



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000829654

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002867-42.2018.8.26.0543, da Comarca de Santa Isabel, em que são apelantes/apelados GAIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e FÁBIO TADEO TEIXEIRA, é apelado/apelante DIA BRASIL SOCIEDADE LIMITADA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nos termos do artigo 942 do CPC, negaram provimento aos recursos, vencido o 3º desembargador que declara voto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente), MAURÍCIO PESSOA, ARALDO TELLES E GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 6 de outubro de 2020

RICARDO NEGRÃO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº : 38.054 (EMP-DIG-P)
APEL. Nº : 1002867-42.2018.8.26.0543
COMARCA : SANTA ISABEL
APTE. : GAIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA E OUTRO
APTE. : DIA BRASIL SOCIEDADE LTDA
APDOS. : OS MESMOS

APELAÇÃO – FRANQUIA “DIA BRASIL”. RECURSO DOS REQUERIDOS:

1. NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – Alegação de que o julgamento antecipado da lide sem a produção de prova pericial oral acarretou cerceamento de defesa – Fragilidade dos argumentos deduzidos – Suficiência das provas documentais trazidas aos autos – Nulidade que reclama a supressão da prova indispensável, útil, que no caso não ocorreu, para configurar o cerceamento de defesa – Inocorrência – Preliminar rejeitada.

2. CONTRATO DE FRANQUIA – ADESIDADE – Inaplicabilidade do CDC – Não há hipossuficiência em contratos assinados entre empresários, presumindo-se ciência e experiência daquele que assume a responsabilidade de administrar uma unidade franqueada, a par da assistência técnica e administrativa a ser prestada pela franqueadora – Precedentes do STJ.

3. CONTRATO – FRANQUIA – Contrato de franquia que se caracteriza por ser contrato de risco – Inadimplemento de obrigações contratuais pelo franqueado – Fatos incontroversos.

4. PROGRAMA DE DESCONTO CLUB DIA – Dúvidas acerca da idoneidade do sistema – Alegação de manipulação e alteração pela franqueadora com o objetivo de lesar a loja franqueada – Inexistência mínima de evidência ou indícios bem como prova documental.

5. RESTITUIÇÃO – MULTA – Imposição de multa Procon – Responsabilidade dos franqueados – Atos cometidos pelos franqueados em desacordo com a legislação vigente – Responsabilidade prevista no contrato.

6. RESTITUIÇÃO – REGULARIZAÇÃO DA LOJA – Regularização a cargo dos franqueados prevista em contrato – Ausência de responsabilidade da franqueadora.

7. NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – Inexistência de nulidade nas cláusulas contratuais firmado regularmente, por partes capazes, sem vícios ou coação – Validade confirmada.

8. RESTITUIÇÃO DE BENS – Pretensão de restituição e compensação de valores de produtos da loja no momento da imissão de posse e sobre a guarda da franqueadora – Previsão de restituição ao franqueado em contrato –

Franqueados que não se manifestaram sobre o destinos dos bens em momento processual oportuno – Decretação de abandono tácito com liberação do ônus ao depositário.

9. **COMPENSAÇÃO** – Pretensão de compensação de valores – Inexistência de valores líquido e certo no tocante aos créditos das partes – Considerando que decorrem do mesmo contrato e envolvem as mesmas partes, os valores poderão ser objeto de compensação, desde que vencidas, as dívidas ostentem liquidez e fungibilidade.

10. **HONORÁRIOS CONTRATUAIS** – Indenização – Impossibilidade – Contratação particular que não participou a franqueadora – Possibilidade de utilização dos serviços da Defensoria Pública – Precedente jurisprudencial.

APELAÇÃO – FRANQUIA “DIA BRASIL”. RECURSO DA AUTORA:

11. **JUSTIÇA GRATUITA** – Deferimento – Pretensão de cassação – Hipótese em que não se comprovou a cessação do estado de hipossuficiência declarado – Benefícios concedido em primeiro grau mantido.

12. **CONCORRÊNCIA DESLEAL** – Abertura de nova loja franqueada distante menos de um quilômetro da loja dos requeridos – Perda de clientela por parte da requerida, queda no faturamento e insucesso da franquía comprovados – Cabe ao franqueador estimular o crescimento do estabelecimento gerido pelo franqueado, não produzir concorrência – Violação da boa-fé contratual e cometimento de ato ilícito.

13. **SUCUMBÊNCIA** – Pretensão de condenação dos franqueados na sucumbência total – Impossibilidade – Sentença de procedência parcial.

14. **HONORÁRIOS RECURSAIS** – Impossibilidade de majoração em razão do improvimento de ambos os recursos – Recursos não providos.

Dispositivo: por maioria de votos, nos termos do art. 942 do CPC, negaram provimento aos recursos, vencido o 3º Juiz, que declara voto.

Recursos de apelação interpostos por **Gaia Comércio de Alimentos Ltda.**, pelos Sr. **Fábio Tadeo Teixeira** e por **Dia Brasil Sociedade Ltda.**, dirigidos à r. sentença proferida pela Exm^a. Dra. Patrícia Cotrim Valério, MM^a. Juíza de Direito da E. 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Isabel (fl. 593-618) que julgou parcialmente procedente a denominada “ação de rescisão contratual c/c despejo e cobrança” ajuizada por Dia Brasil Sociedade Ltda. em face de Gaia Comércio de Alimentos Ltda. e de Fábio Tadeo Teixeira (fl. 1-18) e julgou parcialmente procedente a reconvenção (fl.

253-271).

Opostos embargos de declaração pelos requeridos (fl. 621-629) e pela autora (fl. 632-637), que foram rejeitados pela decisão de fl. 638-642.

Em suas razões recursais, os apelantes Gaia e Fábio alegam em síntese: em preliminar (a) nulidade da r. sentença pelo julgamento antecipado da lide sem a produção de outras provas (oral, pericial e documental), acarretando cerceamento de defesa; no mérito (b) rescisão contratual por culpa da apelante e nulidade de cláusulas ilegais e abusivas; (c) concorrência desleal, preços diferenciados e ausência de transparência quanto ao programa “Club Dia”; (d) autuação do PROCON por culpa da apelada; (e) ausência de licenciamento e regularização da loja perante a Municipalidade por culpa da apelada; (f) pedido de reembolso das despesas com advogado.

Por fim postulam o provimento do recurso para que seja acolhida a preliminar de nulidade da r. sentença, com retorno dos autos à origem para regular processamento e prolação de nova sentença.

Alternativamente, postulam o provimento do recurso para que a ação principal seja julga improcedente por culpa da apelada pela rescisão do contrato e subsidiariamente, compensação com a indenização devida decorrente de concorrência desleal, reembolso dos descontos do “Club Dia”; multa paga pela autuação do PROCON. Despesas recebidas pelos serviços para regularização da loja; abatimento dos valores dos produtos que abasteciam a loja quando da imissão da posse pela apelada (R\$ 164.454,61) além do valor de R\$ 4.701,52 referente à 292 caixas de FLV que permaneceram na loja após a entrega; procedência da reconvenção com a condenação da apelada ao ressarcimento dos danos materiais (lucros cessantes) com possibilidade de compensação de valores; reembolso dos descontos do CLUB DIA; restituição da multa paga pela autuação do PROCON, despesas da loja, abatimento dos valores dos produtos que abasteciam a loja quando da imissão de posse no valor de R\$ 164.454,61, restituição do valor de R\$ 4.701,52 referentes a 292 caixas de FLV que permaneceram na loja após sua entrega; condenação da apelada nas custas processuais e honorários advocatícios (fl. 645-677).

Sem preparo. Apelantes beneficiários da justiça gratuita, deferida por ocasião da prolação da r. sentença (fl. 598).

Por sua vez, recorre a autora Dia Brasil, sustentando em apertada síntese: (a) revogação da gratuidade processual concedida aos apelados e decretação da deserção; (b) impossibilidade de condenação da apelante por indenização em razão da abertura de nova loja na cidade de

Santa Isabel; (c) nova loja fora da zona de exclusividade; (d) ausência de comprovação dos prejuízos sofridos pelos apelados e do nexos causal. Por fim postula pelo provimento do recurso, para revogar a justiça gratuita deferida, e determinar o recolhimento do preparo, sob pena de deserção. No mérito, postula a reforma da r. sentença para afastar a condenação imposta a apelante ao pagamento de indenização por danos decorrentes da abertura de nova loja em Santa Isabel; condenando os apelados ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios. Alternativamente postula a anulação da r. sentença para produção de provas, e processamento regular dos autos até nova sentença (fl. 678-701).

Preparo em fl. 702-704.

Recurso contra-arrazado pelos requeridos (fl. 707-743) e pela autora (fl. 744-777), ambos pelo improvimento do res recursos.

Há oposição ao julgamento virtual (fl. 781 – Dia Brasil) nos termos da Resolução nº 772/2017 deste TJSP, disponibilizada no DJE em 9 de agosto de 2017.

Tepestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no DJE em 12 de junho de 2019 (fl. 620), sobrevivendo embargos de declaração em 21 de junho de 2019 (fl. 621) e em 24 de junho de 2019 (fl. 632), ambos rejeitados pela r. decisão disponibilizada no DJE no dia 16 de julho de 2019 (fl. 643-644). O recurso de apelação dos requeridos foi interposto no dia 2 de agosto de 2019 (fl. 645) e o recurso de apelação da autora foi interposto no dia 7 de agosto de 2019 (fl. 678), ambos dentro do prazo legal.

Autos conclusos em 21 de outubro de 2019 (fl. 779).

É o relatório do essencial.

Os recursos serão analisados em conjunto.

Colhem-se as seguintes informações de fundo da lide do relatório da r. sentença (fl. 593-596):

[..]

DIA BRASIL SOCIEDADE LIMITADA moveu ação de despejo e rescisão de contrato em face de **FÁBIO TADEO TEIXEIRA E GAIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**.

Afirmou, em síntese, que em 29 de agosto de 2016 celebrou com os réus contrato destinado à implantação e exploração de estabelecimento comercial sob a marca “Supermercado Dia”, em regime de franquia, situado na Rua Nove de Julho, 46, em

Santa Isabel-SP.

Para viabilizar a exploração do comércio sob o regime de franquia, as partes celebraram contratos adjacentes de sublocação de equipamentos e mobiliários, contrato de comodato de materiais de apoio e de elementos de imagem da marca “Dia”, bem como contrato de financiamento para aquisição de mercadorias.

Afirmou que os réus não deram inteiro cumprimento aos contratos, apontando o inadimplemento dos aluguéis, a irregularidade na manutenção de estoque e na exposição à venda de mercadorias vinculadas à franquia, e a ausência de aquisição de volume mínimo de produtos.

Disse que os réus, na vigência do contrato, não realizaram o pagamento de outras obrigações pecuniárias periódicas, como tributos e financiamento de produtos franqueados.

Afirmou, também, o abandono do imóvel onde instalado o Supermercado Dia, depois do recebimento de notificação destinada aos réus para resolução do contrato por inadimplemento das obrigações assumidas.

Postulou a desocupação do imóvel, a declaração de rescisão do contrato e a condenação dos réus ao pagamento dos débitos e dos encargos contratuais.

A liminar foi deferida para determinar o despejo do imóvel (fls. 173/175 e 181), sendo cumprida a fls. 196/222.

Citação a fls. 230.

Gaia Comércio de Alimentos Ltda e o corréu Fabio Tadeo Teixeira, ofereceram defesa e reconvenção (fls. 233/271).

Afirmaram, em síntese, que a autora inaugurou loja idêntica à franqueada na Avenida Guilherme Alferi, 33, em Santa Isabel-SP com distância física inferior a 900 metros do estabelecimento dos réus, para exploração do mesmo ramo de comércio, sob a mesma marca e praticando preços de venda inferiores àqueles estabelecidos à franquia.

Disseram que a abertura de nova loja pela autora afetou sensivelmente o faturamento do empreendimento de titularidade dos réus.

Em razão disso, afirmaram que a autora utilizou força econômica desproporcional à capacidade de investimentos dos

réus, produzindo cenário de concorrência desleal e violação às obrigações assumidas no contrato de franquia.

Disseram que a concorrência imposta pela autora acarretou o decréscimo do faturamento e, em consequência, da capacidade econômica de investimento e de adimplemento das obrigações contratuais.

Sustentaram a abusividade das cláusulas contratuais relativas à aquisição de mercadorias e a violação de preceitos contratuais ante a abertura, pela autora, de loja física na mesma base geográfica onde instalado o estabelecimento comercial dos franqueados.

Em reconvenção, afirmaram que a prática de concorrência desleal acarretou a diminuição do faturamento dos franqueados e imputaram à autora a responsabilidade pela violação do dever contratual relativo à exclusividade territorial do estabelecimento franqueado.

Afirmaram, também, a existência de cláusulas contratuais abusivas, especialmente aquelas vinculadas à aquisição compulsória de estoque ou de grandes quantidades de mercadorias de pouco apelo para venda ao consumidor.

Disseram que tais cláusulas afetaram o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de franquia.

Afirmaram que a autora deixou de realizar repasses financeiros aos franqueados em virtude dos descontos compulsórios praticados ao consumidor final, decorrentes do programa “Club Dia”, cujos dados são mantidos e utilizados com exclusividade pela autora.

Afirmaram, também, a ocorrência de autuação administrativa, com imposição de multa pela Fundação PROCON, em virtude da irregularidade de dados de cupons fiscais de venda ao consumidor e da ausência de leitor de preços no interior da loja franqueada, imputando tais irregularidades à autora, em razão do descumprimento da cláusula de apoio à administração da franquia.

Afirmaram que a autora não providenciou a obtenção de licença de funcionamento junto ao poder público, a despeito do pagamento do valor dessas despesas pelos franqueados.

Por fim, sustentaram o dispêndio do valor de R\$40.000,00 para contratação de advogado para defesa de seus interesses na causa.

Postularam a extinção do processo quanto ao despejo, em razão da perda superveniente do interesse processual e, no mérito, a improcedência do pedido principal ou, subsidiariamente, a compensação de valores em razão a indenização devida pela autora.

Em reconvenção, postularam indenização por danos materiais decorrentes de prejuízos e lucros cessantes.

A autora apresentou resposta à reconvenção (fls. 418/447).

Refutou a ocorrência da perda superveniente do interesse de agir. Reafirmou o inadimplemento das cláusulas contratuais alusivas à locação do prédio destinado ao funcionamento do estabelecimento comercial, à sublocação de maquinários e equipamentos para operação da loja e à aquisição de produtos para venda direta ao consumidor.

Impugnou a gratuidade da causa e o valor atribuído à reconvenção.

No mérito, refutou a violação e a abusividade das cláusulas contratuais, bem como a prática de concorrência desleal.

Disse que os franqueados receberam informações e esclarecimentos sobre as cláusulas e obrigações contratuais antes da assinatura do contrato.

Sustentou a ausência de violação da cláusula de exclusividade de raio, que estabelece distância mínima de 300 metros para abertura de mesma loja da rede de franquias.

Sustentou, também, a legalidade da cláusula de manutenção de estoque e de aquisição de produtos previamente fixados pela autora.

Refutou a ocorrência dos danos materiais e a responsabilidade pelos lucros cessantes.

Afirmou a conversão dos descontos e das operações de oferta ao consumidor em benefício dos franqueados, sob a rubrica de créditos aos franqueados para aquisição de estoque que foram abatidos no momento do pagamento.

Refutou a responsabilidade pelo pagamento dos tributos para obtenção de licença de funcionamento e dos honorários contratuais.

Em audiência não houve conciliação (fls. 591).

Submetido o feito a julgamento a r. sentença concluiu com o seguinte dispositivo (fl. 617-618):

[..]

Ante o exposto, julgo **procedentes os pedidos** deduzidos na causa principal e **procedente em parte** a pretensão deduzida na reconvenção, confirmada a liminar.

Declaro rescindidos o contrato de franquia celebrado entre as partes em 29 de agosto de 2016 e os contratos de locação, sublocação, comodato e de financiamento de mercadorias e bens móveis adjacentes à franquia.

Determino o despejo do imóvel situado na Rua 9 de Julho, 46, Centro, Santa Isabel, prejudicada a providência material que já se realizou no curso do processo.

Condeno os réus, em caráter solidário, ao pagamento dos aluguéis vencidos e não pagos até a data da desocupação do imóvel e das obrigações e dos encargos contratuais vencidos e não pagos, no valor total de R\$249.665,98, acrescido de juros de mora de 1% ao mês correção monetária a partir da data do respectivo vencimento de cada uma das obrigações pecuniárias.

Condeno os réus, também em caráter solidário, ao pagamento das custas e despesas processuais da ação principal e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, acrescido de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária desde a citação.

Condeno o autor ao pagamento de indenização aos réus pelos prejuízos causados em decorrência da instalação e funcionamento da loja Supermercado DIA situada na Rua Avenida Guilherme Alferi, 33, em Santa Isabel-SP, a serem apurados em liquidação de sentença.

Tendo decaído de parte substancial das pretensões deduzidas na reconvenção, as custas e despesas processuais serão suportadas pelos reconvintes. Os honorários advocatícios da reconvenção serão suportados pelas partes, na proporção do respectivo desembolso.

Em consequência, declaro extinto o processo, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Anote-se em R\$1.121.711,32 o valor da reconvenção, sobre o qual incidirão as custas processuais (Lei Estadual 11.608/03, art. 4º, I) para recolhimento pelos reconvintes, ressalvada a gratuidade da causa.

Observe o credor que o cumprimento de sentença deverá ser inaugurado sob a forma digital para sua regular tramitação, sem intervenção do juízo.

Oportunamente, arquivem-se.

II. DA IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE PROCESSUAL

Nas razões recursais a apelante Dia Brasil impugna a gratuidade de justiça concedida aos apelantes, postulando pela sua cassação, alegando que os franqueados não comprovaram efetivamente a hipossuficiência alegada, intimando-os para que recolham as custas processuais bem como o preparo, sob pena de deserção.

De início, observe-se que não é o caso de determinar o recolhimento de custas processuais e do preparo, visto que a r. sentença confirmou em seu bojo o deferimento do pedido de justiça gratuita.

Quanto ao pedido de revogação da benesse concedida, muito embora a apelante alegue que os franqueados não comprovaram o estado de hipossuficiência alegado, também não trouxe qualquer prova que indique o contrário.

Anote-se a possibilidade de concessão dos benefícios da justiça integral e gratuita às pessoas jurídicas, mesmo àquelas que têm por objeto atividade econômica, conforme dicção expressa na nova legislação processual civil (art. 98, *caput*, CPC).

A Constituição da República estabelece, no capítulo dos direitos e garantias individuais (art. 5º, LXXIV), “que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”; expressão essa generalizada, sem excluir a pessoa jurídica de direito privado do benefício da assistência jurídica, exigindo apenas que, para obter essa benesse, seja provada a sua situação econômica de não poder atender ao custeio das despesas processuais decorrentes da defesa dos seus interesses em Juízo.

Conforme anotou o eminente e saudoso Juiz Frank Hungria, em eu voo proferido no Agravo de Instrumento n. 1.078.197-2, citando o Professor José Cretella Júnior, “A miserabilidade, pobreza ou

insuficiência de recursos não se presume. Prova-se. Provada, porém, por qualquer dos meios em Direito permitidos, a condição do requerente, passa ela a ter — ato vinculado ou predeterminado do Direito Administrativo — direito subjetivo público, oponível, em abstrato, ao Estado e, em concreto, ao juiz da causa, de exigir advogado gratuito e o não pagamento de custas, taxas, emolumentos, selos, não podendo o magistrado e, depois, o tribunal deixar de processar o feito” (Comentários à Constituição de 1988, Forense Universitária, 1989, II/820).

Para a pessoa natural a lei exige tão somente a simples declaração de não poder arcar com as custas do processo, em atenção à exigência legal prevista no artigo 4º, da Lei nº 1.060/50:

A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

Quanto às pessoas jurídicas, o ônus de demonstrar o estado de deficiência compete a quem o pleiteia.

Insta salientar também que as microempresas, no caso os empresários individuais, as de fundo de quintal, as de conotação artesanal, as prestadoras de pequenos serviços, assim como as constituídas sob a forma de limitada, com sócios familiares, caracterizam-se extensão da personalidade de seus sócios quando estes exercem pessoalmente a atividade empresarial e, neste caso, nenhuma outra formalidade é exigida, a não ser a declaração de pobreza.

No caso dos autos, o apelante, empresário individual trouxe elementos de provas que o enquadra nas hipóteses anteriormente mencionadas, e a pessoa jurídica encontra-se sem atividade, já que o estabelecimento comercial encontra-se fechado e a r. sentença neste ponto esclareceu os motivos de seu convencimento.

Destarte, ficam mantidos os fundamentos da r. sentença para a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça deferida.

Tal posicionamento vem sendo sufragado pela jurisprudência pátria, conforme já anotado por Theotonio Negrão e Roberto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gouveia (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 6ª ed. em CD-ROM, Saraiva, São Paulo):

Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário (RSTJ 7/414; neste sentido: STF-RT 755/182, STF-Bol. AASP 2.071/697j, STJ-RF 329/236, STJ-RF 344/322, Lex-JTA 169/15, RJTJERGS 186/186, JTAERGS 91/194, Bol. AASP 1.622/19), o que a dispensa, desde logo, de efetuar o preparo da inicial (TFR-1ª Turma, AC 123.196-SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. 25.8.87, deram provimento, v.u., DJU 17.9.87, p. 19.560).

É certo que, vez por outra, certas circunstâncias subjetivas ou objetivas afastam a concessão da gratuidade e assistência judiciária fazendo com que o Magistrado exija a comprovação da necessidade dos benefícios pleiteados durante o curso do processo. A concessão do benefício pode ser negada, de ofício, quando ausente a declaração de pobreza ou em situação de evidente burla aos ditames da Lei n. 1.060/50, o que não se evidencia no caso concreto.

A solução ora exposta contempla entendimento que vem sendo adotado na 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, conforme precedentes transcritos:

Assistência judiciária - Justiça gratuita - Pedido - Deferimento - Apresentação, pelo requerente, de declaração da impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento e de sua família - Suficiência - Recepção da Lei nº 1.060/50 pela Constituição Federal de 1988 - Presunção de veracidade da situação de hipossuficiência econômica não infirmada pelos elementos dos autos - Concessão do benefício, ressalvada a possibilidade de reversão, com suas consequências legais, caso provada a inexistência ou o desaparecimento da precariedade declarada - Artigos 5º, caput, 11, §2º, e 12 da Lei de Assistência Judiciária - Agravo de instrumento provido (TJSP, AI n. 0052575-68.2012.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. José Reynaldo, j. 29/5/2012)

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. Pessoa jurídica. Indeferimento pelo juízo *a quo*. Possibilidade de concessão. Demonstração da impossibilidade de custeio do processo sem prejuízo da manutenção das suas atividades. Benefício concedido. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, AI n. 0048293-84.2012.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Empresarial. Rel. Tasso Duarte de Melo, j. 29/5/2012)

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - CONCESSÃO
COMPROVAÇÃO SUFICIENTE NOS AUTOS - Nos autos, o
agravante apresentou, além da declaração de pobreza,
documentos que comprovam a sua hipossuficiência
financeira. Assistência judiciária concedida, ao menos, até
prova em contrário. Recurso provido. (TJSP, AI n.
0032394-46.2012.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito
Empresarial. Rel. Roberto Mac Cracken, j. 18/4/2012)

Mantém-se o deferimento da gratuidade processual
concedida em primeira instância.

III. DA NULIDADE SUSCITADA

Os franqueados apelantes alegam, em preliminar, a
nulidade da r. sentença em razão do julgamento antecipado da lide sem a
produção de outras provas (oral e pericial) requeridas, acarretando
cerceamento de defesa.

A preliminar suscitada não prospera.

As provas documentais são suficientes ao deslinde da
questão e convencimento dos julgadores, prescindindo de produção de outras
provas, inclusive essa questão restou enfrenta pela decisão de fl. 638-642,
que ao conhecer dos os embargos de declaração interpostos pelos requeridos
negou provimento, com os seguintes fundamentos:

[..]

São embargos de declaração interposto pelas partes contra a
sentença de fls. 593/618.

Os réus afirmaram a ocorrência de cerceamento de defesa
quanto à produção de prova pericial e oral. Afirmaram, ainda,
a ausência de pronunciamento quanto à abusividade das
cláusulas contratuais e refutaram o resultado do julgamento
quanto á ausência de prova relativa ao programa Club dia e à
imposição de obrigações de natureza tributária.

(...)

Examino, de início, o recurso interposto pelos réus.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não diviso a presença dos elementos previsto no art. 1.022 do Código de Processo Civil.

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III – corrigir erro material.

A sentença está fundamentada nos elementos de prova constantes dos autos, que se afiguram suficientes ao desfecho da causa.

Logo, o julgamento da causa no estado em que se encontrava não produziu cerceamento de defesa na esfera de direitos dos réus.

A produção da prova pericial ou oral, para o fim de estabelecer a correlação entre os fatos articulados e as pretensões deduzidas, mostra-se improdutiva para o desfecho da causa.

(...) A finalidade da prova é o convencimento do Juiz, sendo este o seu direito e principal destinatário. Por isso que, sempre que constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento, assiste-lhe o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, sendo forçoso concluir que o seu livre convencimento é a bussola norteadora da necessidade ou não de produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide (art. 330, I, do CPC). Precedentes (...) (STJ, 4ª Turma, REsp. nº 1.093.819/TO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão)

Apenas as cláusulas consideradas abusivas foram indicadas na sentença recorrida, à luz dos elementos constantes dos autos.

Ao Magistrado, cabe, a partir da análise dos fatos apresentados, dar-lhes o enquadramento jurídico adequado, rejeitando pedido de produção de provas quando isto se afigurar desnecessário, quer porque a produção é irrelevante, quer porque os fatos foram produzidos nos autos por outros meios (documental ou pericial, por exemplo) ou são incontroversos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Magistrado é o destinatário final das provas, devendo rejeitar pedido quando possui desde logo condições de apreciar o mérito da demanda, como ocorreu no caso concreto.

Com efeito, a matéria controvertida é essencialmente de direito e não há necessidade de produção de outras provas, especialmente a pericial ou oral.

O simples fato do julgamento antecipado da lide pelo entendimento de que os fatos e elementos contidos nos autos são suficientes para o julgamento da demanda não importa no reconhecimento de existência de cerceamento de defesa.

A nulidade, para acarretar o cerceamento de defesa, reclama a supressão da prova indispensável, útil, que no caso não ocorreu.

Outrossim, também não é o caso de anular a r. sentença, como suscitado pela autora apelante, visto que sequer indicou qual a necessidade da prova pretendida e sua utilidade, apenas indicando como ponto a questão do ato ilícito.

Destarte, rejeita-se a preliminar de nulidade suscitada, inexistindo qualquer violação ao direito do contraditório e da ampla defesa previsto no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da CF/1988.

IV. DA ADESIVIDADE CONTRATUAL

Consigne-se inicialmente observar, que embora o contrato de franquia seja um contrato de adesão, no caso concreto não se aplica, ainda que por analogia, o Código de Defesa do Consumidor.

O franqueado e o franqueador são empresários, presumindo-se tenham conhecimento da ética empresarial, conhecimentos que o consumidor protegido pela Lei nº 8.078/90 não possui.

O mesmo se diga em relação a qualquer outro contrato entre empresários.

Não há hipossuficiência em contratos assinados entre empresários, presumindo-se ciência e experiência daquele que assume a responsabilidade de administrar uma unidade franqueada, a par da assistência técnica e administrativa a ser prestada pela franqueadora.

Neste sentido:

CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO DE RESCISÃO CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. ELEIÇÃO. COMPETENCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO RECONHECIDA. MATÉRIA DE FATO E REEXAME CONTRATUAL. SÚMULAS N. 5 E 7 – STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283-STF. I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais.

II. Situação, ademais, em que não restou comprovada a hipossuficiência das autoras, que buscavam que a ação em que pretendem a rescisão do contrato e indenização tramitasse na comarca da sede de algumas delas, em detrimento do foro contratual, situado em outro Estado.

III. Incidência à espécie das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

IV. Inaplicabilidade dos arts. 94, parágrafo 4º, e 100, IV, letra “d”, do CPC, seja por se situar o caso inteiramente fora dos seus contextos, seja por aplicável a regra do art. 111 da mesma lei adjetiva civil.

V. Ausência de impugnação concreta a um dos fundamentos do acórdão, a atrair a vedação da Súmula n. 283 do Pretório Excelso.

VI. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido.

(STJ, REsp. 632958/AL, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, J. 04/03/2010, DJE 29/03/2010)

V. DO MÉRITO RECURSAL

No mérito, quanto ao ônus da prova aplica-se, pois, a regra do art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015, para ambas as partes.

Como se sabe, o contrato de franquia é regido pela Lei nº 8.955/94, que prevê algumas hipóteses para a sua anulação.

O artigo 2º define a natureza jurídica do que é a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

franquia, assim enunciado:

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

Caracteriza-se essa modalidade contratual por ser atividade de risco, na medida em que condicionada a determinados fatores administrativos e econômicos, tais como, a boa ou má gestão da franqueada, concorrência e pelas oscilações comuns do mercado. Assim, o empreendimento na modalidade de franquia, ainda que cumpra com todas as suas finalidades contratuais e de gestão, não se exime dos riscos inerentes ao negócio jurídico, não existindo, também, garantias de rentabilidade ou prosperidade, pois, estas podem ser frustradas pelas circunstâncias do mercado.

Assim, a mera alegação de que as cláusulas contratuais são abusivas e que levaram ao fracasso de sua atividade não vingam.

O contrato de franquia extingue-se pelos seguintes motivos:

- a) Em razão do **decurso do prazo convencionado**, quando se tratar de contrato com cláusula de prazo determinado.
- b) Em razão de **distrato**, isto é, pelo acordo de vontade entre as partes contratantes estabelecendo sua extinção.
- c) Por **justa causa**, alegada por uma das partes contratantes.
- d) Por vontade unilateral, **sem justa causa**, quando o contrato assim o permitir.
- e) Em virtude de **declaração judicial de anulabilidade**, como ocorre no caso de não demonstração de entrega da COF e de constatação de falsidade nas declarações



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nela contidas, conforme dispõe o parágrafo único do art. 4º e o art. 7º da LFE.

É incontroverso o inadimplemento das obrigações assumidas pelos franqueados no tocante ao pagamento dos aluguéis previstos no contrato, bem como das demais obrigações contratuais (financiamento para aquisição de mercadorias destinadas ao estoque e aluguel de equipamentos), tendo a r. sentença reconhecido o crédito da autora no valor de R\$ 249.665,98.

E as provas dos autos não permitem alterar esse entendimento, pois que incontroverso.

Conforme se nota pela defesa apresentada pelos franqueados, inexistiu específica impugnação na retomada do imóvel, e os franqueados, justificaram o seu inadimplemento imputando culpa à autora por descumprimento contratual, evidenciando que essa alegação não guarda qualquer relação com a obrigação relativa à locação.

Nessa esteira, restando incontroverso que os franqueados se encontravam inadimplentes em relação à franqueadora, com relação à locação e outras responsabilidades contratuais, existindo, portanto, motivos justificadores para a procedência do pedido de rescisão do contrato pela franqueadora; não prosperando a tese dos franqueados visando o reconhecimento de culpa exclusiva da franqueadora pela rescisão do contrato.

O reconhecimento do inadimplemento por parte dos franqueados não impede que suas alegações sejam examinadas à luz da legislação processual em vigor, mais especificamente das imputações de descumprimento contratual imputadas à franqueadora, sustentadas na peça reconvencional.

O vínculo jurídico entre as partes, como se pode verificar dos autos, é o Contrato de Franquia, firmado em 29 de agosto de 2016 (fl. 42-66), com prazo de duração de 3 (três) anos, para exploração de estabelecimento e atividade denominada “DIA”.

Nas razões recursais os franqueados alegam a prática de concorrência desleal pela franqueadora com a abertura da nova loja (Dia 1056) em 30 de novembro de 2017, cerca de um ano após a abertura da sua loja (Dia 9896) na cidade de Santa Isabel.

Os franqueados imputam à franqueadora concorrência

desleal, para justificar o seu inadimplemento, afirmando que a ela instalou nova loja (1056) de franquia Dia Brasil num raio de 900 metros de distância da loja dos requeridos (9896), o que acarretou a redução do fluxo de clientes e consequente redução no seu faturamento, acarretando por fim o insucesso da franquia, conforme o gráfico de faturamento (fl. 712) e relatório (fl. 714) indicando que a partir do mês de novembro de 2017 houve uma queda significativa no faturamento do estabelecimento comercial.

Neste tópico a r. sentença consignou os seguintes fundamentos do convencimento da i. Julgadora (fl. 600-609):

[..]

A franquia constitui contrato destinado a afirmar a presença de determinada marca no âmbito de consumo local.

Pressupõe a conjunção de esforços dos contratantes para o sucesso do empreendimento e, por isso, deve resultar proveito econômico ao franqueador e ao franqueado.

A instalação de nova loja num raio inferior a um quilômetro de distância, inegavelmente produz decréscimo ao fluxo de clientes à loja franqueada pela natural repartição desse mesmo contingente de consumidores.

Tal decréscimo, obviamente, impõe diminuição dos lucros e indica alta probabilidade de rescisão do contrato de franquia.

Essa rescisão atinge a expectativa de recebimento futuro de royalties pela franqueadora, o que contraria o próprio escopo contratual desta em relação à atividade econômica que explora.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram:

Por fim, o contrato de comissão não se confunde com o contrato de franquia, também conhecido como “franchising”. Este último possui objeto mais abrangente, na medida em que não se esgota apenas na revenda de produtos que se estabelece entre as empresas contratantes, havendo, também, a prestação de assistência técnica na organização e gerenciamento dos negócios (bens, serviços, marcas, know-how etc.).

O objetivo desta forma contratual não prevista no Código Civil brasileiro vigente é permitir a manutenção da imagem da marca, seja do serviço, seja do produto vendido, visando menor custo e maior rentabilidade para ambas as partes, que

conservam juridicamente uma independência total. Note-se, porém, que, na execução do contrato de franquia, o franqueado age sob uma formatação mercadológica definida pelo franqueador (Gagliano, Pablo Stolze, Pamplona Filho, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, Volume 3, Contratos em espécie, Saraiva, São Paulo, 2014, p. 877, e-book).

No mesmo sentido a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

A franquia é um contrato pelo qual um comerciante detentor de uma marca ou produto (franqueador) concede, mediante remuneração, o seu uso a outra pessoa (franqueado) e lhe presta serviços de organização empresarial. art. 2º.

Apresenta vantagens para ambas as partes, porque o franqueado, que dispõe de recursos, mas não de conhecimentos técnicos necessários ao sucesso de um empreendimento, estabelece-se negociando desde logo produtos ou serviços já conhecidos e aceitos pelo consumidor, enquanto o franqueador, por sua vez, pode ampliar a oferta da sua mercadoria ou serviço, sem as despesas e os riscos inerentes à implantação de filiais.

O contrato de franquia assemelha-se ao contrato de agência e distribuição, mas dele se distingue porque, neste, o concessionário conserva a sua individuação jurídica e mercadológica. Age com sua firma ou denominação social em seu próprio nome, e é identificado por ela.

No franchising, o franqueado conserva a sua individualidade jurídica, tem seus empregados, suas responsabilidades, mas não mantém individuação mercadológica, a tal ponto que o grande público o desconhece, **pois tudo se passa como se fosse o próprio franqueador que estivesse comerciando**.

No entanto, apesar dessa diversificação, algumas cláusulas se tornam necessárias, como, por exemplo, as que dizem respeito ao prazo de duração do contrato e à possibilidade de sua prorrogação, **ao território de atuação do franqueado**, aos montantes devidos ao franqueador pelo uso de sua marca ou produto, ao direito do franqueado de transferir seu negócio a outro empresário e à extinção do contrato. (in, Gonçalves, Carlos Roberto, Curso de Direito Civil, Contratos, vol. 4, Saraiva São Paulo, 7ª edição, p. 1626-1628).

Tratando-se de típico contrato de adesão, apenas o risco inerente à atividade da franqueada não pode ser transferido ao franqueador.

Ocorrências como mudanças significativas de cenário econômico ou a concorrência de marcas e produtos distintos do contrato de franquia, são externas ao contrato e — naturalmente, devem ser suportadas apenas pelo franqueado.

Quanto ao êxito do empreendimento, exige-se do franqueador acentuada diligência durante o cumprimento do contrato, ressalvados apenas os atos autônoma e exclusivamente praticados pelo franqueado.

Nesse contexto, a abertura de nova loja somente aproveita ao sucesso do negócio a ambos os contratantes caso identificado um novo e inexplorado mercado de consumo para a marca, que não interfira sensivelmente naquela base anteriormente criada e mantida pelo franqueado.

Nesse sentido, entendo dispensável a prova cabal de redução ou diminuição dos lucros do franqueado, cuja ocorrência se presume pelo efeito natural do fracionamento ou da diminuição do fluxo de consumidores às lojas da rede instaladas em uma mesma base territorial.

A prática da franqueadora contraria a expectativa contratual implícita, no sentido de que o franqueador se apresenta como parceiro do empreendimento explorado pelo franqueado, não como seu concorrente.

Cabe ao franqueador estimular o crescimento do estabelecimento gerido pelo franqueado.

Não produzir concorrência.

Assim, reputo violado o dever de boa-fé ínsito ao contrato.

Sobre a presença implícita da cláusula de cumprimento do contrato segundo preceitos de boa-fé objetiva, Gagliano e Pamplona Filho pontuam:

A resposta a essas últimas indagações, portanto, se na definição da boa-fé objetiva, que, conforme já vimos, consiste em um princípio vinculado a uma imprescindível regra de comportamento, umbilicalmente ligada à eticidade que se espera seja observada em nossa ordem social.

A título de arremate, vale observar que não deixamos de notar que o termo “princípio da boa-fé objetiva”, em si, pode apresentar um conteúdo pleonástico, já que, se é princípio, somente pode ser o da boa-fé objetiva (já que a boa-fé subjetiva não é princípio). Melhor seria, sem dúvida, nominá-

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

lo apenas de “princípio da boa-fé”, mas manteremos a utilização consagrada pelo uso para não provocar maiores polêmicas, e por conta da indiscutível consagração em nosso sistema.

Assim, em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes devem guardar entre si a **lealdade e o respeito que se esperam do homem comum**.

[...]

Ladeando, pois, esse dever jurídico principal, a boa-fé objetiva impõe também a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção, não menos relevantes, a exemplo dos deveres de lealdade e **confiança, assistência**, confidencialidade ou sigilo, informação etc.¹¹.

Tais deveres é importante registrar são impostos tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, pois referem-se, em verdade, à exata satisfação dos interesses envolvidos na obrigação assumida, por força da boa-fé contratual (Gagliano, Pablo Stolze, Pamplona Filho, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil, Contratos em Espécie, vol. 4, tomo I, p. 212).

E prosseguem:

A esse respeito, pontifica o magistral CLÓVIS DO COUTO E SILVA (Clóvis V. do Couto e Silva, A Obrigação como Processo, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 33-4): “... o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, da perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé.

[...]

Quando se fala em deveres de lealdade e confiança recíprocas, costuma-se denominá-los **deveres anexos gerais de uma relação contratual**.

Isso porque lealdade nada mais é do que a fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade.

Ora, se isso não estiver implícito em qualquer relação jurídica, não se sabe o que poderia estar.

A ideia de lealdade infere o estabelecimento de relações

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

calçadas na transparência e enunciação da verdade, com a correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada, bem como sem omissões dolosas o que se relaciona também com o dever anexo de informação para que seja firmado um elo de segurança jurídica calcada na confiança das partes que pretendem contratar, com a explicitação, a mais clara possível, dos direitos e deveres de cada um.

Confiança, nesse sentido de crença na probidade moral de outrem, é algo, portanto, que não se outorga por decreto, mas, sim, que se conquista justamente pela prática de uma conduta leal ou se pressupõe em uma sociedade que se pretende reconhecer como civilizada. (op. cit. p. 219-222).

Reafirmo que a preservação do equilíbrio da relação contratual constitui obrigação inerente às partes contratantes, especialmente quanto ao fomento ao sucesso do empreendimento.

No caso em apreço, a conduta da autora, no que diz respeito à abertura de nova loja na base geográfica onde instalada a franquia, acarreta potencial diminuição da capacidade de investimento e lucro dos franqueados, repercutindo negativamente na esfera de direitos de terceiros diretamente vinculados ao êxito da relação contratual, como empregados ou microempreendedores relativamente dependentes do fluxo de consumidores no local.

Essa violação atenta contra a função social do contrato que, no ínfimo intervalo de dois anos, resultou na abertura e fechamento de estabelecimento comercial de grande porte.

Por isso, a cláusula geral de boa-fé constitui parâmetro seguro à conclusão de que a instalação de loja da mesma rede de supermercados em raio inferior a 1 quilômetro de distância produz inegável obstáculo ao sucesso da franquia.

*É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade distribuição de riquezas for atingida de forma justa, ou seja, **quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.***

Observa-se que as principais mudanças no âmbito dos contratos, no novo diploma, foram implementadas por cláusulas gerais, em paralelo às normas marcadas pela

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estrita casuística. Cláusulas gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São elas formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral. Quando se insere determinado princípio geral (regra de conduta que não consta do sistema normativo, mas se encontra na consciência dos povos e é seguida universalmente) no direito positivo do país (Constituição, leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como cláusula geral (Nelson Nery Junior, *Contratos no Código Civil Apontamentos gerais*, in *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, coord. de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho, p. 406-408). A inovação, segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, pressupõe uma técnica judicial diversa da comumente usada para aplicar a regra que tipifica a conduta, feita mediante simples subsunção, para exigir um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso. Isso significa certa indefinição quanto à solução da questão, o que tem sido objeto de crítica. **Do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade** e fica reforçado o poder revisionista do juiz, a exigir uma magistratura preparada para o desempenho da função, que também deve estar atenta, mais do que antes, aos usos e costumes locais.

As cláusulas gerais resultaram basicamente do convencimento do legislador de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça. Embora tenham, num primeiro momento, gerado certa insegurança, convivem, no entanto, harmonicamente no sistema jurídico, respeitados os princípios constitucionais concernentes à organização jurídica e econômica da sociedade. (Gonçalves, *Contratos*, op. cit. p. 33).

Importante anotar que não consta dos autos elementos indicativos de que insucesso no empreendimento tenha ocorrido por culpa exclusiva dos franqueados.

Em sua defesa à reconvenção, a autora não descreveu fatos distintos da relação contratual que porventura pudessem indicar que o decréscimo do volume de vendas da loja

franqueada tenha ocorrido pela inabilidade de seus gestores ou por fatores externos aos limites territoriais da franquia.

Ao contrário, limitou-se a aduzir que a simples instalação de nova loja da mesma rede de supermercados em local próximo e suscetível de captar o fluxo de consumidores da mesma base geográfica, não produziu a divisão ou repartição do volume de vendas.

A franqueadora olvidou o exercício de seu dever contratual, consistente no fornecimento de informações aos franqueados e no aparelhamento do estabelecimento para o emprego de estratégias de vendas e de controle de estoque, de modo a assegurar o equilíbrio financeiro do franqueado e, por conseguinte, a preservação do contrato de franquia.

A abertura de novo empreendimento a pouca distância da loja franqueada, de igual modo, é capaz de produzir inegável confusão dos potenciais clientes e consumidores, haja vista que a identidade da marca pressupõe indiferença destes em relação à escolha do local onde devam realizar compras.

Daí porque é possível afirmar que a instalação da nova loja ensejou repercussão patrimonial negativa aos interesses das partes e, em especial, dos franqueados.

O estudo de impacto para instalação de nova unidade em raio inferior a 1 quilômetro de distância da loja franqueada, ainda que baseada em cláusula de exígua distância (300 metros), exige prévia notificação do franqueado para manifestar ponderação sobre o impacto das consequências advindas do novo empreendimento.

Significar dizer que a adoção unilateral de critério de eleição para o local da nova unidade também constitui violação aos preceitos de lealdade e boa-fé das relações contratuais, considerando para tanto que a iniciativa adotada pela autora tem aptidão para reduzir o número potencial de consumidores da unidade franqueada pela simples presunção de que o destinatário final do empreendimento comercial — o consumidor — ignora a distinção dos interesses econômicos que envolvem as partes e se comporta de modo indiferente à fidelização.

A conduta da autora fomenta a divisão à frequência nas lojas — que sob os critérios do contrato de franquia são idênticas — e desencadeia potencial redução de fluxo de consumidores à loja aberta inicialmente pelos franqueados.

Na interpretação das cláusulas previamente estabelecidas pelo franqueador, observo que são passíveis de integração aquelas que impõem desvantagem exagerada ao franqueado, como na situação dos autos.

A propósito:

Na disciplina do contrato de adesão, preocupa-se a lei com a proteção dos interesses do contratante aderente. Como as cláusulas com as quais manifesta sua concordância haviam sido redigidas unilateralmente pela outra parte, é necessário preservá-lo de eventuais obscuridades propositadamente introduzidas no texto do instrumento.

Nesse contexto, preceitua a lei que as cláusulas ambíguas ou contraditórias dos contratos de adesão devem ser interpretadas sempre da maneira mais favorável à parte aderente (CC, art. 423; CDC, art. 47). Se o predisponente das cláusulas gerais de negócio intencionalmente as redige com vistas a obscurecer seu sentido ou alcance e tirar algum proveito disso, a regra da interpretação em seu desfavor (interpretatio contra stultatorem) frustra a vantagem indevida (Lôbo, 1991:138/142). (Coelho, Fabio Ulhoa, Curso de Direito Civil, vol. 3, 5ª edição, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 198 e-book).

Nos fundamentos da r. sentença se estabelece claramente que, não somente houve violação da boa-fé contratual, como também a abertura de loja concorrente trouxe consequências prejudiciais às franqueados constituindo-se ato ilícito.

A abertura de loja concorrente próxima à loja dos franqueados, revela que na hipótese ocorreu de fato uma redução no faturamento e nas vendas dos franqueados, em razão da distância inferior a um quilômetro de uma loja à outra.

Observe-se que as zonas de exclusividade se sobrepõem (fl. 359-360); a distância da unidade do Dia Supermercado (loja 9896) da nova unidade Dia (loja 1056) corresponde a 900 metros, criando uma competitividade entre as duas lojas. Essa conduta da franqueadora revela-se prejudicial ao comércio dos franqueados e potencializa a redução de seu faturamento, dando margem para que se presuma que o relatório de faturamento colacionado nas razões recursais (fl. 653) seja considerado idôneo.

Ainda que se considere a existência de outros

estabelecimentos comerciais distintos concorrentes nas imediações das lojas franqueadas, como apontado pela autora (fl. 529), a franqueadora não demonstrou que essas unidades concorrem diretamente com o tipo de negócio por ela franqueado, a ponto de justificar as perdas consideráveis dos contratantes em suas vendas e em seu faturamento mensal.

Neste diapasão, o entendimento da r. sentença deve ser mantido, não havendo que se afastar a condenação da franqueadora como postulado em seu recurso.

Quanto ao valor indenizatório, embora a franqueadora afirme inexistir prova de dano e a condenação estar baseada em dano presumido (fl. 442 e 633 e 695-698), certo é que o pedido reconvenicional é bastante explícito (fl. 266-268) e invoca a incidência do disposto nos arts. 208-210 da Lei n. 9.279/1996, o que se estabelece pelo critério mais favorável ao prejudicado, entre aqueles elencados nos incisos I, II e II, do disposto no art. 210 desse diploma legal.

Nesse ponto, observa-se perfeitamente admissível, como ocorre em diversos julgamentos desta Corte, a possibilidade de apuração dos danos, pelo critério mais favorável ao prejudicado, na forma do art. 210, da Lei da Propriedade Industrial e seus incisos.

Não há, como se observa, presunção de ocorrência de dano como sustenta a apelante franqueadora. A própria inicial indica que a franqueada foi incapaz de cumprir as cláusulas 10.6 e 7.1, ou seja, não foi (financeira e economicamente) capaz – em decorrência da concorrência desleal – de “dispor de um estoque de produtos suficientes” e de “adquirir anualmente um volume de produtos equivalente, no mínimo, ao valor indicado no preâmbulo do presente instrumento” (fl. 3, item 7).

A extensão do dano é descrita pela reconvinte em fl. 270: danos materiais “consistentes no prejuízo auferido e no que deixou de lucrar com a abertura da loja vizinha”, o que se dará em liquidação por arbitramento, considerando o prazo previsto contratualmente para a exploração da franquia (29 de agosto de 2016 e 29 de agosto de 2019, fl. 42). A perícia determinará o lucro que a franqueadora deixou de auferir e o prejuízo acumulado a partir da inauguração da loja no raio da clientela do reconvinte.

Os franqueados recorrentes alegam que a franqueadora possui um programa de desconto denominado Club Dia, pelo qual o cliente cadastrado pode usufruir de ofertas especiais e obter descontos em produtos.

Sustentam que não possuem acesso ao sistema de informações do programa, que é de exclusividade da franqueadora, sendo

que “*tem dúvidas acerca da idoneidade do sistema, pois em algumas oportunidades teve a nítida impressão de que os dados foram manipulados e alterados com o objetivo de lesar a loja franqueada.*”.

As alegações dos franqueados neste tópico não prosperam, visto que ao receberem a Circular de Oferta de Franquia e posteriormente firmarem o Contrato de Franquia, receberam todas as informações sobre o negócio, inclusive contendo cláusula específica dispondo sobre a aquisição de cotas mínimas e periódicas de produtos para estoque e venda, inexistindo qualquer abusividade contratual nesse aspecto.

A cláusula 10.6. do Contrato de Franquia dispõe (fl. 58):

[..]

10.6. Dispor de um estoque de produtos suficientes, em qualidade e variedade, para satisfazer as necessidades da clientela e para abastecer adequadamente e manter abastecidas as estantes e demais espaços dedicados à alocação dos produtos. A quantidade, que deverá ser de acordo com as quotas mínimas de compra estabelecidas neste contrato, e a composição do estoque, que deverá compreender todos os produtos definidos pela DIA Brasil para serem comercializados no referido Estabelecimento, serão sempre fixadas pela DIA Brasil.

Por outro lado, os franqueados não demonstraram por provas documentais que os produtos indicados eram de pouco apelo comercial.

Como bem observou a r. sentença neste tema pontual (fl. 610):

[..]

Nesse aspecto da causa, a prova das alegações dos franqueados deveria ser produzida essencialmente por meio documental, mediante demonstração de aquisição e do correspondente volume de vendas nos intervalos compreendidos entre as aquisições, a fim de identificar eventual desequilíbrio da obrigação contratual.

No tocante às dúvidas dos franqueados sobre a idoneidade do programa de benefícios denominada Club Dia, não há

elementos nos autos que permitam adotar o entendimento esposado pelos apelantes, não sendo suficiente a simples alegação de que “*teve a nítida impressão de que os dados foram manipulados e alterados com o objetivo de lesar a loja franqueada*”.

Com esses fundamentos fazem pedido de reembolso de créditos repassados à franqueadora concernente ao sistema denominado “Club Dia”, todavia, não apresentam nenhuma evidência ou mesmo prova documental da suposta ausência de repasse dos créditos ditos “manipulados”.

Essa questão não demanda de prova pericial, como alegam os apelantes, visto que poderiam ter sido produzidas documentalmente, ainda que de forma unilateral, mas isso não ocorreu. Os franqueados possuíam o *know how* da franquía e, assim, não é crível que não possuísem acesso ao programa Club Dia.

Também, não se constata nos autos, qualquer reclamação formal dos franqueados ao sistema Club Dia, ao longo da duração do pacto contratual.

Inexistindo provas documentais que indiquem manipulação do sistema denominado “Club Dia”, não há a mínima possibilidade de acolher o pedido dos franqueados de restituição de valores desse sistema, mesmo porque não há prova também dos valores.

Nem se alegue que essa prova seria produzida, porque não há qualquer pedido específico neste sentido, e os franqueados, tendo exercido a atividade econômica na condição de franqueados por um período considerável, poderiam muito bem ter trazido com a contestação prova documental a esse respeito.

Por outro lado, a prova documental produzida pela franqueadora (fl. 535-546 – docs. 6 e7) revela como os descontos desse sistema eram computados e discriminados nas notas fiscais, com a concessão e descontos aos franqueados, o que afasta a pretensão dos requeridos.

No tocante ao pedido de restituição de multa pela autuação do PROCON, no valor de R\$ 12.400,00, os argumentos dos franqueados não convencem.

Conforme consta da defesa dos franqueados, a autuação realizada pelo PROCON ocorreu em razão das inconsistências nos cupons fiscais e ausência de máquinas leitoras de preço disponíveis ao consumidor.

O Auto de Infração (fl. 300) descreve exatamente as condutas irregulares praticadas pelos franqueados que acarretaram a imposição de multa, a saber:

[..]

I – Ao aplicar descontos em determinados produtos, deixava de fazer constar em cupom fiscal destinado ao consumidor o valor descontado do produto, informando-o somado a outros valores em campo diverso do documento, o que obriga o consumidor a efetuar cálculo para averiguar o desconto aplicado, descumprindo assim, o artigo 2º, §1º, inciso II do Decreto Federal nº 5.903/06, pois a informação não é clara, infringindo assim o artigo 31, caput, da Lei Federal nº 8.078/90;

II – Mantinha, em área de vendas, leitor ótico a uma distância superior a 15 metros, considerando-se a localização do produto e o aparelho disponibilizado, descumprindo o artigo 7º, §2º, do Decreto Federal nº 5.903/06, infringindo assim o artigo 31, caput, da Lei Federal nº 8.078/90;

III – Expunha à venda ao público consumidor produtos com prazo de validade vencido, infringindo o artigo 81, parágrafo 6º, inciso I, da Lei Federal nº 8.078/90.

A autuação dos franqueados pelo Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON ocorreu com base em atos cometidos em desacordo com a legislação vigente, de forma que tais irregularidades não podem ser imputadas à franqueadora, visto serem de inteira responsabilidade dos franqueados.

Compete aos franqueados a prestação dos serviços ao consumidor de forma organizada e em conformidade com a legislação aplicável em vigor, não sendo razoável acolher a tese de culpa da franqueadora, pela desídia dos próprios franqueados.

Observe-se, por exemplo, que uma das irregularidades constatadas no estabelecimento dos franqueados foi exposição à venda de produtos com prazo de validade vencidos, o que não se pode admitir num estabelecimento sério que se ativa no comércio de venda de produtos ao consumidor.

Nesse diapasão a cláusula 4.10.2. do Contrato de Franquia (fl. 52):

[..]

4.10.2. O Franqueado deverá respeitar e cumprir, às suas expensas, com todas as leis, normativos e, em geral, demais legislação aplicável à exploração do Estabelecimento. O Franqueado deverá zelar pela boa ordem, limpeza e conservação do Estabelecimento DIA, bem como deverá indenizar e compensar a DIA Brasil por qualquer quantia que ela venha a pagar decorrente de qualquer ação tomada contra a DIA Brasil por quaisquer terceiros, sejam estas entidades públicas ou privadas, que tenham por causa o inadimplemento das obrigações do Franqueado referidas acima.

Outrossim, não prospera o pedido de restituição de valores inerente à regularização da loja dos requeridos (loja 9893), no valor de R\$ 8.000,00. Da leitura atenta do Contrato de Franquia firmado entre as partes, pode-se extrair que não há qualquer cláusula que obrigue ou disponha sobre a responsabilidade da franqueadora em regularizar a loja dos requeridos.

Ao contrário, a responsabilidade contratual recai sobre os franqueados, conforme encontra-se disposto no Contrato de Franquia, na cláusula 4.1^a.1. assim redigida (fl. 48):

[..]

4.1.A.1. O Franqueado, pelo presente instrumento, expressamente declara e garante que: (a) possui o imóvel referido no preâmbulo do presente instrumento a justo título, razão pela qual detém a sua posse mansa e pacífica, com plena liberdade de disposição sobre o mesmo; (b) está diligenciando para obter, no prazo mais breve possível, todas as licenças e demais permissões públicas, municipais, estaduais e federais ou de qualquer natureza que sejam necessárias para a abertura, funcionamento e exploração tanto de referido imóvel como do negócio objeto da presente franquia a ser operada no mesmo e (c) está quites com todos os tributos, impostos, taxas contribuições e demais cobranças tributárias incidentes sobre referido imóvel ou sobre o negócio a ser desenvolvido no mesmo. (Sublinhamos)

Embora conste ainda na cláusula 4.1.B.1 (imóvel locado pela franqueadora), a r. sentença observou “*não haver qualquer alusão à*

responsabilidade da franqueadora quanto ao pagamento de tributos necessários ao regular funcionamento do estabelecimento comercial.” (fl. 613).

Os documentos juntados em fl. 308-310, por si só, não guardam qualquer relação com as alegações dos franqueados, de forma que o pedido de restituição de valores dispendidos para a regularização da loja não pode ser acolhido.

Como se nota, não há qualquer nulidade nas cláusulas contratuais do presente Contrato de Franquia (fl. 42-66) ou mesmo da Circular de Oferta de Franquia (fl. 471-515), firmado regularmente, por partes capazes, sem vícios ou coação, sendo plenamente válidas as cláusulas em toda a sua extensão.

Pedido de compensação e abatimento dos produtos que abasteciam a loja no momento da imissão da posse pela franqueadora também não merece ser acolhido.

Observe-se que logo após a imissão de posse no imóvel, a franqueadora peticionou nos autos informando que ficara na posse de alguns equipamentos de segurança e mercadorias com data de vencimento próximas, tendo inclusive, requerido que os franqueados fossem intimados à retirada dos equipamentos de segurança e das mercadorias e subsidiariamente requereram autorização para efetuar a doação dos referidos bens a instituição de caridade e autorização para descarte das mercadorias vencidas (fl. 225-226).

A decisão de fl. 231, determinou que se aguardasse a conservação dos bens depositados pelo depositário e a manifestação dos franqueados sobre o destino das mercadorias, “no prazo legal alusivo ao oferecimento de defesa”.

E como se pode notar, a defesa dos franqueados (fl. 233-271) é omissa a respeito das mercadorias e dos bens que ficaram em depósito com a franqueadora.

Em razão dessa omissão, a franqueadora opôs embargos (fl. 401-402), acolhidos pela r. decisão de fl. 403-404, cujo teor se transcreve em parte:

[..]

São embargos de declaração interpostos pela autora para integração da deliberação de fls. 231, que assentou a responsabilidade do depositário pela guarda e conservação

das mercadorias armazenadas no estabelecimento comercial.

Por ocasião do oferecimento de defesa, os réus nada aludiram ao destino das mercadorias com prazo de validade esgotado ou por vencer. Diante disso, houve o abandono tácito dos bens, que libera o depositário da obrigação de guarda.

Diante do exposto, fica o depositário liberado da obrigação de conservar os bens em epígrafe.

Intime-se a autora/reconvinda, para oferecer resposta no prazo leal (CPC, 343, §1º).

Anote-se a gratuidade aos réus.

[..]

E, muito embora os franqueados tenham interposto embargos de declaração (fl. 406-409) da r. decisão que liberou a obrigação do depositário (fl. 404-404), seus embargos foram rejeitados pela r. decisão de fl. 412-413, sem interposição de recurso.

Portanto, não há razão para deferir a pretensão de abatimento de valores ou a de restituição de mercadorias ou bens.

Também não há que se falar em compensação neste momento processual, porque inexiste valor certo quanto aos créditos a serem compensados, isto é, o crédito da autora é líquido e certo, enquanto o crédito dos franqueados deve ser apurado em fase de liquidação de sentença, conforme determinado pela própria sentença de primeiro grau.

Nesse contexto, a r. sentença consignou (fl. 616):

[..]

Reconhecido o dever de indenizar, os valores alusivos aos lucros cessantes reconhecidos nesta sentença deverão ser apurados em liquidação.

Considerando que decorrem do mesmo contrato e envolvem as mesmas partes, os valores poderão ser objeto de compensação, desde que vencidas, as dívidas ostentem liquidez e fungibilidade.

Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

Do reembolso de honorários advocatícios contratuais.

Postulam os franqueados que a autora seja condenada ao pagamento de reembolso dos honorários advocatícios contratuais, a título de danos materiais, já que foram obrigados a contratar profissional habilitado para se defenderem no presente processo, ao custo de R\$ 40.000,00.

A pretensão dos apelantes não é acolhida.

Os honorários convencionados entre os requeridos e seu patrono não se confundem com os encargos da sucumbência, e devem ser necessariamente arcados pela parte que contrata os serviços profissionais respectivos, independentemente de quem tenha dado causa à lide, mesmo porque, poderia os requeridos terem utilizado os serviços da Defensoria Pública, disponível aos realmente necessitados, entretanto, preferiram firmar contrato com advogado particular de sua confiança.

De outro lado, é de ser ver que a parte autora não participou dessa relação contratual entre requeridos e advogado, inexistindo responsabilidade da autora nesse negócio. Neste sentido, anota Theotonio Negrão: "*Os honorários advocatícios contratuais, porque decorrente de avença estritamente particular, não podem ser ressarcidos pela parte sucumbente, já que não participou do ajuste*" (RDDP 53/146 – Código de Processo Civil Comentado, Ed. Saraiva, 2008, p. 154).

Também nesse sentido, a 2ª Câmara Reservada de Direito empresarial já decidiu:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. PARCIAL PROCEDÊNCIA. DANO MATERIAL. REEMBOLSO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Reembolso dos honorários advocatícios contratuais. Não cabimento. Os honorários contratuais não se confundem com a verba sucumbencial fixada na sentença. A condenação do vencido também ao pagamento dos honorários contratados pela parte vencedora implicaria em bis in idem. Impossibilidade. Sentença mantida. Recurso não provido. (apelação cível 1075302-58.2013.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 22 de fevereiro de 2016).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em razão da manutenção da r. sentença e do improvimento dos recursos improcede o pedido da franqueadora de condenação dos franqueados na integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, nos termos dos artigos 82, § 2º e 85, do Código de Processo Civil.

Também não é o caso de aplicação do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, tendo em vista o improvimento de ambos os recursos.

Observe-se, finalmente, que “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada. (STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, j. 08/06/2016).

Neste sentido vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE E ERRO MATERIAL NÃO VERIFICADOS.

1. Ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos declaratórios, afigura-se patente o intuito infringente da irresignação, que objetiva não suprimir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou sanar erro material, mas, sim, reformar o julgado por via inadequada.

2. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp 776.521/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 28/10/2016)

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONFERIR EFEITOS INFRINGENTES AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUANDO HOUVER MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL CONSAGRADO NO CPC/2015. RECURSO IMPROVIDO.

1. Segundo o artigo 535 do CPC/1973 e o artigo 1.022 do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CPC/2015, os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material.

2. Eventuais efeitos modificativos provenientes do julgamento dos aclaratórios apenas ocorrerão se a correção de omissão, obscuridade, contradição ou erro material acarretar transformação significativa no decisum embargado, ou, se houver manifesta decisão teratológica. Precedentes.

3. Conforme entendimento consolidado por esta Corte Especial, não é possível atribuir efeitos infringentes aos embargos declaratórios em virtude de mudança jurisprudencial, exceto quando houver omissão proveniente de julgamento anterior de recurso especial repetitivo sobre o tema decidido. Precedentes.

4. O novel Código de Processo Civil de 2015 chancela a posição jurisprudencial acima transcrita no inciso I do parágrafo único do artigo 1.022, considerando omissão a inexistência de manifestação no acórdão embargado sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos.

5. Agravo interno improvido.

(AgInt nos EAg 1014027/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2016, DJe 26/10/2016)

Não há elementos nos autos que indiquem outra direção senão aquela determinada na r. e bem lançada sentença, mantida em sua íntegra.

VI. DISPOSITIVO

Pelo exposto, por maioria de votos, nos termos do art. 942 do CPC, nega-se provimento aos recursos. Vencido o 3º Juiz, que declara voto.

RICARDO NEGRÃO
RELATOR



Voto nº 15128

Aptes/Apdos: Gaia Comércio de Alimentos Ltda. e Fábio Tadeo Teixeira

Apelado/Apelante: Dia Brasil Sociedade Limitada

Comarca: Santa Isabel

Juiz(a): NOME DO JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA NÃO INFORMADO

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

Respeitado o entendimento da D. Maioria, dele se diverge parcialmente para dar-se parcial provimento ao recurso da autora e, assim, afastar-se a condenação dela por concorrência desleal, aqui não verificada.

É que se entende não ter havido desrespeito à zona de exclusividade prevista na cláusula 2.1., segundo a qual, *“pelo presente contrato de franquia, de acordo com os direitos que lhe sejam inerentes ou dele advenham, é concedido ao Franqueado o direito de explorar o Estabelecimento em caráter único e exclusivo, na zona referida no mapa anexo (ANEXO I), onde a Dia Brasil se obriga a não autorizar, conceder a terceiros ou instalar outro novo estabelecimento”* (fls. 47).

Ao contratarem a franquia em questão, os réus estavam cientes que a zona de exclusividade era limitada a um determinado raio ou distância; por conseguinte, que não compreendia o Município de Santo Izabel que, no entender deles, não comporta mais de um Estabelecimento Dia (franqueado ou próprio da franqueadora).

Se se admite a validade do contrato em relação às demais obrigações assumidas pelos réus, é de se admitir,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

também, a validade da cláusula de exclusividade limitada, até porque se trata de contrato empresarial que não admite a imposição de obrigações ao franqueador além daquelas previstas na lei e no próprio contrato.

O agir da autora não ultrapassa os limites do contrato e, portanto, não se afigura ilícito e tampouco constitutivo da concorrência desleal.

Eis por que, com a devida vênia da D. Maioria, dele se diverge para tão somente afastar-se o reconhecimento da concorrência desleal praticada pela autora, mantida, quanto ao mais, o judicioso voto de Sua Excelência.

Por este voto, então, dá-se parcial provimento ao recurso da autora e nega-se ao dos réus.

Maurício Pessoa

3º Juiz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	36	Acórdãos Eletrônicos	RICARDO JOSE NEGRAO NOGUEIRA	12CE1AA0
37	38	Declarações de Votos	MAURICIO PESSOA	130BFA9B

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1002867-42.2018.8.26.0543 e o código de confirmação da tabela acima.