com as tendências de mercado, em geral, é ele fixado entre um e cinco anos. Ainda, entendemos que caberá ao franqueado analisar, com cuidado, se o prazo estabelecido na avença é suficiente para lhe trazer retorno quanto ao investimento aportado no negócio.

A localização do estabelecimento do franqueado também sofre ingerência por parte do franqueador que, após estudos de viabilidade do ponto comercial aprova ou não o local escolhido pelo franqueado.

Ainda com relação à territorialidade, deve ser estabelecida de maneira clara a região de atuação do franqueado, local em que este terá exclusividade de utilizar a marca e comercializar os produtos ou serviços do franqueador. Tal providência objetiva proteger o franqueado de eventual concorrência danosa e evita o adensamento de pontos de mercado, o que poderia ser prejudicial até mesmo para o franqueador. Também, da análise dos fundamentos básicos do Direito Contratual, que determinam a necessidade de estipulação de cláusula penal em contratos das mais variadas espécies, parece-nos que devem ser estabelecidas na avença as sanções a que as partes estarão submetidas em caso de descumprimento de tais obrigações.

No que se referem às taxas relativas à franquia, em geral, são fixados: (i) a taxa inicial (ou de filiação), que é o pagamento inicial exigido pelo franqueador para permitir que o franqueado entre na rede de franquias e receba todos os benefícios dela advindos; (ii) o percentual sobre as vendas (também conhecidos por *royalties*), que é o pagamento periódico que o franqueado faz ao franqueador com base no faturamento do negócio, sendo

²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. op. cit., p. 162.

²⁵ MARTINS, Fran. op. cit., p. 447.

que a quota de vendas também deve estar estabelecida na avença; e (iii) a obrigação de pagamentos a títulos diversos, que podem englobar seguros, taxas de publicidade, aluguel de equipamentos ou do ponto comercial, entre outros valores que devem ser estabelecidos de maneira clara no contrato.

Já a cláusula que permite ao franqueado vender a franquia decorre da sua autonomia frente ao franqueador, mas este último deverá aprovar previamente o substituto ingressante na sua rede.

Com relação à cláusula de extinção do contrato, deverá ela estabelecer as razões que levam à finalização do contrato e as consequências do término da relação obrigacional²⁶.

Além destas, bastante relevante no contrato de franquia a cláusula de cessão de direitos, uma vez que, com a assinatura da avença há a transferência de parte da propriedade imaterial pertencente ao franqueador (o que engloba não só a marca ou patente, como também o próprio *know how*, métodos e sistemas operacionais da rede de franquia).

Por último, importante mencionar a existência de outras inúmeras cláusulas que são bastante recorrentes nos contratos de franquia, como a cláusula de não concorrência, a cláusula de dedicação exclusiva, o direito de o franqueador fiscalizar os livros do franqueado, entre outras.

1.5 Extinção do contrato

O contrato de franquia se extingue nas formas previstas em lei ou nele próprio. A regra é que o contrato terminará ao final do prazo estipulado para tanto (caso não haja previsão de sua prorrogação) ou através de distrato. Mas a sua finalização também poderá se dar pela rescisão unilateral em função de inadimplemento de obrigação prevista na avença por algum dos contratantes ou pela extinção unilateral sem justa causa, desde que

²⁶ O ponto será melhor abordado no próximo tópico deste estudo.

prevista essa possibilidade na avença²⁷. Por fim, o contrato pode ser extinto se anulado judicialmente, nos termos do art. 4º, parágrafo único da lei nº 8.955/94²⁸.

Com a finalização da avença surgem algumas questões cujas respostas devem constar expressamente do contrato, como a regulação dos direitos sobre instalações, estoques, entre outros, a cessação do uso da marca e outros sinais distintivos, e a possibilidade de indenização do franqueador ante a perda da clientela.

De relevância aqui, no entanto, o fato de que a extinção do contrato de franquia faz nascer a possibilidade de o franqueado se restabelecer no mesmo nicho econômico e na mesma região; tal restabelecimento somente poderá ser afastado pelo franqueador caso exista, no contrato, a cláusula de não concorrência, a qual não permite que o franqueado, direta ou indiretamente e por certo lapso de tempo, opere no mesmo ramo de atuação em determinada área geográfica. A existência dessa obrigação negativa pós-contratual tem o condão de proteger toda a rede de franquia, após a extinção do contrato.

²⁷ Há entendimento jurisprudencial no sentido de que, ainda que não haja cláusula que permita a extinção unilateral sem justo motivo, não há se falar em manutenção do contrato sem a vontade de uma das partes, sendo possível a rescisão contratual por denúncia vazia com fundamento na violação ao princípio da autonomia da vontade e do direito da livre pactuação, arcando o interessado pelo pagamento de perdas e danos na forma do contrato (TJSP, 20ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 7.114.778-1, Relator Cunha Garcia, j. em 13/03/07).

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 54.

2. A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA NO DIREITO PÁTRIO

2.1 Aspectos gerais da cláusula de não concorrência

Feitos os esclarecimentos iniciais sobre a evolução histórica, bem como sobre as principais características do contrato de franquia em si, o presente capítulo será destinado a tratar das questões atinentes à cláusula de não concorrência propriamente dita.

2.1.1 Conceito e fundamentos

A obrigação de não concorrência é uma obrigação de não fazer cujo objetivo é impedir que aquele que a ela está submetido se restabeleça de modo a desviar a clientela da outra parte.

Conforme se demonstrará ao longo deste capítulo, para cumprimento da obrigação de não concorrência, o princípio da livre iniciativa do empresário é limitado por um determinado lapso temporal e apenas no que se refere a específico bem ou serviço em um local previamente determinado, a fim de que outra pessoa tenha liberdade de atuação naquele mercado, sem enfrentamento de concorrência qualificada.

Em diversos países, a doutrina já apresentou um grande número de teorias que para justificar a legalidade dessa obrigação, merecendo destaque a teoria da boa-fé contratual e a da concorrência qualificada²⁹.

A primeira é norteadada pelo princípio da boa-fé contratual, previsto no artigo 422 do Código Civil, que, além de incidir nas fases pré-contratual e contratual, também deve guiar as atitudes das partes na fase pós-contratual, a fim de limitar os direitos subjetivos dos contratantes para que não seja frustrada a justa expectativa das partes ao contratar.

De outro lado, a teoria da concorrência qualificada entende que a competição por

²⁹ Outras teorias justificadoras da legalidade da obrigação de não concorrência já aceitas pela doutrina e jurisprudência brasileiras são a teoria da evicção, teoria da turbação e teoria da concorrência desleal, muito bem estudadas em MARTORANO, Luciana dos Santos. *Obrigação de não concorrência os contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

parte daquele que está obrigado a não concorrer é ilícita, pois “proveniente de sujeito detentor da expertise (*know-how*) necessária à atividade econômica, capaz de conferir aviamento subjetivo (e, por conseguinte, expectativa de geração de lucro) ao estabelecimento empresarial³⁰”. Assim, de acordo com essa última corrente, a pessoa que deve se submeter à obrigação de não fazer é aquela que está em uma posição de vantagem na competição com os demais empresários daquele mercado, por ter adquirido uma expertise relevante em determinado momento.

Sobre o ponto, relevante destacar o posicionamento do jurista Português Miguel Gorjão-Henriques, que explica o posicionamento atual majoritário para avaliar-se a possibilidade de inclusão de cláusula limitadora de concorrência em contratos:

Quanto a este ponto, já referimos que se busca hoje atingir uma estrutura concorrencial que se afirme praticável ou eficaz, abdicando-se da procura de realização de um qualquer modelo – que já de si corresponderia a uma utopia do sistema – de concorrência pura e perfeita. O Tribunal de Justiça afirmou, há mais de 20 anos, que o modelo é de concorrência eficaz, utilizando mesmo a expressão típica da sua origem norte-americana – *wrokable competition*-, o que implica recusar um preenchimento formalista e restritivo do conceito de restrição de concorrência e a sua subordinação à presença de certos requisitos: no caso, à apreciação do seu <<*contexto econômico e jurídico*>>. Um tal conceito supõe ainda que se vá além da mera determinação da natureza de um contrato antes implicado, entre outros factores, uma correcta averiguação do mercado relevante, incluindo a identificação da natureza e quantidade de produtos (ou serviços) que são objeto do acordo, a importância relativa das partes no conjunto do mercado relevante, o carácter isolado ou não do acordo, o rigor das cláusulas que restringem a liberdade das partes e de terceiros (por exemplo, se impedem ou não importação paralelas). Factores estes que, no essencial, decorrem da análise das cláusulas contratuais³¹.

As discussões relativas à obrigação de não concorrência têm origem em contratos de trespasse, por meio do qual o estabelecimento empresarial é alienado a outrem, estando o alienante impedido de se restabelecer na mesma área de atuação do adquirente, em determinada área geográfica e por certo intervalo temporal, a fim de que este último não sofra com a concorrência qualificada do primeiro, capaz de desviar-lhe a clientela e esvaziar o contrato previamente firmado. Parece-nos que foi nesse contexto empresarial que doutrina e jurisprudência desenvolveram e aplicaram a obrigação de não concorrência

³⁰ MARTORANO, Luciana dos Santos. *Obrigação de não concorrência os contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 111.

³¹ GORJÃO- HENRIQUES, Miguel. *Direito Comunitário*. 5. ed. Coimbra, Portugal: Biblioteca Nacional de Portugal, Edições Almedina, 2002., p.548.

ao alienante de estabelecimento empresarial, conforme mais adiante será demonstrado.

No Brasil, a obrigação de não concorrência foi positivada apenas no Código Civil de 2002, através do artigo 1.147, que dispõe acerca da sua aplicação automática caso não haja previsão em contrário no contrato, mais especificamente nos negócios jurídicos que envolvam a alienação, arrendamento ou usufruto de estabelecimento empresarial.

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

Com a evolução das atividades empresariais e das parcerias comerciais, a obrigação de não concorrência passou a ter grande relevância em outras figuras contratuais, como no contrato de franquia, cuja aplicação será analisada no presente trabalho.

Por último, importante anotar que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência está estruturado pela Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, norma esta que dispõe acerca da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e concorrencial. Sendo assim, parece-nos que os impactos da obrigação de não concorrência e a sua aceitação pelo direito antitruste poderia vir a ser estudada com base no exame da mencionada lei, bem como da jurisprudência representativa da análise casuística feita pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). No entanto, concluímos com observação de que o presente trabalho está focado tão somente em verificar a validade e aplicação da cláusula de não concorrência no âmbito civil, deixando a análise do direito concorrencial para uma próxima oportunidade.

2.1.2 Natureza jurídica e características

A obrigação de não concorrência consiste em obrigação de não fazer, infungível e intransmissível, indivisível e acessória.

É de não fazer, pois obriga o sujeito a abster-se, por certo lapso temporal e em determinada localização geográfica, de competir com outrem dentro de um mesmo mercado, a saber:

(...) o devedor compromete-se a não realizar algo que normalmente, estando ausente a proibição, poderia fazer. O cumprimento ou adimplemento dessa obrigação dá-se de forma toda especial, ou seja, pela abstenção mais ou menos prolongada de um fato ou de um ato jurídico³².

A obrigação de não concorrência também é infungível e intransmissível porque somente deve recair sobre aquele envolvido no negócio jurídico e detentor do *know-how* sobre o estabelecimento que possa gerar desvio de clientela, não podendo ser transferida para terceiros.

Nesse sentido, deve ser levado em consideração o fato de que “a condição de parente do impedido não confere *know-how* capaz de desviar a clientela – quem pode e deve assumir o polo passivo da obrigação é aquele capaz de desviar a clientela”³³. Porém, importante destacar que eventual simulação para formação de empresa pelo ex-franqueado mediante a utilização de ‘sócio de fachada’ para atuar no mesmo ramo econômico, poderá ser considerada como descumprimento da obrigação de não concorrência.

Caso o impedido administre ou ajude no planejamento de novo estabelecimento, haverá fraude, o que poderá representar, além do descumprimento da obrigação, crime de concorrência desleal, por desviar a clientela com meios ilícitos.

A simulação acima apontada se sustenta porque o transmitente do estabelecimento infringiu a regra de não concorrência por meios indiretos, por meio de interposta pessoa³⁴.

Ainda, trata-se também uma obrigação indivisível, já que apenas pode ser adimplida em sua integralidade, conforme conceito constante do artigo 258 do Código Civil.

Além disso, conforme leciona Geisy Fiedra, a obrigação de não concorrência sempre será acessória a um contrato principal já que não nasce nem subsiste por ela

³² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002., p.

³³ FIEDRA, Geisy. *Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2007. p. 105.

³⁴ *Ibidem*, p. 101.

mesma³⁵. Isso quer dizer que as partes não podem escolher pactuar simplesmente a não concorrência (já que isso revelaria confronto a importantes princípios constitucionais sem que houvesse fundamento para tanto), mas tal obrigação deve advir para garantia de cumprimento do objeto de uma avença principal.

Por fim, importante mencionar que a obrigação de não concorrência pode se originar da lei ou do contrato. Será uma obrigação legal nas hipóteses do artigo 1.147 do Código Civil (ou seja, nas transações que envolvam alienação, arrendamento ou usufruto de estabelecimento comercial), desde que não haja estipulação em contrário; será uma obrigação contratual, quando se originar da própria vontade dos contratantes, podendo ser inseridas em contratos diversos (como, por exemplo, num contrato de *join-venture*, de colaboração ou de franquia).

2.1.3 Princípio da livre iniciativa

A livre iniciativa é princípio alçado pela Constituição Federal a fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica, conforme ditames dos artigos 1º, IV³⁶ e 170, *caput*³⁷. De acordo com tal norma, todos têm a prerrogativa de entrar e sair do mercado para exercer qualquer atividade econômica; assim, à primeira vista, não seria permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro a inserção de obrigação de não concorrência em contratos particulares.

Isso porque, diante de tudo quanto já foi exposto, é incontestável a premissa de que a obrigação de não concorrência, ao impor restrições ao exercício da atividade empresarial a determinada pessoa, flexibiliza o princípio constitucional da livre iniciativa, motivo pelo qual deve ser imposta somente em situações específicas, nas quais seja necessária para que o negócio jurídico firmado entre as partes atinja plenamente o resultado pretendido.

³⁵ FIEDRA, Geisy. *op. cit.* p. 102/103.

³⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

³⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

Nesse contexto, a cláusula de não concorrência pactuada entre agentes econômicos (e desde que limitada aos aspectos material, temporal e espacial) funciona como verdadeira ferramenta de viabilização do negócio jurídico encetado, operando, nesses casos, como uma excludente de antijuridicidade em relação à regra geral de inconstitucionalidade de obrigações que inibam, restrinjam ou interditem a concorrência³⁸.

Além disso, outro fundamento justificador da legalidade da inserção da obrigação de não concorrência em determinados negócios jurídicos é que a mitigação do princípio da livre iniciativa é necessária para que seja dado integral cumprimento a outro princípio, igualmente relevante na ordem jurídica brasileira: o princípio da livre concorrência, que garante àqueles que estão inseridos no mercado, plenas condições de permanência.

Nesse passo, pugnando o princípio da livre concorrência pela regra geral de existência de concorrência ampla entre os agentes econômicos, a obrigação de não concorrer funciona como interdição específica e temporária ao exercício do direito constitucional à livre iniciativa exatamente para servir à promoção da concorrência dos mercados³⁹.

Assim, deve-se considerar o fato de que a estipulação de obrigação de não concorrência apenas representa uma restrição temporária e pontual de restabelecimento por parte de pessoa que poderia vir a exercer concorrência qualificada com outro *player* atuante no mercado, como é o caso do ex-franqueado, ao término da relação contratual de franquia.

De toda forma, tratando-se de obrigação que restringe direitos fundamentais do cidadão, a sua interpretação deve ser sempre restritiva e a sua aplicação deve ser dar na exata proporção daquilo que se deseja assegurar por meio da sua inserção no pacto particular.

2.1.4 Limitações

Exatamente por representar exceção ao princípio da livre iniciativa ao impedir que uma pessoa desenvolva atividade empresarial, para que seja considerada válida, a cláusula

³⁸ MARTORANO, Luciana dos Santos. *op. cit.*, p. 117.

³⁹ *Ibidem*, p. 126.

de não concorrência deve observar alguns limites, a serem fixados com base no princípio da razoabilidade. Tais limitações serão de ordem material, temporal e espacial.

O limite material se refere, de maneira específica, ao produto ou serviço que a empresa que está por detrás do negócio jurídico celebrado entre as partes desenvolve. Conceitos de direito concorrencial auxiliam a verificação *in casu* da existência ou não de competitividade entre duas atividades exercidas por pessoas diferentes (art. 36, IV, da Lei n. 12.529/11⁴⁰). Deve-se observar, especificamente, se os produtos ou serviços comercializados por aquele que se obrigou a não concorrer com o franqueador substituem aqueles colocados no mercado pela franquia; em caso positivo, estar-se-á diante da violação da obrigação⁴¹.

Já o limite espacial diz respeito à área geográfica em que não poderá haver o restabelecimento, ou seja, a delimitação do raio em que a atuação daquele obrigado a não concorrer representaria concorrência qualificada capaz de desvio de clientela da parte interessada.

No que se refere ao aspecto temporal, este está ligado ao período em que a obrigação de não concorrência vigerá, já que ninguém pode ser obrigado a manter-se fora de algum ramo de atuação por tempo indeterminado. Quando a obrigação de não concorrência decorre de ordem legal (artigo 1.147 do Código Civil), o limite temporal será de cinco anos quando celebrado contrato de trespasse ou enquanto durar o contrato, nos casos de usufruto ou arrendamento. Em outras figuras contratuais, os limites devem se pautar no princípio da razoabilidade e poderão ser limitados por decisões do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica - ou do Poder Judiciário.

2.1.5 Violação à obrigação de não concorrência

O descumprimento da obrigação de não concorrência (que, como visto, se trata de obrigação de não fazer) significa que aquele que deveria se sujeitar à cláusula estabeleceu-se no mercado de modo a fazer concorrência com aquele que estava protegido pela

⁴⁰ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

⁴¹ MARTORANO, Luciana dos Santos. *op. cit.*, p. 132.

obrigação.

Configura-se a infração, quando o transmitente, de qualquer forma, desvia a clientela do estabelecimento transferido, por meio de prestígio e das informações que adquiriu na empresa antiga. Assim, haverá infração não só quando o transmitente abrir novo estabelecimento em seu próprio nome, mas também quando o fizer em nome de pessoa interposta, por meio da qual administra⁴².

No caso de violação à obrigação de não concorrência, poderá haver o ajuizamento de ação judicial de obrigação de não fazer, na qual poderá ser formulado pedido de antecipação de tutela, com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil, para que o sujeito passivo cesse, imediatamente, as atividades empresariais que representem concorrência qualificada e que estejam sob o manto da cláusula de não concorrência. A ordem judicial poderá vir acompanhada da estipulação de multa em caso de descumprimento.

Parece-nos que, a depender das normas contratuais, a ação poderá conter pedido de condenação do réu ao pagamento de multa por descumprimento de cláusula contratual, sem prejuízo de eventuais perdas e danos que forem possíveis de ser demonstradas no processo judicial.

2.2 Obrigação de não concorrência no contrato de franquia

2.2.1 Posicionamento jurisprudencial

A inserção da cláusula de não concorrência em qualquer tipo de contrato foi bastante discutida na jurisprudência, principalmente antes da edição do Código Civil de 2002, quando essa obrigação de não fazer foi regulada para determinadas figuras contratuais (negócios jurídicos que envolvam a alienação, arrendamento ou usufruto de estabelecimento empresarial).

Em um primeiro momento, a discussão que se estabelecia nos Tribunais dizia respeito à licitude da cláusula de não concorrência e cuidava, especificamente, dos

⁴² FIEDRA, Geisy. *Op. cit.* p. 129.

contratos de alienação de estabelecimento empresarial⁴³.

Após a consolidação jurisprudencial acerca da validade da inserção de tal obrigação de não fazer nessa figura contratual, que acabou por se materializar por meio do art. 1.147 do Código Civil de 2002, a jurisprudência passou a discutir os limites (material, temporal e geográfico) em que poderia ser acordada⁴⁴. Além disso, a sua utilização foi ampliada para outras figuras contratuais, como é o caso do contrato de franquia, o que passou a exigir dos Tribunais um posicionamento acerca do tema.

Atualmente, é muito comum que se coloque no contrato de franquia a chamada cláusula de não concorrência, na qual é estabelecido um prazo após a resolução contratual em que o franqueado não poderá exercer as mesmas atividades desempenhadas pela franqueadora.

Com relação ao contrato de franquia, essa cláusula tem sua legalidade um pouco discutida, mas a grande maioria da jurisprudência defende a sua ampla aplicação, como se pode ver da seguinte ementa:

TUTELA ANTECIPADA - Obrigação de não-fazer - Contrato de franquia rescindido - Inconteste violação, pelos réus, da cláusula de não-concorrência, segundo a prova dos autos - Inocorrência de afronta ao art. 170 e V, da CF, pactuada aquela cláusula com pleno embasamento no inciso XIV (alíneas "a" e "b"), do art. 3º, da Lei 8.955/94 - Presença dos requisitos do art. 461 do CPC - Antecipação da tutela concedida em sede singular - Decisão mantida - Recurso improvido^{45;46}.

No entanto, merece ser citado o posicionamento contrário, ou seja, que defende o princípio constitucional da livre concorrência como fundamento para afastar a cláusula de não concorrência no contrato de franquia:

⁴³ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 278.

⁴⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação com revisão n. 9137211-96.1998.8.26.0000*. Relator Oséas Davi Viana, j. 21/08/2002. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=435308&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014. Neste acórdão, considerou-se válida a cláusula de não concorrência na qual o alienante do estabelecimento comercial se obrigou a não se estabelecer no mesmo ramo de negócio, no raio de 2000 metros, facultando o estabelecimento em outro ramo de negócio na mesma área de interdição ou fora dela, no mesmo bairro, no mesmo ramo de negócio. Neste caso, não fora estabelecido pelas partes o prazo de vigência da cláusula de não concorrência, tendo o acórdão fixado o mesmo em vinte anos.

⁴⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 7327909500*. Relator Thiers Fernandes Lobo, j. 29/07/2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3985397&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

⁴⁶ No mesmo sentido: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 1249327900*, Relator A. Santini Teodoro, j. 09/03/2004. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=86198&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

(...) LIVRE CONCORRÊNCIA - cláusula contratual que impõe restrições ao exercício da atividade do antigo franqueado - disposição contratual que fere princípio constitucional - recurso improvido (...)⁴⁷.

Ainda que exista esse posicionamento citado, insta salientar que se trata de entendimento minoritário, sendo que a referida cláusula é amplamente aplicada aos contratos de franquia.

As justificativas para grande aplicação dessa cláusula são muitas, mas podem ser resumidas pelo privilégio de informações que detém o franqueado ao término do contrato em virtude da transferência de *know-how* no exercício do contrato de franquia, além do fato de já ter obtido acesso à clientela do franqueador.

As decisões costumam se pautar nas alíneas “a” e “b”, do inciso XIV, do art. 3º, da Lei nº 8.955/94 a fim de afastar eventual concorrência desleal, como se vê da conclusão do Desembargador Thiers Fernandes Lobo:

Sendo o sistema de franquia o componente final de um negócio formatado e desenvolvido pelo franqueador, qualquer franqueado, ao término da relação contratual, é detentor de enorme gama de informações e conhecimentos técnicos que lhe são transferidos em caráter confidencial pelo franqueador, havendo necessidade do franqueador proteger o seu negócio ao término da relação contratual, encontrando o estabelecimento dessa salvaguarda de não concorrência o mais absoluto embasamento no inciso XIV (alíneas "a" e "b"), do art. 3º, da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, com o que se afasta qualquer afirmação de violação ao disposto no art. 170 e seu inciso IV, pertinentes à livre iniciativa e à livre concorrência.

O legislador teve por objetivo resguardar o direito do franqueador no tocante aos segredos do seu negócio e contra a concorrência desleal, não havendo dúvidas de que os franqueados, signatários do contrato, através da clareza da cláusula de nº 5.1 (fl. 82), tiveram prévio conhecimento das restrições, obrigações e responsabilidades que teriam para com a franqueadora, após o término da relação contratual, pelo período de 2 (dois) anos, não restando dúvidas de que possa a autora, ora agravada, vir a sofrer risco de ver os segredos e métodos de seu negócio usurpados, caso não seja mantido o deferimento da tutela antecipada (art. 273, inciso I do CPC)⁴⁸.

De toda forma, assim como caminhou a jurisprudência no que se refere à cláusula

⁴⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação n. 9167183-38.2003.8.26.0000*. Relator Miguel Petroni Neto, j. 15/06/2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3803337&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

⁴⁸ Trecho do acórdão proferido quando do julgamento do supramencionado agravo de instrumento n. 9004690-07.2009.8.26.0000.

de não concorrência nos contratos de alienação de estabelecimento, a grande maioria das discussões que se tem acerca da inclusão dessa obrigação negativa no contrato de franquia diz respeito aos seus limites de aplicação (material, temporal e geográfico), estando praticamente superados os debates acerca da sua legalidade.

Assim, quando da análise de casos práticos, os Tribunais têm se atentado para a necessidade de fixação, pelo contrato de franquia, de limite temporal, espacial e material para a cláusula de não concorrência.

Para evitar concorrência pode o contrato estipular restrições ao exercício de atividade similar por certo período. Portanto, havendo cláusula de restrição da atividade por determinado período que não caracterize limitação excessiva aquele que se retira da rede de franquia, como no caso, exige-se sua observância⁴⁹.

Têm sido consideradas válidas e aplicáveis as cláusulas de não concorrência que impeçam o restabelecimento pelo franqueador apenas no que se refere ao mesmo ramo de atuação da franquia, dentro do mesmo espaço geográfico (desde que tal limite espacial seja fixado com moderação) e por período de tempo que não ultrapasse o razoável (o máximo que se admite é o período de cinco anos, estabelecido pela legislação civil para os negócios jurídicos que envolvam a alienação, arrendamento ou usufruto de estabelecimento empresarial)⁵⁰.

A título exemplificativo, devem ser mencionados os seguintes julgados, que consideraram válida a cláusula de não concorrência estabelecida pelo período de três anos e envolvendo a mesma área de atuação do franqueador:

Pedido liminar visando (a) abstenção pelos réus de atuarem em atividade concorrente, fazendo uso de informações confidenciais; (b) interrupção da indevida utilização da marca da agravante e materiais relacionados; (c) seja determinada a busca e apreensão de materiais utilizados indevidamente no empreendimento dos réus; (d) a aplicação de astreinte pelo descumprimento, em valor estimado em R\$ 500,00 Indeferimento em primeiro grau Existência válida no contrato social de obrigatoriedade de não utilização dos materiais e informações da franqueadora após o fim da vigência contratual e, ainda, de não concorrência pelo período de 3

⁴⁹ Trecho do acórdão proferido quando do julgamento do agravo de instrumento n. 0028187-67.2013.8.26.0000 (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Relator Ricardo Negrão, j. 01/07/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6850006&cdForo=0>>. Acesso em 14 jun. 2014).

⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação n. 0019134-28.2008.8.26.0068*. Relator Ricardo Negrão, j. 09/12/2013. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7233542&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

anos Não identificada abusividade nos termos pactuados Violação comprovada solidamente pelos elementos constantes nos autos Concorrência não autorizada comprovada Ausente elementos de relativização da aplicação das cláusulas discutidas, de conhecimento e anuência pacífica pelos agravados desde o início do contrato de franquia Estipulado dever dos recorridos de não atuarem em segmento idêntico ao da recorrente, devendo ainda se absterem de utilizar qualquer documento, material, ou informação exclusiva da franqueadora, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 diários, até o limite de R\$ 200.000,00 previsto a título de pré-fixação de perdas e danos no instrumento firmado entre os litigantes Suficiente neste momento a aplicação de astreinte como medida de apoio Busca e apreensão não concedida Tutela parcialmente concedida Agravado de instrumento parcialmente provido. Dispositivo: Deram parcial provimento⁵¹.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA CLÍNICA MULTA POR INFRAÇÃO CONTRATUAL CONTRATAÇÃO DE EX-FUNCIONÁRIOS DA PRESTADORA DO SERVIÇO EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA IMPEDITIVA DE CONTRATAÇÃO POR PERÍODO DE TRÊS ANOS - CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA VALIDADE CONTRATO EXTINTO BOA FÉ OBJETIVA EFEITOS PÓS CONTRATUAIS RECURSO DESPROVIDO. Cabível a imposição da multa contratual à requerida que contrata ex-empregados de empresa prestadora de serviços de tecnologia, após a extinção do contrato, em afronta ao prazo previsto na cláusula de não concorrência. As partes devem guardar a boa-fé objetiva antes, durante e após a execução do contrato (CC, art. 422). Ainda que extinto o contrato, remanesce válida a cláusula de não concorrência firmada no bojo de contratos, à luz da eficácia pós-contratual decorrente do princípio da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do CC/02. A vedação de não contratação pelo prazo de três anos, além de não se afigurar abusiva ou desarrazoada, visa preservar o interesse comercial da prestadora do serviço em manter seu investimento em mão de obra especializada, bem como em evitar a concorrência desleal, no caso justificada, frente à tecnologia por ela desenvolvida^{52;53}.

Importante também salientar que, quando inexistente estabelecimento expresso da cláusula de não concorrência no contrato de franquia, a jurisprudência tende a afastar a posterior pretensão do franqueador de que o franqueado não se restabeleça no mesmo ramo

⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 2019437-42.2013.8.26.0000*. Relator Ricardo Negrão, j. 17/02/2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7364293&cdForo=0>>. Acesso em 14 jun. 2014.

⁵² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação n. 0002496-95.2009.8.26.0451*. Relator Clóvis Castelo, j. 29/8/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5376814&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

⁵³ No mesmo sentido: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento n. 0087724-62.2011.8.26.0000*. Relator Adherbal Acquati, j. 12/7/2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5252373&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

de atuação, com fundamento no princípio constitucional da livre iniciativa⁵⁴.

Em síntese, os Tribunais entendem que, presente a cláusula de não concorrência no contrato de franquia, há de ser respeitada pelo franqueado quando da rescisão do contrato, desde que elaborada com estabelecimento de razoáveis limites geográfico e temporal, e somente no que se refere ao ramo de atuação do franqueador.

Por fim, a título de prestação de esclarecimentos gerais sobre esse tema no direito mundial, ressalta-se que os limites da possibilidade de inclusão de cláusula de não concorrência nos contratos de franquia são variáveis de país para país. Da mesma maneira, variam entre os Tribunais dos países a forma de interpretação da cláusula de não concorrência.

Por exemplo, em Portugal, explica o jurista José de Oliveira Ascensão⁵⁵, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, que há sempre uma relativização da aplicação da cláusula de não concorrência, bem como da forma como se verifica sua possível violação. Ou seja, a averiguação da violação ou não da cláusula de não concorrência inserida em contratos deverá ser contextualizada com a situação do contrato em discussão frente às práticas sociais, para somente então concluir-se por uma possível violação, a saber:

A ordem jurídica portuguesa separa-se profundamente de outras, que recorrem igualmente a cláusulas gerais, por não admitir a coexistência de figuras valorativas com figuras descritivas de concorrência desleal. Portanto, por submeter universalmente qualquer manifestação de figura, mesmo que enquadrável nalgum dos nove tipos do art. 260, ainda à valoração, complementar e eventualmente correctiva, da contrariedade às normas e usos honestos.(...) Cria-se assim uma diferença considerável em relação a ordens jurídicas, como a alemã, em que à cláusula geral se segue uma especificação já não valorativa de actos de concorrência desleal. Estes consubstanciam concorrência desleal por si só, independentemente da valoração como contrários aos bons costumes. A contrariedade aos bons costumes pode ter sido a justificação (abstracta) da previsão do legislador, mas a verificação desta não é tarefa do intérprete: o acto previsto terá de ser sempre reprimido como concorrência desleal. Em Portugal, porém, não se admite a coexistência de tipos valorativos e não valorativos. A qualificação como concorrência desleal ganha um carácter permanentemente fluido, uma vez que tem de se basear sempre numa valoração.

⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 0088414-23.2013.8.26.0000*. Relator Lígia Araújo Bisogni, j. 01/07/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6877093&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

⁵⁵ ASCENSÃO, José De Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina.2002, p. 161.

2.2.2 Legitimidade da cláusula de não concorrência no contrato de franquia

Conforme já abordado anteriormente, uma das principais características do contrato de franquia é “o acesso [pelo franqueado] a um conjunto de informações e conhecimentos, detidos pelo franqueador, que viabilizam a redução dos riscos na criação do estabelecimento do franqueado⁵⁶”.

Desta feita, nos parece que é conclusão lógica que ocorre também a transmissão de aviamento no que se refere ao atributo responsável por atrair a clientela, já vinculada à própria marca do franqueador, o que permite ao ingressante (franqueado) a possibilidade de competição com as demais sociedades que já estão inseridas no mercado. Ou seja, concluímos que o franqueado, por utilizar-se de uma marca já consolidada dentre os consumidores, facilitando o início e desenvolvimento do seu negócio.

O franqueado, ao nosso ver, ingressa no mercado com inúmeras contribuições prestadas pelo próprio franqueador, que o auxilia em todos os passos, quais sejam, a escolha do imóvel em que irá se desenvolver o negócio; fornecimento e implementação dos maquinários necessários; treinamento referente aos equipamentos e produtos ou serviços; informações financeiras e mercadológicas sigilosas, etc.

Por certo, parece-nos que é conclusão lógica também que todos esses aspectos trazem mais certeza e rapidez quanto ao sucesso e retorno do estabelecimento ao investidor. Além disso, o franqueador acaba por adquirir vasto conhecimento com relação ao ramo de atuação e forma de desenvolvimento do negócio, conhecimento este que pode servir de subsídio para o exercício de concorrência qualificada após o término da relação contratual de franquia.

Este quadro pode (e deve) ser evitado através da inclusão de cláusula de não concorrência no contrato de franquia, por meio da qual

a franqueadora, portanto, com o intuito de resguardar a si e à sua sede de franquias da concorrência qualificada do franqueador, vinculará a sociedade empresária franqueada (bem como os seus sócios) à cláusula de não concorrência que os inviabilizará de atuar no mesmo ramo de negócios (aspecto material), área geográfica (que variará de acordo com as características de rede de franquias) e tempo determinado – que também variará de acordo com a vontade da franqueadora, mas que, em regra, não deve ultrapassar os cinco anos de parâmetro do art. 1.147 do

⁵⁶ COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 12. ed., v. 1., São Paulo, Saraiva: 2008, p. 126.

Código Civil, conforme julgados do CADE sobre a matéria⁵⁷.

Conforme já exposto, a cláusula de não concorrência é tida por válida pela jurisprudência pátria, que tende a aplicá-la coercitivamente quando do descumprimento por parte daquele que a ela se sujeitou.

Ao apreciar caso em que, após a rescisão do contrato de franquia, o ex-franqueado permaneceu no mesmo local e exercendo a mesma atividade, tendo apenas retirado as insígnias do franqueador, o Tribunal de Justiça foi contundente ao dar por violada a cláusula de não concorrência, determinando as medidas necessárias para a interrupção das atividades⁵⁸. No teor do acórdão, lê-se preciosa lição do Desembargador João Carlos Garcia:

No mérito, a solução das questões suscitadas pelas partes passa ineludivelmente pela convicção da existência de uma racionalidade própria dos contratos mercantis, que se irradia da especificidade dos negócios comerciais, em cuja dinâmica incluem-se, ao lado dos princípios gerais do respeito ao avençado e do primado da boa fé entre os contratantes, o resguardo da agilidade econômica e da proteção a bens imateriais, como nome, clientela e outros símbolos lingüísticos concernentes à identificação do estabelecimento, do produto, da marca, do ambiente, como se disse nos autos.

E exatamente por isso que certas cláusulas contratuais, que poderiam ser havidas por despropositadas em outras searas do direito, são aqui aceitas como lícitas e justas, tais aquelas versadas nestes autos, pertinentes à imediata cessação da atividade do franqueado, subsequente à extinção da franquia e a proibição temporária para o exercício de atividade afim.

Com efeito, enquanto a primeira é decorrência natural da extinção do contrato, o seu rigor, traduzido na intolerância a qualquer procrastinação além do razoável, atende não só às exigências mercadológicas exaustivamente analisadas como, também, à restituição do indevido; urge desfazer a idéia de unidade de estabelecimento e de identidade de marcas e produtos, entre franqueado e franqueador, o que se faz através de signos e símbolos de linguagem, que precisam ser claros e incisivos, para alterar a imagem até então criada e reforçada por todos os apelos lingüísticos, que resultam na "ambientação" sentida pela clientela, efetiva e potencial.

Diga-se outro tanto com relação à proibição temporária de exercício de comércio afim. As considerações antes referidas, de dissociação de idéia, soma-se a proteção da concorrência, para evitar que o ex-franqueado possa competir com o ex-franqueador, sobretudo, utilizando-se da freguesia já conquistada.

⁵⁷ MARTORANO, Luciana dos Santos. *Op. cit.* p. 192.

⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação com Revisão n. 9122682-09.1997.8.26.0000*. Relator Armindo Freire Marmorá, j. 17/08/1999. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=251315&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

Em conclusão, a inserção da cláusula de não concorrência no contrato de franquia se justifica pelo fato de que esse tipo de relação empresarial engloba, além da licença de uso de marca e do fornecimento e distribuição de produtos, importantes características, quais sejam a transferência do saber fazer e a transmissão do aviamento.

2.2.3 Limitações e descumprimento da obrigação

Conforme exposto nos itens anteriores, para que seja considerada válida e aplicável, a cláusula de não concorrência a ser inserida no contrato de franquia deve ser delimitada sob três aspectos fundamentais – material, temporal e geográfico.

O limite material diz respeito ao produto ou serviço objeto da franquia, devendo o obrigado abster-se de atividade empresarial que envolva o mesmo ramo abrangido pelo contrato de *franchising*. “Concorrer pressupõe disputar a mesma clientela, e só o faz quem oferece os mesmos produtos e serviços⁵⁹”.

O aspecto temporal se refere ao tempo em que o ex-franqueado deverá se submeter à obrigação de não concorrência. A jurisprudência tende a afastar a incidência da referida cláusula ou limitá-la, nas vezes em que a obrigação é fixada por período de tempo desarrazoado. O período máximo aceitável para que se entenda que a cláusula de não concorrência não viola o princípio da livre iniciativa é cinco anos (já que esse é o prazo máximo previsto no art. 1.147 do Código Civil para tal obrigação em negócios jurídicos que envolvam a alienação, arrendamento ou usufruto de estabelecimento empresarial).

O limite geográfico se define pelo raio de incidência em que a comercialização do produto ou serviço poderá afetar a concorrência com o franqueado, sendo que “a extensão do limite geográfico está vinculada à possibilidade de atrair clientela que compõe o estabelecimento objeto da transferência”⁶⁰.

No julgamento de recurso pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, considerou-se bastante grave o exercício da mesma atividade econômica na própria área de que se beneficiava o franqueado quando da franquia, sob o fundamento de que plenamente válida a cláusula de não concorrência estabelecida na avença, tendo sido cassada medida liminar que, em Primeira Instância, havia autorizado a continuidade das atividades

⁵⁹ FIEDRA, Geisy. *Op. cit.* p. 126.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 127.

comerciais da parte que até então fazia parte de rede de franquias, desde que o fizesse sob nova denominação, promovesse a alteração da fachada e eliminasse qualquer elemento que permitisse identificação com a rede de estabelecimentos da franqueadora.⁶¹

Especificamente quanto ao descumprimento da obrigação de não concorrência, é de se observar que ele se dá quando o ex-franqueado desvia, de alguma forma, a clientela do franqueador através das informações que obteve enquanto vigente o contrato de franquia.

A jurisprudência tem coibido veementemente a violação à cláusula de não concorrência validamente inserida no contrato de franquia. Determina-se, até mesmo em caráter liminar, que o obrigado se abstenha de concorrer com o franqueador, interrompendo de imediato as atividades que representem concorrência qualificada e desvio de clientela, sob pena de dispendiosas multas diárias.

TUTELA ANTECIPADA - Ação de obrigação de não fazer cumulada com ressarcimento de danos - Deferimento em primeira instância de tutela antecipada para determinar que os recorrentes se abstivessem de exercer atividade concorrente à da autora, sob pena de pagamento de multa diária fixada em R\$ 10.000,00 por dia, por clínica, até o máximo de 365 dias - Agravo de instrumento voltado à revogação da antecipação de tutela - Existência de cláusula de não concorrência - Obrigatoriedade de não concorrência - Validade - Abusividade identificada somente no que se refere à inexistência de limitação territorial - Hipótese, entretanto, em que a abusividade não interfere na extensão da tutela concedida em primeiro grau, uma vez que a proibição se estende a clínicas situadas na mesma cidade e ponto anteriormente utilizado pela unidade franqueada - Potencialidade de concorrência desleal identificada - Manutenção da abstenção consignada na r. decisão agravada, ficando os recorrentes impedidos de praticarem atividade concorrente à da agravada na cidade de Jundiá - Determinação que se estende também ao segundo endereço constante na peça inicial, pois comprovado que a clínica lá situada envolve os mesmos sócios da unidade franqueada e desempenha atividade complementar e semelhante à que lhes é vedada - Recurso não provido neste aspecto. MULTA DIÁRIA - Astreinte fixada em R\$ 10.000,00 por dia, até o máximo de 365 dias - Excesso - Caracterização - Limite fixado em R\$ 100.000,00 que se revela suficiente, especialmente se considerada a pré-fixação de perdas e danos prevista no mesmo valor em cláusula contratual estipulada entre as partes - Recurso parcialmente provido para aplicar a redução da multa diária - Voto vencido. DISPOSITIVO: Deram parcial provimento ao recurso, por maioria. Voto vencido incorporado ao acórdão⁶².

⁶¹SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 0083088-34.2003.8.26.0000*. Relator A Santini Teodoro, j. 15/03/2004. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=86198&cdForo=0>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

⁶²SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 0008201-64.2012.8.26.0000*. Relator Ricardo Negrão, j. 16/10/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6309635&cdForo=0>>. Acesso em 14 jun. 2014.

Além disso, é comum também a apuração de danos materiais em virtude da violação da cláusula de não concorrência, bem como é bastante requerido no judiciário a condenação nos danos morais sofridos pelo franqueador em razão do desrespeito à obrigação de não concorrência pelo ex-franqueado.

Sobre esse ponto, cabe lembrar que a jurisprudência majoritária entende pela condenação em danos materiais devidamente comprovados, sendo que a condenação nos danos morais dependerá de prova da efetiva ocorrência de dano extrapatrimonial.

Nesse sentido:

APELAÇÃO FRANQUIA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA VIOLAÇÃO DANO MORAL. - Nos termos do artigo 1.032 do Código Civil, não se pode imputar ao sócio retirante da sociedade obrigações supervenientes pedido fulcrado em causa de pedir posterior à retirada do sócio improcedência mantida; - Violação contratual que importa em danos materiais, não comprovado o reflexo na esfera extrapatrimonial da pessoa jurídica; - Manutenção da sentença por seus próprios e bem lançados fundamentos artigo 252 do RITJSP; RECURSO NÃO PROVIDO⁶³.

Conclui-se, portanto, que, a depender das provas que o franqueador possuir, poderá requerer a condenação do franqueado violador nos danos materiais e morais experimentados.

⁶³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação n 00086217420078260637*, Relatora Maria Lúcia Pizzotti, j. 04/03/2013. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0008621-74.2007.8.26.0637&cdProcesso=RI001CT5H0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=GeHrncQdKHggEv9Zq7HaWTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv9ubhvQgRtvI%2FYgz%2Bb4IGiH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVmWoXKI8fcd6PR%2FfFKJ0hCrslfb4%2F8tt0C6CM0GyIBTpDwavMMs5%2FFHab1xJnioc0a%2B5IJsocWnT6HvjWOCEk6c%3D>> Acesso em 29 out. 2014.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do contrato de franquia, o franqueado se utiliza da marca já consolidada da rede, bem como dos conhecimentos técnicos adquiridos e desenvolvidos pelo franqueador (o chamado *know how*), sendo que é exatamente a transferência dessas informações confidenciais acerca do negócio que faz com que a franquia seja um modelo diferenciado. Nele, o franqueador oferece uma fórmula que foi antecipadamente montada e testada, já aceita pelo mercado consumidor, e que, por tais razões, traz mais segurança acerca do retorno e do sucesso do empreendimento ao investidor.

É nesse contexto que se destaca a importância da inserção de cláusula que impeça que o franqueado aja como concorrente do franqueador ao término do contrato, a fim de que a própria rede de franquias seja protegida de eventual concorrência desleal e qualificada por parte daquele que se desligou do negócio, mas detém o saber fazer suficiente para desviar a sua clientela.

Apesar do fato de que a cláusula de não concorrência, ao impor restrições ao exercício de atividade empresarial ao antigo franqueado, flexibiliza o princípio constitucional da livre iniciativa, observou-se que a jurisprudência pátria tende a reconhecer a sua validade no contrato de franquia, desde que obedecidos certos limites – temporal (não se admite a cláusula de não concorrência por período superior a cinco anos), espacial (deve ser estabelecido o âmbito geográfico em que há o impedimento de restabelecimento) e material (a cláusula somente pode dizer respeito à área de atuação do franqueador).

Assim, a necessidade de inserção da cláusula de não concorrência quando da elaboração do contrato padrão de franquia é patente, levando-se em conta a transmissão do aviamento e *know-how* ao franqueado, que deverá ser impedido de rivalizar de maneira direta com o franqueador após o término da relação contratual, em virtude das privilegiadas informações que adquiriu quando da relação empresarial outrora mantida.

Por fim, destaca-se que a jurisprudência tem afastado, de forma contundente, o descumprimento da obrigação de não concorrência – seja mediante a imposição de multa diária ao ex-franqueado pelo inadimplemento da obrigação negativa, seja por meio da sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, a depender daquilo que for demonstrado, processualmente, pelo franqueador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José De Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 3º volume : teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 23. ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. - São Paulo : Saraiva, 2007.

FIEDRA, Geisy. *Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GORJÃO- HENRIQUES, Miguel. *Direito Comunitário*. 5. ed. Coimbra, Portugal: Biblioteca Nacional de Portugal, Edições Almedina, 2002.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRILLO, Ailed Morejón. *El Contrato de Franquicia*. ISBN-13: 978-84-692-0134-3 Nº Registro: 09/21475. Centrifuegos, Cuba: 2009. E-book disponível em <http://www.eumed.net/libros-gratis/2009a/478/> em 07/10/2014 às 16h30.

MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARIANO, Álvaro A. C. *Estabelecimento empresarial – aspectos negociais e dever de não-concorrência*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

MARTORANO, Luciana dos Santos. *Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MILMAN, Fabio. *Franchising: Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 22. Campinas : Bookseller, 2003.

NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

PAES, Paulo Roberto Tavares. *Obrigações e contratos mercantis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas, 1993.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celia Boudin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Contratos em Espécie* v. 3. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.