



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2013.0000535792**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0116368-77.2009.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FIORI NATURALI COMERCIO DE SORVETES LTDA, é apelado GK COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA ME.

**ACORDAM**, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso da ré reconvinte, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente), LIGIA ARAÚJO BISOGNI E CARDOSO NETO.

São Paulo, 28 de agosto de 2013.

**Thiago de Siqueira**  
**RELATOR**

Assinatura Eletrônica

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****VOTO N. 24.969****APELAÇÃO N. 0116368-77.2009.8.26.0002****COMARCA DE SÃO PAULO****DECLARATÓRIA****APTES.: FIORI NATURALI COMÉRCIO DE SORVETES LTDA.****APDA.: G K COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.****– ME**

**AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – Procedência da ação e improcedência da reconvenção contraposta pela ré - Instrumento Particular Atípico de Contrato de Parceria e Outras Avenças – Utilização da marca Freddíssimo – Alegação de ausência da Circular de Oferta de Franquia, consoante previsto no art. 4º da Lei n. 8.955/94 – Descabimento, ainda que se considere tratar-se de contrato de franquia, como afirmado pela demandante – Ausência que restou superada por ter sido firmado o contrato, estando este em vigor há mais de dois anos, ao ensejo do ajuizamento da ação – Falta, ademais, de comprovação de efetivo prejuízo pela ausência deste documento, por parte da demandante - Alegação de falta de investimento em promoções de marketing por parte da ré também não provada pela autora – Prova pericial requerida por esta que restou preclusa, por falta de depósito dos honorários periciais – Exibição de cópia de laudo pericial apresentado em outra ação ajuizada contra a ré por outra contratante – Inadmissibilidade - Descabimento da invocação desta prova emprestada, por ofensa ao princípio do contraditório – Ação que deve ser julgada improcedente – Alegações da ré reconvinte a propósito de descumprimento de obrigações contratuais por parte da demandante que também não restaram provadas – Insuficiência, para tanto, da apresentação das notificações extrajudiciais que promoveu contra a autora reconvinda – Prova pericial que também seria necessária para comprovar tais alegações, valendo as notificações unicamente como início de prova em favor ré reconvinte – Improcedência da reconvenção que deve ser mantida – Recurso da ré reconvinte provido em parte, com observação.**

Trata-se de ação anulatória de ato jurídico ajuizada por G K COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. – ME, neste ato representada por GUSTAVO CAVALCANTE DOS



## PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SANTOS e KATIUSCIA RODRIGUES CAVALCANTE contra FIORI NATURALI COMÉRCIO DE SORVETES LTDA. e que, pela r. sentença (fls. 1087/1099), proferida pelo douto Magistrado ALUÍSIO MOREIRA BUENO, cujo relatório se adota, foi julgada procedente a ação principal para declarar a anulação do contrato denominado Instrumento Atípico de Contrato de Parceria e Outras Avenças, reestabelecendo, em consequência, o *status quo* ante, devendo o réu devolver todo material recebido, notadamente a restituição dos manuais operacionais da ré relativos ao *know how* e dos elementos visuais (*trade dress*), julgando improcedente a demanda reconvenção, extinguindo o processo nos termos do art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, arcando o réu com o pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa para cada uma das demandas.

Irresignada, apela a vencida pugnando pelo provimento do presente recurso para **com relação à demanda principal:** **a)** reconhecer e declarar nula a prova emprestada (laudo pericial de outro processo); **b)** reconhecer e declarar a inaplicabilidade da Lei nº 8.955/94 (Lei de Franquia Empresarial). Por tratar-se de contrato atípico de parceria; **c)** reconhecer e declarar a impossibilidade de fornecimento retroativo da suposta Circular de Oferta de Franquia, por ter sido aceita e aprova na Associação Brasileira de Franchising – ABF em 08/11/2007 e o contrato de parceria foi celebrado em 16/11/2006; **d)** reconhecer e declarar a existência de simulação praticada pela apelada por concorrência desleal; **e)** reconhecer e declarar a inépcia dos pedidos, bem como, a causa de pedir; **f)** reconhecer e declarar a inexistência de justa causa para a rescisão contratual. **Com relação à reconvenção:** **a)** reconhecer e declarar a prática da concorrência desleal em face da reconvinte; **b)** reconhecer e declarar o uso indevido de *know how*, condenando a apelada ao pagamento de indenização por danos materiais no importe de R\$ 10.000,00; **c)** reconhecer e declarar o uso indevido da identidade visual da apelada (*trade dress*), condenando a apelada ao pagamento da indenização por danos materiais no importe de R\$ 10.000,00; **d)** condenar a apelada ao pagamento de multa contratual: d.1) pela primeira infração às cláusulas 4.3 e 4.4 no valor de R\$ 10 salários mínimos; d.2) infração consistente no uso indevido da marca (cláusula 4.22) e ausência de relatórios financeiros (cláusulas 4.1, 4.12 e 7.1) no valor de 200 salários mínimos; d.3) prevista na cláusula 8.7, consistente na violação da cláusula 8.6 'b' em montante correspondente a 60 salários mínimos; bem como a condenação ao



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

pagamento de royalties em atraso e a manutenção da multa processual de R\$ 50.000,00 aplicada no curso do processo. Postula, assim, a reforma da r. sentença.

Recurso preparado, recebido e respondido.

É o relatório.

A irresignação da apelante merece parcial acolhida.

A presente ação versa a respeito do cumprimento do contrato firmado pelas partes, rotulado de “Instrumento Particular Atípico de Contrato de Parceria e Outras Avenças”, datado de 13 de novembro de 2.006, mediante o qual a ora apelante cedeu à ora recorrida a utilização da marca “Freddíssimo”, prestando-lhe o *know-how* necessário para o comércio de sorvetes e doces, comprometendo-se a apelada, em contrapartida, a adquirir os produtos comercializados pela empresa Dell Fiore Confeitaria e Comércio Ltda., que integrou, também, a avença.

Mesmo considerando-se que se trataria, na verdade, de contrato de franquia pelas razões apontadas pelo douto Magistrado, é de se verificar que, depois de transcorrido mais de dois anos de vigência do contrato, não caberia à demandante ingressar em juízo (aos 06/04/2009) postulando a sua anulação por ausência da Circular de Oferta de Franquia, consoante previsto no art. 4º da Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Nesta hipótese, esta ausência restou superada não somente em face da assinatura do contrato, mas também em decorrência de seu cumprimento pelas partes, por mais de dois anos.

Veja-se neste sentido os seguintes precedentes deste Tribunal de Justiça:

Processo:

APL 1887538320108260100 SP 0188753-83.2010.8.26.0100

Relator(a):

Maia da Rocha

Julgamento:

06/08/2012

Órgão Julgador:

21ª Câmara de Direito Privado

Publicação:



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

08/08/2012

**Ementa**

\* EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL Contrato de franquia. Invalidez reconhecida por não ter sido entregue aos franqueados a Circular de Oferta de Franquia. Inadmissibilidade. Formalidade, que descumprida não ocasiona a automática anulabilidade do contrato. Eventual falha superada com a formalização do pacto definitivo. Validade contratual reconhecida. Valores referentes aos aluguéis não impugnados pelos embargantes. Pagamento devido Exatidão da cobrança de royalties, bem como rateio de serviços de auditoria dependente de perícia. Prova não realizada por desinteresse dos executados. Eventual quitação não comprovada. Sentença reformada para acolher os embargos. Recurso provido.\*

Processo:

APL 1795189220108260100 SP 0179518-92.2010.8.26.0100

Relator(a):

Pereira Calças

Julgamento:

27/09/2011

Órgão Julgador:

Câmara Reservada de Direito Empresarial

Publicação:

28/09/2011

**Ementa**

Apelo. Direito empresarial. Franquia. Anulação do contrato cumulada com pedido de indenização por danos morais e materiais. Ausência de entrega da circular de oferta de franquia (art. 4º da Lei nº 8.955/94). Falta de provas quanto a qualquer prejuízo concreto ao franqueado, que, a despeito da falta, exerceu o negócio por quase dois anos. Demais questões levantadas que dizem respeito ao cumprimento do contrato, levando à sua resolução, fosse o caso, e não à sua anulação. Sentença reformada. Apelo a que se dá provimento.

Da mesma forma, vê-se que restou indemonstrado pela autora, consoante mencionado no precedente supra citado, que tivesse sofrido algum prejuízo concreto devido a ausência de referida Circular.

Como foi corretamente observado pela ré, a autora não produziu prova alguma durante a instrução do presente feito, para comprovar suas alegações. A prova que seria hábil para tanto foi a prova pericial que requereu e que veio a ser deferida no despacho saneador proferido no presente feito, tendo sido, porém, dada por preclusa a sua produção, por ter a autora deixado de depositar em juízo os honorários



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

periciais fixados.

Bem por isso, afigurou-se descabida, consoante foi corretamente impugnado pela ré, a prova emprestada que juntou no presente feito, sem nada ter requerido previamente a este respeito, vale dizer, a exibição de cópia do laudo pericial que foi apresentado em outra ação ajuizada contra a ré, por outra contratante.

Não se fazem presentes nesta hipótese, os requisitos necessários para admitir-se a aceitação desta prova, porquanto o entendimento que prevalece a respeito é no sentido de que a prova emprestada vale somente quando colhida em regular contraditório, com a participação da parte contra quem deve operar (veja-se neste sentido: JTA 111/360, RT 614/69, RT 719/166, JTA 106/207 e RJTAMG 29/224). Daí porque, a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é “*res inter alios*” e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes (Nery, in “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, RT, 10ª ed., pág. 606). No caso, a despeito desta prova ter sido produzida em demanda ajuizada também contra a ré, não se referiu, porém, a demanda ajuizada pela autora, não tendo sido submetida, por isso, ao crivo do contraditório, tendo-se em vista as alegações que ensejaram o ajuizamento da presente ação.

Não poderia o douto Magistrado, por isso, respeitado o seu entendimento, levar em conta esta prova em favor da demandante, inclusive quanto à consideração feita, com base nesta prova, de que a ré daria privilégios a outros franqueados ou compradores, como o Grupo Pão de Açúcar, cuja diferença de preço praticado chegaria a 68,12%, tendo em vista que esta questão sequer chegou a ser suscitada pela autora, na inicial da presente ação.

É forçoso concluir, por tais razões, pela improcedência da presente ação, por não ter a autora comprovado suas alegações, conforme lhe competia, atento a regra prevista no art. 333, inc. I, do CPC, cabendo à demandante, em face disso, arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da ré, arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Quanto à reconvenção contraposta pela ré, é de se verificar, por sua vez, que as imputações que fez à autora reconvinda de ter



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

cometido infrações contratuais, não restaram, igualmente, devidamente comprovadas nos autos, notadamente tendo-se em vista que a prova pericial, a despeito de ter sido requerida pela autora, também seria necessária para que a ré reconvinte comprovasse as alegações que fez a este respeito. O simples fato de autora não ter respondido as notificações extrajudiciais que lhe promoveu nada demonstram de concreto a este propósito, porquanto valeriam unicamente como início de prova em favor da recorrente, na medida em que a apelada não era obrigada a respondê-la. Assim, somente a produção da prova pericial poderia corroborar tais notificações.

Com efeito, é de se notar, inicialmente, a assertiva da recorrente de que a recorrida deixou de apresentar pedido de insumos a partir de outubro de 2008 e de que o volume de operações realizadas desde então superaria quaisquer possíveis estoques porventura existentes perante a autora, é insuficiente para demonstrar que esta teria infringindo a cláusula contratual que lhe impunha a obrigação de adquirir, com exclusividade, insumos da apelante, a começar pelo fato de o contrato não estabelecer uma quantidade mínima de insumos a ser adquirido pela contratante. Assim, o simples fato desta não ter respondido a notificação extrajudicial feita a este respeito pela ré reconvinte não prova a infringência desta obrigação contratual. E na presente ação, a recorrida impugnou esta assertiva da apelante, afirmando que os estoques que possuía teriam sido suficientes para promover o volume de operações realizadas neste período e, ao menos, até o ajuizamento da presente demanda, porquanto a partir daí foi concedida antecipação de tutela à recorrida autorizando-a a não mais atuar sob a bandeira exclusiva da marca “Freddíssimo”.

Também por isso, não se poderia acusar a autora reconvinda de “virada de bandeira” ou de concorrência desleal, porquanto somente com a concessão desta antecipação de tutela em seu favor, poder-se-ia afirmar que passou a atuar sob outra bandeira, tendo agido, portanto, com base em autorização judicial que obteve e que permaneceu em vigor com o decreto de procedência da ação. Este mesmo entendimento aplica-se em relação às imputações que fez à recorrida de indevida apropriação de *know how* e de *trade dress* (identidade visual do estabelecimento), a respeito do que, ademais, também foi concedida antecipação de tutela à ré reconvinte para determinar à autora reconvinda que providenciasse a restituição dos manuais operacionais recebidos, bem como a retirada de



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

todos os elementos visuais correspondentes à ré reconvinte, tendo sido concedida esta medida em favor da recorrente em face da tutela antecipada à demandante.

Da mesma forma, não se poderia dizer que teria havido uso indevido da marca “Freddíssimo” pela autora reconvinda pelo simples fato desta ter-se identificado no seu “site” como “Freddíssimo Alagoas”. Não se infere que esta veiculação pudesse causar algum prejuízo concreto e efetivo à ré reconvinte, nada tendo sido alegado a este respeito pela apelante, bem como que a autora estaria devidamente cientificada de que somente poderia efetuar-la mediante prévia autorização da ré, consoante previsto no contrato, atento a data da realização deste.

Relativamente aos relatórios financeiros enviados pela autora reconvinda à apelante, é de observar, por sua vez, que a cláusula 7 do contrato, que trata do pagamento devido pela contratante, nada prevê expressamente a respeito do envio destes relatórios, estabelecendo unicamente que os “royalties” deveriam ser pagos *“em moeda corrente nacional, calculados conforme períodos e percentuais estabelecidos em seguida, e que, sempre, incidirão sobre o valor operacional BRUTO da VENDA DOS PRODUTOS FREDDÍSSIMO, equivalente a 4% (quatro por cento) no primeiro ano, 5% (cinco por cento) a partir do segundo ano, do faturamento bruto”*.

De acordo com a recorrente, ademais, o último relatório financeiro enviado pela apelada foi relativo ao mês de dezembro de 2008 e a notificação extrajudicial que encaminhou à autora a este respeito data de 14/04/2009, posteriormente, portanto, ao ajuizamento da presente ação.

Afigura-se descabida, em face disso, a cobrança das multas contratuais, consoante postulado pela ré reconvinte.

Deve ser mantida, por tais razões, a improcedência da reconvenção contraposta pela ré.

Entretanto, não pode desconsiderar que o contrato em questão já restou encerrado por força das antecipações de tutela que foram concedidas às partes.

Diante disso, a solução será, então, manter-se este





**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

encerramento do contrato firmado pelas partes, e para este mister, devendo as partes cumprir as antecipações de tutela concedidas no presente feito, vale dizer, cabendo à ré reconvinte cumprir a tutela antecipada concedida à autora reconvinda e esta, por sua vez, cumprir a tutela antecipada concedida àquela.

Afigura-se descabida, nesta hipótese, a pretensão da ré reconvinte de aplicar a cláusula contratual que veda a autora reconvinda de operar no mesmo ramo de venda de sorvetes e doces, direta ou indiretamente, sob qualquer marca, pelo prazo de dez anos a contar da rescisão do contrato, levando-se em conta o caráter excessivamente amplo desta vedação, notadamente por referir-se a atividade comercial comum que pode ser exercida e praticada, em princípio, pelas mais variadas formas e por qualquer pessoa que tenha interesse e condições de exercê-la, não se exigindo conhecimentos técnicos e especializados, bem como uma implementação empresarial de grande porte e complexidade para ser praticada. Bem por isso, configura, até mesmo, infringência ao art. 170 da Constituição Federal.

Conclui-se, portanto, feita as observações supras, que a irresignação da ré reconvinte merece ser acolhida em parte para julgar improcedente a ação, conforme apontado no corpo deste voto, ficando mantida a improcedência da reconvenção.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, com observação.

**Thiago de Siqueira**  
**Relator**