



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

TIAGO JONES DA SILVA

**OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE IN-
FORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS
FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUS-
TIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP**

**Salvador
2024**

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador
2024

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da boa-fé objetiva, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do contrato de franquia por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do dever de informar na fase pré-contratual. A fim de analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda o que é o Contrato de Franquia, qual a finalidade da Circular de Oferta de Franquia (COF), presente no art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a autonomia privada das partes, a boa-fé objetiva, de modo que, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há o dever de informar, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP à luz da doutrina a fim de verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, no Código Civil, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular de oferta de franquia; boa-fé objetiva; dever de informar; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONTRATO DE FRANQUIA: notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. **3. O CONCEITO DE BOA-FÉ.** 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. **4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS.** 4.1. O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. **5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP.** 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. **CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos *shoppings centers*, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama de oferta de produtos e serviços no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar o art. 2º da Lei nº 13.966/2019 (equivalente ao art. 3º, da Lei nº 8.955/94, antiga Lei de Franquia), a fim de destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte da informação a ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria da lei, de modo que, com base no dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação ao dever de informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são os limites da obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria o grau de informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto da informação a ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas com base em deveres anexos? Qual o grau de responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando o dever de informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar a fim de analisar quando determinada parte teria a obrigação de fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também a necessidade de levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato a fim de delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vislumbrar os parâmetros a serem analisados no caso concreto a fim de, somente então, determinar os limites da obrigação de cada uma das partes.

Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva seria cabível, ou não, a fim de determinar que uma parte tem o dever de informar algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode ser aplicada em outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O contrato de franquia é um negócio jurídico por meio do qual um empresário permite que outro tenha o direito de fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto a Lei nº 8.955/1994, em seu art. 2º, quanto a Lei nº 13.966/2019, em seu art. 1º, caracterizam o contrato de franquia como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de *intuitu personae* (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas de outros autores quanto à sua característica de ser um contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o contrato de franquia possa ser entendido como um contrato de adesão, de modo a invocar o art. 423 do Código Civil, sendo necessária, portanto, a aplicação das normas referentes aos contratos em geral.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, de acordo com Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o *contrato de adesão* propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento.

Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias é que este consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o contrato de franquia um contrato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, com base no art. 170 da Constituição Federal, onde consta que a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem a necessidade de aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia.

Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que no contrato de franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, de modo que deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e a prática do dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, de modo que eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, se for o caso, demonstrar que o que havia era a simetria. A adoção de qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta no §1º do art. 2º da Lei nº 13.966, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, e o seu descumprimento embasa possível pedido de nulidade

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer o total dos valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente no art. 3º da Lei nº 8.955 e manteve-se presente, com pequenas alterações, no art. 2º da Lei nº 13.955.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular de Oferta de Franquia tem a característica do dever de publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio.

Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, a fim de avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato com o fim de iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESARIAL

Conforme consta no art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, de modo que a capacidade é requisito para o que contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as partes contratantes.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, de modo a entender a capacidade (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer ou deixar de fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Conseqüentemente, as partes envolvidas possuem a capacidade de negociar e exigir informações a fim de que venha

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como dos direitos e deveres das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui a capacidade de gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), de modo que na formação do contrato há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo do direito privado uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o negócio jurídico de acordo com os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem o dever de analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com diferenças existentes entre os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características do local onde será implementado o novo negócio.

Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome próprio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador de uma sociedade anônima, pois o fato de administrar um negócio para si ou para terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm o dever de desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

O candidato a franqueado, tal qual o administrador de uma sociedade anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva a fim de justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio ou de terceiros, deve agir com o zelo esperado e necessário para o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6}

Segundo Parente (2005, p. 111), o dever de se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal, de modo que o dever de diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, com base no dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] dever de investigar impõe aos administradores a obrigação de **analisarem criticamente as informações** que lhes foram fornecidas a fim de detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

³ Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de produtos e serviços, que possui respaldo legal nos arts. 12 e 14 do CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.

⁴ Art. 24. O juiz, que nomear o curador, **fixar-lhe-á os poderes e obrigações**, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)

⁵ Art. 667. **O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato**, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

⁶ Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, **a administração da herança caberá**, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;
 II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;
 III - ao testamenteiro;
 IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

A autonomia privada, portanto, é uma forma de assunção de risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, de modo que é preciso entendê-lo a fim de poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo “boa-fé” é repetido no Código Civil em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo para todos os casos, de modo que é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) a fim de evitar confusão no momento de análise do caso concreto e de sua aplicação.

Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 113⁷, no art. 164⁸, no art. 637⁹ ou no art. 765¹⁰, por exemplo, uma vez que o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos do Código Civil, há somente a expressão “boa-fé”, de modo que é preciso conhecer as espécies a fim de conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando uma ou outra espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

⁷ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a **boa-fé** e os usos do lugar de sua celebração. (grifos nossos)

⁸ Art. 164. Presumem-se, porém, de **boa-fé** e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família. (grifos nossos)

⁹ Art. 637. O herdeiro do depositário, que de **boa-fé** vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

¹⁰ Art. 765. O segurador e o segurado são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita **boa-fé** e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado “raciocínio jurídico”; é sua “operação primeira”. O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, *segundo critérios* predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso da boa-fé objetiva, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre o valor de face (a “etiqueta”) e o valor semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo “boa-fé subjetiva” e “boa-fé objetiva”, e posteriormente, qual a aplicação da boa-fé objetiva no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no art. 637 do Código Civil, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do *de cuius*, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em perdas e danos em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada com base na boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

¹¹ Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, a boa-fé objetiva diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um *standard* de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além de ser um princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o princípio da boa-fé possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do princípio da boa-fé. São eles: (i) a noção de mercado; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a *praxis* tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a

boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um *standard* de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta.

No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o contrato de franquia, há, inicialmente, uma situação envolvendo a assimetria de informações que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, a fim de expandir seu negócio, adere ao modelo de negócios de franquia e, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de

que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou fora do país, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, o que é designado por responsabilidade pré-contratual ou *culpa in contrahendo* (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), de modo que, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por “apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos”.

Conseqüentemente, a fim de poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm o dever de informar e o ônus (mas não a obrigação) de se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações a respeito do tema tratado a fim de poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando da tomada de decisões nos negócios, qualquer que seja o ramo de atuação.

¹³ Conforme art. 421-A, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumerista ou trabalhista.

Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte (credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração do negócio jurídico, podendo haver, nesses casos, a obrigação de tal informação ter que ser repassada durante o período de negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo “período de ajustamento” entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora o contrato de franquia não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. E complementa:

Aquilo que **não se consegue saber**, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há situações em que a informação é insuficiente, de modo que é preciso analisar quem teria o direito a receber determinada informação (gerando na contraparte o dever de informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão e que não possui o direito de demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Nas relações comerciais, as partes têm o direito de ter informações a respeito da outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir a fim de terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.

A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte do direito à informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto do dever de informar, **seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária**. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao dever de informar (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) no caso de a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o mesmo que o erro escusável, presente no art. 20¹⁴, e, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo,

a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para a maioria das pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também a culpa. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.

Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um dever de informar, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas do estado de informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma *uberrima fides* incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as consequências de sua escolha, e a “maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar” (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

¹⁴ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça – o que não significa, porém, que um *expert* tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação. (GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação societária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, de modo que o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca do direito à informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP a fim de verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar no caso concreto do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se o pedido de resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma “Loja Padrão I”¹⁵ no interior de São Paulo, na cidade de Araraquara.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano da entrega da COF ao novo candidato, já seria motivo para que o contrato fosse anulado, conforme art. 3º, IX¹⁶, e parágrafo único do art. 4º¹⁷, ambos da Lei nº 8.955/94, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há o que se argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.

Contudo, o objetivo de análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, de modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

¹⁵ A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

¹⁶ 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:

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; (grifos nossos)

¹⁷ Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. **Na hipótese do não cumprimento** do disposto no caput deste artigo, **o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato** e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. (grifos nossos)

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição com o seu custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações a respeito do negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão da boa-fé objetiva, o dever de desconfiar das informações prestadas pela franqueadora.

Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, a celebração de negócios empresariais demanda que “as empresas não omitam informações relevantes à contraparte” (FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, de fato, na hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um contrato de franquia; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que “a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível” (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade – pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual –, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer *sistema e problema*, uma vez que, na sua aplicação aos casos concretos, **se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais**. Estes reduzirão a extremada “abertura” da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia consequente à diluição da boa-fé em uma “palavra encantada”. (grifos nossos)

No caso do Contrato de Franquia analisado no REsp 1862508/SP, o próprio candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto “bairrista” da população de Araraquara, além de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), de modo que não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto “bairrista” dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua “maior dúvida”, e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, o dever de informar e capacidade de produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O “erro de cálculo” do agente é um instrumento

que premia a eficiência do outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com “consumerismo”, erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com Giovana Benetti (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; **(iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação**, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava em situação de ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, o dever de se informar é a regra, sendo o dever de informar a contraparte a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, de modo que cada uma tem o dever de se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam o dever de informar. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade do dever de se informar; (iv) não há dever de “não confiar”; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que

a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), “a informação é o *antídoto do engano*, visto que a troca de informações tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes”.

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o contrato de franquia, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da boa-fé nas relações entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais no Direito Privado, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade, sendo esses dois últimos a contrapartida necessária ao exercício da autonomia privada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):

[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver – desde que respeitados os limites legais – suas próprias condutas, **tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses**. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a obrigação de fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação.

A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no art. 112 do Código Civil, “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao “aspecto bairrista” da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão de retorno do investimento em 36 meses, e não a garantia de tal prazo, de modo que não pode querer que o teor literal da Circular de Oferta de Franquia (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto de ações e omissões que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o “aspecto bairrista” diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os produtos e serviços ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente no mercado, de modo que pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E “pode ter sido”, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em *e-mail* juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, **contratamos uma pesquisa de mercado**, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive o período de tabulação dos dados. **Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio**, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)

Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como produziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto bairrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular de Oferta de Franquia (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes." (grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha durante o período de negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras de acordo com os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao art. 170 da Constituição Federal, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, de modo que sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria a obrigação de fornecer dados e estudo dentro de um contrato de franquia, pois os contratos empresariais não podem ser imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e no caso concreto que deve ser analisado quando há a obrigação de uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à contraparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.

Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da boa-fé objetiva, fornecendo ao franqueado as informações necessárias (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o que não se discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), as informações necessárias pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta Paulo Cezar Aragão (2022, p. 366), referente ao contrato de compra de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos da boa-fé objetiva não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com as informações necessárias, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de *sandbabbig* a fim de se resguardar de eventual problema no andamento do negócio com base em informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, com base no tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser os efeitos de tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação do Código Civil em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão

sobre o direito material a fim de fomentar a discussão acerca do embasamento da decisão e eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento a fim de não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. De acordo com matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo Código Civil de 2002 fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante – em que a escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada –, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes da inexistência de um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica no Código Civil. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, **a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.**

¹⁸ <https://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.

A unificação da codificação acarretou insegurança no mercado e falta de confiança para os investidores, **proporcionou o desbotamento do princípios próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurisprudência e permitiu o desbotamento de suas fontes.** (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, bem como a pertinência de análise dos institutos presentes no Código Civil de acordo com a temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos do Direito Civil nas relações empresariais, caberia a crítica para efeito de não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia e a necessidade, ou não, de institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o Direito do Consumidor) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares iniciais acerca da interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre as partes, e que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, bem como o resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas caso a caso, de modo a evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações do direito do consumidor, em função, principalmente, da

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, de modo que faz necessária a adequação da lente utilizada a fim de melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, a fim de ser possível analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos princípios que regem as relações empresariais, bem como os efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.

Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da boa-fé objetiva em outras searas do Direito Privado, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. **Obrigações vinculadas à cláusula de *earn-out* prevista no contrato**. In. Fusões e aquisições: pareceres / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Almedina, 2022.

BENETTI, Giovana. **Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BRASIL. **Código civil brasileiro**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. **Código de defesa do consumidor**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. **Código de processo civil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. **Código penal.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

_____. **Lei 8.955**, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. **Lei 13.966**, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8).** Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. **O erro e seus requisitos** / Augusto Passamani Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil.** (Tese de doutorado). Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. **A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação do Direito Comercial Brasileiro.** São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FORGIONI, Paula A.. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação** / Paula A. Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREZZANA, Giacomo. **A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária.** São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NISHI, Camila Otani. **A cláusula de sandbagging em contratos de M&A**. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARENTE, Flávia. **O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. *In Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência / Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri [SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. **Contratos de franquia**: origem, evolução legislativa e controvérsias. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SANTOS, Alexandre David. **Comentários à nova lei de franquia**: Lei nº 13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. **Autonomia privada no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. São Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Relatório do Software Anti-plágio CopySpider

Para mais detalhes sobre o CopySpider, acesse: <https://copyspider.com.br>

Instruções

Este relatório apresenta na próxima página uma tabela na qual cada linha associa o conteúdo do arquivo de entrada com um documento encontrado na internet (para "Busca em arquivos da internet") ou do arquivo de entrada com outro arquivo em seu computador (para "Pesquisa em arquivos locais"). A quantidade de termos comuns representa um fator utilizado no cálculo de Similaridade dos arquivos sendo comparados. Quanto maior a quantidade de termos comuns, maior a similaridade entre os arquivos. É importante destacar que o limite de 3% representa uma estatística de semelhança e não um "índice de plágio". Por exemplo, documentos que citam de forma direta (transcrição) outros documentos, podem ter uma similaridade maior do que 3% e ainda assim não podem ser caracterizados como plágio. Há sempre a necessidade do avaliador fazer uma análise para decidir se as semelhanças encontradas caracterizam ou não o problema de plágio ou mesmo de erro de formatação ou adequação às normas de referências bibliográficas. Para cada par de arquivos, apresenta-se uma comparação dos termos semelhantes, os quais aparecem em vermelho.

Veja também:

[Analisando o resultado do CopySpider](#)

[Qual o percentual aceitável para ser considerado plágio?](#)



Versão do CopySpider: 2.3.0

Relatório gerado por: tjonessilva@gmail.com

Modo: web / normal

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
TCC - Trabalho Final para defesa.pdf X https://www.jmartinscosta.adv.br/publicaes-judith-martins-costa	93	0,69
TCC - Trabalho Final para defesa.pdf X https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm	178	0,51
TCC - Trabalho Final para defesa.pdf X <a href="https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/159872/SUMARIO_p
rocesso_societario_yarshell_v.3pdf.pdf">https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/159872/SUMARIO_p rocesso_societario_yarshell_v.3pdf.pdf	33	0,27
TCC - Trabalho Final para defesa.pdf X https://blog.fastformat.co/como-fazer-grifo-nosso-em-citacao	12	0,11
TCC - Trabalho Final para defesa.pdf X https://blog.metzger.com/grifo-nosso	11	0,10
TCC - Trabalho Final para defesa.pdf X https://repositorio.usp.br/item/003061045	11	0,10
TCC - Trabalho Final para defesa.pdf X https://www.ucsal.br/sobre-a-ucsal	4	0,03
TCC - Trabalho Final para defesa.pdf X <a href="https://portuguese.stackexchange.com/questions/770/quando-
e-de-que-forma-devemos-utilizar-as-
conjun%C3%A7%C3%B5es-adversativas-mas-contud">https://portuguese.stackexchange.com/questions/770/quando- e-de-que-forma-devemos-utilizar-as- conjun%C3%A7%C3%B5es-adversativas-mas-contud	3	0,02
TCC - Trabalho Final para defesa.pdf X <a href="https://estudosculturalistas.org/publicacoes/crise-e-
perturbacoes-no-cumprimento-da-prestacao">https://estudosculturalistas.org/publicacoes/crise-e- perturbacoes-no-cumprimento-da-prestacao	2	0,02
Arquivos com problema de conversão		
<a href="https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compila
da.htm">https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compila da.htm	Não foi possível converter o arquivo. É recomendável converter o arquivo para texto manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos).	



=====

Arquivo 1: [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://www.jmartinscosta.adv.br/publicaes-judith-martins-costa> (4050 termos)

Termos comuns: 93

Similaridade: 0,69%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<https://www.jmartinscosta.adv.br/publicaes-judith-martins-costa> (4050 termos)

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** NO **RECURSO ESPECIAL** Nº 1862508/SP

Salvador
2024

TIAGO JONES DA SILVA



OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2024

2

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº



1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da **boa-fé objetiva**, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do **contrato de franquia** por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do **dever de informar** na fase pré-contratual. A fim de analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda **o que é o Contrato de Franquia**, qual a finalidade da Circular de Oferta de Franquia (COF), presente no art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a autonomia privada das partes, a **boa-fé objetiva**, de modo que, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há o **dever de informar**, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP **à luz da** doutrina a fim de verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, no **Código Civil**, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular de oferta de franquia; boa-fé objetiva; **dever de informar**; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. **O CONTRATO DE FRANQUIA**: notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. 3. **O CONCEITO DE BOA-FÉ**. 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. 4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. 4.1. O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. 5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO **NO CONTRATO DE FRANQUIA** A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP. 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando do Curso **de Direito da Universidade** Católica do Salvador. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.
2 Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor **de Direito da Universidade** Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.



3

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos shoppings centers, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama de oferta de produtos e serviços no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar o art. 2º da Lei nº 13.966/2019 (equivalente ao art. 3º, da Lei nº 8.955/94, antiga Lei de Franquia), a fim de destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte da informação a ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria da lei, de modo que, com base no dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação ao dever de informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são os limites da obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria o grau de informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto da informação a ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas com base em deveres anexos? Qual o grau de responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando o dever de informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar a fim de analisar quando determinada parte teria a obrigação de fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também a necessidade de levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato a fim de delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

4

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vislumbrar os parâmetros a serem analisados no caso concreto a fim de, somente então, determinar os limites da obrigação de cada uma das partes.

Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode



demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação **da boa-fé objetiva** seria cabível, ou não, a fim de determinar que uma parte tem o **dever de informar** algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode ser aplicada em outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O **contrato de franquia** é um negócio jurídico por meio do qual um empresário permite que outro tenha o direito de fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto a Lei nº 8.955/1994, em seu art. 2º, quanto a Lei nº 13.966/2019, em seu art. 1º, caracterizam o **contrato de franquia** como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de *intuitu personae* (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas de outros autores quanto à sua característica de ser um contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o **contrato de franquia** possa ser entendido como um contrato de adesão, de modo a invocar o **art. 423 do Código Civil**, sendo necessária, portanto, a aplicação das normas referentes aos contratos em geral.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, de acordo com Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o **contrato de adesão** propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o **contrato de adesão** não pode ser anulado por esse vício de consentimento. Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias é que este consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o **contrato de franquia** um contrato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, com base no art. 170 da Constituição Federal, onde consta que



a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem **a necessidade de** aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia. Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que **no contrato de** franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, de modo que deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e a prática do dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, de modo que eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, se for o caso, demonstrar que o que havia era a simetria. A adoção de qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta no §1º do art. 2º da Lei nº 13.966, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, **e o seu** descumprimento embasa possível pedido de nulidade

6

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer o total dos valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente no art. 3º da Lei nº 8.955 e manteve-se presente, com pequenas alterações, no art. 2º da Lei nº 13.955.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular de Oferta de Franquia tem a característica **do dever de** publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio. Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, a fim de avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato com o fim de iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESARIAL

Conforme consta no **art. 104 do Código Civil**, a validade do negócio jurídico



requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, de modo que a capacidade é requisito para o que contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as **partes contratantes**.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, de modo a entender a capacidade (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer ou deixar de fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Conseqüentemente, as partes envolvidas possuem a capacidade de negociar e exigir informações a fim de que venha
7

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como dos direitos e deveres das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui a capacidade de gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), de modo que na **formação do contrato** há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo **do direito privado** uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o **negócio jurídico de** acordo com os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem o dever de analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com diferenças existentes entre os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características do local onde será implementado o novo negócio.

Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome pró-



prio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador de uma sociedade anônima, pois o fato de administrar um negócio para si ou para terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm o dever de desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

8

O candidato a franqueado, tal qual o administrador de uma sociedade anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva a fim de justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio ou de terceiros, deve agir com o zelo esperado e necessário para o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6} Segundo Parente (2005, p. 111), o dever de se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal, de modo que o dever de diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, com base no dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] dever de investigar impõe aos administradores a obrigação de analisarem criticamente as informações que lhes foram fornecidas a fim de detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

³ Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de produtos e serviços, que possui respaldo legal nos arts. 12 e 14 do CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.

⁴ Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)

⁵ Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do man-



dato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

6 Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

9

A autonomia privada, portanto, é uma forma **de assunção de** risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, de modo que é preciso entendê-lo a fim de poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo ?boa-fé? é repetido **no Código Civil** em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo para todos os casos, de modo que é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) a fim de evitar confusão no momento de análise do caso concreto e de sua aplicação.

Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 1137, no art. 1648, no art. 6379 ou no art. 76510, por exemplo, uma vez que o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos **do Código Civil**, há somente a expressão ?boa-fé?, de modo que é preciso conhecer as espécies a fim de conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando uma ou outra espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

7 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (grifos nossos)

8 Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.



(grifos nossos)

9 Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

10 Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

10

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado "raciocínio jurídico"; é sua "operação primeira". O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, segundo critérios predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso **da boa-fé objetiva**, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre o valor de face (a "etiqueta") e o valor semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo "boa-fé subjetiva" e "**boa-fé objetiva**", e posteriormente, qual a aplicação **da boa-fé objetiva** no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou "legitimamente" na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no **art. 637 do Código Civil**, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do de cujus, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em perdas e danos em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada **com base na** boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA



11 Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

11

Por outro lado, a **boa-fé objetiva** diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um standard de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além de ser um princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o **princípio da boa-fé** possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do **princípio da boa-fé**. São eles: (i) a **noção de mercado**; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a praxis tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a **boa-fé no direito comercial** não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta.

No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o **contrato de franquia**, há, inicialmente, uma situação envolvendo a assimetria de informações que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, a fim de expandir seu negócio, adere ao modelo de negócios **de franquia e**, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de

12



que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou fora do país, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, **o que é** designado por responsabilidade pré-contratual ou culpa in contrahendo (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), de modo que, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por ?apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos?.

Conseqüentemente, a fim de poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm o **dever de informar** e o ônus (mas não **a obrigação**) de se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações a respeito do tema tratado a fim de poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando da tomada de decisões nos negócios, qualquer que seja o ramo de atuação.

¹³ Conforme art. 421-A, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumerista ou trabalhista. Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte (credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração do negócio jurídico, podendo haver, nesses casos, **a obrigação de** tal informação ter que ser repassada durante o período de negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).



Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo período de ajustamento entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora o contrato de franquia não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. É complementa:

Aquilo que não se consegue saber, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há situações em que a informação é insuficiente, de modo que é preciso analisar quem teria o direito a receber determinada informação (gerando na contraparte o dever de informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão e que não possui o direito de demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Nas relações comerciais, as partes têm o direito de ter informações a respeito da outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir a fim de terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.



A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte **do direito à** informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto **do dever de informar**, seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao **dever de informar** (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) no caso de a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

15

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o mesmo que o erro escusável, presente no art. 2014, e, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo, a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para a maioria das pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também **a culpa**. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.

Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias



tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um **dever de informar**, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas **do estado de** informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma uberrima fides incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as consequências de sua escolha, e a maior consequência será o não surgimento para a outra parte **do dever de informar?** (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

14 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

16

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça ? o que não significa, porém, que um expert tenha **a obrigação de** desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação. (GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação soci-

etária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, de modo que o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca do direito à informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP a fim de verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar no caso concreto do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se o pedido de resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

17

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma ?Loja Padrão I?15 no interior de São Paulo, na cidade de Araraquara.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano da entrega da COF ao novo candidato, já seria motivo para que o contrato fosse anulado, conforme art. 3º, IX16, e parágrafo único do art. 4º17, ambos da Lei nº 8.955/94, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há o que se argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.

Contudo, o objetivo de análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, de



modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

15 A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

16 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:

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; (grifos nossos)

17 Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade **do contrato e** exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. (grifos nossos)

18

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição com o seu custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações a respeito do negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela **Ministra Nancy Andrighi**, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão **da boa-fé objetiva**, o dever de desconfiar das informações prestadas pela franqueadora.

Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, a celebração de negócios empresariais demanda que as empresas não omitam informações re-



levantes à contraparte? (FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, de fato, na hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um **contrato de franquia**; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível? (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

19

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer sistema e problema, uma vez que, na sua aplicação aos casos concretos, se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais. Estes reduzirão a extremada abertura da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia consequente à diluição da boa-fé em uma palavra encantada?. (grifos nossos)

No caso do **Contrato de Franquia** analisado no REsp 1862508/SP, o próprio candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto bairrista da população de Araraquara, além



de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), de modo que não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto "bairrista" dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua "maior dúvida", e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do **Superior Tribunal de Justiça** (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, o **dever de informar** e capacidade de produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o respeito ao **princípio da boa-fé** não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O "erro de cálculo" do agente é um instrumento

20

que premia a eficiência do outro. No processo de **interpretação dos contratos** mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com "consumerismo", erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com **Giovana Benetti** (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o **dever de informar** só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as



informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava em situação de ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, o dever de se informar é a regra, sendo o **dever de informar** a contraparte a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, de modo que cada uma tem o dever de se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam o **dever de informar**. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade **do dever de** se informar; (iv) não há dever de ?não confiar?; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

21

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), ?a informação é o antídoto do engano, visto que a troca de informações tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes?.

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o **contrato de franquia**, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da **boa-fé nas relações** entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais **no Direito Privado**, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade, sendo esses dois últimos a contrapartida necessária ao exercício da autonomia privada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):



[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver ? desde que respeitados os limites legais ? suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a **obrigação de** fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação. A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no **art. 112 do Código Civil**, "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem?".

22

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao ?aspecto bairrista? da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão de retorno do investimento em 36 meses, e não a garantia de tal prazo, de modo que não pode querer que o teor literal da Circular de Oferta de Franquia (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto de ações e omissões que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o ?aspecto bairrista? diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os produtos e serviços ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente no mercado, de modo que pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E ?pode ter sido?, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em e-mail juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, contratamos uma pesquisa de mercado, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive o período de tabulação dos dados. Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)

Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como produziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a



mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto barrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular de Oferta de Franquia (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes."
(grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha durante o período de negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

23

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras de acordo com os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao art. 170 da Constituição Federal, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, de modo que sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria a **obrigação de** fornecer dados e estudo dentro de um **contrato de franquia**, pois os contratos empresariais não podem ser imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e no caso concreto que deve ser analisado quando há a **obrigação de** uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à contraparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.



Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da **boa-fé objetiva**, fornecendo ao franqueado as informações necessárias (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o que não se discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), as informações necessárias pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-

24

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta Paulo Cezar Aragão (2022, p. 366), referente ao **contrato de compra** de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos **da boa-fé objetiva** não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com as informações necessárias, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de sandbabbiting a fim de se resguardar de eventual problema no andamento do negócio com base em informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, com base no tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser os efeitos de tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação **do Código Civil** em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão

25



sobre o direito material a fim de fomentar a discussão acerca do embasamento da decisão e eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento a fim de não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. De acordo com matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo Código Civil de 2002 fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante ? em que a escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada ?, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes da inexistência de um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica no Código Civil. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.

¹⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.

A unificação da codificação acarretou insegurança no mercado e falta de confiança para os investidores, proporcionou o desbotamento do princípios próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurispru-



dência e permitiu o desbotamento de suas fontes. (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, bem como a pertinência de análise dos institutos presentes **no Código Civil** de acordo com a temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos **do Direito Civil** nas relações empresariais, caberia a crítica para efeito de não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia **e a necessidade**, ou não, de institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o **Direito do Consumidor**) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares iniciais acerca da interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre as partes, e que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, bem como o resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas caso a caso, de modo a evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações **do direito do consumidor**, em função, principalmente, da

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, de modo que faz necessária a adequação da lente utilizada a fim de melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, a fim de ser possível analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos princípios que regem as relações empresariais, bem como os efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.



Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da **boa-fé objetiva** em outras searas do **Direito Privado**, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. Obrigações vinculadas à cláusula de earn-out prevista no contrato. In. **Fusões e aquisições: pareceres** / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. **São Paulo: Almedina**, 2022.

BENETTI, Giovana. Dolo **no direito civil: uma análise** da omissão de informações. **São Paulo: Quartier Latin**, 2019.

BRASIL. **Código civil brasileiro**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

28

_____. Código de processo civil. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

_____. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Lei 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8). Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para acórdão **Ministra Nancy Andrichi**, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020.

Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroR>



registro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.e a>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos / Augusto Passamani Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. ? 1ª ed. ? **Rio de Janeiro**: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé **no direito civil**. (Tese de doutorado). Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação do Direito Comercial Brasileiro. **São Paulo**: **Quartier Latin**, 2021.

FORGIONI, Paula A.. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação / Paula A. Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. **São Paulo**: **Thomson Reuters** Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27ed. **Rio de Janeiro**: **Forense**, 2019.

GREZZANA, Giacomo. **A cláusula de declarações e garantias** em alienação de participação societária. **São Paulo**: **Quartier Latin**, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ed. **São Paulo**: **Saraiva** Educação, 2018.

29

NISHI, Camila Otani. **A cláusula de sandbagging em contratos de M&A**. **São Paulo**: **Quartier Latin**, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 20 ed. **Rio de Janeiro**: **Forense**, 2020.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas. **Rio de Janeiro**: **Renovar**, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições **de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral **de direito civil**. Revisão e atualização: Maria Celina **Bodin de Moraes**. 32 ed. **Rio de Janeiro**: **Forense**, 2019.

ROSENVALD, Nelson. In Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência / Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri [SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e controvérsias. 1 ed. **São Paulo**: **Almedina**, 2020.

SANTOS, Alexandre David. Comentários à nova lei de franquia: Lei nº 13.966/2019. **São Paulo**: **Almedina**, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. **São Paulo**: **Quartier Latin**, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. **São Paulo**: **Almedina**, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20 ed. **São Paulo**: **Atlas**, 2020.





=====

Arquivo 1: [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf](#) (9400 termos)

Arquivo 2: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm (25064 termos)

Termos comuns: 178

Similaridade: 0,51%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf](#) (9400 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm (25064 termos)

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Salvador
2024

TIAGO JONES DA SILVA



OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2024

2

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº



1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da boa-fé objetiva, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do contrato de franquia por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do dever de informar na fase pré-contratual. **A fim de** analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda o que é o Contrato de Franquia, qual a finalidade da Circular **de Oferta de** Franquia (COF), presente **no art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a** autonomia privada das partes, a boa-fé objetiva, **de modo que**, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há **o dever de** informar, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP à luz da doutrina **a fim de** verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, no Código Civil, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular **de oferta de** franquia; boa-fé objetiva; dever de informar; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONTRATO DE FRANQUIA: notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. 3. O CONCEITO DE BOA-FÉ. 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. 4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. 4.1. **O DIREITO À** INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. 5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA **A PARTIR DO** RESP Nº 1862508/SP. 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA **NO CASO CONCRETO**. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.
2 Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.



3

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos shoppings centers, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama **de oferta de produtos e serviços** no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar **o art. 2º da Lei nº 13.966/2019** (equivalente ao **art. 3º, da Lei nº 8.955/94**, antiga Lei de Franquia), **a fim de** destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte **da informação a** ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria **da lei, de modo que, com base no** dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação ao dever de informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são **os limites da** obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior **Tribunal de Justiça** (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria **o grau de** informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto **da informação a** ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas **com base em** deveres anexos? Qual **o grau de** responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando **o dever de** informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar **a fim de** analisar quando determinada parte teria **a obrigação de** fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também a necessidade de levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato **a fim de** delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

4

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vislumbrar os parâmetros a serem analisados **no caso concreto a fim de**, somente então, determinar **os limites da obrigação de** cada uma das partes.

Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode



demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva seria cabível, **ou não, a fim de** determinar que uma parte tem **o dever de** informar algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode **ser aplicada em** outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O contrato de franquia é um negócio jurídico **por meio do** qual um empresário permite que outro tenha **o direito de** fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto **a Lei n° 8.955/1994**, em seu art. 2º, quanto **a Lei n° 13.966/2019**, em seu art. 1º, caracterizam o contrato de franquia como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de *intuitu personae* (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas de outros autores **quanto à sua** característica de ser um contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o contrato de franquia possa ser entendido como um contrato de adesão, **de modo a** invocar o art. 423 do Código Civil, sendo necessária, portanto, **a aplicação das** normas referentes aos contratos **em geral**.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, **de acordo com** Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

é contratar **ou deixar de** viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de **consentimento**.

Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias é que este consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o contrato de franquia um contrato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, **com base no art. 170 da Constituição Federal**, onde consta que



a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem a necessidade de aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia. Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que no contrato de franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, **de modo que** deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e **a prática do** dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, **de modo que** eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, **se for o caso**, demonstrar que o que havia era a simetria. **A adoção de** qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta **no §1º do art. 2º da Lei nº 13.966**, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, e o seu descumprimento embasa possível pedido de nulidade

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer **o total dos** valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente **no art. 3º da Lei nº 8.955** e manteve-se presente, com pequenas alterações, **no art. 2º da Lei nº 13.955**.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular **de Oferta de** Franquia tem a característica do dever de publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio. Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, **a fim de** avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato **com o fim de** iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESARIAL

Conforme consta no art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico



requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, **de modo que** a capacidade é requisito para o que contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as partes contratantes.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, **de modo a** entender **a capacidade** (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer **ou deixar de** fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Conseqüentemente, as partes envolvidas possuem **a capacidade de** negociar e exigir informações **a fim de** que venha
7

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como **dos direitos e deveres** das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito **em relação ao** seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui **a capacidade de** gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), **de modo que** na formação do contrato há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo do direito privado uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o negócio jurídico **de acordo com** os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem **o dever de** analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com **diferenças existentes entre** os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características **do local onde** será implementado o novo negócio.

Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome pró-



prio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador de uma sociedade anônima, pois o fato de administrar um negócio **para si ou para** terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm **o dever de** desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

8

O candidato a franqueado, tal qual o administrador de uma sociedade anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva **a fim de** justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio **ou de terceiros**, deve agir com o zelo esperado e necessário **para o cumprimento da** obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6} Segundo Parente (2005, p. 111), **o dever de** se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular **de Oferta de** Franquia, conforme determinação legal, **de modo que o dever de** diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, **com base no** dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] **dever de** investigar impõe aos administradores **a obrigação de** analisarem criticamente as informações que lhes foram fornecidas **a fim de** detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

3 Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de **produtos e serviços**, **que** possui respaldo legal **nos arts. 12 e 14 do** CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.

4 **Art. 24. O juiz, que** nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)

5 Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do man-



dato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

6 Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao **cônjuge ou companheiro**, se com o outro convivia ao tempo da **abertura da sucessão**;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver **mais de um** nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - **a pessoa de** confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

9

A autonomia privada, portanto, é uma forma de assunção de risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, **de modo que** é preciso entendê-lo **a fim de** poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo "boa-fé" é repetido no Código Civil em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo **para todos os casos, de modo que** é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) **a fim de evitar** confusão no momento de análise do caso concreto **e de sua** aplicação.

Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 1137, no art. 1648, no art. 6379 **ou no art.** 76510, por exemplo, uma vez que o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos do Código Civil, há somente a expressão "boa-fé", **de modo que** é preciso conhecer as espécies **a fim de** conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando uma ou outra espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

7 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (grifos nossos)

8 Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor **e de sua família**.



(grifos nossos)

9 Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

10 Art. 765. O segurado e o segurador **são obrigados a guardar na conclusão e na execução** do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto **a respeito do** objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

10

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado "raciocínio jurídico"; é sua "operação primeira". O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, segundo critérios predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso da boa-fé objetiva, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre **o valor de face** (a "etiqueta") **e o valor** semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo "boa-fé subjetiva" e "boa-fé objetiva", e posteriormente, qual a aplicação da boa-fé objetiva no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou "legitimamente" na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no art. 637 do Código Civil, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do de cujus, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em **perdas e danos** em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada com base na boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA



11 Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

11

Por outro lado, a boa-fé objetiva diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um standard de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além de ser um princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o princípio da boa-fé possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do princípio da boa-fé. São eles: (i) a noção de mercado; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a praxis tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta.

No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o contrato de franquia, há, inicialmente, uma situação envolvendo a assimetria de informações que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, a fim de expandir seu negócio, adere ao modelo de negócios de franquia e, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de

12



que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou **fora do país**, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, o que é designado por responsabilidade pré-contratual ou culpa in contrahendo (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), **de modo que**, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por "apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos?".

Conseqüentemente, **a fim de** poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm **o dever de** informar e o ônus (mas não **a obrigação**) **de** se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações **a respeito do** tema tratado **a fim de** poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando **da tomada de** decisões nos negócios, **qualquer que seja** o ramo de atuação.

¹³ Conforme **art. 421-A**, **incluído pela Lei nº 13.874**, **de 2019**.

13

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumerista ou trabalhista. Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte (credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração do negócio jurídico, podendo haver, nesses casos, **a obrigação de** tal informação ter que ser repassada **durante o período de** negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).



Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo período de ajustamento entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora o contrato de franquia não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. É complementa:

Aquilo **que não se** consegue saber, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há **situações em que a** informação é insuficiente, **de modo que** é preciso analisar quem teria **o direito a** receber determinada informação (gerando na contraparte **o dever de** informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão **e que não** possui **o direito de** demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Nas relações comerciais, as partes **têm o direito de** ter informações **a respeito da** outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir **a fim de** terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.



A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte do direito à informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto do dever de informar, seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao dever de informar (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) no caso de a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

15

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o mesmo que o erro escusável, presente no art. 2014, e, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo, a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para a maioria das pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também a culpa. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.

Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias



tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um dever de informar, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas do estado de informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma uberrima fides incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as consequências de sua escolha, e a maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar? (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

14 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

16

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça ? o que não significa, porém, que um expert tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação. (GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação soci-

etária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, **de modo que** o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca **do direito à** informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP **a fim de** verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA **A PARTIR DO** RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar **no caso concreto** do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se **o pedido de** resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

17

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma ?Loja Padrão I?15 no interior de São Paulo, na cidade de Araraquara.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano **da entrega da** COF ao novo candidato, já seria motivo para que o contrato fosse anulado, conforme **art. 3º, IX16, e parágrafo único do art. 4º17, ambos da Lei nº 8.955/94**, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há o que se argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.

Contudo, **o objetivo de** análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, **de**



modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

15 A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

16 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:

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; (grifos nossos)

17 Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento **do disposto no caput deste artigo**, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução **de todas as** quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais **perdas e danos**. (grifos nossos)

18

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição **com o seu** custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações **a respeito do** negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão da boa-fé objetiva, **o dever de** desconfiar das informações prestadas pela franqueadora.

Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, **a celebração de** negócios empresariais demanda que as empresas não omitam informações re-



levantes à contraparte? (FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, de fato, na hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um contrato de franquia; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível? (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

19

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer sistema e problema, uma vez que, na sua aplicação aos casos concretos, se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais. Estes reduzirão a extremada abertura da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia consequente à diluição da boa-fé em uma palavra encantada?. (grifos nossos)

No caso do Contrato de Franquia analisado no REsp 1862508/SP, o próprio candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto bairrista da população de Araraquara, além



de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), **de modo que** não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto "bairrista" dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua "maior dúvida", e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do **Superior Tribunal de Justiça** (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, **o dever de** informar **e capacidade de** produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o **respeito ao princípio da** boa-fé não pode levar, **em hipótese alguma**, a uma excessiva proteção **de uma das partes**, **sob pena de** desestabilização **do sistema**. O "erro de cálculo" do agente é um instrumento

20

que premia a eficiência do outro. **No processo de** interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com "consumerismo", erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com Giovana Benetti (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, **o dever de** informar só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora **da informação a** ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas **que se encontravam** razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou **se não for possível** conseguir **a informação a** informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber **as**



informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava **em situação de** ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, **o dever de** se informar é a regra, sendo **o dever de** informar a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, **de modo que** cada uma tem **o dever de** se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam **o dever de** informar. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade do dever de se informar; (iv) não há dever de ?não confiar?; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

21

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), ?a informação é o antídoto do engano, visto que **a troca de informações** tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes?.

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o contrato de franquia, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da boa-fé nas relações entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais no Direito Privado, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade, sendo esses dois últimos a contrapartida necessária **ao exercício da** autonomia privada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):



[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver ? desde que respeitados os limites legais ? suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a **obrigação de** fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação. A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no art. 112 do Código Civil, "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem?".

22

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao ?aspecto bairrista? da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão **de retorno do** investimento em 36 meses, e não **a garantia de** tal prazo, **de modo que** não pode querer que o teor literal da Circular **de Oferta de Franquia** (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto **de ações e omissões** que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o ?aspecto bairrista? diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os **produtos e serviços** ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente **no mercado, de modo que** pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E ?pode ter sido?, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em e-mail juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, contratamos uma pesquisa de mercado, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive **o período de** tabulação dos dados. Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)

Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como produziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a



mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto barrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular **de Oferta de Franquia** (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes."
(grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha **durante o período de** negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

23

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras **de acordo com** os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao **art. 170 da Constituição Federal**, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, **de modo que** sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria **a obrigação de** fornecer dados e estudo dentro de um contrato de franquia, pois os contratos empresariais **não podem ser** imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e **no caso concreto** que deve ser analisado quando há **a obrigação de** uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à contraparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.



Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da boa-fé objetiva, fornecendo ao franqueado **as informações necessárias** (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o **que não se** discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), **as informações necessárias** pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-

24

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta Paulo Cezar Aragão (2022, p. 366), referente ao contrato de compra de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos da boa-fé objetiva não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com **as informações necessárias**, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de sandbabbiting **a fim de** se resguardar de eventual problema no andamento do negócio **com base em** informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, **com base no** tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser **os efeitos de** tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação do Código Civil em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão

25



sobre o direito material **a fim de** fomentar a discussão acerca do embasamento **da decisão e** eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento **a fim de** não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. **De acordo com** matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo Código Civil de 2002 fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante **? em que a** escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada **?**, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes **da inexistência de** um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica no Código Civil. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.

¹⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.

A unificação da codificação acarretou insegurança no mercado e falta de confiança para os investidores, proporcionou o desbotamento do princípios próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurispru-



dência e permitiu o desbotamento de suas fontes. (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, **bem como a** pertinência de análise dos institutos presentes no Código Civil **de acordo com a** temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos do Direito Civil nas relações empresariais, caberia a crítica **para efeito de** não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia e a necessidade, ou não, de institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o Direito do Consumidor) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares iniciais acerca da interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre **as partes, e** que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, **bem como o** resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas **caso a caso, de modo a** evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações do direito do consumidor, em função, principalmente, da

27

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, **de modo que** faz necessária a adequação da lente utilizada **a fim de** melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, **a fim de** ser possível analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos **princípios que regem** as relações empresariais, **bem como os** efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.



Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da boa-fé objetiva em outras searas do Direito Privado, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. Obrigações vinculadas à cláusula de earn-out prevista no contrato. In. Fusões e aquisições: pareceres / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Almedina, 2022.

BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BRASIL. Código civil brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

28

_____. **Código de processo civil**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 **de maio de** 2023.

_____. Lei 8.955, **de 15 de dezembro de** 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Lei 13.966, **de 26 de dezembro de** 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8). Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroR>>



registro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.e
>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos / Augusto Passamani
Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. ? 1ª ed. ? Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico,
2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. (Tese de doutorado).
Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação
do Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FORGIONI, Paula A.. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação / Paula A.
Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de
Brito. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREZZANA, Giacomo. A cláusula de declarações e garantias em alienação de
participação societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua
aplicação. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

29

NISHI, Camila Otani. A cláusula de sandbagging em contratos de M&A. São
Paulo: Quartier Latin, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 20 ed. Rio de Janeiro:
Forense, 2020.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades
anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito
civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de
Moraes. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. In Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência /
Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri
[SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e
controvérsias. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SANTOS, Alexandre David. Comentários à nova lei de franquia: Lei nº
13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. São Paulo:
Quartier Latin, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São
Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.





=====

Arquivo 1: [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Arquivo 2:

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/159872/SUMARIO_processo_societario_yarshell_v.3pdf.pdf
(2694 termos)

Termos comuns: 33

Similaridade: 0,27%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/159872/SUMARIO_processo_societario_yarshell_v.3pdf.pdf
(2694 termos)

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Salvador
2024



TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2024

2



OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da boa-fé objetiva, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do contrato de franquia por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do dever de informar na fase pré-contratual. A fim de analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda o que é o **Contrato de Franquia**, qual a finalidade da Circular de Oferta de Franquia (COF), presente no **art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a** autonomia privada das partes, a boa-fé objetiva, de modo que, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há o dever de informar, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP à luz da doutrina a fim de verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, **no Código Civil**, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular de oferta de franquia; boa-fé objetiva; dever de informar; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. **O CONTRATO DE FRANQUIA:** notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. 3. O CONCEITO DE BOA-FÉ. 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. 4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. 4.1. O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. 5. A (IN)OBRIGATORIEDADE **DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA** A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP. 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.

² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela



JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

3

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos shoppings centers, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama de oferta de produtos e serviços no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar o **art. 2º da Lei nº 13.966/2019** (equivalente ao **art. 3º, da Lei nº 8.955/94**, antiga Lei de Franquia), a fim de destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte da informação a ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria **da lei, de** modo que, com base no dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação **ao dever de** informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são os limites da obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria o grau de informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto da informação a ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas com base em deveres anexos? Qual o grau de responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando o dever de informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar a fim de analisar quando determinada parte teria a obrigação de fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também **a necessidade de** levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato a fim de delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

4

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vis-

lumbrar os parâmetros a serem analisados no caso concreto a fim de, somente então, determinar os limites da obrigação de cada uma das partes.

Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva seria cabível, ou não, a fim de determinar que uma parte tem o dever de informar algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode ser aplicada em outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O contrato de franquia é um negócio jurídico por meio do qual um empresário permite que outro tenha o direito de fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto a Lei nº 8.955/1994, em seu art. 2º, quanto a Lei nº 13.966/2019, em seu art. 1º, caracterizam o contrato de franquia como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de intuitu personae (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas de outros autores quanto à sua característica de ser um contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o contrato de franquia possa ser entendido como um contrato de adesão, de modo a invocar o art. 423 do Código Civil, sendo necessária, portanto, a aplicação das normas referentes aos contratos em geral.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, de acordo com Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento. Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias é que este consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o contrato de franquia um con-



trato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, com base no art. 170 da Constituição Federal, onde consta que a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem **a necessidade de** aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia. Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que **no contrato de** franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, de modo que deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e a prática do dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, de modo que eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, se for o caso, demonstrar que o que havia era a simetria. A adoção de qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta no §1º do **art. 2º da Lei** nº 13.966, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, **e o seu** descumprimento embasa possível pedido de nulidade

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer o total dos valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente no **art. 3º da Lei** nº 8.955 e manteve-se presente, com pequenas alterações, no **art. 2º da Lei** nº 13.955.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular de Oferta de Franquia tem a característica do dever de publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio. Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, a fim de avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato com o fim de iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESARIAL

Conforme consta no art. 104 do Código Civil, a validade **do negócio jurídico** requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, de modo que a capacidade é requisito para o que contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as partes contratantes.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, de modo a entender a capacidade (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer ou deixar de fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Consequentemente, as partes envolvidas possuem a capacidade de negociar e exigir informações a fim de que venha

7

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como dos direitos e deveres das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui a capacidade de gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), de modo que na formação do contrato há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo do direito privado uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o negócio jurídico de acordo com os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem o dever de analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com diferenças existentes entre os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características do local



onde será implementado o novo negócio.

Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome próprio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador de uma sociedade anônima, pois o fato de administrar um negócio para si ou para terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm o dever de desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

8

O candidato a franqueado, tal qual o administrador de uma sociedade anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva a fim de justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio ou de terceiros, deve agir com o zelo esperado e necessário para o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6} Segundo Parente (2005, p. 111), o dever de se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal, de modo que o dever de diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, com base no dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] dever de investigar impõe aos administradores a obrigação de analisarem criticamente as informações que lhes foram fornecidas a fim de detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

3 Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de produtos e serviços, que possui respaldo legal nos arts. 12 e 14 do CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.



4 Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)

5 Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

6 Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

9

A autonomia privada, portanto, é uma forma de assunção de risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, de modo que é preciso entendê-lo a fim de poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo "boa-fé" é repetido no Código Civil em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo para todos os casos, de modo que é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) a fim de evitar confusão no momento de análise do caso concreto e de sua aplicação.

Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 1137, no art. 1648, no art. 6379 ou no art. 76510, por exemplo, uma vez que o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos do Código Civil, há somente a expressão "boa-fé", de modo que é preciso conhecer as espécies a fim de conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando uma ou outra espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

7 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua



celebração. (grifos nossos)

8 Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

(grifos nossos)

9 Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

10 Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

10

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado "raciocínio jurídico"; é sua "operação primeira". O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, segundo critérios predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso da boa-fé objetiva, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre o valor de face (a "etiqueta") e o valor semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo "boa-fé subjetiva" e "boa-fé objetiva", e posteriormente, qual a aplicação da boa-fé objetiva no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou "legitimamente" na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no art. 637 do Código Civil, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do de cujus, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em perdas e danos em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada com base na boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subje-



tiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

11 Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

11

Por outro lado, a boa-fé objetiva diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um standard de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além de ser um princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o princípio da boa-fé possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do princípio da boa-fé. São eles: (i) a noção de mercado; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a praxis tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta. No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o contrato de franquia, há, inicialmente, uma situação envolvendo a **assimetria de informações** que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, a fim de expandir seu negócio, adere ao modelo



de negócios de franquia e, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de
12

que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou fora do país, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, o que é designado por responsabilidade pré-contratual ou culpa in contrahendo (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), de modo que, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por “apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos?”.

Conseqüentemente, a fim de poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm o dever de informar e o ônus (mas não a obrigação) de se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações a respeito do tema tratado a fim de poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando da tomada de decisões nos negócios, qualquer que seja o ramo de atuação.

¹³ Conforme art. 421-A, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.

13

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumerista ou trabalhista. Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte



(credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração **do negócio jurídico**, podendo haver, nesses casos, a obrigação de tal informação ter que ser repassada durante o período de negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo período de ajustamento entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora **o contrato de** franquias não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. E complementa:

Aquilo que não se consegue saber, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há situações em que a informação é insuficiente, de modo que é preciso analisar quem teria o direito a receber determinada informação (gerando na contraparte o dever de informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

14

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão e que não possui o direito de demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO



Nas relações comerciais, as partes têm o direito de ter informações a respeito da outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir a fim de terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.

A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte do direito à informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto do dever de informar, seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao dever de informar (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) no caso de a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

15

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o mesmo que o erro escusável, presente no art. 2014, e, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo, a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para a maioria das pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também a culpa. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.



Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um dever de informar, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas do estado de informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma uberrima fides incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as **consequências de sua** escolha, e a maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar? (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

14 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

16

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça ? o que não significa, porém, que um expert tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na

análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação. (GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação societária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, de modo que o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca do direito à informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP a fim de verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar no caso concreto do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se o pedido de resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

17

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma Loja Padrão I?15 no interior de São Paulo, na cidade de Araraquara.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano da entrega da COF ao novo candidato, já seria motivo para que o contrato fosse anulado, conforme art. 3º, IX16, e parágrafo único do art. 4º17, ambos da Lei nº 8.955/94, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há o que se argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.



Contudo, o objetivo de análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, de modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

15 A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

16 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:

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; (grifos nossos)

17 Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. (grifos nossos)

18

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição com o seu custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações a respeito do negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão da boa-fé objetiva, o dever de desconfiar das informações prestadas pela



franqueadora.

Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, a celebração de negócios empresariais demanda que as empresas não omitam informações relevantes à contraparte? (FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, de fato, na hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um contrato de franquia; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível? (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária **ao dever de** cooperação e lealdade pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

19

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer sistema e problema, uma vez que, na sua aplicação aos casos concretos, se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais. Estes reduzirão a extremada abertura da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia conseqüente à diluição da boa-fé em uma palavra encantada?. (grifos nossos)



No caso do Contrato de Franquia analisado no REsp 1862508/SP, o próprio candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto "bairrista" da população de Araraquara, além de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), de modo que não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto "bairrista" dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua "maior dúvida", e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, o dever de informar e capacidade de produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O "erro de cálculo" do agente é um instrumento

20

que premia a eficiência do outro. **No processo de** interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com "consumerismo", erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com Giovana Benetti (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e,



mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava em situação de ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, o dever de se informar é a regra, sendo o dever de informar a contraparte a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, de modo que cada uma tem o dever de se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam o dever de informar. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade do dever de se informar; (iv) não há dever de "não confiar?"; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), "a informação é o antídoto do engano, visto que a troca de informações tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes?".

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o contrato de franquia, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da boa-fé nas relações entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais no Direito Privado, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade,



sendo esses dois últimos a contrapartida necessária ao exercício da autonomia privada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):

[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, regradar, como bem lhes aprouver ? desde que respeitados os limites legais ? suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a obrigação de fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação. A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no art. 112 do Código Civil, "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem?".

22

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao aspecto bairrista? da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão de retorno do investimento em 36 meses, e não a garantia de tal prazo, de modo que não pode querer que o teor literal da Circular de Oferta de Franquia (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto de ações e omissões que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o aspecto bairrista? diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os produtos e serviços ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente no mercado, de modo que pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E pode ter sido?, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em e-mail juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, contratamos uma pesquisa de mercado, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive o período de tabulação dos dados. Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)



Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como produziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto bairrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular de Oferta de Franquia (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes."

(grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha durante o período de negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

23

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras de acordo com os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao art. 170 da Constituição Federal, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, de modo que sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria a obrigação de fornecer dados e estudo dentro de um contrato de franquia, pois os contratos empresariais não podem ser imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e no caso concreto que deve ser analisado



quando há a obrigação de uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à contraparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.

Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da boa-fé objetiva, fornecendo ao franqueado as informações necessárias (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o que não se discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), as informações necessárias pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-
24

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta **Paulo Cezar Aragão** (2022, p. 366), referente ao contrato de compra de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos da boa-fé objetiva não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com as informações necessárias, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de sandbabbiting a fim de se resguardar de eventual problema no andamento do negócio com base em informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, com base no tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser os efeitos de tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação do Código Civil em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão



25

sobre o **direito material** a fim de fomentar a discussão acerca do embasamento da decisão e eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento a fim de não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. De acordo com matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do **Código Civil de 1916** para o **Código Civil de 2002**, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo **Código Civil de 2002** fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante ? em que a escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada ?, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes da inexistência de um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica **no Código Civil**. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.

¹⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.

26



A unificação da codificação acarretou insegurança no mercado e falta de confiança para os investidores, proporcionou o desbotamento do princípio próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurisprudência e permitiu o desbotamento de suas fontes. (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, **bem como a** pertinência de análise dos institutos presentes **no Código Civil de** acordo com a temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos do Direito Civil nas relações empresariais, caberia a crítica para efeito de não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia e a necessidade, **ou não, de** institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o Direito do Consumidor) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares **iniciais acerca da** interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre as partes, e que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, bem como o resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas caso a caso, de modo a evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações do direito do consumidor, em função, principalmente, da

27

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, de modo que faz necessária a adequação da lente utilizada a fim de melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, a fim de ser possível



analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos princípios que regem as relações empresariais, bem como os efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.

Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da boa-fé objetiva em outras searas do Direito Privado, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. Obrigações vinculadas à cláusula de earn-out prevista no contrato. In. Fusões e aquisições: pareceres / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Almedina, 2022.

BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BRASIL. Código civil brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

28

_____. **Código de processo civil**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

_____. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Lei 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8). Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para



acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020.

Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos / Augusto Passamani Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. ? 1ª ed. ? Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. (Tese de doutorado). Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação do Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FORGIONI, Paula A.. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação / Paula A. Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREZZANA, Giacomo. A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

29

NISHI, Camila Otani. A cláusula de sandbagging em contratos de M&A. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. In Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência / Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri [SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e controvérsias. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SANTOS, Alexandre David. Comentários à nova lei de franquia: Lei nº 13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São



Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.



=====

Arquivo 1: [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf](#) (9400 termos)

Arquivo 2: <https://blog.fastformat.co/como-fazer-grifo-nosso-em-citacao> (1137 termos)

Termos comuns: 12

Similaridade: 0,11%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf](#) (9400 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://blog.fastformat.co/como-fazer-grifo-nosso-em-citacao> (1137 termos)

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Salvador
2024

TIAGO JONES DA SILVA



OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2024

2

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº



1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da boa-fé objetiva, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do contrato de franquia por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do dever de informar na fase pré-contratual. **A fim de** analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda **o que é** o Contrato de Franquia, qual a finalidade da Circular de Oferta de Franquia (COF), presente no art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a autonomia privada das partes, a boa-fé objetiva, de modo que, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há o dever de informar, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP à luz da doutrina **a fim de** verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, no Código Civil, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular de oferta de franquia; boa-fé objetiva; dever de informar; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONTRATO DE FRANQUIA: notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. 3. O CONCEITO DE BOA-FÉ. 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. 4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. 4.1. O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. 5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP. 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.
2 Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.



3

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos shoppings centers, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama de oferta de produtos e serviços no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar o art. 2º da Lei nº 13.966/2019 (equivalente ao art. 3º, da Lei nº 8.955/94, antiga Lei de Franquia), **a fim de** destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte da informação a ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria da lei, de modo que, com base no dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação ao dever de informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são os limites da obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria o grau de informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto da informação a ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas com base em deveres anexos? Qual o grau de responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando o dever de informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar **a fim de** analisar quando determinada parte teria a obrigação de fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também a necessidade de levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato **a fim de** delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

4

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vislumbrar os parâmetros a serem analisados no caso concreto **a fim de**, somente então, determinar os limites da obrigação de cada uma das partes.

Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode



demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva seria cabível, ou não, **a fim de** determinar que uma parte tem o dever de informar algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode ser aplicada em outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O contrato de franquia é um negócio jurídico por meio do qual um empresário permite que outro tenha o direito de fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto a Lei nº 8.955/1994, em seu art. 2º, quanto a Lei nº 13.966/2019, em seu art. 1º, caracterizam o contrato de franquia como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de *intuitu personae* (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas **de outros autores** quanto à sua característica **de ser um** contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o contrato de franquia possa ser entendido como um contrato de adesão, de modo a invocar o art. 423 do Código Civil, sendo necessária, portanto, a aplicação das normas referentes aos contratos em geral.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, **de acordo com** Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento. Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias é que este consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o contrato de franquia um contrato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, com base no art. 170 da Constituição Federal, onde consta que



a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem a necessidade de aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia. Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que no contrato de franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, de modo que deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e a prática do dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, de modo que eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, se for o caso, demonstrar que o que havia era a simetria. A adoção de qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta no §1º do art. 2º da Lei nº 13.966, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, e o seu descumprimento embasa possível pedido de nulidade

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer o total dos valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente no art. 3º da Lei nº 8.955 e manteve-se presente, com pequenas alterações, no art. 2º da Lei nº 13.955.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular de Oferta de Franquia tem a característica do dever de publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio. Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, **a fim de** avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato com o fim de iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESARIAL

Conforme consta no art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico



requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, de modo que a capacidade é requisito para o que contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as partes contratantes.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, de modo a entender a capacidade (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer ou deixar de fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Conseqüentemente, as partes envolvidas possuem a capacidade de negociar e exigir informações **a fim de** que venha
7

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como dos direitos e deveres das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui a capacidade de gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), de modo que na formação do contrato há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo do direito privado uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o negócio jurídico **de acordo com** os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem o dever de analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com diferenças existentes entre os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características do local onde será implementado o novo negócio.

Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome pró-



prio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador **de uma sociedade** anônima, pois o fato de administrar um negócio para si ou para terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm o dever de desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

8

O candidato a franqueado, tal qual o administrador **de uma sociedade** anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva **a fim de** justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio ou de terceiros, deve agir com o zelo esperado e necessário para o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6} Segundo Parente (2005, p. 111), o dever de se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal, de modo que o dever de diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, com base no dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] dever de investigar impõe aos administradores a obrigação de analisarem criticamente as informações que lhes foram fornecidas **a fim de** detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

3 Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de produtos e serviços, que possui respaldo legal nos arts. 12 e 14 do CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.

4 Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)

5 Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do man-



dato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

6 Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

9

A autonomia privada, portanto, é uma forma de assunção de risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, de modo que é preciso entendê-lo **a fim de** poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo "boa-fé" é repetido no Código Civil em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo para todos os casos, de modo que é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) **a fim de** evitar confusão no momento de análise do caso concreto e de sua aplicação.

Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 1137, no art. 1648, no art. 6379 ou no art. 76510, por exemplo, uma vez que o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos do Código Civil, há somente a expressão "boa-fé", de modo que é preciso conhecer as espécies **a fim de** conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando uma ou outra espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

7 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (grifos nossos)

8 Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.



(grifos nossos)

9 Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

10 Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

10

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado "raciocínio jurídico"; é sua "operação primeira". O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, segundo critérios predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso da boa-fé objetiva, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre o valor de face (a "etiqueta") e o valor semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo "boa-fé subjetiva" e "boa-fé objetiva", e posteriormente, qual a aplicação da boa-fé objetiva no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação **de um terceiro** que deve ser protegido porque confiou "legitimamente" na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no art. 637 do Código Civil, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do de cujus, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em perdas e danos em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada com base na boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

11 Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

11

Por outro lado, a boa-fé objetiva diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um standard de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além **de ser um** princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o princípio da boa-fé possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do princípio da boa-fé. São eles: (i) a noção de mercado; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a praxis tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta.

No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o contrato de franquia, há, inicialmente, uma situação envolvendo a assimetria de informações que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, **a fim de** expandir seu negócio, adere ao modelo de negócios de franquia e, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de

12



que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou fora do país, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, **o que é** designado por responsabilidade pré-contratual ou culpa in contrahendo (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), de modo que, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por "apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos?".

Conseqüentemente, **a fim de** poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm o dever de informar e o ônus (mas não a obrigação) de se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações a respeito do tema tratado **a fim de** poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando da tomada de decisões nos negócios, qualquer que seja o ramo de atuação.

¹³ Conforme art. 421-A, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumerista ou trabalhista. Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte (credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração do negócio jurídico, podendo haver, nesses casos, a obrigação de tal informação ter que ser repassada durante o período de negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).



Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo período de ajustamento entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora o contrato de franquia não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. É complementa:

Aquilo que não se consegue saber, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há situações em que a informação é insuficiente, de modo que é preciso analisar quem teria o direito a receber determinada informação (gerando na contraparte o dever de informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

14

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão e que não possui o direito de demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Nas relações comerciais, as partes têm o direito de ter informações a respeito da outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir **a fim de** terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.



A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte do direito à informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto do dever de informar, seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao dever de informar (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) **no caso de** a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

15

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o **mesmo que o** erro escusável, presente no art. 2014, e, **de acordo com** o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo, a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para a maioria das pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também a culpa. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.

Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias



tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um dever de informar, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas do estado de informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma uberrima fides incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as consequências de sua escolha, e a maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar? (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

14 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

16

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça ? o que não significa, porém, que um expert tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação. (GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação soci-



etária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, de modo que o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca do direito à informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP a fim de verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar no caso concreto do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se o pedido de resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

17

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma ?Loja Padrão I?15 no interior de São Paulo, na cidade de Araraquara.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano da entrega da COF ao novo candidato, já seria motivo **para que o** contrato fosse anulado, conforme art. 3º, IX16, e parágrafo único do art. 4º17, ambos da Lei nº 8.955/94, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há o que se argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.

Contudo, o objetivo de análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, de



modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

15 A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

16 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:

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; (grifos nossos)

17 Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. (grifos nossos)

18

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição com o seu custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações a respeito do negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão da boa-fé objetiva, o dever de desconfiar das informações prestadas pela franqueadora.

Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, a celebração de negócios empresariais demanda que as empresas não omitam informações re-



levantes à contraparte? (FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, de fato, na hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um contrato de franquia; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível? (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

19

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer sistema e problema, uma vez que, na sua aplicação aos casos concretos, se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais. Estes reduzirão a extremada abertura da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia consequente à diluição da boa-fé em uma palavra encantada? (grifos nossos)

No caso do Contrato de Franquia analisado no REsp 1862508/SP, o próprio candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto bairrista da população de Araraquara, além



de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), de modo que não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto "bairrista" dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua "maior dúvida", e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, o dever de informar e capacidade de produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O "erro de cálculo" do agente é um instrumento

20

que premia a eficiência do outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com "consumerismo", erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com Giovana Benetti (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as



informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava em situação de ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, o dever de se informar é a regra, sendo o dever de informar a contraparte a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, de modo que cada uma tem o dever de se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam o dever de informar. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade do dever de se informar; (iv) não há dever de "não confiar?"; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

21

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), "a informação é o antídoto do engano, visto que a troca de informações tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes?".

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o contrato de franquia, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da boa-fé nas relações entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais no Direito Privado, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade, sendo esses dois últimos a contrapartida necessária ao exercício da autonomia privada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):



[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver ? desde que respeitados os limites legais ? suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a obrigação de fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação. A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no art. 112 do Código Civil, "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem?".

22

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao ?aspecto bairrista? da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão de retorno do investimento em 36 meses, e não a garantia de tal prazo, de modo que não pode querer que o teor literal da Circular de Oferta de Franquia (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto de ações e omissões que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o ?aspecto bairrista? diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os produtos e serviços ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente no mercado, de modo que pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E ?pode ter sido?, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em e-mail juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, contratamos uma pesquisa de mercado, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive o período de tabulação dos dados. Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)

Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como produziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a



mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto barrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular de Oferta de Franquia (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes."
(grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha durante o período de negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

23

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras **de acordo com** os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao art. 170 da Constituição Federal, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, de modo que sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas **de uma sociedade** (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria a obrigação de fornecer dados e estudo dentro de um contrato de franquia, pois os contratos empresariais **não podem ser** imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e no caso concreto que deve ser analisado quando há a obrigação de uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à contraparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.



Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da boa-fé objetiva, fornecendo ao franqueado as informações necessárias (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o que não se discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), as informações necessárias pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-

24

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta Paulo Cezar Aragão (2022, p. 366), referente ao contrato de compra de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos da boa-fé objetiva não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com as informações necessárias, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de sandbabbiting a fim de se resguardar de eventual problema no andamento do negócio com base em informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, com base no tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser os efeitos de tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação do Código Civil em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão

25



sobre o direito material **a fim de** fomentar a discussão acerca do embasamento da decisão e eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento **a fim de** não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. **De acordo com** matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo Código Civil de 2002 fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante ? em que a escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada ?, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes da inexistência de um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica no Código Civil. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.

¹⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.

A unificação da codificação acarretou insegurança no mercado e falta de confiança para os investidores, proporcionou o desbotamento do princípios próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurispru-



dência e permitiu o desbotamento de suas fontes. (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, bem como a pertinência de análise dos institutos presentes no Código Civil **de acordo com a** temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos do Direito Civil nas relações empresariais, caberia a crítica para efeito de não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia e a necessidade, ou não, de institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o Direito do Consumidor) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares iniciais acerca da interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre as partes, e que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, bem como o resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas caso a caso, de modo a evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações do direito do consumidor, em função, principalmente, da

27

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, de modo que faz necessária a adequação da lente utilizada **a fim de** melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, **a fim de** ser possível analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos princípios que regem as relações empresariais, bem como os efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.



Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da boa-fé objetiva em outras searas do Direito Privado, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. Obrigações vinculadas à cláusula de earn-out prevista no contrato. In. Fusões e aquisições: pareceres / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Almedina, 2022.

BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BRASIL. Código civil brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

28

_____. Código de processo civil. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

_____. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Lei 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8). Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020.

Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroR>



registro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.e
>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos / Augusto Passamani
Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. ? 1ª ed. ? Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico,
2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. (Tese de doutorado).
Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação
do Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FORGIONI, Paula A.. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação / Paula A.
Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de
Brito. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREZZANA, Giacomo. A cláusula de declarações e garantias em alienação de
participação societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua
aplicação. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

29

NISHI, Camila Otani. A cláusula de sandbagging em contratos de M&A. São
Paulo: Quartier Latin, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 20 ed. Rio de Janeiro:
Forense, 2020.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades
anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito
civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de
Moraes. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. In Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência /
Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri
[SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e
controvérsias. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SANTOS, Alexandre David. Comentários à nova lei de franquia: Lei nº
13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. São Paulo:
Quartier Latin, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São
Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.





=====

Arquivo 1: [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf](#) (9400 termos)

Arquivo 2: <https://blog.mettzer.com/grifo-nosso> (1039 termos)

Termos comuns: 11

Similaridade: 0,10%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf](#) (9400 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://blog.mettzer.com/grifo-nosso> (1039 termos)

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Salvador
2024

TIAGO JONES DA SILVA



OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2024

2

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº



1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da boa-fé objetiva, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do contrato de franquia por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do dever de informar na fase pré-contratual. A fim de analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda o que é o Contrato de Franquia, qual a finalidade da Circular de Oferta de Franquia (COF), presente no art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a autonomia privada das partes, a boa-fé objetiva, de modo que, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há o dever de informar, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP à luz da doutrina a fim de verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, no Código Civil, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular de oferta de franquia; boa-fé objetiva; dever de informar; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONTRATO DE FRANQUIA: notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. 3. O CONCEITO DE BOA-FÉ. 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. 4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. 4.1. O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. 5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP. 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.
2 Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.



3

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos shoppings centers, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama de oferta de produtos e serviços no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar o art. 2º da Lei nº 13.966/2019 (equivalente ao art. 3º, da Lei nº 8.955/94, antiga Lei de Franquia), a fim de destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte da informação a ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria da lei, de modo que, com base no dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação ao dever de informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são os limites da obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria o grau de informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto da informação a ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas com base em deveres anexos? Qual o grau de responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando o dever de informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar a fim de analisar quando determinada parte teria a obrigação de fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também a necessidade de levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato a fim de delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

4

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vislumbrar os parâmetros a serem analisados no caso concreto a fim de, somente então, determinar os limites da obrigação de cada uma das partes.

Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode



demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva seria cabível, ou não, a fim de determinar que uma parte tem o dever de informar algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode ser aplicada em outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O contrato de franquia é um negócio jurídico por meio do qual um empresário permite que outro tenha o direito de fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto a Lei nº 8.955/1994, em seu art. 2º, quanto a Lei nº 13.966/2019, em seu art. 1º, caracterizam o contrato de franquia como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de *intuitu personae* (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas de outros autores quanto à sua característica de ser um contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o contrato de franquia possa ser entendido como um contrato de adesão, de modo a invocar o art. 423 do Código Civil, sendo necessária, portanto, a aplicação das normas referentes aos contratos em geral.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, **de acordo com** Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento. Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias **é que este** consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o contrato de franquia um contrato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, com base no art. 170 da Constituição Federal, onde consta que



a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem a necessidade de aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia. Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que no contrato de franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, de modo que deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e a prática do dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, de modo que eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, se for o caso, demonstrar que o que havia era a simetria. A adoção de qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta no §1º do art. 2º da Lei nº 13.966, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, e o seu descumprimento embasa possível pedido de nulidade

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer o total dos valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente no art. 3º da Lei nº 8.955 e manteve-se presente, com pequenas alterações, no art. 2º da Lei nº 13.955.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular de Oferta de Franquia tem a característica do dever de publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio. Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, a fim de avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato com o fim de iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESARIAL

Conforme consta no art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico



requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, de modo que a capacidade é requisito **para o que** contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as partes contratantes.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, de modo a entender a capacidade (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer ou deixar de fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Conseqüentemente, as partes envolvidas possuem a capacidade de negociar e exigir informações a fim de que venha
7

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como dos direitos e deveres das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito **em relação ao** seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui a capacidade de gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), de modo que na formação do contrato há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo do direito privado uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o negócio jurídico **de acordo com** os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem o dever de analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com diferenças existentes entre os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características do local onde será implementado o novo negócio.

Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome pró-



prio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador de uma sociedade anônima, pois o fato de administrar um negócio para si ou para terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm o dever de desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

8

O candidato a franqueado, tal qual o administrador de uma sociedade anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva a fim de justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio ou de terceiros, deve agir com o zelo esperado e necessário para o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6} Segundo Parente (2005, p. 111), o dever de se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal, de modo que o dever de diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, com base no dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] dever de investigar impõe aos administradores a obrigação de analisarem criticamente as informações que lhes foram fornecidas a fim de detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

³ Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de produtos e serviços, que possui respaldo legal nos arts. 12 e 14 do CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.

⁴ Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)

⁵ Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do man-



dato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

6 Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

9

A autonomia privada, portanto, é uma forma de assunção de risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, de modo que é preciso entendê-lo a fim de poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo "boa-fé" é repetido no Código Civil em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo para todos os casos, de modo que é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) a fim de evitar confusão no momento de análise do caso concreto e de sua aplicação.

Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 1137, no art. 1648, no art. 6379 ou no art. 76510, por exemplo, uma vez que o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos do Código Civil, há somente a expressão "boa-fé", de modo que é preciso conhecer as espécies a fim de conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando uma ou outra espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

7 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (grifos nossos)

8 Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.



(grifos nossos)

9 Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

10 Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

10

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos **é um passo** elementar no processo intelectual denominado "raciocínio jurídico"; é sua "operação primeira". O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, segundo critérios predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso da boa-fé objetiva, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre o valor de face (a "etiqueta") e o valor semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo "boa-fé subjetiva" e "boa-fé objetiva", e posteriormente, qual a aplicação da boa-fé objetiva no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou "legitimamente" na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no art. 637 do Código Civil, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do de cujus, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em perdas e danos em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada com base na boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA



11 Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

11

Por outro lado, a boa-fé objetiva diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um standard de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além de ser um princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o princípio da boa-fé possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do princípio da boa-fé. São eles: (i) a noção de mercado; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a praxis tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta.

No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o contrato de franquia, há, inicialmente, uma situação envolvendo a assimetria de informações que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, a fim de expandir seu negócio, adere ao modelo de negócios de franquia e, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de

12



que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou fora do país, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, o que é designado por responsabilidade pré-contratual ou culpa in contrahendo (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), de modo que, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por "apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos?".

Conseqüentemente, a fim de poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm o dever de informar e o ônus (mas não a obrigação) de se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações a respeito do tema tratado a fim de poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando da tomada de decisões nos negócios, qualquer que seja o ramo de atuação.

¹³ Conforme art. 421-A, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumerista ou trabalhista. Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte (credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração do negócio jurídico, podendo haver, nesses casos, a obrigação de tal informação ter que ser repassada durante o período de negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).



Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo período de ajustamento entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora o contrato de franquia não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. É complementa:

Aquilo que não se consegue saber, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há situações em que a informação é insuficiente, de modo que é preciso analisar quem teria o direito a receber determinada informação (gerando na contraparte o dever de informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

14

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão e que não possui o direito de demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Nas relações comerciais, as partes têm o direito de ter informações a respeito da outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir a fim de terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.



A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte do direito à informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto do dever de informar, seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao dever de informar (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) **no caso de** a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

15

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o mesmo que o erro escusável, presente no art. 2014, e, **de acordo com** o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo, a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para **a maioria das** pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também a culpa. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.

Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias



tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um dever de informar, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas do estado de informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma uberrima fides incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as consequências de sua escolha, e a maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar? (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

14 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

16

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça ? o que não significa, porém, que um expert tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação. (GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação soci-



etária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, de modo que o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca do direito à informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP a fim de verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar no caso concreto do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se o pedido de resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

17

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma ?Loja Padrão I?15 no interior de São Paulo, na cidade de Araraquara.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano da entrega da COF ao novo candidato, já seria motivo **para que o** contrato fosse anulado, conforme art. 3º, IX16, e parágrafo único do art. 4º17, ambos da Lei nº 8.955/94, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há **o que se** argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.

Contudo, o objetivo de análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, de



modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

15 A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

16 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:

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; (grifos nossos)

17 Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. (grifos nossos)

18

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição com o seu custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações a respeito do negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão da boa-fé objetiva, o dever de desconfiar das informações prestadas pela franqueadora.

Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, a celebração de negócios empresariais demanda que as empresas não omitam informações re-



levantes à contraparte? (FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, de fato, na hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um contrato de franquia; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível? (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

19

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer sistema e problema, uma vez que, na sua aplicação aos casos concretos, se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais. Estes reduzirão a extremada abertura da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia consequente à diluição da boa-fé em uma palavra encantada?. (grifos nossos)

No caso do Contrato de Franquia analisado no REsp 1862508/SP, o próprio candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto bairrista da população de Araraquara, além

de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), de modo que não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto "bairrista" dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua "maior dúvida", e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, o dever de informar e capacidade de produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O "erro de cálculo" do agente é um instrumento

20

que premia a eficiência do outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com "consumerismo", erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com Giovana Benetti (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação **for relevante e** útil para o credor; (iii) a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as



informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava em situação de ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, o dever de se informar é a regra, sendo o dever de informar a contraparte a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, de modo que cada uma tem o dever de se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam o dever de informar. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade do dever de se informar; (iv) não há dever de "não confiar?"; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

21

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), "a informação é o antídoto do engano, visto que a troca de informações tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes?".

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o contrato de franquia, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da boa-fé nas relações entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais no Direito Privado, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade, sendo esses dois últimos a contrapartida necessária ao exercício da autonomia privada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):



[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver ? desde que respeitados os limites legais ? suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a obrigação de fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação. A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no art. 112 do Código Civil, "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem?".

22

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao ?aspecto bairrista? da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão de retorno do investimento em 36 meses, e não a garantia de tal prazo, de modo que não pode querer que o teor literal da Circular de Oferta de Franquia (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto de ações e omissões que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o ?aspecto bairrista? diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os produtos e serviços ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente no mercado, de modo que pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E ?pode ter sido?, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em e-mail juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, contratamos uma pesquisa de mercado, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive o período de tabulação dos dados. Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)

Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como produziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a



mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto barrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular de Oferta de Franquia (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes."
(grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha durante o período de negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

23

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras **de acordo com** os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao art. 170 da Constituição Federal, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, de modo que sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria a obrigação de fornecer dados e estudo dentro de um contrato de franquia, pois os contratos empresariais não podem ser imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e no caso concreto que deve ser analisado quando há a obrigação de uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à contraparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.



Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da boa-fé objetiva, fornecendo ao franqueado as informações necessárias (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o que não se discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), as informações necessárias pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-

24

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta Paulo Cezar Aragão (2022, p. 366), referente ao contrato de compra de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos da boa-fé objetiva não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com as informações necessárias, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de sandbabbiting a fim de se resguardar de eventual problema no andamento do negócio com base em informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, com base no tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser os efeitos de tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação do Código Civil em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão

25



sobre o direito material a fim de fomentar a discussão acerca do embasamento da decisão e eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento a fim de não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. **De acordo com** matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo Código Civil de 2002 fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante ? em que a escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada ?, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes da inexistência de um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica no Código Civil. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.

¹⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.

A unificação da codificação acarretou insegurança no mercado e falta de confiança para os investidores, proporcionou o desbotamento do princípios próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurispru-



dência e permitiu o desbotamento de suas fontes. (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, bem como a pertinência de análise dos institutos presentes no Código Civil **de acordo com** a temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos do Direito Civil nas relações empresariais, caberia a crítica para efeito de não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia e a necessidade, ou não, de institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o Direito do Consumidor) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares iniciais acerca da interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre as partes, e que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, bem como o resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas caso a caso, de modo a evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações do direito do consumidor, em função, principalmente, da

27

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, de modo que faz necessária a adequação da lente utilizada a fim de melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, a fim de ser possível analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos princípios que regem as relações empresariais, bem como os efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.



Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da boa-fé objetiva em outras searas do Direito Privado, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. Obrigações vinculadas à cláusula de earn-out prevista no contrato. In. Fusões e aquisições: pareceres / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Almedina, 2022.

BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BRASIL. Código civil brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

28

_____. Código de processo civil. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

_____. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Lei 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8). Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020.

Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroR>



registro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.e
a>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos / Augusto Passamani
Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. ? 1ª ed. ? Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico,
2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. (Tese de doutorado).
Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação
do Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FORGIONI, Paula A.. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação / Paula A.
Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de
Brito. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREZZANA, Giacomo. A cláusula de declarações e garantias em alienação de
participação societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua
aplicação. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

29

NISHI, Camila Otani. A cláusula de sandbagging em contratos de M&A. São
Paulo: Quartier Latin, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 20 ed. Rio de Janeiro:
Forense, 2020.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades
anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito
civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de
Moraes. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. In Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência /
Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri
[SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e
controvérsias. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SANTOS, Alexandre David. Comentários à nova lei de franquia: Lei nº
13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. São Paulo:
Quartier Latin, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São
Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.





=====

Arquivo 1: [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://repositorio.usp.br/item/003061045> (616 termos)

Termos comuns: 11

Similaridade: 0,10%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://repositorio.usp.br/item/003061045> (616 termos)

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Salvador
2024

TIAGO JONES DA SILVA



OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2024

2

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº



1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da boa-fé objetiva, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do contrato de franquia por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do dever de informar na fase pré-contratual. A fim de analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda o que é o Contrato de Franquia, qual a finalidade da Circular de Oferta de Franquia (COF), presente no art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a autonomia privada das partes, a boa-fé objetiva, de modo que, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há o dever de informar, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP à luz da doutrina a fim de verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, no Código Civil, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular de oferta de franquia; boa-fé objetiva; dever de informar; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONTRATO DE FRANQUIA: notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. 3. O CONCEITO DE BOA-FÉ. 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. 4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. 4.1. O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. 5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP. 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.
² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.



3

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos shoppings centers, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama de oferta de produtos e serviços no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar o art. 2º da Lei nº 13.966/2019 (equivalente ao art. 3º, da Lei nº 8.955/94, antiga Lei de Franquia), a fim de destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte da informação a ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria da lei, de modo que, com base no dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação ao dever de informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são os limites da obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria o grau de informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto da informação a ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas com base em deveres anexos? Qual o grau de responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando o dever de informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar a fim de analisar quando determinada parte teria a obrigação de fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também a necessidade de levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato a fim de delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

4

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vislumbrar os parâmetros a serem analisados no caso concreto a fim de, somente então, determinar os limites da obrigação de cada uma das partes.

Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode



demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva seria cabível, ou não, a fim de determinar que uma parte tem o dever de informar algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode ser aplicada em outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O contrato de franquia é um negócio jurídico por meio do qual um empresário permite que outro tenha o direito de fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto a Lei nº 8.955/1994, em seu art. 2º, quanto a Lei nº 13.966/2019, em seu art. 1º, caracterizam o contrato de franquia como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de *intuitu personae* (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas de outros autores quanto à sua característica de ser um contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o contrato de franquia possa ser entendido como um contrato de adesão, de modo a invocar o art. 423 do Código Civil, sendo necessária, portanto, a aplicação das normas referentes aos contratos em geral.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, de acordo com Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento. Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias é que este consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o contrato de franquia um contrato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, com base no art. 170 da Constituição Federal, onde consta que



a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem a necessidade de aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia. Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que no contrato de franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, de modo que deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e a prática do dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, de modo que eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, se for o caso, demonstrar que o que havia era a simetria. A adoção de qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta no §1º do art. 2º da Lei nº 13.966, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, e o seu descumprimento embasa possível pedido de nulidade

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer o total dos valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente no art. 3º da Lei nº 8.955 e manteve-se presente, com pequenas alterações, no art. 2º da Lei nº 13.955.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular de Oferta de Franquia tem a característica do dever de publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio. Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, a fim de avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato com o fim de iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESARIAL

Conforme consta no art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico



requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, de modo que a capacidade é requisito para o que contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as partes contratantes.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, de modo a entender a capacidade (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer ou deixar de fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Conseqüentemente, as partes envolvidas possuem a capacidade de negociar e exigir informações a fim de que venha

7

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como dos direitos e deveres das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui a capacidade de gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), de modo que na formação do contrato há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo do direito privado uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o negócio jurídico **de acordo com** os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem o dever de analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com diferenças existentes entre os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características do local onde será implementado o novo negócio.

Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome pró-



prio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador de uma sociedade anônima, pois o fato de administrar um negócio para si ou para terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm o dever de desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

8

O candidato a franqueado, tal qual o administrador de uma sociedade anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva a fim de justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio ou de terceiros, deve agir com o zelo esperado e necessário para o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6} Segundo Parente (2005, p. 111), o dever de se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal, de modo que o dever de diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, com base no dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] dever de investigar impõe aos administradores a obrigação de analisarem criticamente as informações que lhes foram fornecidas a fim de detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

³ Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de produtos e serviços, que possui respaldo legal nos arts. 12 e 14 do CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.

⁴ Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)

⁵ Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do man-



dato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

6 Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

9

A autonomia privada, portanto, é uma forma de assunção de risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, de modo que é preciso entendê-lo a fim de poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo "boa-fé" é repetido no Código Civil em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo para todos os casos, de modo que é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) a fim de evitar confusão no momento de análise do caso concreto e de sua aplicação.

Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 1137, no art. 1648, no art. 6379 ou no art. 76510, por exemplo, uma vez que o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos do Código Civil, há somente a expressão "boa-fé", de modo que é preciso conhecer as espécies a fim de conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando uma ou outra espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

7 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (grifos nossos)

8 Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.



(grifos nossos)

9 Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

10 Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

10

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado "raciocínio jurídico"; é sua "operação primeira". O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, segundo critérios predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso da boa-fé objetiva, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre o valor de face (a "etiqueta") e o valor semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo "boa-fé subjetiva" e "boa-fé objetiva", e posteriormente, qual a aplicação da boa-fé objetiva no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou "legitimamente" na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no art. 637 do Código Civil, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do de cujus, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em perdas e danos em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada com base na boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

11 Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

11

Por outro lado, a boa-fé objetiva diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um standard de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além de ser um princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o princípio da boa-fé possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do princípio da boa-fé. São eles: (i) a noção de mercado; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a praxis tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta.

No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o contrato de franquia, há, inicialmente, uma situação envolvendo a assimetria de informações que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, a fim de expandir seu negócio, adere ao modelo de negócios de franquia e, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de

12



que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou fora do país, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, o que é designado por responsabilidade pré-contratual ou culpa in contrahendo (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), de modo que, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por "apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos?".

Conseqüentemente, a fim de poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm o dever de informar e o ônus (mas não a obrigação) de se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações a respeito do tema tratado a fim de poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando da tomada de decisões nos negócios, qualquer que seja o ramo de atuação.

¹³ Conforme art. 421-A, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumerista ou trabalhista. Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte (credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração do negócio jurídico, podendo haver, nesses casos, a obrigação de tal informação ter que ser repassada durante o período de negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).



Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo período de ajustamento entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora o contrato de franquia não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. É complementa:

Aquilo que não se consegue saber, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há situações em que a informação é insuficiente, de modo que é preciso analisar quem teria o direito a receber determinada informação (gerando na contraparte o dever de informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

14

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão e que não possui o direito de demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Nas relações comerciais, as partes têm o direito de ter informações a respeito da outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir a fim de terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.



A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte do direito à informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto do dever de informar, seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao dever de informar (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) no caso de a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

15

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o mesmo que o erro escusável, presente no art. 2014, e, **de acordo com** o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo, a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para a maioria das pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também a culpa. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.

Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias



tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um dever de informar, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas do estado de informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma uberrima fides incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as consequências de sua escolha, e a maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar? (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

14 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

16

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça ? o que não significa, porém, que um expert tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação. (GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação soci-



etária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, de modo que o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca do direito à informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP a fim de verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar no caso concreto do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se o pedido de resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

17

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma ?Loja Padrão I?15 no interior de São Paulo, na cidade de Araraquara.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano da entrega da COF ao novo candidato, já seria motivo para que o contrato fosse anulado, conforme art. 3º, IX16, e parágrafo único do art. 4º17, ambos da Lei nº 8.955/94, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há o que se argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.

Contudo, o objetivo de análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, de



modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

15 A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

16 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:

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; (grifos nossos)

17 Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. (grifos nossos)

18

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição com o seu custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações a respeito do negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão da boa-fé objetiva, o dever de desconfiar das informações prestadas pela franqueadora.

Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, a celebração de negócios empresariais demanda que as empresas não omitam informações re-



levantes à contraparte? (FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, **de fato, na** hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um contrato de franquia; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível? (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

19

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer sistema e problema, uma vez que, na sua aplicação aos casos concretos, se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais. Estes reduzirão a extremada abertura da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia conseqüente à diluição da boa-fé em uma palavra encantada?. (grifos nossos)

No caso do Contrato de Franquia analisado no REsp 1862508/SP, o próprio candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto bairrista da população de Araraquara, além



de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), de modo que não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto "bairrista" dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua "maior dúvida", e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, o dever de informar e capacidade de produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O "erro de cálculo" do agente é um instrumento

20

que premia a eficiência do outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com "consumismo", erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com Giovana Benetti (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as



informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava em situação de ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, o dever de se informar é a regra, sendo o dever de informar a contraparte a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, de modo que cada uma tem o dever de se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam o dever de informar. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade do dever de se informar; (iv) não há dever de "não confiar?"; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

21

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), "a informação é o antídoto do engano, visto que a troca de informações tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes?".

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o contrato de franquia, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da boa-fé nas relações entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais no Direito Privado, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade, sendo esses dois últimos a contrapartida necessária ao exercício da autonomia privada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):



[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver ? desde que respeitados os limites legais ? suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a obrigação de fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação. A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no art. 112 do Código Civil, "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem?".

22

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao ?aspecto bairrista? da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão de retorno do investimento em 36 meses, e não a garantia de tal prazo, de modo que não pode querer que o teor literal da Circular de Oferta de Franquia (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto de ações e omissões que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o ?aspecto bairrista? diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os produtos e serviços ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente no mercado, de modo que pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E ?pode ter sido?, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em e-mail juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, contratamos uma pesquisa de mercado, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive o período de tabulação dos dados. Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)

Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como produziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a



mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto barrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular de Oferta de Franquia (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes."
(grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha durante o período de negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

23

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras **de acordo com** os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao art. 170 da Constituição Federal, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, de modo que sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria a obrigação de fornecer dados e estudo dentro de um contrato de franquia, pois os contratos empresariais não podem ser imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e no caso concreto que deve ser analisado quando há a obrigação de uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à contraparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.



Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da boa-fé objetiva, fornecendo ao franqueado as informações necessárias (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o que não se discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), as informações necessárias pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-

24

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta Paulo Cezar Aragão (2022, p. 366), referente ao contrato de compra de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos da boa-fé objetiva não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com as informações necessárias, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de sandbabbiting a fim de se resguardar de eventual problema no andamento do negócio com base em informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, com base no tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser os efeitos de tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação do Código Civil em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão

25



sobre o direito material a fim de fomentar a discussão acerca do embasamento da decisão e eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento a fim de não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. **De acordo com** matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo Código Civil de 2002 fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante ? em que a escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada ?, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes da inexistência de um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica no Código Civil. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.

¹⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.

A unificação da codificação acarretou insegurança no mercado e falta de confiança para os investidores, proporcionou o desbotamento do princípios próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurispru-



dência e permitiu o desbotamento de suas fontes. (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, bem como a pertinência de análise dos institutos presentes no Código Civil **de acordo com** a temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos do Direito Civil nas relações empresariais, caberia a crítica para efeito de não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia e a necessidade, ou não, de institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o Direito do Consumidor) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares iniciais acerca da interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre as partes, e que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, bem como o resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas caso a caso, de modo a evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações do direito do consumidor, em função, principalmente, da

27

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, de modo que faz necessária a adequação da lente utilizada a fim de melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, a fim de ser possível analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos princípios que regem as relações empresariais, bem como os efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.



Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da boa-fé objetiva em outras searas do Direito Privado, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. Obrigações vinculadas à cláusula de earn-out prevista no contrato. In. Fusões e aquisições: pareceres / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Almedina, 2022.

BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BRASIL. Código civil brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

28

_____. **Código de processo civil**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

_____. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Lei 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8). Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020.

Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroR>



registro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.e
>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos / Augusto Passamani
Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. ? 1ª ed. ? Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico,
2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. (Tese de doutorado).
Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação
do Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FORGIONI, Paula A.. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação / Paula A.
Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de
Brito. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREZZANA, Giacomo. A cláusula de declarações e garantias em alienação de
participação societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua
aplicação. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

29

NISHI, Camila Otani. A cláusula de sandbagging em contratos de M&A. São
Paulo: Quartier Latin, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 20 ed. Rio de Janeiro:
Forense, 2020.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades
anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito
civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de
Moraes. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. In Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência /
Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri
[SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e
controvérsias. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SANTOS, Alexandre David. Comentários à nova lei de franquia: Lei nº
13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. São Paulo:
Quartier Latin, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São
Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.





=====

Arquivo 1: [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf](#) (9400 termos)

Arquivo 2: <https://www.ucsal.br/sobre-a-ucsal> (1096 termos)

Termos comuns: 4

Similaridade: 0,03%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf](#) (9400 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://www.ucsal.br/sobre-a-ucsal> (1096 termos)

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Salvador
2024

TIAGO JONES DA SILVA



OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela **Universidade Católica do Salvador**.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2024

2

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº



1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da boa-fé objetiva, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do contrato de franquia por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do dever de informar na fase pré-contratual. A fim de analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda o que é o Contrato de Franquia, qual a finalidade da Circular de Oferta de Franquia (COF), presente no art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a autonomia privada das partes, a boa-fé objetiva, de modo que, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há o dever de informar, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP à luz da doutrina a fim de verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, no Código Civil, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular de oferta de franquia; boa-fé objetiva; dever de informar; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONTRATO DE FRANQUIA: notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. 3. O CONCEITO DE BOA-FÉ. 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. 4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. 4.1. O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. 5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP. 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduando do Curso de Direito da **Universidade Católica do Salvador**. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.
² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela **Universidade Católica do Salvador ? UCSAL**, Professor de Direito da **Universidade Católica do Salvador**. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.



3

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos shoppings centers, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama de oferta de produtos e serviços no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar o art. 2º da Lei nº 13.966/2019 (equivalente ao art. 3º, da Lei nº 8.955/94, antiga Lei de Franquia), a fim de destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte da informação a ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria da lei, de modo que, com base no dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação ao dever de informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são os limites da obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria o grau de informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto da informação a ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas com base em deveres anexos? Qual o grau de responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando o dever de informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar a fim de analisar quando determinada parte teria a obrigação de fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também a necessidade de levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato a fim de delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

4

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vislumbrar os parâmetros a serem analisados no caso concreto a fim de, somente então, determinar os limites da obrigação de cada uma das partes.

Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode



demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva seria cabível, ou não, a fim de determinar que uma parte tem o dever de informar algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode ser aplicada em outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O contrato de franquia é um negócio jurídico por meio do qual um empresário permite que outro tenha o direito de fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto a Lei nº 8.955/1994, em seu art. 2º, quanto a Lei nº 13.966/2019, em seu art. 1º, caracterizam o contrato de franquia como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de *intuitu personae* (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas de outros autores quanto à sua característica de ser um contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o contrato de franquia possa ser entendido como um contrato de adesão, de modo a invocar o art. 423 do Código Civil, sendo necessária, portanto, a aplicação das normas referentes aos contratos em geral.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, de acordo com Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento. Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias é que este consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o contrato de franquia um contrato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, com base no art. 170 da Constituição Federal, onde consta que



a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem a necessidade de aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia. Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que no contrato de franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, de modo que deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e a prática do dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, de modo que eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, se for o caso, demonstrar que o que havia era a simetria. A adoção de qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta no §1º do art. 2º da Lei nº 13.966, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, e o seu descumprimento embasa possível pedido de nulidade

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer o total dos valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente no art. 3º da Lei nº 8.955 e manteve-se presente, com pequenas alterações, no art. 2º da Lei nº 13.955.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular de Oferta de Franquia tem a característica do dever de publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio. Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, a fim de avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato com o fim de iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESARIAL

Conforme consta no art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico



requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, de modo que a capacidade é requisito para o que contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as partes contratantes.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, de modo a entender a capacidade (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer ou deixar de fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Conseqüentemente, as partes envolvidas possuem a capacidade de negociar e exigir informações a fim de que venha

7

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como dos direitos e deveres das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui a capacidade de gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), de modo que na formação do contrato há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo do direito privado uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o negócio jurídico de acordo com os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem o dever de analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com diferenças existentes entre os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características do local onde será implementado o novo negócio.

Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome pró-



prio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador de uma sociedade anônima, pois o fato de administrar um negócio para si ou para terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm o dever de desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

8

O candidato a franqueado, tal qual o administrador de uma sociedade anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva a fim de justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio ou de terceiros, deve agir com o zelo esperado e necessário para o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6} Segundo Parente (2005, p. 111), o dever de se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal, de modo que o dever de diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, com base no dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] dever de investigar impõe aos administradores a obrigação de analisarem criticamente as informações que lhes foram fornecidas a fim de detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

³ Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de produtos e serviços, que possui respaldo legal nos arts. 12 e 14 do CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.

⁴ Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)

⁵ Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do man-



dato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

6 Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

9

A autonomia privada, portanto, é uma forma de assunção de risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, de modo que é preciso entendê-lo a fim de poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo "boa-fé" é repetido no Código Civil em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo para todos os casos, de modo que é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) a fim de evitar confusão no momento de análise do caso concreto e de sua aplicação.

Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 1137, no art. 1648, no art. 6379 ou no art. 76510, por exemplo, uma vez que o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos do Código Civil, há somente a expressão "boa-fé", de modo que é preciso conhecer as espécies a fim de conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando uma ou outra espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

7 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (grifos nossos)

8 Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.



(grifos nossos)

9 Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

10 Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

10

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado "raciocínio jurídico"; é sua "operação primeira". O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, segundo critérios predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso da boa-fé objetiva, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre o valor de face (a "etiqueta") e o valor semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo "boa-fé subjetiva" e "boa-fé objetiva", e posteriormente, qual a aplicação da boa-fé objetiva no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou "legitimamente" na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no art. 637 do Código Civil, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do de cujus, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em perdas e danos em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada com base na boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

11 Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

11

Por outro lado, a boa-fé objetiva diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um standard de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além de ser um princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o princípio da boa-fé possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do princípio da boa-fé. São eles: (i) a noção de mercado; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a praxis tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta.

No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o contrato de franquia, há, inicialmente, uma situação envolvendo a assimetria de informações que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, a fim de expandir seu negócio, adere ao modelo de negócios de franquia e, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de

12



que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou fora do país, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, o que é designado por responsabilidade pré-contratual ou culpa in contrahendo (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), de modo que, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por "apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos?".

Conseqüentemente, a fim de poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm o dever de informar e o ônus (mas não a obrigação) de se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações a respeito do tema tratado a fim de poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando da tomada de decisões nos negócios, qualquer que seja o ramo de atuação.

¹³ Conforme art. 421-A, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumerista ou trabalhista. Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte (credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração do negócio jurídico, podendo haver, nesses casos, a obrigação de tal informação ter que ser repassada durante o período de negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).



Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo período de ajustamento entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora o contrato de franquia não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. É complementa:

Aquilo que não se consegue saber, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há situações em que a informação é insuficiente, de modo que é preciso analisar quem teria o direito a receber determinada informação (gerando na contraparte o dever de informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

14

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão e que não possui o direito de demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Nas relações comerciais, as partes têm o direito de ter informações a respeito da outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir a fim de terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.



A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte do direito à informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto do dever de informar, seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao dever de informar (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) no caso de a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

15

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o mesmo que o erro escusável, presente no art. 2014, e, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo, a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para a maioria das pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também a culpa. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.

Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias



tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um dever de informar, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas do estado de informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma uberrima fides incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as consequências de sua escolha, e a maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar? (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

14 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

16

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça ? o que não significa, porém, que um expert tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação. (GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação soci-



etária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, de modo que o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca do direito à informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP a fim de verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar no caso concreto do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se o pedido de resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

17

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma ?Loja Padrão I?15 no interior de São Paulo, **na cidade de Araraquara**.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano da entrega da COF ao novo candidato, já seria motivo para que o contrato fosse anulado, conforme art. 3º, IX16, e parágrafo único do art. 4º17, ambos da Lei nº 8.955/94, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há o que se argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.

Contudo, o objetivo de análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, de



modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

15 A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

16 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:

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; (grifos nossos)

17 Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. (grifos nossos)

18

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição com o seu custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações a respeito do negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão da boa-fé objetiva, o dever de desconfiar das informações prestadas pela franqueadora.

Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, a celebração de negócios empresariais demanda que as empresas não omitam informações re-



levantes à contraparte? (FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, de fato, na hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um contrato de franquia; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível? (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

19

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer sistema e problema, uma vez que, na sua aplicação aos casos concretos, se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais. Estes reduzirão a extremada abertura da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia consequente à diluição da boa-fé em uma palavra encantada?. (grifos nossos)

No caso do Contrato de Franquia analisado no REsp 1862508/SP, o próprio candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto bairrista da população de Araraquara, além



de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), de modo que não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto "bairrista" dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua "maior dúvida", e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, o dever de informar e capacidade de produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O "erro de cálculo" do agente é um instrumento

20

que premia a eficiência do outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com "consumerismo", erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com Giovana Benetti (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as



informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava em situação de ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, o dever de se informar é a regra, sendo o dever de informar a contraparte a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, de modo que cada uma tem o dever de se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam o dever de informar. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade do dever de se informar; (iv) não há dever de "não confiar?"; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

21

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), "a informação é o antídoto do engano, visto que a troca de informações tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes?".

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o contrato de franquia, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da boa-fé nas relações entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais no Direito Privado, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade, sendo esses dois últimos a contrapartida necessária ao exercício da autonomia privada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):



[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver ? desde que respeitados os limites legais ? suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a obrigação de fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação. A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no art. 112 do Código Civil, "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem?".

22

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao ?aspecto bairrista? da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão de retorno do investimento em 36 meses, e não a garantia de tal prazo, de modo que não pode querer que o teor literal da Circular de Oferta de Franquia (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto de ações e omissões que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o ?aspecto bairrista? diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os produtos e serviços ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente no mercado, de modo que pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E ?pode ter sido?, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em e-mail juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, contratamos uma pesquisa de mercado, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive o período de tabulação dos dados. Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)

Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como produziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a



mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto barrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular de Oferta de Franquia (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes."
(grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha durante o período de negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

23

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras de acordo com os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao art. 170 da Constituição Federal, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, de modo que sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria a obrigação de fornecer dados e estudo dentro de um contrato de franquia, pois os contratos empresariais não podem ser imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e no caso concreto que deve ser analisado quando há a obrigação de uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à contraparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.



Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da boa-fé objetiva, fornecendo ao franqueado as informações necessárias (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o que não se discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), as informações necessárias pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-

24

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta Paulo Cezar Aragão (2022, p. 366), referente ao contrato de compra de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos da boa-fé objetiva não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com as informações necessárias, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de sandbabbiting a fim de se resguardar de eventual problema no andamento do negócio com base em informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, com base no tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser os efeitos de tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação do Código Civil em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão

25



sobre o direito material a fim de fomentar a discussão acerca do embasamento da decisão e eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento a fim de não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. De acordo com matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo Código Civil de 2002 fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante ? em que a escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada ?, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes da inexistência de um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica no Código Civil. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.

¹⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.

A unificação da codificação acarretou insegurança no mercado e falta de confiança para os investidores, proporcionou o desbotamento do princípios próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurispru-



dência e permitiu o desbotamento de suas fontes. (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, bem como a pertinência de análise dos institutos presentes no Código Civil de acordo com a temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos do Direito Civil nas relações empresariais, caberia a crítica para efeito de não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia e a necessidade, ou não, de institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o Direito do Consumidor) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares iniciais acerca da interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre as partes, e que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, bem como o resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas caso a caso, de modo a evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações do direito do consumidor, em função, principalmente, da

27

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, de modo que faz necessária a adequação da lente utilizada a fim de melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, a fim de ser possível analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos princípios que regem as relações empresariais, bem como os efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.



Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da boa-fé objetiva em outras searas do Direito Privado, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. Obrigações vinculadas à cláusula de earn-out prevista no contrato. In. Fusões e aquisições: pareceres / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Almedina, 2022.

BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BRASIL. Código civil brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

28

_____. Código de processo civil. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

_____. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Lei 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8). Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020.

Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroR>



registro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.e
>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos / Augusto Passamani
Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. ? 1ª ed. ? Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico,
2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. (Tese de doutorado).
Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação
do Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FORGIONI, Paula A.. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação / Paula A.
Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de
Brito. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREZZANA, Giacomo. A cláusula de declarações e garantias em alienação de
participação societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua
aplicação. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

29

NISHI, Camila Otani. A cláusula de sandbagging em contratos de M&A. São
Paulo: Quartier Latin, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 20 ed. Rio de Janeiro:
Forense, 2020.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades
anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito
civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de
Moraes. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. In Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência /
Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri
[SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e
controvérsias. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SANTOS, Alexandre David. Comentários à nova lei de franquia: Lei nº
13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. São Paulo:
Quartier Latin, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São
Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.





=====

Arquivo 1: [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://portuguese.stackexchange.com/questions/770/quando-e-de-que-forma-devemos-utilizar-as-conjun%C3%A7%C3%B5es-adversativas-mas-contud> (1090 termos)

Termos comuns: 3

Similaridade: 0,02%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<https://portuguese.stackexchange.com/questions/770/quando-e-de-que-forma-devemos-utilizar-as-conjun%C3%A7%C3%B5es-adversativas-mas-contud> (1090 termos)

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE IN-
FORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS
FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUS-
TIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Salvador
2024



TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2024

2

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES



PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da boa-fé objetiva, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do contrato de franquia por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do dever de informar na fase pré-contratual. A fim de analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda o que é o Contrato de Franquia, qual a finalidade da Circular de Oferta de Franquia (COF), presente no art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a autonomia privada das partes, a boa-fé objetiva, de modo que, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há o dever de informar, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP à luz da doutrina a fim de verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, no Código Civil, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular de oferta de franquia; boa-fé objetiva; dever de informar; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONTRATO DE FRANQUIA: notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. 3. O CONCEITO DE BOA-FÉ. 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. 4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. 4.1. O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. 5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP. 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.
² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito



da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

3

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos shoppings centers, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama de oferta de produtos e serviços no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar o art. 2º da Lei nº 13.966/2019 (equivalente ao art. 3º, da Lei nº 8.955/94, antiga Lei de Franquia), a fim de destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte da informação a ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria da lei, de modo que, com base no dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação ao dever de informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são os limites da obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria o grau de informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto da informação a ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas com base em deveres anexos? Qual o grau de responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando o dever de informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar a fim de analisar quando determinada parte teria a obrigação de fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também a necessidade de levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato a fim de delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

4

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vislumbrar os parâmetros a serem analisados no caso concreto a fim de, somente então,

determinar os limites da obrigação de cada uma das partes. Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva seria cabível, ou não, a fim de determinar que uma parte tem o dever de informar algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode ser aplicada em outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O contrato de franquia é um negócio jurídico por meio do qual um empresário permite que outro tenha o direito de fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto a Lei nº 8.955/1994, em seu art. 2º, quanto a Lei nº 13.966/2019, em seu art. 1º, caracterizam o contrato de franquia como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de *intuitu personae* (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas de outros autores quanto à sua característica de ser um contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o contrato de franquia possa ser entendido como um contrato de adesão, de modo a invocar o art. 423 do Código Civil, sendo necessária, portanto, a aplicação das normas referentes aos contratos em geral.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, de acordo com Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

5

é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento. Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias é que este consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o contrato de franquia um contrato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção



de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, com base no art. 170 da Constituição Federal, onde consta que a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem a necessidade de aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia. Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que no contrato de franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, de modo que deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e a prática do dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, de modo que eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, se for o caso, demonstrar que o que havia era a simetria. A adoção de qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta no §1º do art. 2º da Lei nº 13.966, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, e o seu descumprimento embasa possível pedido de nulidade

6

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer o total dos valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente no art. 3º da Lei nº 8.955 e manteve-se presente, com pequenas alterações, no art. 2º da Lei nº 13.955.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular de Oferta de Franquia tem a característica do dever de publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio. Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, a fim de avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato com o fim de iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESA-



RIAL

Conforme consta no art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, de modo que a capacidade é requisito para o que contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as partes contratantes.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, de modo a entender a capacidade (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer ou deixar de fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Conseqüentemente, as partes envolvidas possuem a capacidade de negociar e exigir informações a fim de que venha

7

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como dos direitos e deveres das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui a capacidade de gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), de modo que na formação do contrato há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo do direito privado uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o negócio jurídico de acordo com os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem o dever de analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com diferenças existentes entre os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características do local onde será implementado o novo negócio.



Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome próprio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador de uma sociedade anônima, pois o fato de administrar um negócio para si ou para terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm o dever de desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

8

O candidato a franqueado, tal qual o administrador de uma sociedade anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva a fim de justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio ou de terceiros, deve agir com o zelo esperado e necessário para o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6} Segundo Parente (2005, p. 111), o dever de se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal, de modo que o dever de diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, com base no dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] dever de investigar impõe aos administradores a obrigação de analisarem criticamente as informações que lhes foram fornecidas a fim de detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

³ Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de produtos e serviços, que possui respaldo legal nos arts. 12 e 14 do CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.

⁴ Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstân-



cias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)
5 Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

6 Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

9

A autonomia privada, portanto, é uma forma de assunção de risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, de modo que é preciso entendê-lo a fim de poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo "boa-fé" é repetido no Código Civil em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo para todos os casos, de modo que é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) a fim de evitar confusão no momento de análise do caso concreto e de sua aplicação. Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 1137, no art. 1648, no art. 6379 ou no art. 76510, por exemplo, **uma vez que** o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos do Código Civil, há somente a expressão "boa-fé", de modo que é preciso conhecer as espécies a fim de conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando **uma ou outra** espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

7 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (grifos nossos)



8 Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

(grifos nossos)

9 Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

10 Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

10

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado "raciocínio jurídico"; é sua "operação primeira". O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, segundo critérios predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso da boa-fé objetiva, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre o valor de face (a "etiqueta") e o valor semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo "boa-fé subjetiva" e "boa-fé objetiva", e posteriormente, qual a aplicação da boa-fé objetiva no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou "legitimamente" na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no art. 637 do Código Civil, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do de cujus, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em perdas e danos em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada com base na boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

11 Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

11

Por outro lado, a boa-fé objetiva diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um standard de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além de ser um princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o princípio da boa-fé possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do princípio da boa-fé. São eles: (i) a noção de mercado; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a praxis tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta. No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o contrato de franquia, há, inicialmente, uma situação envolvendo a assimetria de informações que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, a fim de expandir seu negócio, adere ao modelo de negócios de franquia e, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de



12

que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou fora do país, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, o que é designado por responsabilidade pré-contratual ou culpa in contrahendo (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), de modo que, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por ?apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos?.

Conseqüentemente, a fim de poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm o dever de informar e o ônus (mas não a obrigação) de se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações a respeito do tema tratado a fim de poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando da tomada de decisões nos negócios, qualquer que seja o ramo de atuação.

¹³ Conforme art. 421-A, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.

13

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumidora ou trabalhista. Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte (credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração do negócio



jurídico, podendo haver, nesses casos, a obrigação de tal informação ter que ser repassada durante o período de negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo período de ajustamento entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora o contrato de franquia não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. E complementa:

Aquilo que não se consegue saber, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há situações em que a informação é insuficiente, de modo que é preciso analisar quem teria o direito a receber determinada informação (gerando na contraparte o dever de informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

14

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão e que não possui o direito de demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Nas relações comerciais, as partes têm o direito de ter informações **a respeito**



da outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir a fim de terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.

A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte do direito à informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto do dever de informar, seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao dever de informar (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) no caso de a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

15

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o mesmo que o erro escusável, presente no art. 204, e, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo, a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para a maioria das pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também a culpa. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.

Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o



credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um dever de informar, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas do estado de informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma uberrima fides incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as consequências de sua escolha, e a maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar? (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

14 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

16

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça ? o que não significa, porém, que um expert tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação.



(GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação societária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, de modo que o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca do direito à informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP a fim de verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar no caso concreto do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se o pedido de resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

17

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma "Loja Padrão I"15 no interior de São Paulo, na cidade de Araraquara.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano da entrega da COF ao novo candidato, já seria motivo para que o contrato fosse anulado, conforme art. 3º, IX16, e parágrafo único do art. 4º17, ambos da Lei nº 8.955/94, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há o que se argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.

Contudo, o objetivo de análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca



do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, de modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

15 A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

16 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:

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; (grifos nossos)

17 Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. (grifos nossos)

18

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição com o seu custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações a respeito do negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão da boa-fé objetiva, o dever de desconfiar das informações prestadas pela franqueadora.



Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, a celebração de negócios empresariais demanda que as empresas não omitam informações relevantes à contraparte? (FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, de fato, na hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um contrato de franquia; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível? (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

19

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer sistema e problema, **uma vez que**, na sua aplicação aos casos concretos, se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais. Estes reduzirão a extremada abertura da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia consequente à diluição da boa-fé em uma palavra encantada?. (grifos nossos)

No caso do Contrato de Franquia analisado no REsp 1862508/SP, o próprio



candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto ?bairrista? da população de Araraquara, além de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), de modo que não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto ?bairrista? dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua ?maior dúvida?, e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, o dever de informar e capacidade de produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O ?erro de cálculo? do agente é um instrumento

20

que premia a eficiência do outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com ?consumerismo?, erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com Giovana Benetti (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação



a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava em situação de ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, o dever de se informar é a regra, sendo o dever de informar a contraparte a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, de modo que cada uma tem o dever de se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam o dever de informar. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade do dever de se informar; (iv) não há dever de "não confiar?"; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que

a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

21

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), "a informação é o antídoto do engano, visto que a troca de informações tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes?".

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o contrato de franquia, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da boa-fé nas relações entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais no Direito Privado, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade, sendo esses dois últimos a contrapartida necessária ao exercício da autonomia pri-



vada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):

[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver ? desde que respeitados os limites legais ? suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a obrigação de fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação. A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no art. 112 do Código Civil, "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem?".

22

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao ?aspecto bairrista? da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão de retorno do investimento em 36 meses, e não a garantia de tal prazo, de modo que não pode querer que o teor literal da Circular de Oferta de Franquia (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto de ações e omissões que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o ?aspecto bairrista? diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os produtos e serviços ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente no mercado, de modo que pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E ?pode ter sido?, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em e-mail juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, contratamos uma pesquisa de mercado, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive o período de tabulação dos dados. Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)

Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como pro-



duziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto barrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular de Oferta de Franquia (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes."
(grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha durante o período de negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras de acordo com os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao art. 170 da Constituição Federal, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, de modo que sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria a obrigação de fornecer dados e estudo dentro de um contrato de franquia, pois os contratos empresariais não podem ser imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e no caso concreto que deve ser analisado quando há a obrigação de uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à con-



traparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.

Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da boa-fé objetiva, fornecendo ao franqueado as informações necessárias (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o que não se discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), as informações necessárias pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-

24

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta Paulo Cezar Aragão (2022, p. 366), referente ao contrato de compra de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos da boa-fé objetiva não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com as informações necessárias, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de sandbabbiting a fim de se resguardar de eventual problema no andamento do negócio com base em informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, com base no tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser os efeitos de tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação do Código Civil em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão

25



sobre o direito material a fim de fomentar a discussão acerca do embasamento da decisão e eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento a fim de não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. De acordo com matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo Código Civil de 2002 fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante ? em que a escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada ?, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes da inexistência de um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica no Código Civil. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.

¹⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.



fiança para os investidores, proporcionou o desbotamento do princípios próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurisprudência e permitiu o desbotamento de suas fontes. (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, bem como a pertinência de análise dos institutos presentes no Código Civil de acordo com a temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos do Direito Civil nas relações empresariais, caberia a crítica para efeito de não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia e a necessidade, ou não, de institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o Direito do Consumidor) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares iniciais acerca da interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre as partes, e que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, bem como o resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas caso a caso, de modo a evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações do direito do consumidor, em função, principalmente, da

27

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, de modo que faz necessária a adequação da lente utilizada a fim de melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, a fim de ser possível analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos princípios que regem



as relações empresariais, bem como os efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.

Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da boa-fé objetiva em outras searas do Direito Privado, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. Obrigações vinculadas à cláusula de earn-out prevista no contrato. In. Fusões e aquisições: pareceres / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Almedina, 2022.

BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BRASIL. Código civil brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

28

_____. Código de processo civil. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

_____. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Lei 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8). Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020.



Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos / Augusto Passamani Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. ? 1ª ed. ? Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. (Tese de doutorado). Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação do Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FORGIONI, Paula A.. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação / Paula A. Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREZZANA, Giacomo. A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

29

NISHI, Camila Otani. A cláusula de sandbagging em contratos de M&A. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. In Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência / Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri [SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e controvérsias. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SANTOS, Alexandre David. Comentários à nova lei de franquia: Lei nº 13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São Paulo: Almedina, 2020.



VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.



=====

Arquivo 1: [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://estudosculturalistas.org/publicacoes/crise-e-perturbacoes-no-cumprimento-da-prestacao> (87 termos)

Termos comuns: 2

Similaridade: 0,02%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [TCC - Trabalho Final para defesa.pdf \(9400 termos\)](#)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<https://estudosculturalistas.org/publicacoes/crise-e-perturbacoes-no-cumprimento-da-prestacao> (87 termos)

=====

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE IN-
FORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS
FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUS-
TIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Salvador
2024



TIAGO JONES DA SILVA

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho

Salvador

2024

2

OS LIMITES DA (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DE INFORMAÇÕES



PELA FRANQUEADORA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1862508/SP

Tiago Jones da Silva¹

Prof. Ms. Carlos Alberto José Barbosa Coutinho²

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar o Acórdão do REsp nº 1862508/SP, proferido pela Terceira Turma do STJ, em 24/11/2020, que analisou a incidência da boa-fé objetiva, como dever anexo de informação, tendo resultado na resolução do contrato de franquia por conta do inadimplemento, por parte do franqueador, do dever de informar na fase pré-contratual. A fim de analisar o referido Acórdão, o presente trabalho aborda o que é o Contrato de Franquia, qual a finalidade da Circular de Oferta de Franquia (COF), presente no art. 2º, da Lei nº 13.966/2019, bem como a autonomia privada das partes, a boa-fé objetiva, de modo que, para além do que consta na letra da lei, poder definir quando há o dever de informar, no presente caso, por parte do franqueador, e quando há o ônus de se informar, por parte do candidato a franqueado. Após abordar as questões teóricas, faz-se a análise do REsp nº 1862508/SP à luz da doutrina a fim de verificar se o candidato a franqueado estava numa situação de ignorância legítima a ponto de ser credor da informação por parte do franqueador. Ao fim, o trabalho aponta, mas não aprofunda, dois tópicos que podem ser analisados como desdobramentos do presente caso, quais sejam, os impactos de uma decisão judicial sobre a atividade econômica, principalmente quando proferida por um tribunal superior, e qual o possível efeito que a unificação de institutos jurídicos, no Código Civil, pode ter quando da análise de conflitos cíveis e empresariais.

Palavras-chave: circular de oferta de franquia; boa-fé objetiva; dever de informar; ônus de se informar; REsp nº 186250/SP.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O CONTRATO DE FRANQUIA: notas importantes. 2.1. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO EMPRESARIAL. 3. O CONCEITO DE BOA-FÉ. 3.1. BOA-FÉ SUBJETIVA. 3.2. BOA-FÉ OBJETIVA. 4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS. 4.1. O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.2. O ÔNUS DE SE INFORMAR. 5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP. 5.1. DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO. 5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Graduado em Relações Internacionais pela UNIJORGE, Especialista em Política e Estratégia pela UNEB/ADESG, MBA em Finanças Corporativas e Mercados Financeiros pela UNIFACS, Especializando em Advocacia Empresarial pela PUC-Minas e Aluno Especial do PPGD da UFBA em 2024.1. E-mail: tiagoj.silva@ucsal.edu.br.
² Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade, Pós-Graduado em Processo Civil pela JusPodivm, Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador ? UCSAL, Professor de Direito



da Universidade Católica do Salvador. E-mail: carlos.coutinho@pro.ucsal.br.

3

1 INTRODUÇÃO

Relações complexas exigem atuações detalhas e com critério. As particularidades presentes nos mais diversos tipos e níveis de negócios demandam a adaptação dos envolvidos às características inerentes à negociação.

Os contratos de franquia têm crescido nos últimos anos no Brasil, fazendo-se presentes tanto no comércio de rua quanto no comércio dos shoppings centers, gerando empregos, arrecadando tributos e ampliando a gama de oferta de produtos e serviços no mercado.

Para que haja a celebração do contrato de franquia, é importante observar o art. 2º da Lei nº 13.966/2019 (equivalente ao art. 3º, da Lei nº 8.955/94, antiga Lei de Franquia), a fim de destacar quais informações devem ser repassadas pelo franqueador ao candidato a franqueado. Contudo, parte da informação a ser repassada pode estar para além do que consta na letra fria da lei, de modo que, com base no dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, é preciso analisar quais seriam elas.

A partir da análise do contrato, do que consta na lei com relação ao dever de informar e da capacidade das partes de se informar acerca do que julguem pertinente, cabe inserir a seguinte questão: quais são os limites da obrigação da concessão de informações pela franqueadora e qual o entendimento da matéria por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do REsp nº 1862508/SP?

Qual seria o grau de informação que uma parte deve transmitir à outra? O quanto da informação a ser passada estaria já discriminada por força legal? Quais outras informações poderiam ou deveriam ser transmitidas com base em deveres anexos? Qual o grau de responsabilidade das partes na transmissão da informação e na sua obtenção por conta própria? Quando o dever de informar de uma parte termina e o ônus de se informar da outra começa?

O presente trabalho visa abordar os conceitos do contrato de franquia, da autonomia privada, da boa-fé objetiva, do dever de informar e do ônus de se informar a fim de analisar quando determinada parte teria a obrigação de fornecer informações à outra.

A análise do presente caso demonstra também a necessidade de levar em consideração todo o contexto no qual ocorreu a negociação e a celebração do contrato a fim de delimitar a fronteira do dever de informar e do ônus de se informar.

4

Com auxílio da doutrina especializada em contratos empresariais, é possível vislumbrar os parâmetros a serem analisados no caso concreto a fim de, somente então,



determinar os limites da obrigação de cada uma das partes. Mesmo em relações existentes no mesmo tipo de contrato, o contexto pode demonstrar que o resultado da aplicação da aplicação da boa-fé objetiva seria cabível, ou não, a fim de determinar que uma parte tem o dever de informar algo à outra. Ademais, em que pese o estudo ter como base contratos de franquia, a lógica abordada pode ser aplicada em outros tipos de contratos empresariais.

2 O CONTRATO DE FRANQUIA: NOTAS IMPORTANTES

O contrato de franquia é um negócio jurídico por meio do qual um empresário permite que outro tenha o direito de fazer uso de sua marca, acompanhado de certa assistência por parte do empresário concedente, em troca de uma remuneração por parte do concessionário (GOMES, 2019, p. 501). Tanto a Lei nº 8.955/1994, em seu art. 2º, quanto a Lei nº 13.966/2019, em seu art. 1º, caracterizam o contrato de franquia como um contrato empresarial.

Tal contrato é complexo e abarca diversos outros tipos de contrato, tanto típicos como atípicos, sendo um contrato bilateral, oneroso, comutativo, geralmente de adesão e possui a característica de *intuitu personae* (VENOSA, 2020, p. 917). Contudo, há ressalvas de outros autores quanto à sua característica de ser um contrato de adesão.

Conforme ressalta Alexandre David Santos (2020, p. 39), não é possível considerar que o contrato de franquia possa ser entendido como um contrato de adesão, de modo a invocar o art. 423 do Código Civil, sendo necessária, portanto, a aplicação das normas referentes aos contratos em geral.

E não poderia ser entendido de outra forma, pois, de acordo com Orlando Gomes (2019, 118),

O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. Assim, quem precisa viajar, utilizando determinado meio de transporte, há de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. A alternativa

5

é contratar ou deixar de viajar, mas, se a viagem é necessária, está constrangido, por essa necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento não configura, porém, coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento. Para o franqueador, a vantagem empresarial de se operar através de contratos de franquias é que este consegue aumentar o alcance do seu negócio e ganhar eficiência. Já para o franqueado há a vantagem de ter acesso a uma estrutura de negócios pronta para operação (VENOSA, 2020, p. 920). Sendo o contrato de franquia um contrato empresarial, as partes envolvidas buscam a atividade comercial para a obtenção



de lucro (FORGIONI, 2020, p. 27-28).

Nesse sentido, com base no art. 170 da Constituição Federal, onde consta que a livre iniciativa fundamenta a ordem econômica, o franqueado não tem a necessidade de aderir ao contrato do franqueador, por não ser esse o único meio possível de alcançar seu objetivo de empreender, pois poderia ter escolhido empreender sozinho, com algum sócio ou mesmo analisar as diversas opções de contratos de franquia. Ademais, por mais que à primeira vista possa parecer que no contrato de franquia exista assimetria entre as partes, o fato é que tal pressuposto não deve ser adotado, pois, sendo um contrato empresarial, a presunção é de que há simetria, além de que o franqueado, ao optar pelo sistema de franquia, possui (ou deveria possuir) a capacidade técnica, jurídica e econômica para compreender o negócio no qual pretende ingressar, de modo que deve ser afastada a ideia de vulnerabilidade, hipossuficiência e a prática do dirigismo contratual (SANTOS, 2020, p. 39-40).

Nos contratos empresariais, o pressuposto inicial é de que não há assimetria entre as partes, de modo que eventuais divergências devem ser analisadas e demonstradas no caso contrário, ao invés de se entender pela assimetria inicial para posteriormente, se for o caso, demonstrar que o que havia era a simetria. A adoção de qual o pressuposto inicial, portanto, irá alterar a distribuição e o tipo da prova entre as partes.

No caso da Franquia, a etapa da negociação, mesmo no caso padronizado, é viável, pois a Circular da Oferta de Franquia (COF) não vincula o candidato a franqueado, pois, conforme consta no §1º do art. 2º da Lei nº 13.966, a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes do pagamento de qualquer quantia ao franqueador, e o seu descumprimento embasa possível pedido de nulidade

ou anulabilidade por parte do candidato a franqueado, além de este poder requerer o total dos valores pagos, conforme consta no §2º. A COF já estava presente no art. 3º da Lei nº 8.955 e manteve-se presente, com pequenas alterações, no art. 2º da Lei nº 13.955.

De acordo com Alexandre David Santos (2020, p. 34-35), a Circular de Oferta de Franquia tem a característica do dever de publicidade do franqueador para com o candidato a franqueado, repassando-lhe informações importantes sobre o negócio. Ao ter acesso às informações relevantes, pode o candidato a franqueado analisá-las, a fim de avaliar o risco e as oportunidades do negócio antes mesmo de fazer qualquer pagamento ao franqueador (SISTER, 2020, p. 39).

Ademais, com tais informações em mãos, não há impedimento para que alguma cláusula do Contrato seja alterada ou excluída. Sendo um contrato com o fim de iniciar um negócio, cabe às partes analisar as opções disponíveis e demonstrar em quais condições aceitaria iniciar o negócio, ao agirem conforme a autonomia privada.

2.1 A AUTONOMIA PRIVADA E O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO EMPRESA-



RIAL

Conforme consta no art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer, dentre outros requisitos, que o agente seja capaz, de modo que a capacidade é requisito para o que contrato seja válido e possa produzir seus efeitos entre as partes contratantes.

Em se tratando de contratos empresariais, há a presunção de simetria nas negociações, de modo a entender a capacidade (e não o poder) de negociar, e por capacidade de negociar cabe entender que o empresário sabe (ou deveria saber) qual sua força na negociação e até mesmo qual seria o momento de sair da negociação, por ter condições de entender o cenário no qual está inserido e quais movimentos deva fazer ou deixar de fazer.

No contrato de franquia há paridade entre as partes (pois trata-se de contrato empresarial), porém há assimetria informacional. Conseqüentemente, as partes envolvidas possuem a capacidade de negociar e exigir informações a fim de que venha

7

a ocorrer a simetria informacional. O resultado do nível informacional entre as partes resultará de suas ações e omissões, bem como dos direitos e deveres das partes.

Conforme menciona Caio Mário da Silva Pereira (2019, p. 223):

Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.

Além da inércia, o silêncio possui a capacidade de gerar ato negocial (PEREIRA, 2019, p. 409), de modo que na formação do contrato há que se atentar para as atitudes ativas e passivas das partes. Portanto, o negócio jurídico empresarial formado tem como substrato as ações e omissões, as perguntas feitas e as perguntas não feitas, a informação buscada e a informação não buscada pelas partes.

Sendo o ramo do direito privado uma área do Direito com menor intervenção estatal, as partes possuem maior autonomia em suas ações, de modo estruturam o negócio jurídico de acordo com os seus interesses (TELLECHEA, 2016, p. 142).

Nos contratos de franquia, o candidato a franqueado tem o dever de analisar as informações recebidas e, inclusive, deve discordar caso encontre alguma inconsistência ou mesmo requerer informações adicionais, caso esteja insatisfeito com os dados que lhe foram passados.

As atividades empresariais são dinâmicas, com diferenças existentes entre os ramos de atividades ou mesmo no mesmo ramo, quando consideradas localidades diferentes. Dessa forma, as partes não devem aceitar as informações recebidas de forma passiva, não por conta de estarem necessariamente erradas, mas por conta de possíveis erros não intencionais ou mesmo por mudança no cenário macroeconômico, pelo crivo do receptor da informação e, ainda, em função das características do local onde será implementado o novo negócio.



Fazendo um paralelo com os administradores de sociedades anônimas, os candidatos a franqueado irão gerir um negócio, com a diferença que será em nome próprio. Contudo, fazendo um paralelo, poderão ter o mesmo zelo que um administrador de uma sociedade anônima, pois o fato de administrar um negócio para si ou para terceiro não deveria ter qualquer interferência com a relação à forma de administrar, pois

os administradores têm o dever de desempenhar o cargo para o qual foram eleitos. Para tanto, é fundamental que obtenham todas as informações necessárias para desenvolverem o negócio social de maneira adequada, sempre tendo em vista o interesse social. (PARENTE, 2005, p. 111).

8

O candidato a franqueado, tal qual o administrador de uma sociedade anônima, não deve, portanto, esperar que todas as informações lhe sejam repassadas a ponto de posteriormente poder querer se valer de sua atitude passiva a fim de justificar as consequências sofridas e se eximir de responsabilidades.³

Quem administra bens, seja próprio ou de terceiros, deve agir com o zelo esperado e necessário para o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, seja por vontade própria, seja por determinação legal, conforme consta no Código Civil.^{4 5 6} Segundo Parente (2005, p. 111), o dever de se informar está diretamente ligado ao dever de diligência. No caso do contrato de franquia, parte das informações são recebidas diretamente através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal, de modo que o dever de diligência do franqueado fica reduzido, porém não é inexistente.

Mesmo tendo recebido as informações, cabe ao credor investigar os dados recebidos, pois, com base no dever de investigar, o credor da informação precisa conferir se as informações recebidas são suficientes ou não, pois, conforme sustenta Parente (2005, p. 120),

[o] dever de investigar impõe aos administradores a obrigação de analisarem criticamente as informações que lhes foram fornecidas a fim de detectar potenciais problemas que possam vir a afetar as atividades desenvolvidas pela companhia. (grifos nossos)

De todas essas atitudes, sejam elas ativas ou passivas, irá resultar na celebração do contrato entre as partes, o que irá refletir a sua autonomia em contratar e, portanto, as partes ficam vinculadas ao que fora avençado.

³ Não cabe responsabilizar a outra parte por não ter recebido todas as informações existentes e possíveis de serem produzidas para, somente então, estar apto a gerir o negócio. Não pode haver uma postura passiva, tal como ocorre com o consumidor de produtos e serviços, que possui respaldo legal nos arts. 12 e 14 do CDC para receber as informações suficientes e adequadas para a utilização/fruição, evitando riscos.

⁴ Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstân-



cias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores. (grifos nossos)
5 Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. (grifos nossos)

6 Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. (grifos nossos)

9

A autonomia privada, portanto, é uma forma de assunção de risco na atividade empresarial, e o gerenciamento de informações é o substrato que molda a tomada de decisão.

3 O CONCEITO DE BOA-FÉ

Porém, embora as partes tenham autonomia para criarem suas condições de contratação, isso não quer dizer que nos contratos empresariais não haja a incidência da boa-fé e que os contratos possam ser celebrados em quaisquer condições. Muito pelo contrário!

Todavia, a boa-fé é um instituto jurídico que possui caráter indefinido, de modo que é preciso entendê-lo a fim de poder aplicá-lo corretamente. Conforme afirma Tomasevicius Filho (2020, 76), o conceito atualmente possui muitas redundâncias e está muito saturado.

O termo "boa-fé" é repetido no Código Civil em 57 (cinquenta e sete) oportunidades, contudo seu significado não é o mesmo para todos os casos, de modo que é preciso entender seu conceito e suas espécies (boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva) a fim de evitar confusão no momento de análise do caso concreto e de sua aplicação. Havendo a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, qual das espécies está presente no art. 1137, no art. 1648, no art. 6379 ou no art. 76510, por exemplo, uma vez que o Código Civil não faz tal distinção?

Em todos os 57 artigos do Código Civil, há somente a expressão "boa-fé", de modo que é preciso conhecer as espécies a fim de conseguir identificá-las nos artigos da lei. Há, portanto, clara necessidade de distinguir quando uma ou outra espécie é aplicada, além das próprias diferenças de aplicação da mesma espécie do termo.

De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 277):

7 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (grifos nossos)



8 Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

(grifos nossos)

9 Art. 637. O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido. (grifos nossos)

10 Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes. (grifos nossos)

10

A percepção da existência de diferenças entre os fenômenos é um passo elementar no processo intelectual denominado "raciocínio jurídico"; é sua "operação primeira". O estabelecimento de diferenças, de identidades e de semelhanças permite a classificação. Classificar é distinguir entre categorias, ordenar é estabelecer relações, segundo critérios predefinidos. E tanto mais é relevante esse processo intelectual quando realidades jurídicas distintas são nomeadas por um único e mesmo termo. É o caso da boa-fé objetiva, denominação que, frequentemente, suscita confusão entre o valor de face (a "etiqueta") e o valor semântico (o significado).

Dessa forma, cabe trazer a explanação acerca do significado do termo "boa-fé subjetiva" e "boa-fé objetiva", e posteriormente, qual a aplicação da boa-fé objetiva no caso analisado no presente estudo.

3.1 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Judith Martins-Costa traz a distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, afirmando que a boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico (2018, p. 279), pois

pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicara situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou "legitimamente" na aparência de certo ato. (2018, p. 280)

A título de exemplo do quanto presente no art. 637 do Código Civil, o herdeiro do depositário, por acreditar que o bem era do de cujus, e não de terceiro, vendeu o bem ao comprador.

Contudo, mesmo tendo tido uma atitude errada (vendeu o que não deveria), ainda assim não será condenado em perdas e danos em face do adquirente, em eventual sentença no qual figure como assistente do depositante¹¹.

Como o herdeiro (alienante) praticou o ato na ignorância acerca de quem era o real titular do bem negociado, sua ação foi pautada com base na boa-fé subjetiva (ROSENVALD, 2019, p. 664). Portanto, sendo um estado psicológico, a boa-fé subjetiva é uma qualidade reportada ao sujeito (CORDEIRO, 2013, p. 407).

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

11 Conforme art. 119 do Código de Processo Civil.

11

Por outro lado, a boa-fé objetiva diz respeito a uma norma jurídica, direcionando a um modelo jurídico e a um standard de comportamento que devem moldar as atitudes das partes em suas tratativas obrigacionais, além de ser um princípio jurídico que caracteriza um estado ideal de coisas, um arquétipo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 281-282).

Complementa Judith Martins-Costa (2018, p. 282-283) que a boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.

Partindo dessa distinção, a referida autora ainda entende que o princípio da boa-fé possui alguns traços peculiares para o Direito Empresarial quando comparados com sua aplicação em questões civis, haja vista o Código Civil ser a fonte legal básica para ambas as situações (2018, p. 301).

Dessa forma, para questões referentes ao Direito Empresarial é preciso considerar alguns pontos que terão influência na aplicação do princípio da boa-fé. São eles: (i) a noção de mercado; (ii) a dinâmica peculiar da atividade empresarial; (iii) a força que a praxis tem nesse segmento, ao trazer à tona os usos e costumes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e, (v) a influência que a experiência internacional tem sobre a circulação/apropriação de modelos (MARTINS-COSTA, 2018, p. 301-302).

Já Paula Forgioni (2020, p. 129) sustenta que a boa-fé no direito comercial não acompanha padrões que a apontariam como reflexo de altruísmo exacerbado ou de algo semelhante. Não é produto de divina taumaturgia. Ao contrário, indica retidão de comportamento no mercado, conforme os modelos ali esperados [inclusive o respeito às normas, próprio do homem ativo e probo]. Ao se atrelar a um standard de comportamento empiricamente observável, a boa-fé comercial abandona rasgos de subjetivismo para aflorar como linha determinável e determinada de conduta. No presente caso, em que se analisa um fato envolvendo o contrato de franquia, há, inicialmente, uma situação envolvendo a assimetria de informações que, em parte, é resolvida através da Circular de Oferta de Franquia, conforme determinação legal. A entrega da Circular de Oferta de Franquia reduz os custos de transação do negócio, de modo que o franqueado tenha uma ideia geral do negócio no qual pretende ingressar.

Por outro lado, o franqueador, a fim de expandir seu negócio, adere ao modelo de negócios de franquia e, portanto, se alia a empresários locais, seja por conta de



12

que o franqueador não queira ou não tenha como despende de uma grande soma de recurso para expandir lojas pelo país, ou fora do país, seja por conta das especificidades inerentes a cada contexto local de negócios¹², ou até mesmo às duas hipóteses.

As tratativas negociais são as que mais possuem atenção da doutrina, o que é designado por responsabilidade pré-contratual ou culpa in contrahendo (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 454), de modo que, no presente trabalho, ao analisar o Acórdão do Recurso Especial (REsp) 1862508/SP, conforme consta na sua ementa, a franqueadora foi condenada, dentre outros embasamentos, por ?apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos?.

Conseqüentemente, a fim de poder analisar a pertinência do embasamento supramencionado, é preciso analisar anteriormente em quais situações as partes têm o dever de informar e o ônus (mas não a obrigação) de se informar.

4. A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS

É natural que em qualquer relação social as partes envolvidas tenham de trocar informações a respeito do tema tratado a fim de poderem tomar as suas decisões. E, por óbvio, tal situação não seria diferente nas relações comerciais, principalmente por conta dos efeitos econômicos benéficos ou maléficos que podem ocorrer em função das decisões tomadas. Em tese, as partes deveriam até mesmo ter maior cautela nesse aspecto.

Não existe paridade real entre quaisquer das partes que se relacionam em qualquer situação. Sempre uma parte terá mais informações (ou poder econômico, por exemplo) do que a outra e diversos podem ser os motivos. Contudo, a nível empresarial há uma presunção de paridade (conforme consta no Código Civil¹³) e as partes

¹² Por mais desenvolvida e globalizada que uma economia/região/cidade possa ser, há sempre aspectos locais que precisam ser considerados e avaliados quando da tomada de decisões nos negócios, qualquer que seja o ramo de atuação.

¹³ Conforme art. 421-A, incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.

13

possuem maior capacidade de buscar ou mesmo de produzir a informação, quando comparado com outros tipos de relação, a exemplo da consumerista ou trabalhista. Importante destacar que, no caso da falta de alguma informação, a contraparte (credor) pode ter seu comportamento alterado com relação à celebração do negócio



jurídico, podendo haver, nesses casos, a obrigação de tal informação ter que ser repassada durante o período de negociações (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme destaque Judith Martins-Costa (2018, 320), é comum haver assimetria

na informação sobre o objeto do contrato ou da oferta, podendo, inclusive, tal assimetria informativa manifestar-se em alguma específica fase do processo obrigacional, estabilizando-se, posteriormente, como ocorre em processos de alienação societária. Nesses há, à partida, forte assimetria informativa entre quem aliena e quem adquire, prevendo-se inclusive, um certo período de ajustamento entre a fase de conclusão e a de execução contratual, findo o qual, tendencialmente, as posições podem estar ordenadas em simetria.

Notar que na citação acima, a simetria informacional é presumida, e não real, pois ter determinada informação não quer dizer que todas as partes irão entendê-la e interpretá-la na mesma forma.

Embora o contrato de franquia não seja um contrato de alienação societária, é possível fazer o paralelo com relação ao volume de informações que as partes precisam gerenciar, repassar e analisar para decidirem se irão ou não adiante com o negócio.

Conforme Tomasevicius Filho (2020, p. 36), as informações nem sempre estão organizadas e acessíveis a todos, havendo casos ainda em que sequer é possível encontrar determinada informação, mesmo através de pesquisa. Por outro lado, há casos ainda em que somente é possível ter acesso à informação parcial e, portanto, insuficiente para a tomada de decisão. E complementa:

Aquilo que não se consegue saber, fica a carga da sorte ou do azar, que, na verdade, são situações de risco, decorrentes da incerteza sobre o futuro por falta de informações suficientes para a tomada de decisão mais adequada. (grifos nossos)

Porém, há situações em que a informação é insuficiente, de modo que é preciso analisar quem teria o direito a receber determinada informação (gerando na contraparte o dever de informar) e quando a própria parte teria o ônus de produzir ou buscar a informação de que necessita.

São justamente essas duas situações as que serão abordadas a seguir, pois é preciso considerar, por exemplo: i) quem já detém a informação; ii) qual a relevação

14

da informação para a contraparte fechar o negócio; iii) quem tem a obrigação legal de informar; e, iv) quem conseguiria acesso a determinada informação que seria importante para sua tomada de decisão e que não possui o direito de demandar que o outro lhe forneça.

4.1 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Nas relações comerciais, as partes têm o direito de ter informações a respeito



da outra empresa e do negócio ao qual pretendem aderir a fim de terem o conhecimento que lhes permita tomar a melhor decisão.

A determinação legal da entrega da Circular de Oferta de Franquia já supre uma grande parte do direito à informação por parte do candidato a franqueado. A lei presume uma assimetria entre as partes e determina quais os dados que o franqueador deve repassar ao candidato, sob pena de o negócio ser nulo ou anulável, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º da Lei nº 13.966/2019.

Por outro lado, para além das informações constantes na Circular de Oferta de Franquia, o devedor da informação deve repassar as informações relevantes ao credor, conforme ressalta Tomasevicius Filho (2020, p. 259):

A informação relevante ou pertinente é aquela essencial ao credor da informação na decisão de contratar, fazendo a diferença no convencimento da pessoa de tal modo que teria agido de outro modo, se o credor desta soubesse da mesma.

De acordo unicamente com entendimento acima, em tese, a informação relevante deveria ter sido repassada, no presente caso, pelo franqueador ao candidato a franqueado, pois

a informação relevante, objeto do dever de informar, seria aquela indispensável para evitar um erro invencível da parte contrária. Nos últimos tempos, é aquela a ser fornecida em quantidade suficiente para tomar a decisão de contratar, devendo ser completa e integral, modificável conforme o caráter pessoal do informante e do informado, do tipo de contrato celebrado e da confiança que despertou na parte contrária. (TOMASEVICIUS, 2020, pp. 260-261). (grifos nossos)

A citação acima tem muita similaridade com o embasamento presente no Acórdão do REsp 1862508/SP. Contudo, cabe destacar que o trecho acima faz menção ao dever de informar (o que representaria o direito à informação por parte do franqueado) no caso de a informação evitar um erro invencível da parte contrária, no caso, o então candidato a franqueado.

15

Fazendo analogia com o Direito Penal, o erro invencível é o mesmo que o erro escusável, presente no art. 204, e, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci (2020, p. 182) acerca do referido artigo, que disciplina o erro sobre o elemento do tipo, a falsa percepção da realidade pode advir de um equívoco razoável, que qualquer pessoa, dentro da sua normal atenção, também cometeria; noutros termos, seria um erro invencível para a maioria das pessoas, o que o torna escusável: exclui o dolo e também a culpa. No entanto, se a falsa percepção da realidade tiver origem em um equívoco irrazoável, que uma pessoa, valendo-se da sua ordinária atenção, teria evitado, significa tratar-se de um equívoco inescusável: é suficiente para excluir o dolo, mas não a culpa.

Dessa forma, apesar de ser uma informação relevante, não necessariamente o



credor tem o direito a ela, pois é preciso levar em conta que a parte também tem o ônus de se informar, o que faz com que seja importante analisar em que circunstâncias tal ônus recai sobre a parte.

4.2 O ÔNUS DE SE INFORMAR

Não é toda informação que possa vir a afetar o comportamento da contraparte que irá gerar um dever de informar, pois é preciso que o desconhecimento de tal informação pelo credor seja legítimo, e tal legitimidade tem relação com o fato de o credor não poder obter a informação através da prática de uma diligência ordinária (GREZZANA, 2019, p. 251).

Conforme salienta Tomasevicius Filho (2020, p. 252):

De fato, existe sim um dever geral de informação, porque não se podem admitir situações das quais se possam tirar vantagens excessivas do estado de informação assimétrica entre as partes. Não se deve sustentar, por outro lado, a existência de uma uberrima fides incondicional.

O candidato a franqueado também possui o ônus de buscar informações que lhe são importantes, que irão atender aos seus próprios interesses. Há um ônus, e não um dever de se informar.

Contudo, o fato de não cumprir com seu ônus faz com que o candidato a franqueado tenha que suportar as consequências de sua escolha, e a maior consequência será o não surgimento para a outra parte do dever de informar? (GREZZANA, 2019, p. 255).

O Contrato de Franquia não é um contrato de participação societária, porém, na prática, o candidato a franqueado precisa analisar a situação como se fosse se

14 Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

16

tornar sócio do franqueador, pois irá operar uma loja que já possui uma história e uma dinâmica de funcionamento, tal como ocorre quando alguém compra uma participação societária minoritária.

Aceita-se que o nível de especialização da parte que deseja obter a informação crie para si um ônus de buscar com seus próprios esforços a informação desejada, em vez de aguardar que o devedor a forneça ? o que não significa, porém, que um expert tenha a obrigação de desconfiar da informação que lhe é fornecida. A especialização do credor pode se verificar também quando o credor contrata assessoria especializada de profissionais do ramo para auxiliá-lo na celebração do negócio. Na jurisprudência brasileira, tal critério aparece com frequência fazendo-se menção à condição de empresário do adquirente de participação societária, para dele exigir maior grau de diligência na análise das informações da sociedade-alvo antes de realizar a operação.



(GREZZANA, 2019, p. 256-257).

Ademais, é de se esperar, tal como ocorre em alienação de participação societária, que o adquirente (no presente caso, o candidato a franqueado) faça as perguntas devidas, pertinentes, solicitando documentos e analisando os dados para saber se são necessárias novas informações, de modo que o credor da informação vá em busca das informações necessárias dentro de sua capacidade (GREZZANA, 2019, p. 258-259).

O franqueado, portanto, irá atuar com empresa própria, sujeita a todos os efeitos tributários e trabalhistas, por exemplo, sem vincular o franqueador, mas carregando a bandeira da empresa de terceiros.

Considerando tais parâmetros acerca do direito à informação e do ônus de se informar, faz-se necessário a análise do caso concreto do REsp 1862508/SP a fim de verificar o cerne da questão proposta no presente trabalho.

5. A (IN)OBRIGATORIEDADE DA CONCESSÃO DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO DE FRANQUIA A PARTIR DO RESP Nº 1862508/SP

Considerando que o Contrato de Franquia é um contrato empresarial e que as partes aderem, ou não, também em função do nível de informações acerca do negócio, cabe verificar no caso concreto do REsp 1862508/SP a existente ou não dos tópicos listados até então no presente trabalho.

No julgado, conforme ementa presente no processo (STJ, 2020, pp. 1.884-1.909), discute-se o pedido de resolução de contrato de franquia por conta de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual.

17

Conforme consta no processo, a situação envolve um franqueado da empresa 5 À SEC do Brasil Franchising Ltda, de origem francesa, que celebrou o negócio de franquia para operar uma "Loja Padrão I"15 no interior de São Paulo, na cidade de Araraquara.

Ocorre que a franqueado sustentou na Petição Inicial (STJ, 2020, pp. 01-52) que não recebeu algumas informações na fase pré-contratual e que, caso tivesse tido acesso à época, não teria fechado o negócio de franquia, pois a operação que contratou acabou por não se mostrar viável financeiramente já desde os primeiros meses de operação. Afirma que baseou sua decisão de contratar em função das informações recebidas pela franqueadora.

Com relação à omissão da existência de uma loja da franqueadora ter sido fechada há menos de 01 (hum) ano da entrega da COF ao novo candidato, já seria motivo para que o contrato fosse anulado, conforme art. 3º, IX16, e parágrafo único do art. 4º17, ambos da Lei nº 8.955/94, que era a lei vigente na época do fato. Com relação a tal descumprimento, não há o que se argumentar. Houve o inadimplemento e o contrato deveria ser anulado.

Contudo, o objetivo de análise não diz respeito a essa questão, mas sim acerca



do fato de o franqueador não ter repassado ao então candidato a franqueado um estudo de geomarketing, conforme indicado no laudo pericial presente nos autos, de modo que, o franqueador, apesar de ter repassado informações claras e corretas, as

15 A 5 À SEC trabalha com 03 tamanhos de loja, sendo a Loja Padrão I a de maior tamanho, seguida pela Loja Padrão II e, por fim, a Loja Satélite.

16 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:

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; (grifos nossos)

17 Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos. (grifos nossos)

18

teria repassado com qualidade e amplitude insuficientes para que o franqueado pudesse subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retorno (STJ, 2020, pp. 895-1.209 e pp. 1.336-1.393).

Conforme consta no voto vencido do relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, 2020, p. 1.895):

Na realidade, a questão perpassa pela análise de 2 (dois) pontos de tensão nos contratos empresariais: o quanto de informação deve ser prestada e buscada pelos contratantes em contraposição com o seu custo e a quem cabe suportá-lo.

Em outras palavras, cabia à franqueadora dar mais informações a respeito do negócio e arcar com esses custos ou era esperado que a franqueada buscasse obter outros dados além daqueles exigidos na lei.

Por outro lado, no voto vista proferido pela Ministra Nancy Andrighi, há a menção de que

Na presente hipótese, portanto, mesmo que a franqueada tenha conduzido uma investigação independente do negócio pactuado e por mais especializada que fosse sua atividade empresarial, não se lhe poderia impor, em razão da boa-fé objetiva, o dever de desconfiar das informações prestadas pela franqueadora.



Ademais, conforme doutrina mencionada pelo e. Relator, a celebração de negócios empresariais demanda que as empresas não omitam informações relevantes à contraparte? (FORGIONI, Paula. Contratos Empresariais. Teoria Geral e Aplicação. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 164), o que, segundo a moldura fática delimitada no acórdão recorrido, ocorreu, de fato, na hipótese em exame.

O nível ideal de informação exigível na hipótese concreta seria, pois, aquele capaz de tornar exequível o objetivo das partes que se aliam em um contrato de franquia; isto é, ao franqueador, de obter remuneração pela cessão de marca de produto ou serviço e assistência técnica para sua comercialização; e ao franqueado, de auferir lucro pela utilização do modelo de negócios fornecido pelo franqueador.

Na hipótese dos autos, a perícia concluiu que a probabilidade para que a empresa autora recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível? (e-STJ, fl. 1.745), o que permite concluir, respeitosamente, pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.

O ponto central da discussão do presente trabalho diz respeito exclusivamente a se o franqueador deveria ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado a fim de que este pudesse tomar sua decisão de fechar ou não o negócio.

19

5.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA NO CASO CONCRETO

Inicialmente, cabe trazer um trecho de Judith Martins-Costa (2018, p. 278) acerca da aplicação da boa-fé, de modo que a citação abaixo serve como pano de fundo para a explicação que virá neste trecho do presente trabalho.

É preciso, portanto, extremada atenção aos critérios condicionantes de uma aplicação sistematicamente orientada da boa-fé. Nessa aplicação está o grande desafio: entretecer sistema e problema, uma vez que, na sua aplicação aos casos concretos, se não de considerar sobremaneira, em conjunto com os elementos dogmáticos, os elementos contextuais. Estes reduzirão a extremada abertura da cláusula geral, minimizando a profusão de sentidos e o índice de voluntarismo que, para além de atentatório à segurança jurídica e aos próprios postulados do jogo democrático, redundariam, no fim e ao cabo, na anomia consequente à diluição da boa-fé em uma palavra encantada?. (grifos nossos)

No caso do Contrato de Franquia analisado no REsp 1862508/SP, o próprio



candidato a franqueado afirma que a informação que ele mesmo sabia ser relevante não seria produzida, qual seja, o aspecto ?bairrista? da população de Araraquara, além de ele mesmo ter feito um estudo de viabilidade do negócio (STJ, 2020, p. 608-609), de modo que não deveria haver para o franqueador a expectativa de que alguma outra informação tivesse de ser produzida ou entregue ao candidato a franqueado sem que este requisitasse.

A decisão do franqueado em não seguir adiante com o estudo acerca do impacto que o aspecto ?bairrista? dos cidadãos da cidade de Araraquara poderia ter sobre a franquia demonstra tanto a alocação de risco que o franqueado fez quanto a dinâmica de mercado que o motivou a não querer esperar mais para tomar a decisão de seguir adiante com o negócio.

Ao requer perante o judiciário a resolução do contrato por conta de suposta má-fé do franqueador, mesmo tendo o franqueado produzido estudo próprio e não tendo produzido outro estudo que ele mesmo afirmou ser sua ?maior dúvida?, e a condenação presente tanto na sentença (STJ, 2020, p. 1.557-1.599) quanto no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2020, p. 1.884-1.909), demonstra uma tutela do judiciário para além do necessário quando a situação envolve empresas, o dever de informar e capacidade de produção da informação necessária.

Conforme entendimento de Paula Forgioni (2020, p.130-131):

No direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O ?erro de cálculo? do agente é um instrumento

20

que premia a eficiência do outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com ?consumerismo?, erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica de mercado.

No caso analisado, se houve erro de cálculo do franqueador em fornecer informações que posteriormente não vieram a se concretizar, da mesma forma houve erro por parte do franqueado, pois o mesmo também fez seu estudo de mercado (não tendo demonstrado que havia discordado da informação que recebeu do franqueador) e ainda deixou de produzir informação sabidamente relevante para si.

De acordo com Giovana Benetti (2019, p. 231),

[c]onstatada a desigualdade informativa existente entre as partes, o dever de informar só surgirá quando (i) a revelação da informação for lícita; (ii) a informação for relevante e útil para o credor; (iii) a parte credora da informação a ignorar, pois se tiver conhecimento sobre esta, não há falar em dever de informar; (iv) se esta ignorância for legítima, ou seja, se a parte cumpriu com seu ônus de autoinformação, adotando as medidas que se encontravam razoavelmente a seu alcance para conseguir os dados pertinentes e, mesmo assim, não os obteve; ou se não for possível conseguir a informação



a informação ou, ainda, se a relação entre as partes for dotada de especial confiança, podendo o menos informado razoavelmente esperar receber as informações da contraparte. (grifos nossos)

Considerando os argumentos acima transcritos, o franqueado não estava em situação de ignorância legítima, pois a informação que fora trazida no laudo pericial judicial, como sendo a necessária para a suposta decisão correta por parte do franqueado, era algo que poderia ter sido produzida por qualquer um que tivesse interesse na mesma, e tanto é assim que um terceiro alheio à negociação a produziu.

Cabe destacar que, conforme a mesma autora sustenta, o dever de se informar é a regra, sendo o dever de informar a contraparte a exceção (BENETTI, 2019, p. 232), pois a premissa é a de que as partes são reputadas como iguais, de modo que cada uma tem o dever de se informar (BENETTI, 2019, p. 221).

Judith Martins-Costa (2018, p. 593-594) elenca, ao menos, 05 pressupostos que caracterizariam o dever de informar. São eles: (i) caso o lesado não tenha condições de ter acesso à informação de forma razoável; (ii) caso a informação pendente seja relevante, tendo ligação com o objeto do contrato; (iii) averiguando a intensidade do dever de se informar; (iv) não há dever de "não confiar?"; (v) a informação pré-contratual está polarizada pelo seu fim de permitir um consentimento a contratar.

O juízo de piso fundamentou sua decisão afirmando que a conclusão pericial indica que as informações fornecidas pela franqueadora/requerida para subsidiar a decisão de investimento por parte da fran-

queada/autora foram transmitidas de forma clara e correta, porém, com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos (STJ, 2020, p. 1.577).

Ora, se o franqueado abriu mão de informação relevante que ele mesma havia identificado, por que razão o franqueador deveria supor que o franqueado teria que ter acesso a novas informações? Mas quais seriam exatamente essas informações, já que a sabidamente necessária não foi produzida pelo próprio franqueado, que é quem seria o maior interessado? Conforme afirma Camila Otani Nishi (2023, p. 69-70), "a informação é o antídoto do engano, visto que a troca de informações tem como resultado a redução de equívocos pelas partes contratantes?".

Ora, ao produzir seu próprio estudo e tendo chegado à conclusão que deveria seguir adiante com o contrato de franquia, como o franqueado poderia ter sido enganado pela informação (incompleta) que recebeu do franqueador? Por outro lado, não tendo produzido a informação que sabia ser relevante, não se colocou o franqueado na posição de autoengano?

Em que pese a importância da boa-fé nas relações entre as partes, tal fato não diminui a relevância de outros princípios que norteiam as relações negociais no Direito Privado, a exemplo da autonomia privada, da confiança e da autorresponsabilidade, sendo esses dois últimos a contrapartida necessária ao exercício da autonomia pri-



vada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 248).

De acordo com Rodrigo Tellechea (2016, p. 117):

[A] autonomia privada é poder outorgado aos indivíduos de, em uma determinada relação privada, reger, como bem lhes aprouver ? desde que respeitados os limites legais ? suas próprias condutas, tornando-se, nesse processo de mútua barganha, árbitros dos seus próprios interesses. (grifos nossos)

Nesse quesito, importante destacar que, por mais que o franqueador não tivesse a obrigação de fornecer ao franqueado o estudo de geomarketing, ainda assim o franqueado tinha o direito subjetivo de perguntar (mas não de exigir) acerca de informações adicionais ou mesmo negociar o custo para a produção de tal informação. A concretização do negócio jurídico abarca não somente o teor presente no instrumento de contrato, mas traz consigo toda a negociação anterior que resultou no negócio jurídico firmado ou aceito tacitamente, até mesmo porque, conforme consta no art. 112 do Código Civil, "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem?".

22

Ao abrir mão de produzir informação sabidamente relevante, com relação ao ?aspecto bairrista? da população de Araraquara (STJ, 2020, pp. 607-608), e não fazer questionamento adicionais acerca das informações recebidas, o franqueado assumiu a previsão de retorno do investimento em 36 meses, e não a garantia de tal prazo, de modo que não pode querer que o teor literal da Circular de Oferta de Franquia (COF) tenha outro significado, ainda mais quando há todo o contexto de ações e omissões que precederam o início das atividades da loja franqueada.

Além disso, o ?aspecto bairrista? diz respeito a uma característica que afeta o comportamento dos consumidores, ao escolher entre os produtos e serviços ofertados na cidade, sendo um aspecto subjetivo presente no mercado, de modo que pode ter sido isso o que gerou a divergência do resultado esperado da franquia. E ?pode ter sido?, pois, como o estudo não foi feito, não é possível saber ao certo.

O franqueado, além de ter recebido as informações do franqueador por conta da obrigação legal prevista na COF, ainda fez um estudo de mercado próprio, conforme consta no processo, em e-mail juntado pelo próprio franqueado endereçado ao franqueador (STJ, 2020, p. 608), conforme teor abaixo.

Após sua autorização, contratamos uma pesquisa de mercado, que busca quantificar o volume de clientes nos principais concorrentes locais, cujo término será no próximo dia 30 deste mês, considerado inclusive o período de tabulação dos dados. Claro que o ideal seria também uma pesquisa complementar para de alguma forma medir até que ponto o "efeito bairrista" poderia influenciar neste negócio, mas isto levaria ainda mais tempo. (20 dias) (grifos nossos)

Não só o franqueado tinha recebido as informações do franqueador, como pro-



duziu informação própria referente ao mercado onde iria atuar (atuando, portanto, de forma diligente), mas decidiu abrir mão de uma informação que ele mesmo julgava a mais importante, pois, o comportamento dos clientes, em decorrência do aspecto bairrista, era sua maior dúvida naquele momento (STJ, 2020, p. 607). Ademais, na Circular de Oferta de Franquia (STJ, 2020, p. 210) consta que:

"A. Sendo que, qualquer informação adicional necessária, os interessados deverão solicitá-las à FRANQUEADORA para os competentes esclarecimentos, antes da celebração de qualquer instrumento de franquia ou do pagamento de qualquer importância à mesma e/ou aos seus representantes."
(grifos nossos)

Esses exemplos demonstram, no caso analisado, a autonomia privada que o franqueado tinha durante o período de negociação, inclusive tendo autonomia para correr determinados riscos, principalmente quando abre mão de produzir informação

que lhe gera a maior dúvida acerca da viabilidade ou não do negócio no qual estava prestes a investir.

Conforme descrito por Tellechea (2019, p. 115-116), a autonomia possui, ao menos, duas características:

(i) subjetivamente faz referência à faculdade de governar a si mesmo, ao direito de se reger por leis próprias, à liberdade ou independência com relação a algo, à possibilidade de alguém poder estabelecer regras de acordo com os seus interesses, contemplando, portanto, capacidades ativas, poderes e direitos subjetivos; (ii) objetivamente tal ordenamento deve assumir carácter jurídico próprio, capaz de individualizar sujeitos ou permitir que outros se originem a partir dele.

O fato de ser o contrato padronizado não impede que haja negociação, por exemplo, acerca de prazo e condições de pagamento ou mesmo de negociar eventual tamanho de loja e não há no processo qualquer objeção ou questionamento do franqueado acerca do tamanho da loja proposto pelo franqueador.

A intervenção judicial para tutelar questões empresariais pode acabar por prejudicar o dinamismo do mercado, interferindo no seu funcionamento e indo de encontro ao art. 170 da Constituição Federal, pois o mercado nada mais é que uma noção normativa, de modo que sua existência está inserida nas decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade (MARTINS-COSTA, 2018, p. 302).

Nesse sentido, considerando o dinamismo, a segurança e a previsibilidade que o Direito deve fornecer aos sujeitos empresários (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304), é preciso analisar em quais situações haveria a obrigação de fornecer dados e estudo dentro de um contrato de franquia, pois os contratos empresariais não podem ser imobilizados ou programados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 304).

É com base nessa relação dinâmica e no caso concreto que deve ser analisado quando há a obrigação de uma parte produzir e/ou fornecer alguma informação à con-



traparte e quando a própria parte deve se responsabilizar pela procura e obtenção da informação.

Dessa forma, considerando que o franqueador agiu conforme os ditames da boa-fé objetiva, fornecendo ao franqueado as informações necessárias (exceto a ausência da loja franqueada anterior, o que não se discutido o mérito no presente projeto, haja vista sua clara violação à Lei nº 8.955/94), as informações necessárias pareciam ter atingido seu objetivo de satisfazer a pretensão do franqueado, pois o mesmo tam-
24

bém produziu sua própria pesquisa de mercado e ainda abriu mão de produzir informação acerca que uma característica da cidade que ele mesmo considerou ser sua maior dúvida (STJ, 2020, p. 607-608).

Conforme salienta Paulo Cezar Aragão (2022, p. 366), referente ao contrato de compra de venda de empresas, mas que pode ser transposto à negociação de contrato de franquia:

Os deveres anexos da boa-fé objetiva não têm o condão de substituir a letra do contrato, tampouco de criar deveres que poderiam ser antecipados e discutidos pelas partes na fase de negociação ao determinarem o método de administração que seria empregado na sociedade adquirida.

Sendo assim, das duas, uma: ou o franqueado analisou os números e verificou que os mesmos eram condizentes com as informações necessárias, tendo decidido por avançar no negócio; ou o franqueado entendeu que os números poderiam não ser verdadeiros mas mesmo assim decidiu seguir adiante no negócio, criando uma cláusula unilateral de sandbabbng a fim de se resguardar de eventual problema no andamento do negócio com base em informação que já sabia ser imprecisa ou incorreta, mesmo que o franqueador não tenha nem declarado nem garantido que o retorno do investimento ocorreria em 36 meses.

Dessa forma, com base no tudo quanto exposto, o entendimento do presente trabalho é o de que o franqueador não deveria ter sido condenado por não ter fornecido o estudo de geomarketing ao então candidato a franqueado.

5.2. DISCUSSÕES TRANSVERSAIS

Após tudo quanto analisado no presente caso, qual a relevância de se fazer uma revisão teórica de um caso prático? Quais poderiam ser os efeitos de tal decisão sobre a atividade econômica? Qual o entendimento da aplicação do Código Civil em matéria empresarial?

Ao término do presente trabalho, é possível verificar que sua análise pode ser estender para além do quanto aqui disposto, abordando outras temáticas, seja referente ao Direito Processual, seja referente ao Direito Material.

Em que pese a decisão analisada ter sido proferida sem nenhum vício formal, e, portanto, não há o que se falar a respeito, é cabível a análise crítica da decisão

25



sobre o direito material a fim de fomentar a discussão acerca do embasamento da decisão e eventualmente alterá-los para os julgados futuros, por conta da necessidade de encontrar o meio termo ajustado para os contratos empresariais.

A presente crítica serviria de substrato, portanto, para que novos julgados tenham outro embasamento a fim de não ser aplicado o REsp nº 1862508/SP, caracterizando, portanto, seu afastamento como precedente em matérias correlatas.

As atividades envolvendo franquias tem tido uma importante presença na economia nacional. De acordo com matéria veiculada na Agência Brasil¹⁸, o faturamento de franquias teve um aumento de 13,8% em 2023 e a atividade criou 1,7 milhão de empregos diretos.

Além disso, cabe destacar que a posição sustentada no presente trabalho não é pacífica na doutrina, pois, conforme sustenta Augusto Passamani Bufulin (2013, p. 213), ao comentar a mudança do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, acerca do instituto do erro:

A alteração legislativa realizada pelo Código Civil de 2002 fez com que o antigo sistema baseado no princípio da responsabilidade do declarante ? em que a escusabilidade tinha seu lugar como critério axiológico da conduta realizada ?, desse lugar a um novo sistema, que se preocupa, de forma diversa, não mais com a declaração de vontade do emissor da declaração, mas, sim, com as legítimas expectativas do destinatário dela.

Contudo, tal entendimento conflita com o substrato que rege as relações empresariais. Não que o entendimento não deva ser aplicado. Ele só não deve ser aplicado às relações empresariais, tal como a descrita no presente caso, por conta de o franqueado não se encontrar numa situação de ignorância legítima.

Tal confusão na aplicação dos artigos do Código Civil aos casos empresariais decorrentes da inexistência de um código específico para regular as relações empresariais, ou de uma parte específica no Código Civil. Sendo a favor a recodificação, Marina Zava de Faria (2021, p. 280) sustenta que:

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.

¹⁸ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/faturamento-de-franquias-registra-crescimento-de-138-em-2023> - Acesso em 17/04/2024.



fiança para os investidores, proporcionou o desbotamento do princípios próprio (sic) do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurisprudência e permitiu o desbotamento de suas fontes. (grifos nossos)

Dessa forma, mesmo que não analisados detalhadamente no presente caso, o presente estudo mostra os reflexos que a temática abordada tem acerca da influência que o precedente do REsp nº 1862508/SP pode ter em outros contratos empresariais, especialmente os de franquia, bem como a pertinência de análise dos institutos presentes no Código Civil de acordo com a temática empresarial.

Dessa forma, considerando a aplicação específica de institutos do Direito Civil nas relações empresariais, caberia a crítica para efeito de não aplicação do precedente do REsp nº 1862508/SP em outros casos.

Os dois pontos, quais sejam, efeitos econômicos das decisões sobre a economia e a necessidade, ou não, de institutos específicos para o Direito Comercial (tal como ocorre com o Direito do Consumidor) aparecem no presente trabalho apenas como reflexão, mas sem qualquer intenção de esgotar os temas ou sequer dar a fundamentação inicial devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada no presente trabalho visa trazer os pilares iniciais acerca da interpretação das responsabilidades das partes com relação às informações que devem ser repassadas ou buscadas.

Considerando que o contrato visa selar o acordo entre as partes, e que as relações empresariais são dinâmicas e complexas, é até mesmo natural que algumas divergências surjam, contudo, tal situação não deve ter o condão de necessariamente romper com o que fora pactuado.

A percepção da responsabilidade que cada uma das partes possui, e dos deveres de diligência e de questionamento que possam vir a ter, bem como o resultado das suas omissões (principalmente as intencionais), devem ser analisadas caso a caso, de modo a evitar uma padronização das relações empresariais, tal como ocorre, muitas vezes, nas aplicações do direito do consumidor, em função, principalmente, da

27

reprodução quase que mecânica da forma de a empresa se relacionar com o consumidor final.

Da mesma forma que não é possível, nem viável, analisar uma relação cível sob a ótica consumerista, tampouco é possível, ou viável, analisar uma relação empresarial sob a ótica cível. São modalidades de negócios distintas, com pessoas físicas e jurídicas dos mais variados tipos em ambos os lados, de modo que faz necessária a adequação da lente utilizada a fim de melhor avaliar cada caso concreto.

No presente trabalho, os pontos tratados abordam um caso concreto por conta da importância da análise da temática dentro de um caso real, a fim de ser possível analisar a teoria na prática e se a aplicação prática destoa dos princípios que regem



as relações empresariais, bem como os efeitos que tais decisões podem ser sobre o mundo dos negócios.

Nas relações empresariais, a autonomia e a responsabilização dos atos praticados possuem maior importância quando comparado com os deveres anexos atribuíveis por conta da boa-fé objetiva em outras searas do Direito Privado, e o relato exposto no presente caso demonstrou que a franqueadora esperava passivamente que algo a mais lhe fosse fornecido, mesmo quando o franqueado buscou e não encontrou coisa diversa do que lhe fora apresentado, além de ter sido negligente acerca de ponto crucial ao seu próprio interesse.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar. Obrigações vinculadas à cláusula de earn-out prevista no contrato. In. Fusões e aquisições: pareceres / organização: Maurizio Levi-Minzi, Mariana Pargendler, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Almedina, 2022.

BENETTI, Giovana. Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BRASIL. Código civil brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 25/03/2024.

28

_____. Código de processo civil. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25/03/2024.

_____. Código penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26/03/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

_____. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. Lei 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>. Acesso em: 19/05/2023.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 1862508/SP (2020/0038674-8). Recorrente: TMI Tratamento Têxtil Ltda. Recorrido: 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, DJ 18/12/2020.



Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202000386748&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10/04/2023.

BUFULIN, Augusto Passamani. O erro e seus requisitos / Augusto Passamani Bufulin; prefácio Nelson Nery Junior. ? 1ª ed. ? Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. (Tese de doutorado). Coimbra: Almedina, 2013.

FARIA, Marina Zava de. A Autonomia do Direito Comercial e a (Re)Codificação do Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FORGIONI, Paula A.. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação / Paula A. Forgioni. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GREZZANA, Giacomo. A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

29

NISHI, Camila Otani. A cláusula de sandbagging em contratos de M&A. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, Nelson. In Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência / Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.] ; coordenação Cezar Peluso. 13ed. Barueri [SP], 2019.

SISTER, Tatiana Dratovsky. Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e controvérsias. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SANTOS, Alexandre David. Comentários à nova lei de franquia: Lei nº 13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

TELLECHEA, Rodrigo. Autonomia privada no direito societário. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São Paulo: Almedina, 2020.



VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.