

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Carolina Flores Copetti Leite

CRÍTICA À APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 412 E 413 DO CÓDIGO CIVIL AO
CONTRATO DE FRANQUIA

Porto Alegre

2021

CAROLINA FLORES COPETTI LEITE

**CRÍTICA À APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 412 E 413 DO CÓDIGO CIVIL AO
CONTRATO DE FRANQUIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Menke

Porto Alegre
2021

CAROLINA FLORES COPETTI LEITE

**CRÍTICA À APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 412 E 413 DO CÓDIGO CIVIL AO
CONTRATO DE FRANQUIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 13 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabiano Menke – Orientador

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Carlos Eduardo e Sônia Regina, meus maiores apoiadores, que, desde meus primeiros anos de vida, proporcionam acesso à educação de qualidade e me incentivam a seguir meus sonhos. Sem o amor, cuidado e apoio de vocês, eu não estaria finalizando meu curso de graduação em uma das melhores instituições de ensino do nosso país. Obrigada pela presença, pelos ensinamentos, pelo carinho e pela companhia, sou muito feliz por ter nascido na nossa família.

Agradeço, especialmente, ao meu pai, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 1988 e Procurador da República. Desde pequena, meu maior exemplo e minha inspiração profissional.

Agradeço aos meus avós, Miguel, Ilda, Fernando e Clarice, e à minha falecida tia avó, Alba Maria, que desde os tempos de colégio comemoram minhas vitórias e acompanham minha trajetória. Muito obrigada pelo carinho e pelo amor, sem o árduo trabalho de todos vocês eu certamente não me encontraria na posição em que me encontro hoje.

Agradeço aos meus tios, Miguel Augusto, Ticiane, Paulo Ricardo, Josenel, Luis Fernando e Camila, que me viram crescer e me apoiam desde pequena.

Agradeço ao meu namorado e companheiro de dias e noites de estudo, Arthur, com quem sei que posso contar, que esteve ao meu lado durante todo o processo de escrita desse trabalho e que todos os dias me inspira, com muito amor e parceria, a ser alguém melhor.

Agradeço aos meus amigos. É uma alegria dividir a vida com todos vocês e para mim é reconfortante saber que nossa amizade segue intacta, mesmo depois de tantos anos, caminhos diferentes e com a minha ausência durante o período de realização do trabalho. Contem comigo sempre, para sempre.

Agradeço ao escritório Baptista Luz Advogados e a todos os profissionais pelos quais já fui orientada, especialmente à Fernanda, à Andressa e ao time de contratos empresariais.

Por fim, merece um agradecimento especial meu orientador, Prof. Fabiano Menke, que, desde o início da minha trajetória, me orienta em diferentes trabalhos acadêmicos. Professor, obrigada pelo conhecimento e pelas oportunidades; muito do que sei, do que sou hoje como aluna e do que quero ser como profissional, devo ao senhor.

RESUMO

O presente trabalho consiste na propositura de uma crítica à aplicação, aos contratos de franquia, dos critérios limitadores da cláusula penal presentes nos artigos 412 e 413 do Código Civil. Enquanto o primeiro dispositivo limita o valor da penalidade ao valor da obrigação principal do contrato, o segundo artigo autoriza o julgador a, diante do cumprimento parcial da obrigação ou de manifesta excessividade da multa, reduzir a cláusula penal, a partir de um juízo de equidade. A aplicação de ambos os dispositivos ao cenário de franquias gera controvérsias, conforme verificado em pesquisa de jurisprudência realizada junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

Palavras-chave: Cláusula Penal. Limites. Redução. *Franchising*. Contrato de Franquia.

ABSTRACT

This study provides a criticism regarding the application of the penalty clause delimitation criteria to franchise agreements. The delimitation criteria are found at articles 412 and 413 of the Brazilian Civil Code. While the first provision establishes that the amount of the penalty shall not exceed the amount of the contract's main obligation, the second article entitles the judge to reduce the contractual penalty by an equity judgment in the event of partial performance of the obligation or excessive penalty. The application of both legal devices to franchise agreements holds its controversies, as verified after case law research before the Brazilian Rio Grande do Sul Court of Justice and the São Paulo Court of Justice.

Keywords: Penalty Clause. Limits. Reduction. Franchising. Franchise Agreement.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O INSTITUTO DA CLÁUSULA PENAL NO DIREITO BRASILEIRO	9
2.1	ASPECTOS GERAIS.....	9
2.2	FUNÇÕES.....	12
2.3	ESPÉCIES	14
2.3.1	Cláusula Penal Compensatória.....	14
2.3.2	Cláusula Penal Moratória	16
2.4	EFEITOS	17
2.5	LIMITE.....	20
2.6	REDUÇÃO.....	21
3	O <i>FRANCHISING</i> E O CONTRATO DE FRANQUIA	24
3.1	CONCEITO DE CONTRATO DE FRANQUIA.....	24
3.1.1	Master Franquia	28
3.2	CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA	30
3.3	ELEMENTOS ESSENCIAIS DO <i>FRANCHISING</i>	35
3.3.1	Uso da Marca e Elementos de Propriedade Intelectual do Franqueador	35
3.3.2	Produção ou Distribuição Exclusiva ou não Exclusiva de Produtos e Serviços.	36
3.3.3	Uso de Métodos e Sistemas Desenvolvidos pelo Franqueador.....	37
3.3.4	Remuneração ao Franqueador	38
3.3.5	Ausência de Relação de Consumo ou Vínculo Empregatício	38
3.4	LEGISLAÇÃO	40
3.4.1	Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994.....	40
3.4.2	Lei n. 13.966, de 26 de dezembro de 2019.....	42
3.5	FRANQUIA E INSTITUTOS AFINS	46
3.5.1	Representação Comercial.....	47

3.5.2	Licenciamento	48
4	CRÍTICA À APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 412 E 413 DO CÓDIGO CIVIL AO CONTRATO DE FRANQUIA.....	51
4.1	CRÍTICA À APLICAÇÃO DO ARTIGO 412 DO CÓDIGO CIVIL	51
4.1.1	Interferência do Legislador na Autonomia Privada.....	51
4.1.2	Possibilidade de Prejuízo Superior ao Valor da Obrigação Principal.....	55
4.2	CRÍTICA À APLICAÇÃO DO ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL	56
4.3	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	60
4.3.1	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.....	60
4.3.2	Tribunal de Justiça de São Paulo	63
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
6	REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

A expansão comercial por meio de diferentes canais de distribuição, dentre os quais se inclui o sistema de franquias, também denominado de *franchising*, já é realidade no Brasil há alguns anos. É por meio da celebração de contratos de franquia com diferentes franqueados que empresas consolidadas no mercado nacional e internacional, na condição de franqueadores, buscam expandir suas marcas e compartilhar seu *know-how*, mediante remuneração do franqueado.

Para tutelar o cumprimento do contrato de franquia e o adimplemento de seus termos e condições, tornou-se habitual a inclusão de cláusulas penais nos referidos instrumentos, as quais determinam um valor a ser pago em caso de inadimplemento de determinada obrigação ou de mora em seu cumprimento.

Por ser eminentemente empresarial, o contrato de franquia e suas cláusulas são regidos pela Lei de Franquias (Lei n. 13.966/19) e pelo Código Civil. Por esse motivo, as cláusulas penais inseridas no referido tipo contratual devem ser elaboradas em conformidade com as disposições do Código Civil, especialmente com os artigos 408 a 416, relativos à matéria.

A presente monografia dedicar-se-á, principalmente, à análise de dois dos referidos dispositivos, quais sejam, os artigos 412 e 413, que apresentam limitações às cláusulas penais, gerando controvérsias quando analisados no contexto das franquias empresariais. O artigo 412 da lei civil limita o *quantum* da penalidade ao valor da obrigação principal do contrato de franquia, ao passo que o artigo 413 autoriza o julgador a reduzir de ofício o valor da multa nas hipóteses referidas no dispositivo.

Para tanto, essa monografia está dividida em três capítulos. Nos dois primeiros capítulos, far-se-á uma breve análise dos dois principais institutos jurídicos abordados no trabalho: a cláusula penal e o contrato de franquia. Dessa forma, desenvolver-se-á o estudo de tais institutos de acordo com seu tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial. O objetivo dos dois primeiros capítulos é estabelecer as bases sobre as quais se assentará a monografia sob sua perspectiva crítica.

Em sequência, no último capítulo, analisar-se-á a aparente inadequação dos artigos 412 e 413 do Código Civil ao contrato de franquia. Para isso, será analisada a jurisprudência sobre o tema no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2 O INSTITUTO DA CLÁUSULA PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

Seja em um contrato de compra e venda, seja em um contrato de franquia, quando da celebração, as partes estabelecem o principal objetivo: o seu cumprimento de forma satisfatória nos termos do que foi pactuado. É nesse sentido que Clóvis Veríssimo do Couto e Silva leciona que o adimplemento polariza e atrai a obrigação, sendo o seu fim¹. Em um cenário ideal, as partes assumem obrigações para que sejam espontaneamente adimplidas, cabendo ao intérprete aplicar a norma mais adequada ao seu cumprimento².

No entanto, após a assinatura do contrato, o surgimento de alguns acontecimentos ou a prática (e, muitas vezes, a abstenção) de determinadas condutas pelas partes distanciam o contrato do seu adimplemento. No contexto de franquias, pode-se pensar, por exemplo, em um franqueado que não realiza o pagamento dos *royalties* devidos ao franqueador, ou que então comercializa produtos em sua unidade que não foram adquiridos dos fornecedores autorizados da rede. Caso os termos e condições dos contratos fossem respeitados e cumpridos espontaneamente pelas partes, o instrumento dispensaria a sua tutela pelo direito³.

Diante do contexto de insegurança contratual, é comum que as partes, antes mesmo da celebração do contrato, antecipem os possíveis cenários negativos e disciplinem os efeitos do inadimplemento. É nesse bioma contratual que se encontra a cláusula penal, enquanto forma de “regulamentação negocial antecipada do inadimplemento”⁴.

No presente capítulo, apresentar-se-á o instituto jurídico da cláusula penal, seus aspectos gerais, suas funções, suas espécies, seus efeitos, seus limites e, por fim, a possibilidade de sua redução pelo juiz. O estudo do instituto será desenvolvido a partir de seu tratamento legal e jurisprudencial dado pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como as principais discussões doutrinárias atinentes ao tema.

2.1 ASPECTOS GERAIS

Em uma primeira definição, a cláusula penal é conceituada no *Vocabulário Jurídico* da seguinte maneira: “Também chamada de pena convencional, consiste na disposição aceita pelas partes contratantes, em virtude da qual, na falta de cumprimento da obrigação ou

¹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 17.

² KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 83-104, mar./abr. 2014. p. 1.

³ *Ibidem*, p. 1.

⁴ *Ibidem*, p. 2.

obrigações inseridas no contrato, fica a parte contraventora sujeita ao pagamento da pena pactuada”⁵.

Assim, a cláusula penal, também chamada de pena convencional ou multa contratual, pode ser definida como “uma convenção acessória que acopla uma pena privada ao inadimplemento da obrigação”⁶. Cabe ressaltar que o Código Civil não se ocupou de fornecer uma definição textual à cláusula penal; no entanto, sua aplicação está prevista no artigo 408 da lei⁷.

Sob outra perspectiva, Bruno Miragem define a cláusula penal como “obrigação acessória, definida por convenção entre credor e devedor, cuja eficácia se subordina à condição suspensiva de inadimplemento do dever principal da prestação, ou de dever acessório ou anexo”⁸.

A importância da inclusão de cláusulas penais nos contratos é ressaltada pela doutrina. Nesse sentido, leciona Pedro Amaral Salles que:

Uma das ferramentas mais importantes para se garantir o cumprimento de um contrato é a estipulação de uma cláusula penal. Como regra, a cláusula penal tem como objetivo punir o devedor que não cumpre a prestação no prazo ajustado. Mas também pode servir às partes para pré-fixar indenização por perdas e danos para a hipótese de inadimplemento total ou parcial da obrigação; mas, de um modo ou de outro, a cláusula penal serve para garantir o cumprimento do contrato, coagindo o devedor ao cumprimento da prestação a que se obrigou.⁹

Um intrigante exemplo de cláusula penal pode ser encontrado na literatura, na obra ‘O mercador de Veneza’, de William Shakespeare¹⁰. Na história inglesa, Shylock empresta ao comerciante Antonio uma quantia em ducados, a ser paga dentro de determinado prazo, sob pena de pagamento de multa equivalente a uma libra de carne de Antonio, sendo livre ao comerciante escolher qual parte de seu corpo seria utilizada para a quitação da penalidade.

⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 299.

⁶ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal**: a pena privada nas relações negociais. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 35.

⁷ Nos termos do artigo 408 do Código Civil, tem-se que “Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 564.

⁹ SALLES, Pedro Amaral. **A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do código civil de 2002**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 16.

¹⁰ CASSETARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

No exemplo da obra shakespeariana, a penalidade equivalia a uma libra de carne. Na realidade, sabe-se que tal multa não poderia ter sido assim pactuada por ter um objeto claramente ilícito; entretanto, ainda assim considera-se o exemplo relevante ao trabalho, pois compreende uma característica relevante da multa contratual: é lícita a instituição de uma multa em bens, prestação ou abstenção¹¹. Isso porque o Código Civil não determina que a cláusula penal deve ser estabelecida necessariamente em dinheiro.

Na prática, o habitual é que as partes estabeleçam como multa uma quantia pecuniária. Pedro Amaral Salles destaca que a definição de penalidade em dinheiro é mais conveniente aos contratantes e que a estipulação de multa de forma diversa poderia resultar em um desvio de finalidade do instituto jurídico, que serve como uma sanção econômica pré-estabelecida para as hipóteses de inadimplemento ou mora no cumprimento da obrigação¹².

A subsidiariedade da cláusula penal em relação à obrigação principal é seu traço distintivo. À luz do brocardo romano, “o acessório segue o principal”. Assim, sendo nula a obrigação principal, nula será a cláusula penal, nos termos do artigo 184 do Código Civil¹³. No entanto, tal regra comporta duas exceções, conforme identificado pela doutrina. Na primeira hipótese, na ocorrência de alienação, dela resultando evicção em conjunto com pretensão de perdas e danos do evicto em face do alienante; na segunda hipótese, caso as partes pactuem na própria cláusula penal que esta serve de garantia da obrigação principal¹⁴.

O referido dispositivo contratual pode ser estipulado conjuntamente com a obrigação principal ou em ato posterior, isto é, no próprio contrato ou em um documento apartado, como um aditamento, conforme preceitua o artigo 409 do Código Civil¹⁵. Em outras palavras, a estipulação da penalidade em hipótese alguma antecederá a estipulação da obrigação principal, devendo ainda ser anterior ao ato ilícito a que visa condenar¹⁶.

Sobre o momento de pactuação da cláusula penal, Caio Mário da Silva Pereira aponta que, caso o dispositivo fosse fixado em momento posterior ao inadimplemento da obrigação,

¹¹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 171.

¹² SALLES, *op. cit.*, p. 20.

¹³ De acordo com o artigo 184 do Código Civil, tem-se que “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

¹⁴ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 563.

¹⁵ Conforme o artigo 409 do Código Civil, tem-se que “Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

¹⁶ ROSENVALD, *op. cit.*, p. 35.

estar-se-ia diante de um desvirtuamento da sua finalidade econômica, “já que o reforçamento da obrigação descumprida pareceria o que a linguagem popular caracteriza no refrão que alude a ‘pôr fechadura em porta arrombada’”¹⁷.

Além disso, conforme também definido pelo último artigo mencionado do Código Civil, a cláusula penal pode referir-se às hipóteses de descumprimento total da obrigação, ao inadimplemento de alguma cláusula específica ou à mora. É interessante analisar que, conforme regulado por esse dispositivo legal, a cláusula penal pode se reportar ao inadimplemento da obrigação principal ou de uma cláusula específica, o que faz saltar aos olhos o caráter multifuncional ou plurifuncional da cláusula de multa¹⁸.

Sob o aspecto prático, é comum deparar com contratos que possuem múltiplas cláusulas penais, sendo cada uma referente à violação ou mora de diferentes obrigações, como por exemplo o término imotivado do instrumento por uma das partes, o rompimento das obrigações de sigilo e não-concorrência, o atraso no pagamento de valores ao credor, o uso indevido da marca, entre outras hipóteses.

A finalidade da cláusula penal é, em última *ratio*, proporcionar garantia e segurança ao adimplemento da obrigação¹⁹. É por meio da inclusão de cláusulas de multas nos instrumentos contratuais que as partes conseguem reforçar o seu vínculo obrigacional, mitigando a insegurança contratual.

2.2 FUNÇÕES

Usualmente, são identificadas duas funções precípua da cláusula penal: (i) estimular as partes a adimplirem suas obrigações (função coercitiva) e (ii) pré-estipular os danos na hipótese de inadimplemento (função indenizatória)²⁰.

Em relação à primeira função, entende-se que a estipulação de uma obrigação acessória, a qual abarca, normalmente, um valor pecuniário exigível em caso de inadimplemento ou mora, teria o condão de compelir os contratantes a cumprirem suas obrigações²¹.

A função coercitiva é considerada inerente à cláusula penal, independentemente da sua espécie compensatória ou moratória. Isso porque a remota possibilidade de pagamento de

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 149.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. v. 5. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 625.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 537.

²⁰ ROSENVALD, *op. cit.*, p. 61.

²¹ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 564.

multa, muitas vezes de valor elevado, a depender do contrato, traria receio às partes, compelindo-as ao fiel cumprimento de suas obrigações²². Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo sustenta que a cláusula possui força intimidativa, de modo a induzir o devedor a satisfazer a obrigação contraída²³.

Já em relação à sua segunda função, entende-se que a definição de uma prestação pecuniária já inclui em seu valor a estimativa prévia de perdas e danos exigíveis pelo credor. Assim, na hipótese de mora ou inadimplemento, não será necessário proceder-se à apuração de perdas e danos e demonstrar o prejuízo vivenciado pelo credor, já que o valor estipulado na cláusula já será exigível²⁴.

É forçoso ressaltar que a cláusula penal visa a compelir o devedor ao cumprimento da sua obrigação, e não uma repreensão pelo seu inadimplemento²⁵, não sendo admitida a função punitiva da multa contratual. Nesse sentido, é necessário também atentar ao momento de estipulação da cláusula penal, o qual demonstra a irrazoabilidade da função punitiva: a multa contratual é estipulada *anteriormente* à violação da obrigação justamente para evitar o seu inadimplemento, e não *posteriormente* ao descumprimento²⁶.

Ainda, a doutrina mais atual rejeita a junção de diferentes funções em uma única cláusula penal, defendendo a existência de duas cláusulas de multa distintas, cada uma com sua função, seja ela coercitiva, seja indenizatória²⁷. Nesse sentido, ensina o jurista português António Pinto Monteiro que:

a resposta a vários problemas de disciplina jurídica exige que se diferencie, claramente, uma cláusula penal com escopo coercitivo ou compulsório de uma cláusula penal com a finalidade de prefixar o montante da indemnização: a primeira, é uma sanção; a segunda, uma simples liquidação antecipada do dano. Sanção essa, porém, que não se identifica ou confunde com a indenização²⁸.

Evidenciando a desnecessidade de união de todas as funções da penalidade em uma única cláusula, Christiano Cassettari aponta três exemplos de multas contratuais “puras”, isto é, aquelas que possuem uma natureza puramente coercitiva, distanciando-se da função indenizatória: (i) a inclusão da cláusula penal em negócios jurídicos unilaterais, como por

²² SALLES, *op. cit.*, p. 34.

²³ RIZZARDO, *op. cit.*, p. 539.

²⁴ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 564-565.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 393.

²⁶ MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 670.

²⁷ TEPEDINO, *op. cit.*, p. 390.

²⁸ MONTEIRO, António, *op. cit.*, p. 647.

exemplo o testamento e a promessa de recompensa, (ii) a fixação de cláusula de multa em benefício de terceiro, como por exemplo, se os contratantes definirem que o inadimplemento ocasiona o pagamento de multa a uma instituição de caridade; e (iii) a incidência da multa disciplinada no §2º do artigo 1.336 do Código Civil²⁹.

Felipe Schwartzman, distanciando-se da dualidade de funções da cláusula penal, defende que tal dispositivo apresente um caráter *eclético*, já que, a depender do contexto, poderá apresentar caráter de pena, de reforço da obrigação ou ter finalidade ressarcitória de prefixação de perdas e danos³⁰. Para o autor, na ausência de definição do caráter da cláusula pelos contratantes, sua função será indenizatória.

Por fim, ainda em relação ao tema das funções da cláusula penal, destaca-se que, a depender de seus contornos, a cláusula de multa aproxima-se de uma cláusula de limitação da indenização³¹. Por esse motivo, recomenda-se que seja fixada como multa uma quantia que amedronte o devedor para que este cumpra a sua obrigação. Caso contrário, a inclusão de um valor irrisório ou simbólico poderá ofuscar a função coercitiva da cláusula que, caso seja executada, estará limitada a uma quantia baixa se tiver a natureza compensatória.

2.3 ESPÉCIES

O Código Civil distinguiu dois tipos de cláusula penal, com base em diferentes critérios. Dessa forma, as espécies de cláusulas penais relacionam-se, intrinsecamente, com o cenário do qual o credor deseja se proteger: o inadimplemento ou a mora³². Na primeira hipótese, fala-se na cláusula penal compensatória, ao passo que, na segunda hipótese, fala-se na cláusula penal moratória.

2.3.1 Cláusula Penal Compensatória

A cláusula penal compensatória é aquela em que as partes pactuam um valor a ser pago em caso de descumprimento total da obrigação ou de inadimplemento de uma ou mais cláusulas

²⁹ CASSETTARI, *op. cit.* p. 54-55.

³⁰ SCHVARTZMAN, Felipe. Desconto de Pontualidade e Cláusula Penal: Como o Direito das Obrigações Pode Promover a Adimplência? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 229-244, out./dez. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/172/167>. Acesso em: 20 mar. 2021.

³¹ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 565.

³² Destaca-se que artigo 409 do Código Civil, já trazido anteriormente, define que a cláusula penal pode ser relativa ao descumprimento completo da obrigação, de alguma cláusula específica ou então à mora.

do contrato, constituindo o referido valor prefixação de indenização por perdas e danos. A sua finalidade é bastante palpável: compensar o credor pelos infortúnios decorrentes da conduta do devedor³³.

Tal cláusula é regulada pelo artigo 410 do Código Civil, segundo o qual “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”. Assim, de acordo com esse dispositivo, diante do inadimplemento, o credor terá duas possibilidades: exigir o cumprimento da obrigação ou o valor da multa³⁴. Caso o credor escolha receber o valor da penalidade, uma vez paga a quantia, o devedor não estará mais em débito com o credor, eis que a cláusula penal compensatória já considera a indenização por inadimplemento³⁵.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que, independentemente da espécie de cláusula penal, isto é, seja ela compensatória ou moratória, não é possível cumulação da cláusula de multa com indenização por perdas e danos, sejam eles lucros cessantes ou danos emergentes³⁶.

Bruno Miragem ressalta que o artigo 410 do Código Civil atrela a cláusula compensatória ao inadimplemento total da obrigação³⁷. No entanto, independentemente do texto legal, é cabível a multa compensatória nos casos de inadimplemento parcial da obrigação, o qual “confere ao credor o direito de resolver a obrigação e reclamar perdas e danos ou exigir o cumprimento específico da parte faltante”³⁸.

Pode-se pensar no exemplo de um casal de noivos que contrata um fotógrafo para registrar os momentos de seu casamento, do início ao fim da cerimônia. No dia do evento, o profissional permanece no evento apenas na cerimônia religiosa, sem tirar fotos da festa do casamento e dos demais momentos. Nesse caso, estar-se-ia diante de um inadimplemento parcial: o fotógrafo cumpriu em parte sua obrigação, abandonando o evento no momento da festa. Aplicando-se ao exemplo o ensinamento de Bruno Miragem, nessa hipótese poderia ser plenamente executada a cláusula penal compensatória, caso pactuada em um contrato celebrado entre o casal e o fotógrafo.

³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2021. p. 335.

³⁴ KONDER, *op. cit.*, p. 4.

³⁵ VENOSA, *op. cit.*, p. 335.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.426.568. Agravantes: Natureza Locação e Administração de Bens Ltda. e outro. Agravados: Sargi Valerio dos Santos e outro. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 31 ago. 2020. DJe 31 ago. 2020.

³⁷ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 567.

³⁸ *Ibidem*, p. 567.

Em contratos de franquia, a cláusula penal compensatória é empregada para compelir as partes ao cumprimento das suas obrigações contratuais, como por exemplo obrigação de sigilo e confidencialidade, obrigação de não-concorrência, obrigação de pagamento das taxas envolvidas no *franchising*, dentre outras.

2.3.2 Cláusula Penal Moratória

A cláusula penal moratória é aquela em que as partes fixam um valor a ser pago em caso de retardamento culposos da prestação, tendo como finalidade o reforço do cumprimento da obrigação no tempo, local e modo originalmente definidos³⁹⁻⁴⁰.

A espécie moratória contém previsão no artigo 411 do Código Civil, o qual define que “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

Da análise desse artigo, já se percebe uma diferença da penalidade moratória em relação à cláusula penal compensatória: o dever de indenizar em razão da mora convive com a obrigação principal, cujo cumprimento ainda pode ser exigido pelo credor. Nesse sentido, a incidência da cláusula moratória não faculta ao credor a substituição da obrigação originalmente pactuada pelo pagamento da multa, como ocorre na cláusula compensatória.

Mesmo que a função principal da cláusula moratória seja de incentivo ao cumprimento da obrigação, ela também poderá apresentar uma função indenizatória, qual seja, de antecipação da indenização por perdas e danos⁴¹.

Bruno Miragem observa que a cláusula penal moratória remeterá a uma obrigação de dar, entregar ou restituir, sancionando o devedor pela impontualidade no cumprimento da prestação⁴². Já as obrigações de fazer poderão ser tuteladas tanto por cláusula moratória, se visarem à sanção pela impontualidade no seu cumprimento, quanto por cláusula compensatória,

³⁹ ROSENVALD, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁰ É importante ressaltar que, nos termos do artigo 394 do Código Civil, ‘mora’ não significa apenas o atraso no cumprimento da obrigação, mas sim o descumprimento de, também, termo, lugar e forma definidos pelos contratantes. Nesse sentido: “Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

⁴¹ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 569.

⁴² *Ibidem*, p. 569.

se possível a substituição do cumprimento da obrigação principal pela satisfação da penalidade determinada na cláusula de multa⁴³.

Sobre a possibilidade de cumulação das multas moratórias e compensatórias, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já julgou ser indevida quando se tratar do mesmo fato gerador. Na Apelação Cível n. 70082039512, julgada em 08 de agosto de 2019 pela Décima Sexta Câmara Civil, o tribunal gaúcho entendeu que a cumulação de multa compensatória com multa moratória caracteriza *bis in idem* se sua cobrança for originada por mesmo fato gerador, como o inadimplemento de uma prestação⁴⁴.

O Superior Tribunal de Justiça também já deparou com a possibilidade ou não de cumulação de cláusulas penais moratórias e compensatórias. No Recurso Especial n. 832.929, julgado em 06 de setembro de 2007 pela Quinta Turma, a Corte entendeu que, em uma ação de despejo, seria possível a cumulação de multa compensatória referente ao descumprimento do contrato de locação com multa moratória referente ao não-pagamento dos aluguéis, por possuírem as penalidades fatos geradores distintos⁴⁵.

2.4 EFEITOS

Uma vez pactuada a cláusula penal, seus efeitos operam de pleno direito⁴⁶, isto é, tal previsão contratual será exigível independentemente da demonstração dos danos e prejuízos vivenciados pelo credor. Nesse sentido, entende-se que o efeito primordial da multa contratual é a sua exigibilidade *pleno jure*, justamente porque tal cláusula poderá ser exigida pelo credor sem que este tenha que demonstrar eventual prejuízo sofrido em razão do inadimplemento⁴⁷.

Em outras palavras, é correto afirmar que, mesmo que o credor não tenha suportado dano decorrente do inadimplemento, este deverá receber o valor da penalidade na hipótese de descumprimento da obrigação atrelada à cláusula de multa, ainda que a penalidade tenha natureza compensatória⁴⁸.

⁴³ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 569.

⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70082039512. Apelante: Janice de Lara. Apelados: Maique Barbosa de Souza e outro. Relatora: Desa. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos. Porto Alegre, 08 ago. 2019. DJ 12 ago. 2019.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 832.929. Recorrente: Abud Gait Netto. Recorrido: Ana Maria Petrilli Maffei Dardis – EPP. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 06 set. 2007. DJ 22 out. 2007.

⁴⁶ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 570.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. 2. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 327.

⁴⁸ SALLES, *op. cit.*, p. 38.

Também, faz-se necessário observar que os efeitos da cláusula penal moratória independem das características do inadimplemento. Pedro Amaral Salles exemplifica a constatação da seguinte forma: caso os contratantes tenham estipulado uma cláusula penal moratória equivalente a 10% sobre quaisquer valores em aberto e o devedor atrase, em apenas um dia, o pagamento de prestação no valor de R\$ 100.000,00, o devedor estará sujeito ao pagamento da multa moratória em sua integralidade, isto é, R\$ 10.000,00⁴⁹.

Por mais que, para exigir a penalidade, o credor não precise demonstrar os danos e prejuízos resultantes do inadimplemento, ele suportará o ônus de comprovar a mora do devedor, seja ela *ex re*, decorrente da não observância da data de vencimento da prestação, seja ela *ex persona*, operada mediante interpelação judicial ou extrajudicial⁵⁰.

O Código Civil corporifica a exigibilidade *pleno jure* da cláusula penal em seu artigo 416, *caput*, segundo o qual “para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

É de se notar que, em determinadas situações, o valor estipulado na cláusula penal, enquanto pré-estimativa dos danos, não incorpora todos os prejuízos vivenciados pelo credor, hipótese em que se discute a possibilidade de indenização suplementar à penalidade já ajustada. O parágrafo único do artigo 416 estabelece que “ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencional. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

O que se depreende da norma é que o credor só poderá pleitear indenização suplementar caso as partes tenham estipulado previamente tal faculdade no contrato, de modo que, caso não o tenham, nenhum valor excedente à multa será devido ao credor. Consequentemente, o ônus de comprovar ser devida indenização suplementar será do credor. Percebe-se o quão importante é o domínio da lei ao se tratar da matéria de cláusulas penais, visto que um ponto tão relevante, como a indenização complementar, é regulado por norma cogente do Código Civil⁵¹.

⁴⁹ SALLES, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 39.

⁵¹ Em relação ao tema da indenização suplementar, cita-se a Apelação Cível n. 70073530693, julgada em 12 de abril de 2018 pela Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob relatoria do Desembargador Marco Antonio Angelo. Nesse caso, analisou-se a rescisão de um contrato de franquia por inadimplemento do instrumento causado pela franqueadora. Além do inadimplemento, discutiu-se a possibilidade de cobrança de indenização suplementar ao que fora estabelecido na cláusula penal incluída no contrato. A Décima Nona Câmara Cível observou que, para haver a indenização suplementar, é necessário que a parte comprove o prejuízo excedente. Nas palavras do relator: “Ainda, havendo cláusula penal compensatória somente é possível indenização suplementar se assim for convencional, incumbindo ao autor provar o prejuízo excedente (parágrafo único do art. 416 do CCB). Nestas circunstâncias, considerando a convenção estipulada pelas partes, cabível a aplicação da cláusula penal compensatória acrescida de indenização complementar, esta

Observa-se que os efeitos da cláusula penal variam de acordo com a divisibilidade da obrigação. Assim, caso a obrigação seja indivisível, todos os devedores incorrem na pena; no entanto, só poderá ser exigida a integridade da pena do culpado pelo inadimplemento, ao passo que os demais devedores responderão por sua respectiva quota, sendo-lhes assegurado o direito de regresso contra o culpado⁵².

Situação diversa ocorre quando a obrigação é divisível. Nesse caso, em havendo mais de um devedor, só incorrerá na pena o devedor ou herdeiro do culpado, na proporção da sua quota na obrigação⁵³.

Ainda sobre os efeitos da cláusula penal, resta necessário analisar a possibilidade de sua renúncia. A cláusula penal nasce e morre a partir do exercício da autonomia privada das partes. Dessa forma, é facultada ao credor a cobrança e a renúncia ao direito de recebimento da multa⁵⁴. O cerne da questão é saber se é admitida a renúncia tácita à cláusula penal, isto é, “uma conduta ou atitude de credor que se assemelha à renúncia”⁵⁵. É o caso, por exemplo, de um credor que aceita o recebimento de uma prestação fora do prazo sem fazer a ressalva de que a multa moratória será cobrada oportunamente⁵⁶. Entende-se que a renúncia deverá ser interpretada de forma estrita e objetiva, de modo que a multa será exigível a não ser que o credor expressamente desista da sua cobrança, ou então a cláusula venha a ser extinta por algum motivo, como por exemplo a decretação de nulidade da obrigação principal⁵⁷.

Em contrapartida, Judith Martins-Costa observa que, em certos casos, o não exercício de um direito subjetivo ou de uma faculdade do credor durante certo período de tempo pode resultar em uma contrariedade desleal entre as partes que abala o estado de confiança na relação⁵⁸. Nessa hipótese, a autora leciona que é permitido ao devedor pleitear ao julgador a

dependente de comprovação.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n.70073530693. Apelante: Berenice Roig Pes. Apelado: Esthetique Personelle Ltda. ME. Relator: Des. Marco Antonio Angelo. Porto Alegre, 12 abr. 2018. DJ 18 abr. 2018.)

⁵² O artigo 414 do Código Civil disciplina que: “Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota. Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

⁵³ O artigo 415 do Código Civil estabelece que: “Art. 415. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

⁵⁴ SALLES, op.cit., p. 41.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 710.

limitação do exercício de direito subjetivo do credor, referindo-se à figura da *supressio*, originária da função mitigadora da boa-fé, segundo a qual o credor perderá o direito de exercer determinada pretensão caso se mantenha inerte durante certo período, pois gerou no devedor uma expectativa legítima de que tal direito não seria mais exercido⁵⁹. Atualmente, a *supressio* é considerada uma figura residual, não sendo mais tão usual em razão da diminuição dos prazos prescricionais trazida pelo Código Civil de 2002⁶⁰.

2.5 LIMITE

No artigo 412 do Código Civil, o legislador estabeleceu um limite relativo ao *quantum* da penalidade. Assim, de acordo com o referido dispositivo, “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”. Em outras palavras, o valor máximo que poderá ser atribuído pelas partes à cláusula penal é o da prestação principal, seja na modalidade compensatória, seja na modalidade moratória.

Tal limitação já estava presente nas Ordenações Filipinas, que estabeleciam, no Livro IV, Título LXX, que as penas convencionais não poderiam exceder ou crescer mais que o valor da obrigação principal⁶¹. No Código Civil de 1916, a matéria estava disciplinada no artigo 920⁶².

Há tempos, a comunidade internacional já se preocupa com a uniformidade das cláusulas penais, especialmente nos contratos de adesão. Nesse sentido, a Resolução n. 38/135, de 19 de dezembro de 1983, formulada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, observou que as incertezas concernentes às cláusulas de multa nos contratos internacionais constituem um obstáculo ao desenvolvimento dos negócios internacionais⁶³. Dessa forma, a Resolução recomendou aos Estados Membros que criassem regras de uniformização do tratamento das cláusulas penais nos contratos internacionais, especialmente no tocante à penalidade.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 710.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 712-713.

⁶¹ Nos termos do Livro IV, Título LXX das Ordenações Filipinas, observa-se que: “As pena convencionaes, que por convença das partes forem postas e declaradas no contractos, não podem ser móres nem crescer mais que o principal [...]”. É importante ressaltar que as Ordenações Filipinas estiveram vigentes no Brasil até 1916, ano da promulgação do primeiro Código Civil brasileiro. (REINO DE PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. 1595. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>. Acesso em: 28 mar. 2021.)

⁶² Nos termos do artigo 920 do Código Civil de 1916, tem-se que: “Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.)

⁶³ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 38/135 de 19 de dezembro de 1983**. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/38/135>. Acesso em: 28 mar. 2021.

O artigo 412 é considerado de ordem pública⁶⁴, de modo que não pode ser revogado pelos contratantes. Para Álvaro Villaça Azevedo, tal artigo demonstra a natureza acessória da cláusula penal, ao limitar o seu valor ao da obrigação principal⁶⁵.

Como será exposto no ponto 4.1, a limitação do valor da cláusula penal ao valor da obrigação principal (leia-se o valor da prestação principal⁶⁶) é objeto de críticas por parte da doutrina, por interferir na autonomia privada das partes e na sua liberdade de contratar, além de ser desarrazoado no contexto econômico de franquias.

2.6 REDUÇÃO

O artigo 413 do Código Civil estabelece um dever ao julgador de reduzir, equitativamente, o valor da penalidade em duas hipóteses: (i) caso a obrigação principal tenha sido cumprida parcialmente pelo devedor, ou (ii) caso o *quantum* se mostre excessivo diante da natureza e finalidade do negócio⁶⁷.

O dispositivo deriva do artigo 924 do Código Civil anterior⁶⁸, introduzindo algumas inovações em relação à norma precedente. Em primeiro lugar, observa-se que o atual artigo 413 substitui a redução proporcional pela redução equitativa pelo julgador, o que constitui uma alteração significativa, ao determinar que o julgador fará um juízo de equidade.

A equidade é uma cláusula geral do ordenamento jurídico, sendo considerada uma “janela aberta deixada pelo legislador para que o magistrado possa fazer justiça no caso concreto”⁶⁹. A equidade é, pois, um critério que dá margem à subjetividade, decidindo o julgador acerca da redução da penalidade a partir de uma análise do caso concreto. Nesse sentido, entende-se que a equidade seria uma preocupação “com a igualdade e com a proporcionalidade”⁷⁰.

⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 211.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 211.

⁶⁶ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 576.

⁶⁷ Conforme preceitua o artigo 413 do Código Civil: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

⁶⁸ De acordo com o artigo 924 do Código Civil de 1916, tem-se que: “Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.” (BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.)

⁶⁹ CASSETTARI, *op. cit.*, p. 87.

⁷⁰ CASSETTARI, *op. cit.*, p. 90.

Embora o juiz faça um juízo de equidade sobre a situação concreta, é necessário observar que a penalidade não poderá ser reduzida a patamares inferiores ao prejuízo vivenciado pelo credor. Isso ocorre por incidência do artigo 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Indaga-se se o critério equitativo da cláusula penal poderia ser substituído por outro, como por exemplo o proporcional, muito utilizado nos contratos de locação. A IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF, que ocorreu em Brasília em 23 e 24 de outubro de 2006, aprovou o Enunciado 355 sobre o tema, segundo o qual “Não podem as partes renunciar à possibilidade de ser reduzida equitativamente a cláusula penal, se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do CC/2002, por se tratar de preceito de ordem pública”⁷¹.

Além da impossibilidade de renúncia ao critério equitativo, desse Enunciado retira-se o entendimento de que a norma contida no artigo 413 é considerada de ordem pública, não podendo ser alterada nem renunciada pelas partes em disposição contratual. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro afirma ser a norma de direito imperativo, impositivo ou taxativo, não de direito dispositivo, possuindo natureza *jus cogens*⁷².

Ainda, por ser de ordem pública, a redução da penalidade poderá ser feita pelo juiz *ex officio*, sem que as partes formulem um pedido nesse sentido⁷³. Conforme define o Enunciado 356 da IV Jornada de Direito Civil, “Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”⁷⁴.

Como estudado, uma das hipóteses de redução da penalidade é o cumprimento parcial da obrigação principal. Por isso, pode surgir uma dúvida se, nesse contexto, a multa deveria ser reduzida na mesma proporção do cumprimento do contrato. Nesse sentido, na IV Jornada de Direito Civil, aprovou-se o Enunciado 359, segundo o qual “a redação do art. 413 do CC não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”⁷⁵.

No entanto, é possível que o julgador, a partir do juízo de equidade, entenda que a redução proporcional seja a mais adequada ao caso analisado, podendo aplicar tal critério⁷⁶.

⁷¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁷² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 408.

⁷³ *Ibidem*, p. 408.

⁷⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal, *op. cit.*

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ CASSETTARI, *op. cit.*, p. 108.

É importante ressaltar que a excessividade do valor da penalidade não se equipara à onerosidade excessiva, fundamento jurídico para a revisão contratual⁷⁷, conforme autoriza o artigo 479 do Código Civil⁷⁸. Assim leciona o Enunciado 358 da IV Jornada de Direito Civil: “O caráter manifestamente excessivo do valor da cláusula penal não se confunde com a alteração das circunstâncias, a excessiva onerosidade e a frustração do fim do negócio jurídico, que podem incidir autonomamente e possibilitar sua revisão para mais ou para menos.”⁷⁹

Assim como o dispositivo apresentado no ponto anterior, a aplicação branda do artigo 413 do Código Civil no contexto de franquias pode mostrar-se indevida. Em muitos julgados analisados, que serão expostos no ponto 4.2, percebe-se que os julgadores reduzem as penalidades ajustadas em contratos de franquia com base em diferentes referenciais, de modo que muitas vezes as multas quedam-se fixadas em patamares ínfimos quando analisados todos os valores envolvidos na relação de franquia.

Finalizada a exposição acerca do instituto da cláusula penal, encerra-se o presente capítulo desse trabalho, que se ocupou de apresentar uma definição da cláusula de multa, expor as diferentes funções e espécies da penalidade e demonstrar seus efeitos. No próximo capítulo, analisar-se-á o contrato de franquia e o sistema de *franchising*.

⁷⁷ CASSETTARI, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁸ De acordo com o artigo 479 do Código Civil, tem-se que: “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

⁷⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal, *op. cit.*

3 O *FRANCHISING* E O CONTRATO DE FRANQUIA

O setor de *franchising* é um dos mais expressivos na atual economia brasileira. Em estudo realizado pela ABF – Associação Brasileira de Franchising, foi constatado que em 2020 as franquias brasileiras obtiveram um faturamento total de R\$ 167.187 bilhões, além de terem gerado mais de 1,2 milhões de empregos⁸⁰, dados que demonstram a importância do *franchising* no mercado empresarial nacional.

No mesmo estudo, a relevância do sistema de franquias restou evidente: a rede “O Boticário” é a que mais possui unidades franqueadas no Brasil atualmente, contando com 3.620 operações, seguida pelas redes “McDonald’s”, com 2.567 operações, e “Cacau Show”, com 2.371 unidades⁸¹.

Dada a importância do sistema de franquias, faz-se necessária a estipulação de sua adequada roupagem jurídica, para permitir seu correto e seguro funcionamento⁸². A regulação do setor iniciou-se na década de 1990, após o advento de políticas econômicas para a abertura de novos negócios e a estabilidade da moeda nacional, havendo a promulgação da antiga Lei de Franchising em 1994 (Lei n. 8.955/94). Atualmente, o setor é regulado pela nova Lei de Franquias, promulgada em 2019 (Lei n. 13.966/19).

Esse capítulo dedicar-se-á à análise do sistema de franquias e do contrato de franquia, incumbindo-se de (i) apresentar uma conceito ao *franchising* e à espécie contratual estudada, (ii) trazer as principais classificações contratuais do contrato de franquia, (iii) expor as principais características do *franchising*, de acordo com a definição do instituto disposta no artigo 1º da Lei de Franquias, (iv) abordar a atual e anterior Lei de Franquias, e (v) fazer uma distinção entre o *franchising* e os institutos afins, tais sejam representação comercial e licenciamento.

3.1 CONCEITO DE CONTRATO DE FRANQUIA

Inicialmente, convém observar que a definição do contrato de franquia empresarial pode ser uma tarefa árdua. Isso porque o *franchising*, por natureza, é um instituto desenvolvido a

⁸⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. **Desempenho do Franchising 2020**. Jan. 2021. Disponível em: www.abf.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Desempenho-Franchising-2020-e-50-Maiores-Franquias.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021. p. 7;13.

⁸¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. *op. cit.* p. 24.

⁸² FUX, Luiz. Prefácio. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 18-43. p. 19.

partir da prática empresarial. Dessa forma, a definição dos termos e condições desse tipo contratual varia de acordo com a franquia negociada e com as necessidades concretas dos contratantes.

No entanto, como será demonstrado a seguir, pode-se verificar, nas diferentes definições estudadas, alguns elementos essenciais do contrato de franquia e da relação mantida entre franqueador e franqueado, que também estão presentes no artigo 1º da atual Lei de Franquias e serão abordados no ponto 3.3.

Em uma primeira definição, o *Vocabulário Jurídico*, referindo ao conceito proposto por Maria Helena Diniz, conceitua *franchising* como:

Franchising ou franquia, em vernáculo, é o contrato pelo qual uma das partes (*franqueador* ou *franchisor*) concede, por certo tempo, a outra (franqueado ou franchisee) o direito de comercializar, com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título do estabelecimento, marcas de indústria ou produto que lhe pertence, com assistência técnica permanente, recebendo, em troca, certa remuneração (Maria Helena Diniz). Trata-se, o franchising, de contrato atípico, bilateral, consensual, oneroso e de execução continuada.⁸³

No contexto estadunidense, a *International Franchise Association* (Associação Internacional de Franquias) define franquia como:

Franquia (ou franchising) é um método de distribuição de produtos ou serviços envolvendo o franqueador, detentor da marca e do sistema de negócios, e o franqueado, que paga uma taxa de royalties e, normalmente, uma taxa inicial para ter o direito de exercer o negócio do franqueador, utilizando seu nome e sistema (tradução livre).⁸⁴

No contexto europeu, a *Deutscher Franchiseverband* (Associação Alemã de Franquias) apresenta a seguinte definição de *franchising*:

Franchising é um sistema de distribuição baseado em uma parceria, no qual novos empresários utilizam um conceito de negócio já estabelecido em troca do pagamento de uma taxa. O termo franquia descreve um sistema de distribuição cooperativo composto por duas empresas – o Franqueador – e um ou mais de seus fundadores – e o Franqueado (tradução livre).⁸⁵

⁸³ SILVA, De Plácido e, *op. cit.*, p. 644.

⁸⁴ INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION. **What is Franchise?** S.d. Disponível em: <https://www.franchise.org/faqs/basics/what-is-a-franchise>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁸⁵ DEUTSCHER FRANCHISEVERBAND. **Franchise Definition – Was ist Franchising?** S.d. Disponível em: <https://www.franchiseverband.com/wissen/franchising-definition>. Acesso em: 31 mar. 2021.

Retornando ao cenário nacional, para Marina Nascimbem Bechtejew Richter, franquia é um “método de se fazer negócio”, em que o franqueador concede ao franqueado o direito de vender ou de distribuir mercadorias ou serviços de acordo com um sistema operacional e mercadológico previamente estabelecido pelo franqueador⁸⁶⁻⁸⁷.

Já Tatiana Dratovsky Sister sustenta que o sistema de franquias consiste na estruturação de um canal de distribuição pelo qual o franqueador, detentor do negócio, da marca e da tecnologia de produção e distribuição, autoriza o franqueado a distribuir produtos, serviços e tecnologias a terceiros, mediante a celebração de um contrato de franquia⁸⁸.

Expoente da doutrina lusitana, António Menezes Cordeiro define o instituto como a concessão, do franqueador ao franqueado, de diversos elementos, como: (i) a utilização de marcas, nomes ou outros elementos comerciais, (ii) a utilização de patentes, técnicas empresariais ou processos de fabricação, (iii) assistência, acompanhamento e determinados serviços, e (iv) possibilidade de distribuição de mercadorias e outros bens⁸⁹.

Fran Martins leciona que *franchising* é um contrato em que uma pessoa é ligada a uma empresa, que concede àquela o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade, sem que haja um vínculo de subordinação, recebendo o franqueado permanente assistência técnica e comercial do franqueador, inclusive em relação ao marketing dos produtos e serviços⁹⁰.

Sidnei Amendoeira Junior entende que o contrato de franquia é um contrato de colaboração empresarial no qual o franqueador concede a um terceiro, o franqueado: (i) direito de usar a marca do franqueador em caráter não exclusivo, (ii) direito de distribuir produtos e serviços, a partir de um formato operacional e mercadológico pré-definido pelo franqueador, normalmente em um território pré-determinado, (iii) direito de receber o *know-how* necessário para possibilitar a instalação e administração do negócio já formatado, sempre de acordo com os parâmetros previamente determinados pelo franqueador⁹¹.

⁸⁶ RICHTER, Marina Nascimbem Bechtejew. **A Relação de Franquia no Mundo Empresarial e as Tendências da Jurisprudência Brasileira**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. p. 20.

⁸⁷ É interessante observar que a palavra “franquia” remonta à França medieval, em que a palavra “franc” significava a concessão, pela igreja, de um privilégio aos nobres, consistente no direito de cobrar impostos dos camponeses e repassar o valor ao clero, retendo um percentual do total arrecadado. (SANTOS, Alexandre David. **Comentários à nova lei de franquias**: Lei nº 13.966/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 27.)

⁸⁸ SISTER, Tatiana Dratovsky. **Contratos de Franquia**: origem, evolução legislativa e controvérsias. São Paulo: Grupo Almedina, 2020. p. 22.

⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 682.

⁹⁰ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 440.

⁹¹ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. O Contrato de Franquia. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 236-265. p. 242.

Orlando Gomes define franquia como uma operação formada por dois empresários, em que o franqueador concede ao franqueado o direito de uso de marca de um produto e lhe disponibiliza assistência técnica para sua comercialização e, em troca, o franqueado paga ao franqueador a remuneração determinada⁹².

Observa-se que, em sua definição, o autor destaca o elemento da *assistência técnica*, fundamental ao funcionamento das franquias. Esta, aliada à licença de uso de marca, constituem os elementos fundamentais que devem estar presentes em uma franquia, conforme leciona Fábio Konder Comparato⁹³. Para ele, a prestação de serviços do franqueador ao franqueado é o que diferencia a franquia de uma licença de uso de marca ou de outro sinal distintivo⁹⁴.

A assistência técnica do franqueador em benefício do franqueado, referida por ambos os autores, abrange diferentes aspectos da unidade, como a escolha do ponto comercial, a elaboração de material de marketing para divulgação da rede, consultas pontuais para questões do dia a dia da franquia, dentre outras. Assim, é correto afirmar que o franqueador presta assistência ao franqueado, seja na fase de implantação, seja na fase de operação.

Outro elemento característico das franquias, destacado por Melitha Novoa Prado, é a subordinação existente na relação entre franqueado e franqueador, que visa a “assegurar a identidade e o padrão da rede”⁹⁵. No entanto, conforme ressalva a autora, tal subordinação não retira do franqueado sua autonomia jurídica e administrativa, sendo este considerado um empresário independente e com livre atuação, desde que não contrarie os parâmetros, regras e diretrizes estabelecidos pelo franqueador para fins de padronização da rede⁹⁶.

Atrelado à subordinação está o dever do franqueado de se submeter ao controle e à ingerência do franqueador⁹⁷. Isso porque cada franqueado apresenta sua unidade franqueada ao mercado consumidor final como sendo uma empresa própria que utiliza a marca e os sinais distintivos do franqueador, de modo que a má atuação de apenas um dos franqueados pode prejudicar a reputação da rede, do franqueador e dos demais franqueados⁹⁸.

⁹² GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 478.

⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e Concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 16, n. 18, p. 53-65, 1975. p. 53.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 53.

⁹⁵ PRADO, Melitha Novoa. Conceito de Franquia e seus Elementos Distintivos. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 44-59. p. 50.

⁹⁶ PRADO, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁷ RODOVALHO, Thiago. O contrato de franquia como sendo um contrato empresarial e complexo. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 266-289. p. 281-282.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 282.

Conforme apresentado por Thiago Rodovalho, pode-se dizer que no contrato de franquia tanto franqueador quanto franqueado usufruem de benefícios:

Nesse contexto, o franqueado paga para *entrar* na rede (*entry fee* ou *initial fee*), adquirindo a propriedade dos produtos (quando franquia de distribuição) e os riscos de sua comercialização, pagando ainda valores periódicos (*royalties*), podendo, com isso, usufruir da marca e sinais distintivos da rede franqueadora e de seu saber-fazer (*know-how*), além de receber assistência do titular. Já para o franqueador, permite a expansão de seu negócio e o incremento de seus lucros, com a evitação dos “riscos próprios do gigantismo empresarial”, e, sem aporte de recursos próprios – cujo desbravamento de mercado ficará a cargo do franqueado –, permitindo, ainda, o controle e a direção da produção, distribuição e comercialização de seus produtos e uso de sua marca⁹⁹.

São variadas as vantagens do sistema de franquias ao franqueado, dentre as quais se incluem (i) o direito de uso de uma marca já consolidada no mercado e de boa reputação, (ii) o direito de fazer o uso de um modelo de negócio já explorado, (iii) menores riscos do negócio (a depender da atuação do franqueado e da obediência às regras e diretrizes definidas pelo franqueador), (iv) o acesso à profissionalização do negócio, e (v) a possibilidade de negociar melhores preços e condições comerciais com os fornecedores da rede¹⁰⁰.

No entanto, o sistema também apresenta algumas desvantagens ao franqueado, tais sejam: (i) menor grau de liberdade de atuação ao franqueado em comparação aos negócios próprios, dada a necessidade de padronização da rede, (ii) assistência remota do franqueador, (iii) necessidade de pagar uma remuneração ao franqueador, e (iv) necessidade de assimilar o conceito do negócio¹⁰¹.

Dentre as vantagens do sistema ao franqueador, citam-se: (i) expansão do negócio acelerada e com custos baixos, (ii) consolidação da marca em nível regional e nacional, e (iii) desenvolvimento da rede¹⁰². Já dentre as desvantagens das franquias ao franqueador, observa-se: (i) o franqueador é o proprietário do conceito de negócio, mas não das unidades franqueadas, (ii) seus lucros são reduzidos, e (iii) há um risco de uso indevido da sua marca pelos franqueados¹⁰³.

3.1.1 Master Franquia

⁹⁹ RODOVALHO, *op. cit.*, p. 281.

¹⁰⁰ RICHTER, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 24-25.

¹⁰² RICHTER, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 25.

Ainda no ponto dedicado à definição do sistema e do contrato de franquia, cabe a conceituação da modalidade da master franquia, cada vez mais recorrente no cenário brasileiro. O contrato de master franquia é um instrumento pelo qual o franqueador, detentor de uma marca e de um sistema, concede ao master franqueado os direitos de subfranquear e de sublicenciar tal operação para unidades franqueadas em um território determinado¹⁰⁴, que pode ser um país inteiro ou uma região dentro de um país.

Na prática, o master franqueado exercerá a função de verdadeiro franqueador no seu território designado, devendo controlar a operação das unidades franqueadas, fornecer os produtos e serviços da rede (ou indicar os fornecedores homologados), prestar auxílio e orientação aos subfranqueados e cobrar as taxas típicas do *franchising*, quais sejam a taxa de filiação, taxa de *royalties* e taxa de publicidade e propaganda, também chamada de fundo de propaganda.

O sistema de master franquia é muito utilizado para a tropicalização de redes internacionais que buscam desenvolver sua marca no mercado brasileiro. Nesse sentido, conforme observa Luiz Henrique do Amaral:

Esse tipo de acordo de franquia é muitas vezes bem adequado para o desenvolvimento internacional. Devido às distâncias e diferentes culturas, o master franqueado conhece melhor o mercado do país de destino e consegue absorver o know-how da marca e viabilizar o plano de expansão local ou regional, pois sabe o funcionamento de negócios no território designado. Nessa hipótese, o franqueador, embora detenha menor controle sobre o sistema, beneficia-se da capacidade do master franqueado de se adaptar para fornecer todo o suporte local para as unidades franqueadas no país ou região em questão¹⁰⁵.

Para se tornar um master franqueado, o empresário deverá pagar ao franqueador um valor inicial a título de taxa de master franquia, a qual concederá exclusividade de desenvolvimento da operação em determinada região, direito de uso da marca e o oferecimento e execução de subfranquias¹⁰⁶. Além disso, normalmente o master franqueado deverá pagar também ao franqueador uma taxa mensal de *royalties*, calculada sobre o faturamento do master franqueado¹⁰⁷.

¹⁰⁴ AMARAL, Luiz Henrique do. A Master Franquia e a Franquia de Desenvolvimento de Área. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). *Franchising*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 90-105. p. 92.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 93.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 96.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 96.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

O contrato de franquia é uma espécie contratual que mantém uma relação intrínseca com o plano prático, conforme já elucidado anteriormente, fato que influencia em suas classificações.

Partindo-se de uma visão mais generalista, o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, cuja função é regular os interesses das partes envolvidas¹⁰⁸. Mediante a celebração de contratos, as partes adquirem, modificam ou extinguem relações jurídicas, sejam elas patrimoniais ou de cunho pessoal¹⁰⁹.

Paulo Lôbo apresenta a seguinte definição de contrato:

O contrato é o instrumento por excelência da autocomposição dos interesses e da realização pacífica das transações ou do tráfico jurídico, no cotidiano de cada pessoa. Essa sempre foi sua destinação, em todos os povos, a partir de quando renunciaram à força bruta para obtenção e circulação dos bens da vida, em prol do reconhecimento de obrigações nascidas do consenso das próprias partes. O contrato gera nas partes a convicção da certeza e da segurança de que as obrigações assumidas serão cumpridas e, se não o forem, de que poderão requerer judicialmente a execução forçada e a reparação pelas perdas e danos.¹¹⁰

Para Enzo Roppo, o contrato pode ser definido como:

Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações económicas. Donde se conclui que onde não há operação económica, não pode haver também contrato. (...) Uma iniciativa que não se configure como operação económica, não pode constituir matéria de um contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do económico.¹¹¹

Logo, para o autor, o contrato será um negócio jurídico, cuja função será de formalização jurídica da circulação de riquezas, isto é, de operações econômicas. Para o jurista, as operações econômicas são conceituadas da seguinte forma:

Uma operação é ou não é – objectivamente – uma operação económica, conforme apresente ou não apresente as suas características objectivas, independentemente daqueles que possam ser, em concreto, os motivos e os interesses individuais que levaram o sujeito a concluí-la.
(...)
Quais são então essas características objectivas? Muito simplesmente, pode dizer-se que existe operação económica – e portanto possível matéria de contrato – onde existe

¹⁰⁸ AMENDOEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 237.

¹⁰⁹ AMENDOEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 237.

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. v. 3: Contratos. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 7.

¹¹¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 11.

circulação da riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro.¹¹²

Aplicando-se a lição de Enzo Roppo ao contrato de franquia, observa-se que o instrumento contratual objeto do presente trabalho enquadra-se na definição de contrato sugerida pelo jurista italiano. Isso, porque na relação entre franqueador e franqueado haverá circulação de riquezas, servindo o contrato de franquia de verdadeira formalização da operação econômica resultante do vínculo de franquia.

Assim, pode-se classificar o contrato de franquia como um contrato empresarial, categoria de instrumentos contratuais em que “ambos [ou todos] os polos da relação têm a sua atividade movida pelo lucro”¹¹³. De acordo com Paula Forgioni, o elemento diferencial dos contratos empresariais, em comparação com os demais contratos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, é a busca pelo lucro de ambos os contratantes, a qual condiciona o seu comportamento e constitui a sua “vontade comum”¹¹⁴.

Em relação à classificação geral dos contratos, costuma-se dizer que tal instrumento será (i) bilateral, (ii) comutativo, (iii) oneroso, (iv) consensual, (v) típico, atípico ou híbrido (havendo discussão em relação a essa classificação), (v) misto, (vi) *intuitu personae*, (vii) por adesão, e (viii) de duração.

Bilateral, pois há prestações recíprocas, de modo que tanto franqueador quanto franqueado possuem direitos, deveres e obrigações decorrentes do instrumento contratual, ocupando, simultaneamente, as posições de credor e devedor¹¹⁵. Ressalta-se que a característica principal da bilateralidade é a presença do sinalagma, isto é, “a dependência recíproca de obrigações”¹¹⁶.

É necessário observar que a bilateralidade do contrato de franquia atrai duas consequências práticas legais, relativas (i) à exceção do contrato não cumprido, prevista nos artigos 476 e 477 do Código Civil, segundo a qual nenhum dos contratantes pode exigir da contraparte o cumprimento das obrigações contratuais sem antes ter adimplido suas obrigações, e (ii) à condição resolutiva tácita, prevista no artigo 474 do Código Civil, segundo a qual o

¹¹² ROPPO, *op. cit.*, p. 12-13.

¹¹³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 27-28.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 38.

¹¹⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 17, p. 57-70, 1999. p. 60.

¹¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. v. 3: contratos. Rio de Janeiro: Atlas, 2020. p. 41.

contrato, a partir da interpelação judicial, extingue-se por justa causa diante do descumprimento contratual de uma das partes¹¹⁷.

Comutativo, já que ambos – franqueador e franqueado – possuem de antemão conhecimento das prestações do contrato, as quais mantêm entre si uma equivalência de valores¹¹⁸. Em relação ao conhecimento prévio dos termos e condições do contrato, menciona-se que a Lei de Franquias, em seu artigo 2º, inciso XVI, cria uma obrigação ao franqueador de disponibilizar na Circular de Oferta de Franquia entregue ao franqueado o modelo do pré-contrato de franquia (se existente) e do contrato de franquia da rede¹¹⁹.

Oneroso porque tanto franqueador quanto franqueado têm um sacrifício patrimonial proporcional à vantagem desejada¹²⁰. É dizer que, nos contratos onerosos, ambos os contratantes têm direitos, deveres, vantagens e obrigações, de modo que a carga e responsabilidade contratual está dividida entre as partes¹²¹. Aplicando-se o critério da onerosidade à prática do *franchising*, verifica-se que, de um lado, o franqueador autoriza o uso de sua marca e fornece assistência, treinamento e tecnologia e, de outro lado, o franqueado suporta o pagamento da taxa inicial de franquia e das taxas mensais de *royalties* e de publicidade.

Destaca-se uma consequência legal relevante da onerosidade do contrato de franquia, prevista no artigo 392 Código Civil: ambos os contratantes respondem por culpa¹²².

Consensual, já que para a formação do contrato de franquia a declaração de vontade das partes é suficiente para a perfectibilização do acordo¹²³. A Lei de Franquias anterior deixava claro o traço da consensualidade do contrato de franquia, visto que seu artigo 6º, revogado pela norma atual, dispensava a necessidade de registro do instrumento.

Típico, atípico ou híbrido, a depender da posição doutrinária e jurisprudencial. Conforme define Orlando Gomes a respeito do critério da tipicidade:

¹¹⁷ FARIA, Isabela Brockelmann de. **O contrato de franchising**: obrigações do franqueado. 2013. 101 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 37.

¹¹⁸ SCHMITT, *op. cit.*, p. 60.

¹¹⁹ Nos termos do artigo 2º, inciso XVI da Lei de Franquias, tem-se que:

“Art. 2º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente:

(...)

XVI - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos, condições e prazos de validade;” (BRASIL.

Lei nº 13.966, de 26 de Dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

¹²⁰ SCHMITT, *op. cit.*, p. 60.

¹²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. v. 3: contratos. Rio de Janeiro: Atlas, 2020. p. 57.

¹²² FARIA, *op. cit.*, p. 38.

¹²³ SCHMITT, *op. cit.*, p. 61.

A importância desta classificação, assim do ponto de vista teórico como prático, pede mais demorada atenção nas espécies que compreende. Os contratos *típicos* também são chamados *nominados*, e os *atípicos*, *inominados*; mas como essas expressões podem induzir a equívoco, porque tiveram significado diverso no Direito Romano, é preferível adotar a outra terminologia, de procedência alemã. A expressão contratos típicos designa os contratos esquematizados na lei, com denominação própria, formando espécies definidas. Dizem-se atípicos os que não se acham especificamente regulados¹²⁴.

Logo, o contrato é típico quando está descrito e especificado em lei e atípico quando não está descrito e especificado em lei. Sidnei Amendoeira Junior aponta que o contrato de franquia é considerado por boa parte da doutrina um contrato típico, por ter seu regramento previsto na Lei de Franquias¹²⁵. No entanto, para a outra parte da doutrina, na qual se inclui Sidnei Amendoeira Junior, por mais que o *franchising* seja regulado por lei específica, a norma é genérica e não especifica as cláusulas que devem e que não devem constar no contrato de franquia¹²⁶⁻¹²⁷.

Há, ainda, um terceiro posicionamento que considera que o contrato de franquia utiliza elementos de contratos típicos e atípicos, sendo considerado **híbrido** ou **misto**¹²⁸. No julgamento do Recurso Especial n. 403799/MG, a Segunda Turma, sob relatoria do Ministro Franciulli Netto, ao analisar a incidência ou não do ISS sobre os *royalties* devidos pelo franqueado ao franqueador, entendeu que tal espécie contratual não se confunde com nenhum outro contrato, possuindo características próprias que lhe atribuem autonomia. Nas palavras do Ministro Relator, tem-se que:

Por ser um contrato autônomo e complexo, não há falar tão-somente na cessão de marca ou da prestação de serviços, de forma isolada. Ocorre, em verdade, um conjunto de atividades abarcadas pelo contrato de franquia, sem que se possa conceber a preponderância de uma atividade em detrimento de outra. Permitir a primazia da cessão de marca em face da prestação de serviço, data maxima venia, significa transformar o contrato de franquia em contrato de locação. Seguindo esse raciocínio, conceder preeminência à prestação de serviços em face da cessão de marca importa em transfigurar o contrato de franquia em contrato de prestação de serviços.

(...)

Ora, o contrato de franquia não pode ser qualificado como uma espécie de contrato de locação, pois que configura um contrato complexo, autônomo e não subordinado a nenhuma outra figura contratual¹²⁹.

¹²⁴ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 79.

¹²⁵ AMENDOEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 243.

¹²⁶ AMENDOEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 245.

¹²⁷ FARIA, *op. cit.*, p. 39.

¹²⁸ AMENDOEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 244.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 403.799. Recorrente: Number One Systems Tecnologia Educacional Ltda. Recorrido: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Franciulli Netto. Brasília, 19 fev. 2004. DJ 26 abr. 2004.

Dessa forma, identifica-se a presença de variadas espécies contratuais no contrato de franquia, tais como compra e venda, licenciamento de marca, transferência de tecnologia e *know-how*, dentre outros¹³⁰.

Intuitu personae, já que o franqueado é escolhido pelo franqueador em razão de suas características pessoais, de modo que a celebração do contrato, sempre personalíssimo, depende do perfil do franqueado. Nesse sentido, Cristiano Heineck Schmitt observa que as características pessoais dos contratantes são o elemento causal do contrato, ou seja, o motivo determinante que leva as partes a celebrarem o negócio jurídico¹³¹.

Em razão do traço personalíssimo do contrato de franquia, é normal que esteja previsto em tais instrumentos que quaisquer alterações no quadro social do franqueado ou então no sócio operador devem ser autorizadas pelo franqueador, já que há um elemento de confiança inerente na relação contratual mantida entre franqueador e franqueado.

Além disso, é necessário observar que a Lei de Franquias, em seu artigo 2º, inciso VI, cria ao franqueador o dever de incluir na Circular de Oferta de Franquia o perfil ideal do franqueado, em relação à escolaridade e outras características obrigatórias e preferenciais¹³².

Por adesão, pois o franqueado adere ao sistema de franquias idealizado pelo franqueador, o qual normalmente já está em plena operação quando da adesão do novo franqueado¹³³. Conforme já apresentado anteriormente, no *franchising* há um contrato padrão, cujos termos e condições foram determinados unilateralmente pelo franqueador. No entanto, ressalta-se que, por mais que o contrato de franquia padrão seja **por adesão**, este não será **de adesão**, pois o franqueado possui a liberdade de negociar as cláusulas com o franqueador¹³⁴.

De duração, visto que o contrato tem sua execução distribuída no tempo, não sendo idealizado para se extinguir após o cumprimento de apenas uma obrigação. O trato sucessivo do contrato de franquia relaciona-se com uma das principais características do *franchising*:

¹³⁰ SCHMITT, *op. cit.*, p. 60.

¹³¹ *Ibidem*, p. 61.

¹³² De acordo com o art. 2º inciso VI, da Lei de Franquias:

“Art. 2º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente:

(...)

VI - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;” (BRASIL. **Lei nº 13.966, de 26 de Dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

¹³³ FARIA, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁴ Sidnei Amendoeira Junior destaca que a padronização do contrato de franquia decorre de uma obrigação legal, imposta pela Lei de Franquias e ressalta a possibilidade de franqueador e franqueado negociarem seu conteúdo, condições comerciais e cláusulas. AMENDOEIRA JUNIOR., *op. cit.*, p. 252.

tanto franqueador quanto franqueado desejam obter o retorno dos investimentos realizados, sendo necessário um tempo hábil para possibilitar tal vantagem econômica¹³⁵.

3.3 ELEMENTOS ESSENCIAIS DO FRANCHISING

A Lei de Franquias atual, em seu artigo 1º, apresenta uma definição de sistema de franquia empresarial, segundo a qual:

Art. 1º Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento.

Ao se analisar o dispositivo legal, percebe-se que há cinco elementos essenciais do sistema de *franchising* referidos no artigo: (i) autorização do uso da marca e outros objetos de propriedade intelectual do franqueador, (ii) direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços, (iii) direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido pelo franqueador, (iv) remuneração do franqueado em favor do franqueador, e (v) ausência de relação de consumo e vínculo empregatício existente entre franqueador, franqueado e seus empregados¹³⁶.

A seguir, tais elementos essenciais referidos serão abordados, apresentando os principais desdobramentos teóricos e práticos relacionados.

3.3.1 Uso da Marca e Elementos de Propriedade Intelectual do Franqueador

No sistema de franquias, o franqueador autoriza o franqueado a, de forma temporária, usar sua marca e outros elementos de propriedade intelectual. A autorização de uso da marca, bem como a forma de uso da marca, é detalhadamente regulada no contrato de franquia, sendo que o uso indevido ou desautorizado da marca pode constituir infração ao contrato e, eventualmente, resultar na sua rescisão.

¹³⁵ FARIA, *op. cit.*, p. 45.

¹³⁶ Melitha Novoa Prado apresenta uma sistematização dos elementos essenciais do *franchising* a partir do artigo 1º da Lei (PRADO, *op. cit.*, p. 52-57). No presente trabalho, reproduzir-se-á a sistematização proposta pela jurista, considerada de fácil e clara compreensão.

A marca é definida pelo artigo 122 da Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96) como “os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. A marca de produto ou serviço, encontrada no *franchising*, é utilizada para a distinção dos produtos e serviços semelhantes ou afins, conforme define o artigo 123, inciso I, da Lei de Propriedade Industrial.

É possível que a marca seja tida como o principal elemento de uma rede de franquias, pois é o seu elemento distintivo, responsável pela reputação das unidades no mercado. Dessa forma, a marca “serve como uma efetiva ponte entre a empresa e o consumidor, orientando-o no momento de obtenção ou avaliação de um produto ou serviço”¹³⁷.

Para que o franqueador possa autorizar o uso de sua marca ao franqueado, é necessário que o primeiro providencie o seu depósito e registro perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Faz-se necessário observar que, de acordo com o artigo 129 da Lei de Propriedade Industrial, a propriedade e o uso da marca são adquiridos somente após o registro pelo titular¹³⁸. No entanto, o franqueador pode licenciar o uso de sua marca sem ter o seu registro, sendo necessário apenas ter depositado a marca, conforme determina o artigo 130, inciso II, da Lei de Propriedade Industrial¹³⁹.

Conforme definido no artigo 1º da Lei de Franquias, outros elementos de propriedade intelectual do franqueador podem ter seu uso autorizado ao franqueado. Tais elementos são tutelados por diferentes leis do ordenamento jurídico pátrio, como a Lei de Software (Lei n. 9.609/98), a Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96), a Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98), dentre outras.

3.3.2 Produção ou Distribuição Exclusiva ou não Exclusiva de Produtos e Serviços

Acompanhado do direito de uso de marca, está o direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços. Esse elemento essencial do *franchising*

¹³⁷ DI BLASI, Gabriel. Os Direitos da Propriedade Intelectual no Franchising. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). *Franchising*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 122-161. p. 128.

¹³⁸ De acordo com o artigo 129, *caput*, da Lei de Propriedade Industrial, tem-se que: “Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148”.

¹³⁹ De acordo com o artigo 130, inciso II, da Lei de Propriedade Industrial, observa-se que: “Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:

(..)

II - licenciar seu uso;

(..)”

constitui a atividade exercida pelo franqueado em sua unidade, isto é, o produto ou serviço da rede de franquias que ele comercializa ou presta aos consumidores.

Em relação à exclusividade, observa-se que nem todos os franqueados prestam os serviços ou comercializam os produtos da rede de forma exclusiva. Isso porque os demais franqueados, além do próprio franqueador, exercem a mesma atividade.

3.3.3 Uso de Métodos e Sistemas Desenvolvidos pelo Franqueador

Em sua unidade franqueada, o franqueado deve utilizar os métodos e sistemas de implantação e administração desenvolvidos ou detidos pela franqueadora. Como observa Melitha Novoa Prado, tais métodos e sistemas do franqueador não devem se confundir com o *know-how* detido pelo franqueador¹⁴⁰. No entanto, é possível que tais métodos e sistemas componham, sim, o *know-how* do franqueador, contribuindo para a reprodução do seu negócio de sucesso pelos franqueados¹⁴¹.

O *know-how* é um dos elementos centrais do sistema de franquias, podendo ser definido como “um conhecimento prático transmissível, que não era acessível ao público, não patentado e que confere ao seu mentor uma vantagem frente a concorrência”¹⁴². No *franchising*, é necessário que o franqueador transfira ao franqueado todo seu conhecimento e experiência que diferencia a sua rede dos demais negócios.

É importante observar que um dos principais atrativos das franquias aos candidatos interessados é justamente a possibilidade de empresários inexperientes poderem ingressar na rede sem que haja um requisito de experiência anterior no segmento, visto que o franqueador transmite o negócio ao franqueado, junto com suas técnicas e experiências.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já entendeu que a transferência de *know-how* do franqueador ao franqueado é condição precípua e obrigatória do *franchising*. Na apelação cível n. 4012601-65.2013.8.26.0114, julgada em 30 de julho de 2018 pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, sob relatoria do Desembargador Maurício Pessoa, entendeu-se que o franqueador havia violado o contrato de franquia por não haver transferido ao franqueado o seu

¹⁴⁰ PRADO, *op. cit.*, p. 55.

¹⁴¹ PRADO, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴² RICHTER, *op. cit.* p. 22.

know-how, tendo inclusive imputado ao franqueado a responsabilidade de desenvolvimento de *know-how* próprio para a atividade¹⁴³.

3.3.4 Remuneração ao Franqueador

Em troca da autorização de uso de marca e recebimento do *know-how* e assistência do franqueador, o franqueado paga uma remuneração, que pode ser direta ou indireta.

Dentre as formas de remuneração direta mais típicas do *franchising*, verifica-se (i) a taxa inicial de franquia, que confere ao franqueado o direito de ingressar na rede, e (ii) as taxas periódicas, em geral pagas mensalmente. As taxas periódicas mais conhecidas e utilizadas no sistema de franquias são duas: a taxa de *royalties* – remuneração pelo uso da marca – e a taxa de publicidade e propaganda, também chamada de contribuição ao fundo de publicidade e propaganda, remuneração pelo marketing e divulgação da rede.

Tais taxas periódicas equivalem a uma porcentagem calculada sobre o faturamento bruto auferido pelo franqueado em determinado período, ao passo que a taxa de franquia é um valor pré-fixado pelo franqueador, podendo ser atualizado periodicamente.

Já a remuneração indireta consiste no recebimento, pelo franqueador, de taxas incluídas no preço de produtos e serviços, ou então no recebimento de valores diretamente do consumidor final, sem que a quantia seja repassada ao franqueado.

3.3.5 Ausência de Relação de Consumo ou Vínculo Empregatício

A atual Lei de Franquias afasta expressamente a existência de relação de consumo e de vínculo empregatício na relação mantida entre franqueador e franqueado e entre franqueador e empregados do franqueado¹⁴⁴.

Em relação à inexistência de relação de consumo no vínculo entre franqueador e franqueado, cita-se o paradigmático Recurso Especial n. 632958/AL, julgado em 04 de março de 2010 (portanto, ainda na vigência da lei anterior) pela Quarta Turma, sob relatoria do

¹⁴³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 4012601-65.2013.8.26.0114. Apelante: Zaiom Brasil Franquias Ltda. Apelado: Fernando Moraes Lorca. Relator: Des. Maurício Pessoa. São Paulo, 30 jul. 2018. DJ 01 ago. 2018.

¹⁴⁴ Conforme define a parte final do artigo 1º da Lei de Franquias atual (Lei n. 13.966), tem-se que: “Art. 1º. (...) sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento”. (BRASIL. **Lei nº 13.966, de 26 de Dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.).

Ministro Aldir Passarinho Junior¹⁴⁵. Esse julgado é conhecido por afastar a incidência do Código de Defesa de Consumidor no contrato de franquia.

Inicialmente, o relator sustentou que o fato de o franqueador ter maior porte que o franqueado não significa que há hipossuficiência na relação. Além disso, o julgador entendeu que o franqueado não pode ser enquadrado na definição de “consumidor” trazida no Código de Defesa de Consumidor, visto que em hipótese alguma é destinatário final do produto ou serviço desenvolvido pela rede. Por fim, o Ministro afirmou que o contrato de franquia possui natureza empresarial, sendo “essencialmente, figura de comércio, celebrado por comerciantes para fornecimento de produtos e serviços para terceiros, estes, sim, os destinatários finais”.

Já no tocante à inexistência de vínculo trabalhista, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o franqueador não responde pelos débitos trabalhistas do franqueado, visto que não há formação de grupo econômico entre as empresas. No entanto, em duas hipóteses específicas é possível que haja a responsabilização trabalhista do franqueador.

Na primeira hipótese, há responsabilidade solidária diante da demonstração de que o franqueador havia, além da mera parceria de natureza civil, ingerência, controle ou administração sobre o negócio do franqueado, configurando-se grupo econômico, à luz do art. 2º, §2º da CLT¹⁴⁶.

Já na segunda hipótese, há responsabilidade subsidiária do franqueador caso seja demonstrado que o franqueado atuava como mero intermediador de mão-de-obra de seus empregados, cujo trabalho beneficiaria ao franqueador ao invés do franqueado. Nesse caso, incide a súmula 331, inciso IV, do TST:

Súmula nº 331 do TST CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
 (...)

 IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações,

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 632.958. Recorrentes: Oebax Vestuário Ltda. e outros. Recorrido: Colcci Indústria e Comércio do Vestuário Ltda. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 04 mar. 2010. DJe 29 mar. 2010.

¹⁴⁶ Nos termos do artigo 2º, §2º da CLT, tem-se que:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego; (BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.)

desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.¹⁴⁷

3.4 LEGISLAÇÃO

Atualmente, o segmento de franquias no Brasil é regulado pela Lei n. 13.966, de 26 de dezembro de 2019, que revogou a então vigente legislação sobre *franchising* no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Ambas serão analisadas neste ponto.

Muito embora a norma anterior tenha sido promulgada na década de 1990, o sistema de franquias já está em desenvolvimento no Brasil há mais tempo. Em 1950, foi criada a rede de escolas de idiomas “Yázigi”, mediante o licenciamento de marca, forma como se denominava o *franchising* na época. Anos depois, surgiram as redes “CCAA” e “Fisk”, também do segmento de escolas de idiomas, e “McDonald’s”.

Portanto, percebe-se que o *franchising* não foi inicialmente regulado por lei, isto é, apenas após a consolidação do instituto no mercado brasileiro é que o legislador percebeu a necessidade de sua regulamentação, para prevenir abusos e dirimir dúvidas¹⁴⁸.

3.4.1 Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994

O marco legal do *franchising* teve início na década de 1990, mediante a promulgação da Lei n. 8.955/94, promulgada em 15 de dezembro de 1994, durante o governo Itamar Franco. É necessário observar que o Brasil foi um dos primeiros países a regulamentar o *franchising*, antes balizado apenas pela liberdade contratual das partes.

A norma anterior apresentava onze artigos, responsáveis por regular diferentes aspectos do sistema de franquias, como (i) a definição de franquia empresarial (artigo 2º), (ii) as informações relativas à rede que deveriam ser fornecidas pelo franqueador ao franqueado antes da contratação da franquia (artigo 3º), (iii) formalidades atinentes ao contrato de franquia, dentre outras (artigo 6º).

A Lei foi muito bem recebida pelos sujeitos inseridos no sistema de *franchising* brasileiro, por ter estimulado a contratação, com ênfase na boa-fé contratual, e, principalmente,

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 331**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63002/LivroInternet+%281%29.pdf/f24990a5-a0b3-f2b3-131a-504c08dace3f?t=1591316052743>. Acesso em: 19 abr. 2021.

¹⁴⁸ FARIA, *op. cit.*, p. 31.

por ter criado uma fase de responsabilidade pré-contratual, visando a mitigar a frustração da expectativa do franqueado e a sua indução ao erro pelo franqueador¹⁴⁹.

Conforme bem observado por Tatiana Dratovsky Sister, a antiga lei tinha como objetivo principal justamente viabilizar o acesso do franqueado às informações relevantes da franquia que estava interessado em adquirir, de modo que tais dados deveriam ser apresentados ao candidato por escrito e no prazo de dez dias antes da assinatura do pré-contrato de franquia ou do contrato de franquia e do recebimento de qualquer valor pelo franqueado¹⁵⁰.

Nesse sentido, tal legislação introduziu no cenário brasileiro de franquias o dever do franqueador de publicidade, aproximando-se do *disclosure statute* estadunidense¹⁵¹, ou seja, o dever de revelar ao franqueado, na Circular de Oferta de Franquia, todos os aspectos relevantes relacionados à organização franqueadora, à situação legal da marca e dos elementos de propriedade intelectual do franqueador, à situação financeira da empresa, à operação das unidades da rede, como, por exemplo, total estimado de investimento inicial necessário à implantação da loja, valores estimados com instalações, equipamentos e estoque inicial, dentre outros referidos no artigo 3º da norma anterior.

Logo, a Circular de Oferta de Franquia, também chamada de “COF”, é um dos principais documentos da relação de *franchising*, que deve ser entregue pelo franqueador ao candidato a franqueado com a antecedência mínima de dez dias contados da assinatura do pré-contrato (se existente) ou do contrato de franquia ou então do pagamento de qualquer valor ao franqueador¹⁵².

A norma anterior foi criticada por ter se preocupado em regular, quase que exclusivamente, a fase pré-contratual da relação de *franchising*. Dessa forma, não se encontra na legislação uma regulação detalhada do contrato de franquia, das suas cláusulas e das obrigações das partes¹⁵³.

¹⁴⁹ SCHMITT, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁰ SISTER, *op. cit.*, p. 39.

¹⁵¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵² CHERTO, Marcelo. **Dicas práticas para quem pensa em investir numa franquia**. 2011. Disponível em: https://issuu.com/cherto/docs/investir_franquia. Acesso em: 05 abr. 2021. p. 27.

¹⁵³ HEINEN, Gabriela. **Cláusula de exclusividade territorial nos contratos de franquia: análise à luz do Direito Contratual e Concorrencial**. 2017. 140 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=001046169&loc=2017&l=6e9f89123c97dc39>. Acesso em: 02 abr. 2021.

A título comparativo, cita-se a regulação do *franchising* no ordenamento jurídico argentino, positivada nos artigos 1.512 a 1.524 do Código Civil e Comercial¹⁵⁴. Dentre tais dispositivos, encontram-se regulados diversos pontos do contrato de franquia, como por exemplo as obrigações do franqueador e do franqueado, prazo, cláusulas comumente encontradas nesse tipo contratual, cláusulas consideradas nulas, dentre outros.

Ainda, visando a contribuir com a regulamentação do setor e a estabelecer normas de conduta para a relação entre franqueador e franqueado, a ABF lançou o seu Código de Conduta e Princípios Éticos, o qual estabelece sanções a serem aplicadas pela Comissão de Ética da Associação¹⁵⁵. Mesmo que a ABF não seja considerada um órgão regulador, exerce um papel de destaque no cenário nacional de franquias.

3.4.2 Lei n. 13.966, de 26 de dezembro de 2019

Nos dias de hoje, o *franchising* é regulado majoritariamente pela Lei n. 13.966, promulgada em 26 de dezembro de 2019 durante o governo Jair Bolsonaro. Em relação à legislação anterior, a norma atual trouxe algumas melhorias e inovações, que tornam a legislação moderna e adequada aos atuais sistemas de franquias.

Sobre a atual legislação, Alexandre David do Santos pontua:

Enquanto muitos países de destaque mundial não têm uma lei de franquia para regulamentar o setor e proporcionar segurança jurídica às partes, após 25 anos do primeiro marco legal, o Brasil sai na frente novamente e conta agora com a evolução do sistema de franquia ao aprovar sua segunda lei: o novo Marco Legal das Franquias. Como corolário do desenvolvimento econômico e empresarial do sistema de franquia, a nova legislação preserva o fundamento da transparência entre as partes, traz novos institutos jurídico que devem constar da Circular de Oferta de Franquia (“COF”) e dos instrumentos jurídicos – Pré-Contrato e Contrato de Franquia. Fundamentalmente, por meio do artigo 1º, introduz no conceito de sistema de franquia empresarial a exclusão da relação de consumo e vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento¹⁵⁶.

A norma conta, no total, com dez artigos, dentre os quais se encontra: (i) uma definição para franquia empresarial (artigo 1º); (ii) o dever de publicidade da Circular de Oferta de Franquia, ampliando-se as informações que devem estar presentes na COF (artigo 2º e incisos);

¹⁵⁴ ARGENTINA. **Ley 26.994, de 7 de outubro de 2014**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹⁵⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. **Código de Conduta e Princípios Éticos**. S.d. Disponível em: <https://processoassociativo.abf.com.br/Content/Documentos/Codigo-de-Conduta-e-principios-eticos.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹⁵⁶ SANTOS, *op. cit.*, p. 20.

(iii) a possibilidade de o franqueador sublocar ao franqueado o ponto comercial da unidade franqueada (artigo 3º); (iv) a sanção aplicável ao franqueador que omitir informações exigidas por lei ou veicular informações falsas na COF (artigo 4º); (v) a previsão legal expressa dos contratos de franquia internacional (artigo 7º, inciso II); (vi) a possibilidade expressa de uso da arbitragem para a resolução dos conflitos relacionados ao contrato de franquia (artigo 7º, §1º); e (vii) a comunicabilidade da norma com a legislação brasileira vigente atinente à propriedade intelectual (artigo 8º).

Considerando que a lei atual trouxe algumas modificações e inovações, faz-se necessária a análise dos principais pontos alterados para melhor compreensão da legislação e da sua sistemática. Logo, foram selecionadas as cinco principais modificações e inovações da nova legislação: (i) possibilidade de o franqueador sublocar ao franqueado o ponto comercial; (ii) em caso de sublocação, possibilidade de tanto franqueador quanto franqueado ingressarem com a ação renovatória da locação do ponto comercial; (iii) novas consequências para o caso de não entrega da Circular de Oferta de Franquia dentro do prazo legal; (iv) previsão expressa do contrato de franquia internacional; e (v) possibilidade de eleição do juízo arbitral para a resolução dos conflitos resultantes do contrato de franquia.

Em relação à possibilidade de o franqueador sublocar o ponto comercial da unidade franqueada ao imóvel e à legitimidade de ambos para propor a ação renovatória da locação do imóvel, pode-se classificá-las como sendo grandes inovações da norma atual, ambas previstas no artigo 3º, *caput*, da lei¹⁵⁷. Isso, porque é comum na prática que o franqueador negocie diretamente com o locador o ponto comercial.

Ainda, o mesmo dispositivo veda a exclusão de quaisquer das partes do contrato de locação e de sublocação em razão de sua renovação ou prorrogação, excetuadas as hipóteses de inadimplência dos acordos locatícios ou do contrato de franquia. De acordo com o parágrafo único do dispositivo, é possível que o franqueador cobre do franqueado, a título de aluguel,

¹⁵⁷ De acordo com o artigo 3º da Lei de Franquias, tem-se que:

“Art. 3º Nos casos em que o franqueador subloque ao franqueado o ponto comercial onde se acha instalada a franquia, qualquer uma das partes terá legitimidade para propor a renovação do contrato de locação do imóvel, vedada a exclusão de qualquer uma delas do contrato de locação e de sublocação por ocasião da sua renovação ou prorrogação, salvo nos casos de inadimplência dos respectivos contratos ou do contrato de franquia. Parágrafo único. O valor do aluguel a ser pago pelo franqueado ao franqueador, nas sublocações de que trata o **caput**, poderá ser superior ao valor que o franqueador paga ao proprietário do imóvel na locação originária do ponto comercial, desde que:

I - essa possibilidade esteja expressa e clara na Circular de Oferta de Franquia e no contrato; e

II - o valor pago a maior ao franqueador na sublocação não implique excessiva onerosidade ao franqueado, garantida a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da sublocação na vigência do contrato de franquia.”

(BRASIL. **Lei nº 13.966, de 26 de Dezembro de 2019**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

valor superior ao pago diretamente ao proprietário do imóvel, desde que tal condição esteja prevista na COF e no contrato de franquia e não resulte em onerosidade excessiva ao franqueado, devendo existir um equilíbrio econômico-financeiro na sublocação.

No tocante às novas consequências para o caso de não entrega da Circular de Oferta de Franquia dentro do prazo legal, observa-se que a legislação vigente, como já o previa a norma anterior, impõe que a COF deve ser entregue ao candidato a franqueado dentro do prazo mínimo de dez dias contados da assinatura do pré-contrato ou do contrato de franquia e do pagamento de qualquer taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa relacionada a este.

A norma anterior, em seu artigo 4º, estabelecia que a não observância do prazo de dez dias resultaria na anulabilidade do contrato de franquia e na devolução, ao franqueado, de todos os valores pagos ao franqueador ou a terceiros indicados, seja a título de filiação (taxa inicial de franquia), seja a título de *royalties*, incidindo correção monetária sobre tais valores e perdas e danos.

Tal disposição foi modificada pela norma em vigor, constando, atualmente, no artigo 2º, § 2º, que o descumprimento do prazo resultará em anulabilidade ou nulidade e na devolução das quantias pagas ao franqueador, a título de filiação ou de *royalties*, corrigidos monetariamente, sem que haja a previsão de perdas e danos¹⁵⁸.

Observa-se que uma prática recorrente adotada pelos franqueadores para comprovar o prazo de dez dias exigido pela Lei é a entrega ao franqueado, em conjunto com a entrega da Circular de Oferta de Franquia, de um recibo de COF, a ser assinado pelo interessado na data em que a documentação for recebida.

Ressalta-se que a inobservância do prazo de dez dias nem sempre será suficiente para terminar o contrato com base no artigo 2º, § 2º da atual legislação. Assim decidiu a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação Cível n. 1023473-28.2018.8.26.0564 em 17 de dezembro de 2020, sob relatoria do Desembargador Ricardo Negrão¹⁵⁹.

¹⁵⁸ De acordo com o art. 2º, § 2º, da Lei de Franquias, tem-se que:

“Art. 2º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente:

(...)

§ 2º Na hipótese de não cumprimento do disposto no § 1º, o franqueado poderá arguir anulabilidade ou nulidade, conforme o caso, e exigir a devolução de todas e quaisquer quantias já pagas ao franqueador, ou a terceiros por este indicados, a título de filiação ou de *royalties*, corrigidas monetariamente.” (BRASIL. **Lei nº 13.966, de 26 de Dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

¹⁵⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1023473-28.2018.8.26.0564. Apelante: Valeria Aparecida Carrara. Apelados: PET Cursos Profissionalizantes Ltda. e outro. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 17 dez. 2020. DJ 17 dez. 2020.

Nesse caso, a franqueada pleiteava a rescisão do contrato de franquia, sustentando sua anulabilidade em razão do não recebimento da COF no prazo legal. O tribunal entendeu ser indevida a rescisão, visto que a franqueada operou suas unidades por mais de quatro anos, sem qualquer reclamação. Abaixo, transcreve-se alguns pontos relevantes da decisão:

Quanto ao segundo contrato de franquia, é certo que não há provas de sua entrega no prazo legal, o que em tese justificaria o pedido de rescisão, todavia, não é o caso dessa conclusão, visto que ao longo da relação contratual (perdurou por mais de 4 anos) a franqueada não formalizou qualquer reclamação nesse sentido. Assim, não é crível, que a apelante tenha firmado dois contratos e sua prorrogação, com aditivo, de modo livre, sem vícios de consentimento, coação ou fraude, para somente depois de mais de quatro anos vir suscitar a nulidade em razão da ausência de entrega da COF.

Em relação à previsão expressa do contrato de franquia internacional, aponta-se que a sua regulação foi feita no artigo 7º, inciso II, da legislação¹⁶⁰. Logo, a lei determina que tais instrumentos contratuais deverão ser redigidos originalmente na língua portuguesa ou, caso não o sejam, deverão ter sua tradução certificada para a língua portuguesa custeada pelo franqueador. Além disso, nos termos da lei, os contratantes podem incluir no contrato de franquia uma cláusula de foro de um dos seus países de domicílio para a resolução de eventuais conflitos.

No tocante ao último ponto, qual seja, a possibilidade de eleição do juízo arbitral para resolução dos impasses originários do contrato de franquia, tal previsão está disposta no artigo 7º, § 1º da lei¹⁶¹. A legislação anterior não estabelecia expressamente a possibilidade de adoção da arbitragem como meio de resolução de conflitos para o contrato de franquia, o que gerava dúvidas acerca da validade do instituto.

Observa-se que mesmo antes da previsão legal expressa, muitos franqueadores já optavam por incluir nos contratos de franquia cláusulas arbitrais. Nesse sentido, de acordo com o estudo intitulado “Anuário da Arbitragem no Brasil”, realizado pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (“CESA”) nos anos de 2016 e 2017, observou-se que diversas

¹⁶⁰ De acordo com o artigo 7º, inciso II da Lei de Franquias, observa-se que:

“Art. 7º Os contratos de franquia obedecerão às seguintes condições:

(...)

II - os contratos de franquia internacional serão escritos originalmente em língua portuguesa ou terão tradução certificada para a língua portuguesa custeada pelo franqueador, e os contratantes poderão optar, no contrato, pelo foro de um de seus países de domicílio.” (BRASIL. **Lei nº 13.966, de 26 de Dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

¹⁶¹ De acordo com o artigo 7º, § 1º da Lei de Franquias, tem-se que:

“Art. 7º Os contratos de franquia obedecerão às seguintes condições:

§ 1º As partes poderão eleger juízo arbitral para solução de controvérsias relacionadas ao contrato de franquia.”

(BRASIL. **Lei nº 13.966, de 26 de Dezembro de 2019**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.)

instituições arbitrais brasileiras, como AMCHAM, CAESP, CAM-CCBC, CAMARB, CIERGS e CIESP/FIESP, administravam disputas decorrentes de contratos de franquia¹⁶². Destaca-se que, conforme dado informado pela câmara CIESP/FIESP, 12,6% dos seus procedimentos discutiam a relação de franquia, sendo este o terceiro tema mais recorrente para a instituição.

Ainda na vigência da legislação anterior sobre *franchising*, no Recurso Especial n. 1.602.076, julgado em 15 de setembro de 2016 pela Terceira Turma do STJ, sob relatoria da Ministra Nancy Andriahi, o STJ entendeu que, por mais que não estivesse caracterizada relação de consumo, o contrato de franquia seria um contrato de adesão e, por esse motivo, a cláusula compromissória deveria observar a regra contida no artigo 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, sob pena de nulidade da cláusula arbitral¹⁶³. Tal dispositivo legal determina que, em contratos de adesão, a cláusula compromissória será eficaz (i) se proposta pelo aderente ou (ii) se expressamente aceita pelo aderente, devendo a cláusula estar escrita em documento anexo ou em negrito, contendo a assinatura ou visto específico do aderente¹⁶⁴.

3.5 FRANQUIA E INSTITUTOS AFINS

A franquia é um dos diferentes canais de distribuição existentes no mercado brasileiro, considerado caminho utilizado pelos empreendedores para que seus produtos e serviços cheguem ao público-alvo¹⁶⁵. Dentre os principais canais de distribuição que mantêm semelhanças com o *franchising*, menciona-se a representação comercial e o licenciamento.

¹⁶² CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS (“CESA”). **Anuário da arbitragem no Brasil 2017**. São Paulo, 2018. Disponível em <http://www.cesa.org.br/media/files/CESAAnuariodaArbitragem2017.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.602.076. Recorrente: Odontologia Noroeste Ltda. Recorrido: GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising LTDA. Relatora: Min. Nancy Andriahi. Brasília, 15 set. 2016. DJ 30 set. 2016.

¹⁶⁴ Nos termos do artigo 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, tem-se que:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

(...)

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. (BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.)

¹⁶⁵ MORSE, Luciana. Franquia e Outros Canais de Distribuição. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 60-69. p. 62.

3.5.1 Representação Comercial

A representação comercial é um negócio de intermediação, em que o representante, por meio de comissão de vendas, bônus e prêmios por metas alcançadas, divulga produtos ou serviços do representado, facilitando a comunicação com seus clientes e ampliando a presença do representado em novos mercados. O contrato de representação comercial, também denominado “agência” pelo Código Civil, é considerado típico, sendo regulado por lei específica, a Lei n. 4.886/65, e pelo Código Civil, pelos artigos 710 e seguintes.

Diferentemente do franqueado, o representante não realiza vendas dos produtos e serviços da rede, apenas agencia a venda e coloca o comprador em contato com o representado¹⁶⁶.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já enfrentou a discussão acerca da diferença entre os modelos de representação comercial e franquia na Apelação Cível n. 70057740847, julgada em 20 de abril de 2016 pela Décima Quinta Câmara Cível, sob relatoria do Desembargador Alex Gonzalez Custodio¹⁶⁷.

Nesse caso, o Tribunal reformou a decisão de primeiro grau ao determinar que o contrato analisado seria de franquia, não de representação comercial. A Décima Quinta Câmara Cível sustentou que o contrato celebrado se enquadrava em uma relação de franquia, visto que os elementos essenciais do *franchising*, como por exemplo uso da marca do franqueador e necessidade de obediência das regras definidas pelo franqueador, estavam presentes no caso.

A seguir, apresenta-se um pequeno trecho da decisão que resume o entendimento do tribunal:

Os requisitos trazidos pela lei 8.955/94 se mostram presentes no referido instrumento contratual, que, a título de exemplo, traz entre as obrigações do associado manter sede em seu polo de atuação, em bom ponto comercial, em modelo previamente aprovado, identificado com a marca TNT, bem como:

- a) contratar, por sua conta e risco, e após rigorosa seleção, com eventual supervisão da TNT, funcionários devidamente habilitados e em condições de desempenhar plenamente as suas funções, os quais deverão ser devidamente registrados pelo próprio ASSOCIADO no ato de suas respectivas admissões;
- b) cumprir e fazer cumprir, rigorosamente e de forma precisa e imediata, dentro de seu Polo de Atuação, os procedimentos operacionais, normas de serviço, circulares e memorando, tabelas de tarifas/horários e outras instruções que, de tempos em tempos, a TNT venha a expedir por meio de comunicação escrita e dirigida ao ASSOCIADO, bem como as determinações dos órgãos governamentais competentes, relativas à atividade das empresas de courier;

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 65.

¹⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70055861454. Apelante: Comercial de Veículos Mignot de Souza Ltda. Apelados: San Marino Veículos Ltda. e outro. Relator: Des. Alex Gonzalez Custodio. Porto Alegre, 03 mar. 2016. DJ 22 mar. 2016.

(...)

Diante destes conceitos, conclui-se que a contratação estabelecida entre as partes insere-se na modalidade de franquia, notadamente porque **a demandante possuía permissão para utilizar o layout/marca TNT Express Worldwide** - nome fantasia da empresa ré - na fachada de sua loja, bem como **tinha que seguir orientações de organização e funcionamento, sendo que prestava apenas o serviço de representação e transporte em nome da requerida, que lhe exigia exclusividade e observância aos padrões e diretrizes estabelecidos pelo grupo TNT Express.** (grifou-se)

Conforme destaca Luciana Morse, atualmente existem modelos de franquias nos quais os franqueadores concedem uma comissão aos franqueados em detrimento do recebimento, pelo franqueado, do preço pago pelo consumidor pelos serviços e produtos oferecidos em sua unidade franqueada, aproximando-se do modelo de representação comercial. De acordo com a autora:

Nos contratos desse tipo de franquia, a franqueadora estipula a regra básica de que o franqueado prospecta o cliente, efetua a venda do serviço ou produto, mas ela, franqueadora, é que vai faturar diretamente para o cliente final e depois comissionar o franqueado pela venda feita, sem que isto desnature a contratação, que não é de representação comercial, e sim de franquia.¹⁶⁸

Observa-se que tais modelos referidos pela autora, por se aproximarem da representação comercial, podem eventualmente atrair o reconhecimento judicial de tal vínculo na relação de *franchising*, o que poderia resultar na incidência da indenização, em caso de rescisão antecipada do contrato sem justa causa, equivalente a 1/12 do total da retribuição auferida pelo franqueado/representante, conforme define a alínea 'j' do artigo 27 da Lei de Representação Comercial (Lei n. 4.886/65)¹⁶⁹.

3.5.2 Licenciamento

¹⁶⁸ MORSE, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶⁹ De acordo com a alínea 'j' do artigo 27 da Lei de Representação Comercial, verifica-se que:

“Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

(...)

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação”. (BRASIL. **Lei nº 4.886, de 9 de Dezembro de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14886.htm. Acesso em: 29 abr. 2021).

O licenciamento é um contrato pelo qual o licenciador concede ao licenciado os direitos de uso e exploração comercial de sua marca, imagem, propriedade intelectual e artística registrada para associá-la a serviço ou produto, sem que seja transferida a sua titularidade¹⁷⁰.

O licenciador possui o direito de controlar a exposição da marca e a sua correta divulgação e o licenciado é o único responsável pela operação da sua empresa, devendo realizar controle de caixa e compras, contratação e demissão de funcionários, dentre outros.

O contrato de licenciamento é encontrado no contexto de marcas globais, como *Walt Disney Productions* e *Hanna Barbera*, que autorizam fabricantes de produtos de diversos países a incluir suas marcas e personagens em diferentes mercadorias, como roupas, materiais escolares, brinquedos, dentre outras.

O licenciador é normalmente remunerado por meio de *royalties*, calculados sobre a receita de venda dos produtos auferida pelo licenciado, podendo haver a estipulação de *royalties* mínimos. Além disso, o contrato de licenciamento é atípico, não sendo regulado por lei específica.

Percebe-se que há algumas diferenças entre o licenciamento e o *franchising*. Dentre elas, cita-se as diferentes formas de operação: enquanto na franquia o desenvolvimento da atividade é feito pelo franqueado, recebendo orientação e assistência do franqueador, no licenciamento a operação é feita exclusivamente pelo licenciado, cabendo ao licenciador apenas controlar o correto uso de sua marca. Dessa forma, no licenciamento cada loja possui sua operação gerida pelo licenciado, que pode se adequar às necessidades e preferências do seu público específico, desde que mantenha a identidade da marca licenciada.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já analisou as diferenças entre o contrato de licenciamento e o contrato de franquia na Apelação Cível n. 70058664996, julgada em 17 de abril de 2014 pela Décima Oitava Câmara Cível, sob relatoria do Desembargador Pedro Celso Dal Pra¹⁷¹. Nesse caso, as partes haviam celebrado um contrato de licenciamento de uso da marca do clube desportivo Sport Club Internacional, de modo que o apelante (licenciado) buscava o enquadramento do instrumento contratual como contrato de franquia.

O Tribunal entendeu ser indevido tal enquadramento, visto que a existência dos elementos do sistema de franquias, tais como prestação de assistência contínua do franqueador e remuneração pela transferência de tecnologia do franqueador, não havia sido demonstrada.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70058664996. Apelantes: Poletto e Quezada Ltda. – ME e outros. Apelado: Sport Club Internacional. Relator: Des. Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 17 abr. 2014. DJ 23 abr. 2014.

Realizada a apresentação do instituto do *franchising* e do contrato de franquia, conclui-se o desenvolvimento do presente capítulo, o qual expôs a roupagem jurídica do sistema de franquias e do contrato de franquia, trouxe os principais aspectos legais relacionados ao tema e expôs o posicionamento doutrinário em relação aos desdobramentos abordados nesse capítulo. A seguir, analisar-se-á a crítica à aplicação dos critérios de limitação e redução da cláusula penal, impostos pelo Código Civil e trabalhados pelos tribunais nacionais, no contexto do contrato de franquia.

4 CRÍTICA À APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 412 E 413 DO CÓDIGO CIVIL AO CONTRATO DE FRANQUIA

Em um contrato de franquia, a cláusula penal é normalmente redigida pelo franqueador e por ele incluída no contrato padrão da rede. O franqueado, ao revisar o instrumento contratual, possui liberdade para questionar e negociar os termos da multa contratual.

Entende-se que os critérios de limitação e redução da cláusula penal, encontrados nos artigos 412 e 413 do Código Civil, podem constituir uma interferência indevida do Estado no contrato de franquia, que, muitas vezes, é assinado por dois empresários em igual posição.

No presente capítulo, será realizada uma análise crítica dos referidos dispositivos legais, trazendo as principais controvérsias e posicionamentos doutrinários em relação ao tema. Posteriormente, serão apresentados os resultados de pesquisa de jurisprudência realizada perante o TJRS e TJSP, cujo objetivo foi estudar o posicionamento dos tribunais sobre o assunto.

4.1 CRÍTICA À APLICAÇÃO DO ARTIGO 412 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 412 do Código Civil limita o valor da cláusula penal ao valor da obrigação principal. Tal limitação mostra-se indevida nos contratos de franquia, por dois motivos que serão analisados no presente ponto: (i) interferência desnecessária do legislador na autonomia privada dos contratantes e (ii) a depender do dano, o prejuízo decorrente do inadimplemento ultrapassa o valor da prestação principal.

4.1.1 Interferência do Legislador na Autonomia Privada

Conforme definido anteriormente, o contrato é a veste jurídica de uma operação econômica, proporcionando a circulação de riquezas. Nesse conceito, inclui-se o contrato de franquia, instrumento essencial para a regulação, viabilização e movimentação do setor de *franchising*.

Dada a exigência legal imposta pela Lei de Franquias, qual seja o dever do franqueador de incluir em sua Circular de Oferta de Franquia o modelo padrão do pré-contrato e contrato de

franquia, cria-se uma obrigação ao franqueador de padronizar os seus contratos¹⁷², o que também é necessário para manter a uniformidade da rede.

Embora os contratos de franquia sejam padronizados, é incorreto afirmar que franqueador e franqueado não possuem autonomia ou liberdade contratual para dispor sobre os termos contratuais. Na prática, é muito comum que condições especiais sejam concedidas aos franqueados da rede mediante a assinatura de termos aditivos aos contratos de franquia, os quais modificam e revogam cláusulas contratuais. Por esse motivo, pode-se concluir que os princípios contratuais da autonomia da vontade e da liberdade contratual estão presentes, naturalmente, nos contratos de franquia.

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, por incidência do princípio da autonomia privada, o contrato nasce da vontade livre das partes¹⁷³, isto é, o ordenamento jurídico outorga aos contratantes a faculdade de criar direitos e de estabelecer uma vinculação efetiva e lhes concede a liberdade de contratar¹⁷⁴.

Para Enzo Roppo, a liberdade de contratar dos contratantes pressupõe que:

afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, deveria ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço¹⁷⁵.

Assim, conforme leciona o jurista, à luz da liberdade contratual, as partes possuem a faculdade de escolher (i) se desejam ou não celebrar um contrato; (ii) com quem pactuarão o instrumento, salvo se por força de lei não tiverem tal opção; e (iii) quais os termos e condições que regerão sua relação contratual. O que se verifica é que a autonomia privada dos contratantes para contratar como bem entenderem, embora ampla, não é absoluta.

Assim, mediante a lei e por meio das cláusulas gerais de boa-fé objetiva e de função social do contrato, o Estado impõe limites à liberdade das partes¹⁷⁶, como determina o *caput* artigo 421 do Código Civil, segundo o qual “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social”. Sobre a incidência do artigo 421, Gerson Luiz Carlos Branco observa que tal dispositivo:

¹⁷² AMENDOEIRA JUNIOR., *op. cit.*, p. 252.

¹⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: v. 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 21.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹⁷⁵ ROPPO, *op. cit.*, p. 32.

¹⁷⁶ SALLES, *op. cit.*, p. 99.

(...) trouxe como ingrediente o controle do conteúdo do contrato, mediante a exigência de que este corresponda a valores socialmente úteis e relevantes, o que implica modificação dos três principais efeitos da liberdade contratual: possibilidade de escolha do tipo jurídico, liberdade de estipulação e faculdade de decidir entre contratar ou não contratar¹⁷⁷.

Ao passo que, em um primeiro momento, enfrentou-se um período de extrema proteção ao individualismo e valorização exacerbada do *pacta sunt servanda*, em um segundo momento, em razão da introdução do Código Civil de 2002, verificou-se uma maior aplicação do princípio da função social do contrato¹⁷⁸.

Embora o presente trabalho apresente uma crítica à limitação da cláusula penal, é necessário observar que em algumas relações contratuais, como naquelas em que há uma assimetria entre os contratantes, a imposição de um limite para a cláusula penal é necessária, para garantir a igualdade entre as partes e o exercício da função social do contrato¹⁷⁹. Observa-se que o *franchising* brasileiro não é formado de, exclusivamente, redes conhecidas e consolidadas no mercado. Atualmente, com a difusão e popularização das chamadas *microfranquias*, verifica-se, cada vez mais, negócios com baixos custos de implantação e operação e, conseqüentemente, com franqueados com menor capacidade econômica e informativa.

No entanto, defende-se que, ao invés de ser feita em uma lei geral e aplicável a inúmeros contratos, a limitação do valor da cláusula penal deve ser feita em leis esparsas para relações específicas, como já ocorre no Brasil. O ordenamento jurídico brasileiro, em diferentes leis, regula hipóteses específicas de limitação do valor da penalidade, nas quais não se aplica a regra contida no artigo 412 do Código Civil.

Como exemplo, cita-se o artigo 1.336, § 1º, do Código Civil, que estabelece que a multa das obrigações condominiais terá o limite de 2% sobre o débito. Ainda, o artigo 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor define que a multa decorrente das dívidas do consumidor não

¹⁷⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **As Origens Doutrinárias e a Interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro**. 2006. 407 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Curso de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7486/000546107.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. p. 258-259. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁷⁸ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017. p. 27.

¹⁷⁹ A função social do contrato está prevista no artigo 421 do Código Civil, segundo o qual “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Diz-se que a função social do contrato analisa se os contratos, individualmente, podem ser massificados sem lesar a sociedade, de modo que, para que o instrumento contratual não faça uma circulação de riquezas que seja apenas economicamente vantajosa, este deverá, também, atender à função social. Para Humberto Teodoro Junior, a incidência da função social do contrato faz com que o instrumento tenha reflexos na sociedade, isto é, em terceiros que não possuem relação com os contratantes. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 38.)

poderá exceder o limite de 2% do valor da prestação. Já o artigo 26, inciso V, da Lei n. 6.766/79 estabelece o limite de 10% sobre o valor da parcela não paga para as penalidades originárias de promessas de compra e venda, cessões ou promessa de cessões de imóveis com parcelamento de solo urbano.

O que se observa no artigo 412 do Código Civil é uma intervenção generalizada do Estado, por meio do legislador, na autonomia privada das partes e no que foi negociado livremente pelos contratantes.

Nesse sentido, de acordo com Pedro Amaral Salles, “ela [a limitação] macula de maneira indesejada a autonomia da vontade. Não deveria o legislador interferir previamente na relação negocial a ser entabulada entre as partes – o controle seria mais eficaz se efetuado se e quando houver descumprimento.”¹⁸⁰

Clóvis Beviláqua, autor do Código Civil de 1916, foi um questionador do limite imposto ao valor da cláusula penal, antes disciplinado no artigo 920 da legislação civil¹⁸¹. Para o jurista, “[o] limite imposto à pena por este artigo não se justifica. Nasceu da prevenção contra a usura, e é uma restrição à liberdade de convenções, que mais perturba do que tutela os legítimos interesses individuais”¹⁸².

Nelson Rosenvald também se mostra contrário à limitação definida no artigo 412. Aduz o autor que:

o art. 412 do Código Civil é inócuo e, provavelmente, mantém-se no Código pela força da inércia do legislador que, inadvertidamente, deferiu sobrevida ao art. 920 do Código Civil. Ao proclamar que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”, o dispositivo não só sacrifica qualquer forma de aplicação do art. 413 do Código Civil, como aniquila a autonomia privada e institui uma norma de limitação de obrigação de indenizar¹⁸³.

A partir do estudo do direito estrangeiro, verifica-se que a limitação imposta por lei ao valor da cláusula penal não é regra em outros ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, após uma

¹⁸⁰ SALLES, *op. cit.* p. 43.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁸² BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Estácio de Sá, 1932. p. 57.

¹⁸³ ROSENVALD, *op. cit.*, p. 206.

análise da legislação civil portuguesa¹⁸⁴, espanhola¹⁸⁵, argentina¹⁸⁶ e uruguaia¹⁸⁷, verifica-se que nenhum dos códigos civis dos respectivos países possui uma disposição limitadora como o artigo 412 do Código Civil brasileiro.

Se os contratantes livremente pactuaram uma multa contratual em valor expressivo, superior ao valor da prestação principal, fizeram-no por isso fazer sentido em sua relação, isto é, por entenderem que a violação de determinada cláusula pode trazer um prejuízo considerável. O mesmo ocorre em um contrato de franquia: se o franqueado, muitas vezes assessorado juridicamente, não questionou o montante da penalidade no momento de recebimento da Circular de Oferta de Franquia ou ao validar a minuta do contrato de franquia, não era da sua vontade alterar o *quantum*.

Destaca-se, por fim, que, pela incidência do princípio da força obrigatória dos contratos, o contrato é lei entre as partes, sendo que suas disposições devem ser cumpridas pelos contratantes (*pacta sunt servanda*), os quais só poderão se escusar do seu adimplemento em caso de distrato ou então de caso fortuito ou força maior, conforme define o artigo 393 do Código Civil.

4.1.2 Possibilidade de Prejuízo Superior ao Valor da Obrigação Principal

Em tendo a cláusula penal a função de prefixação de perdas e danos, seria errôneo pensar que o prejuízo decorrente do inadimplemento não ultrapassaria o valor da obrigação principal.

No contexto futebolístico, é plenamente possível a estipulação de multa em patamar superior ao valor da obrigação principal nos contratos de trabalho de jogadores de futebol. Isso porque, no ambiente esportivo, os envolvidos, em muitos casos, lidam com cifras milionárias na contratação de jogadores renomados. A Lei n. 9.615/08, também chamada de “Lei Pelé”, determina, em seu artigo 28, §3º, que o valor da cláusula penal compensatória desportiva será

¹⁸⁴ Na legislação portuguesa, a cláusula penal está disciplinada nos artigos 810 a 812 do Código Civil português (Decreto-Lei n. 47344). (PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966**. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>. Acesso em: 28 mar. 2021.)

¹⁸⁵ Na legislação espanhola, a cláusula penal está disciplinada nos artigos 1151 a 1155 do Código Civil espanhol (Real Decreto de 24 de julho de 1889). (ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julho de 1889**. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con). Acesso em: 28 mar. 2021.)

¹⁸⁶ Na legislação argentina, a cláusula penal está disciplinada nos artigos 790 a 804 do Código Civil e Comercial argentino (Lei n. 26.994). (ARGENTINA. **Lei 26.994, de 7 de outubro de 2014**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.)

¹⁸⁷ Na legislação uruguaia, a cláusula penal está disciplinada nos artigos 1363 a 1374 do Código Civil uruguaio. (URUGUAI. **Código Civil**. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos>. Acesso em: 28 de março de 2021.)

de livre estipulação pelas partes, devendo observar o limite de quatrocentas vezes o valor do salário mensal do atleta no momento da rescisão¹⁸⁸.

Pensa-se no contexto de franquias. Atualmente, a expansão por meio de franquias é uma das mais adotadas pelas empresas, desde microempresários até empresas de grande porte. Redes de franquias de diferentes marcas, como “McDonald’s”, “O Boticário” e “Subway”, presentes em diferentes países, diariamente negociam valores milionários com seus franqueados, que, muitas vezes, possuem diversas unidades franqueadas de diferentes redes. Nesse cenário, seria injusto limitar o valor da multa contratual ao valor da obrigação principal, já que, assim como no contexto futebolístico, os prejuízos vivenciados podem ser bem custosos.

Observa-se que o Código Civil, no parágrafo único do artigo 416, prevê a possibilidade de o credor pleitear indenização suplementar, desde que previamente convenionado e comprovado o prejuízo excedente. Na hipótese prevista pela legislação civil, o inadimplemento contratual já teria ocorrido, justamente por ser exigida a prova do prejuízo excedente.

Nesse caso, provavelmente a discussão acerca da indenização suplementar seria feita em juízo, uma vez que após o descumprimento contratual as partes já se encontram em um estado maior de animosidade, e por isso dificilmente chegam a um acordo extrajudicial em relação ao valor excedente devido.

Atualmente, o moroso Poder Judiciário encontra-se sobrelotado de disputas, dentre as quais muitas poderiam ser resolvidas extrajudicialmente, sem a intervenção do Estado. Caso não existisse a limitação contida no artigo 412, os casos em que o prejuízo excedesse o valor da obrigação principal (atual limite da cláusula penal) já estariam abarcados pela cláusula penal, sendo desnecessária a discussão em sede judicial.

4.2 CRÍTICA À APLICAÇÃO DO ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 413 do Código Civil impõe um dever ao julgador de reduzir, equitativamente e de ofício, o valor estabelecido na cláusula penal, nas hipóteses de (i) a obrigação principal

¹⁸⁸ Nos termos do art. 28, §3º da Lei Pelé, tem-se que: Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: (...) § 3º O valor da cláusula compensatória desportiva a que se refere o inciso II do caput deste artigo será livremente pactuado entre as partes e formalizado no contrato especial de trabalho desportivo, observando-se, como limite máximo, 400 (quatrocentas) vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão e, como limite mínimo, o valor total de salários mensais a que teria direito o atleta até o /término do referido contrato. (BRASIL. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.)

tiver sido cumprida em parte e (ii) se o montante for manifestamente excessivo diante da natureza e finalidade do negócio.

A aplicação desse dispositivo no contexto dos contratos de franquia é, na maioria das vezes, imprecisa. Em pesquisa de jurisprudência realizada perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujos resultados encontram-se no ponto 4.3, verifica-se que, em razão do critério da equidade, os juízes decidem acerca do valor da penalidade a partir de um juízo subjetivo, sem apresentar quaisquer critérios objetivos à redução.

Como observa Paulo Lôbo, a equidade contida no dispositivo analisado não é espaço para arbitrariedade judicial, de modo que a justiça deverá ter sua fonte no caso concreto, não na subjetividade do julgador¹⁸⁹.

Além disso, observa-se que os tribunais estudados não possuem um posicionamento uniforme em relação à prestação principal do contrato de franquia a ser considerada para fins de limitação e redução da cláusula penal. A ausência de uniformidade nas decisões, além de tornar imprevisível o comportamento do julgador, causa insegurança jurídica às partes, que não possuem um parâmetro objetivo a ser referido quando da elaboração das cláusulas penais nos contratos de franquia.

Nesse sentido, no contrato de compra e venda de um automóvel, a prestação principal salta aos olhos: o valor pelo qual o bem será vendido. Em outros contratos, a definição da obrigação principal para fins de limitação do valor da cláusula penal é uma tarefa complexa. É o caso do contrato de franquia, em que há diferentes cifras envolvidas na relação, como, por exemplo, a taxa de franquia, a taxa mensal de *royalties* e taxa de publicidade e propaganda, dentre outras.

O controle da cláusula penal por meio do artigo 413 do Código Civil é, segundo Nelson Rosenvald, “uma das mais interessantes ponderações entre o princípio da autonomia privada e da solidariedade”¹⁹⁰. De um lado, encontra-se o resultado do livre exercício da vontade das partes, que culminou na cláusula penal tal como escrita. De outro lado, tem-se a realidade de que normalmente o devedor será a parte frágil da relação, merecendo uma atenção maior do Estado.

O princípio contratual da autonomia da vontade tem como pressuposto a igualdade das partes. No entanto, observa-se que o desenvolvimento e consolidação do capitalismo, baseado

¹⁸⁹ LÔBO, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹⁰ ROSENVALD, *op. cit.*, p. 198.

na concepção do individualismo jurídico, resultou em relações desiguais, nas quais não se faz presente o idealizado conceito da igualdade entre os contratantes¹⁹¹.

É nesse cenário de desigualdade que se justifica a intervenção do Estado no instrumento contratual. No dirigismo contratual, ou, em outros termos, na intervenção do Estado na vida do contrato, há uma relativização das noções tradicionais da autonomia da vontade para que haja a tutela da parte contratualmente inferior, evitando-se que tal contratante sofra abusos da parte em vantagem¹⁹². Nessa hipótese, o ordenamento jurídico concede ao julgador a faculdade de rever os termos contratuais e estabelecer condições de execução, de modo que tal intervenção se faz necessária em algumas situações manifestamente desiguais.

No entanto, a intervenção do Estado no contrato não deve ser a regra, mas sim exceção. É nesse sentido que o artigo 421, parágrafo único, do Código Civil, após a edição da Lei da Liberdade Econômica, determina que “[n]as relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Conforme bem observado por Rodrigo Fernandes Rebouças, o ativismo judicial em excesso acaba trazendo efeitos negativos ao contrato, pois:

O excessivo ativismo judicial, muitas vezes deixando de observar o equilíbrio entre a base objetiva e subjetiva do negócio jurídico, resulta em uma insegurança e uma instabilidade no sistema jurídico contratual, trazendo sérias consequências econômicas às partes integrantes da relação contratual e possivelmente à nação¹⁹³.

É necessário afastar a ideia de que haveria uma assimetria em toda relação mantida entre franqueador e franqueado, o que justificaria uma tutela especial do segundo pelo Estado. Além de a legislação atual ter rechaçado a existência de qualquer vínculo consumerista ou empregatício entre as partes, observa-se que normalmente a implantação de uma franquia exige o aporte de investimentos iniciais em cifras que muitas vezes ultrapassam a casa do milhão. Além disso, atualmente, existem os chamados “franqueados profissionais” ou “multifranqueados”, que possuem dezenas, e às vezes centenas de unidades franqueadas de diferentes redes de *franchising*¹⁹⁴.

¹⁹¹ SILVA, Luiz Alberto da. Dirigismo Contratual. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, a. XVI, n. 5, p. 116-151, out. 1965. p. 124.

¹⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: v. 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 26.

¹⁹³ REBOUÇAS, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁴ Em matéria publicada em 2014 no site da ABF, entrevistou-se Christopher Hannigan, que, à época da reportagem, possuía 120 unidades franqueadas da rede “O Boticário” e mais de 1,5 mil funcionários empregados nas lojas da rede “O Boticário” e nas suas unidades de outras redes. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. O maior franqueado do Brasil. **Franquia Negócios**, ed. 53, fev. 2014. Disponível em: <https://www.abf.com.br/o-maior-franqueado-do-brasil/>. Acesso em: 07 abr. 2021.)

Sidnei Amendoeira Junior é desfavorável ao reconhecimento de subordinação, dependência ou hipossuficiência de uma parte em relação à outra¹⁹⁵. De acordo com o autor, a determinação das regras pelo franqueador a serem seguidas pelo franqueado na operação da sua loja ocorre pelos seguintes motivos:

Ora, a observância das regras determinadas pela franqueadora decorre de dois pontos específicos: (i) é a franqueadora quem detém o *know how* e (ii) é ela quem detém a marca e deve protegê-la. Daí o desequilíbrio que existe, sim, neste tipo de contrato, mas que não é, necessariamente, indício de subordinação ou de hipossuficiência do franqueado¹⁹⁶.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já constatou que inexistente qualquer fragilidade no tocante ao franqueado. Esse foi o entendimento da Terceira Turma quando do julgamento do Recurso Especial n. 687.322, julgado em 21 de setembro de 2006, sob relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no qual discutiu-se a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de franquia. Abaixo, destaca-se um excerto do julgado:

É que a fragilidade não existe quando se sabe que o franqueador tem obrigações definidas na lei para a concessão da franquia, com indicação precisa das obrigações que assume e que o franqueado deve assumir. Ademais, o franqueado dispõe, por expresse comando legal, da Circular de Oferta de Franquia, a ser oferecida em linguagem clara e acessível, indicando, dentre outras condições, o total do investimento inicial, o valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento, informações sobre os pagamentos ao franqueador ou a terceiros, a remuneração pelo uso do sistema, da marca ou troca de serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado, aluguel de equipamento ou ponto comercial, além do modelo de contrato-padrão, com texto completo. Isso, na minha compreensão, enquadrando-se todos os contratos no regime da boa-fé, conduz a comportamento que não se compadece com posterior imputação da existência de cláusulas abusivas.¹⁹⁷

Conforme sustenta o Ministro Relator no trecho destacado, por dever legal, o franqueado tem acesso prévio a diversas condições relacionadas à franquia que possui interesse em adquirir, como o valor do investimento inicial, pagamentos e remunerações da rede, serviços prestados pelo franqueador, dentre outras. Por esse motivo, é inviável sustentar qualquer hipossuficiência e vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do franqueado que torne a sua tutela pelo Estado necessária.

¹⁹⁵ AMENDOEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 246

¹⁹⁶ AMENDOEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 246-247.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 687.322. Recorrentes: Lea Boechat dos Santos e outro. Recorrido: De Plá Material Fotográfico Ltda. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 21 set. 2006. DJ 09 out. 2006.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Realizou-se pesquisa de jurisprudência perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para identificar o comportamento do Poder Judiciário diante da cláusula penal nos contratos de franquia. Assim, buscou-se identificar se o montante das penalidades pactuadas pelos contratantes é aceito pelos julgadores e, em não sendo, quais são os fundamentos para a sua redução, bem como quais parâmetros objetivos são utilizados pelas cortes para tal.

Assim, a seguir serão apresentados alguns casos interessantes e relevantes considerados à aplicação dos artigos 412 e 413 no cenário de franquias, sendo que se dividiu os julgados em dois pontos: no primeiro, serão abordados aqueles originários do Tribunal gaúcho (ponto 4.3.1., abaixo), no segundo, serão analisados aqueles provenientes do Tribunal paulista (ponto 4.3.2., abaixo).

4.3.1 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Junto ao TJRS, selecionou-se cinco julgados relacionados à aplicação dos artigos 412 e 413 ao contrato de franquia, passando-se à sua análise. Inicialmente, serão apresentados os casos em que o Tribunal gaúcho determinou a redução da cláusula penal e, após, serão analisados os julgados em que o *quantum* não foi objeto de redução.

Na Apelação Cível n. 70073530693, julgada em 12 abril de 2018 sob relatoria do Desembargador Marco Antonio Angelo, o Tribunal gaúcho reduziu o valor de cláusula penal compensatória inserida em contrato de franquia após a sua rescisão motivada¹⁹⁸.

Nesse caso, o franqueado havia violado as suas obrigações de sigilo e não-concorrência, visto que passou a ministrar cursos a terceiros com base no *know-how* obtido da franqueadora, fato que resultou na rescisão do contrato e na superveniência de cláusula penal. A penalidade havia sido estipulada no valor equivalente a uma taxa de franquia, isto é, R\$ 30.000,00. O julgador entendeu pela redução proporcional da multa ao tempo de cumprimento do contrato, que tinha o prazo total de cinco anos e havia sido executado por um ano e sete meses. Por fim, o valor da penalidade foi reduzido de R\$ 30.000,00 para R\$ 21.501,00.

¹⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n.70073530693. Apelante: Berenice Roig Pes. Apelado: Esthetique Personelle Ltda. ME. Relator: Des. Marco Antonio Angelo. Porto Alegre, 12 abr. 2018. DJ 18 abr. 2018.

Na Apelação Cível n. 70079587655, julgada em 04 de setembro de 2019 pela Décima Primeira Câmara Cível sob relatoria do Desembargador Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, a Corte entendeu por diminuir o valor da penalidade estipulada para a hipótese de violação de cláusula de não-concorrência, inserida em contrato de franquia¹⁹⁹.

Tal dispositivo estabelecia a aplicação de multa no valor de R\$ 2.000,00 por dia em que perdurasse a violação da cláusula de não-concorrência, a qual foi considerada manifestamente excessiva pelo Tribunal. Isso porque os atos antijurídicos do franqueado ocorreram durante o período de trinta e seis meses, de modo que a multa diária, multiplicada por esse lapso temporal, resultaria em montante “desproporcional à natureza e à finalidade do negócio”, nas palavras do Relator.

Ainda, foi considerado que a totalidade da multa superaria o valor da obrigação principal assumida pelo franqueado, que seria, para a Corte, o pagamento de *royalties*, o que violaria o art. 412 do Código Civil. O valor da nova multa fixada pelo julgador levou em consideração o *quantum* dos *royalties* devidos pelo franqueado no mês anterior ao da propositura da ação. Logo, com base no art. 413 do Código Civil, o julgador reduziu a multa contratual para o valor mensal correspondente a 20% dos *royalties*, que equivaliam a aproximadamente R\$ 9.000,00. Em resumo, a multa estipulada no contrato de franquia, que totalizaria R\$ 2.600.000,00, foi reduzida para aproximadamente R\$ 64.800,00.

Em relação a tal julgado, destaca-se que, para o Tribunal, o pagamento de *royalties* seria a obrigação principal do contrato de franquia a ser considerada como parâmetro para redução da penalidade. Conforme analisado no capítulo anterior, a relação de franquia envolve o pagamento de outras prestações, como por exemplo a taxa inicial de franquia e a taxa de propaganda, as quais também deveriam ser consideradas para fins de determinação da obrigação principal.

Além disso, acredita-se que a Décima Primeira Câmara Cível agiu corretamente ao determinar a redução da multa, visto que o valor originalmente estipulado era manifestamente excessivo, pois quase atingia o montante de R\$ 3.000.000,00.

¹⁹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70079587655. Apelante: Mastermind Consultoria e Franchising Ltda. Apelados: Sergio Zaffari e outro. Relator: Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Porto Alegre, 04 set. 2019. DJ 06 set. 2019.

Já na Apelação Cível n. 70021807912, julgada em 11 de junho de 2008 sob relatoria da Desembargadora Marilene Bonzanini, o Tribunal manteve a cláusula penal tal como idealizada pelas partes²⁰⁰.

No caso analisado, após a rescisão do contrato de franquia, o ex-franqueado passou a fazer referências à sua condição de franqueado de forma comercial para atrair os clientes da sua antiga unidade franqueada. O julgador entendeu que tal prática violaria a obrigação de não competição constante no contrato de franquia, sendo devida a multa estabelecida no valor de R\$ 20.000,00.

Também, na Apelação Cível n. 70055550669, julgada em 27 de novembro de 2013 pela Vigésima Câmara Cível sob relatoria da Desembargadora Walda Maria Melo Pierro, manteve-se o valor da cláusula penal estipulado no contrato de franquia²⁰¹.

Nesse caso, as partes haviam celebrado um contrato de franquia para a operação de um posto de gasolina da marca “Shell”. O franqueado, antes do termo final do contrato, retirou a bandeira da marca da rede, o que constituiu violação ao contrato punível com cláusula penal, equivalente a uma taxa de franquia. O julgador entendeu que não há que se falar em relação de consumo nesse contexto e que a multa deveria ser mantida em sua integralidade, visto que o franqueado concordou com tal montante ao assinar o contrato de franquia. Destaca-se uma passagem do julgado considerada pertinente:

Diante de tal descumprimento, plenamente cabível a incidência da multa, sendo inviável a arguição de desproporcionalidade, pois **além de ter sido arbitrada em valor consentâneo com a contratação, não foi objeto de qualquer contraposição no momento da assinatura do pacto, fato que por si só já pressupõe uma concordância tácita.** (grifou-se)

Por fim, na Apelação Cível n. 70056327919, julgada em 26 de novembro de 2014 pela Décima Primeira Câmara Cível sob relatoria do Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos, o Tribunal manteve a multa no percentual ajustado pelas partes e afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor no contrato de franquia e, especialmente, o limite da multa de 2% sobre o débito, previsto no artigo 52, § 1º do CDC²⁰².

²⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70021807912. Apelante: Adriana Lazzarini Nemitz. Apelados: Lazzarini e Nemitz Ltda. Relatora: Desa. Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 11 jun. 2008. DJ 17 jun. 2008.

²⁰¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70055550669. Apelante: Getúlio Nadares de Azambuja. Apelado: V.F. Franqueadora de Farmácias e Manipulação Ltda. Relatora: Desa. Walda Maria Melo Pierro. Porto Alegre, 27 nov. 2013. DJ 02 dez. 2013.

²⁰² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70056327919. Apelantes: Auto Posto Limoeiro Ltda. e outros. Apelada: Isa Sul Administração e Participações S.A. Relator: Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 26 nov. 2014. DJ 28 nov. 2014.

No julgado analisado, as partes haviam celebrado um contrato de franquia para a operação das lojas de conveniência da marca “Am/Pm Express”, o qual foi rescindido pela falta de pagamento de *royalties* e taxa de publicidade pelo franqueado. O contrato estipulava uma multa moratória de 10% a incidir sobre o valor em atraso, a qual foi questionada em juízo pelo franqueado, que requereu a sua diminuição para o percentual de 2%, previsto no Código de Defesa do Consumidor. O Relator indeferiu o pedido e sustentou que “por último, em relação à multa moratória, foi pactuada no percentual de 10%. Vai mantida, pois são inaplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, não sendo o contrato de franquia empresarial de adesão, prevalecendo a legislação civil aplicável à espécie.”

4.3.2 Tribunal de Justiça de São Paulo

Junto ao TJSP, foram encontradas centenas de casos que discutiam a aplicação dos artigos 412 e 413 do Código Civil no contexto de franquias. Dentre eles, selecionou-se oito julgados recentes que contribuem com o desenvolvimento desse ponto, a serem analisados a seguir. Em um primeiro momento, serão analisados os julgados em que a cláusula penal foi reduzida pelos julgadores e, em um segundo momento, serão expostos os casos em que a penalidade foi mantida no montante definido pelas partes no contrato de franquia.

Na Apelação Cível n. 1054174-96.2019.8.26.0576, julgada em 9 de março de 2021 pela 2ª Câmara de Direito Empresarial sob relatoria do Desembargador Ricardo Negrão, o Tribunal entendeu pela redução da cláusula penal²⁰³.

Nesse caso, as partes haviam celebrado um contrato de franquia para a operação de uma sorveteria da marca “Ice Creamy”. Após a rescisão do contrato, verificou-se que os franqueados seguiram vendendo os produtos da marca e utilizando os sinais distintivos do franqueador, o que violava a cláusula de não-concorrência inserida no contrato de franquia. A multa para a hipótese de violação da obrigação de não-concorrência foi estipulada no instrumento contratual no patamar de R\$ 100.000,00, tendo sido reduzida pelo julgador de primeiro grau pela metade, totalizando R\$ 50.000,00.

A 2ª Câmara de Direito Empresarial determinou que, por incidência do artigo 413 do Código Civil, a penalidade deveria sofrer nova redução para o valor de R\$ 25.000,00, pois (i) tal *quantum* seria mais “adequado, justo e equilibrado” para a modalidade de franquia

²⁰³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1054174-96.2019.8.26.0576. Apelantes: Ice Bauru Sorvetes Ltda. e outros. Apelado: We Food Brasil Franchising EP Ltda.-ME. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 09 mar. 2021. DJ 09 mar. 2021.

contratada e (ii) não houve pagamento de taxa de franquia pelo franqueado. Em conclusão, a multa foi reduzida em 75%, de R\$ 100.000,00 para R\$ 25.000,00.

Observa-se, nesse caso, que o julgador reduziu arbitrariamente o valor da penalidade, justificando a diminuição por ser mais justa e pelo fato de o franqueado não ter pago a taxa de franquia. Acredita-se que, para determinar uma penalidade “justa”, o julgador deveria ter avaliado a real capacidade econômica do franqueado e outros custos relacionados à franquia, como, por exemplo, custo total com a implantação da loja, compra de estoque, pagamento de *royalties* e taxa de propaganda, dentre outros. Tampouco, verifica-se que o julgador enfrentou a questão relacionada à determinação da obrigação principal no contrato de franquia.

Na Apelação Cível n. 1092852-27.2017.8.26.0100, julgada em 10 de fevereiro de 2021 pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial sob relatoria do Desembargador Cesar Ciampolini, o TJSP também entendeu pela redução da penalidade por rescisão antecipada do contrato de franquia e pela manutenção da multa por violação da obrigação de não-concorrência²⁰⁴.

No julgado analisado, as partes haviam pactuado um contrato de franquia para a abertura de uma clínica odontológica da marca “Sorridents”. Os franqueados optaram unilateralmente por rescindir o contrato antes do seu termo final, visto que estariam enfrentando dificuldades financeiras na operação da unidade. O instrumento contratual previa em cláusula penal rescisória que o término do contrato em razão de inadimplemento ou mora no cumprimento das obrigações ocasionaria a incidência de multa no valor equivalente a uma taxa de franquia vigente à época da violação. Com base no artigo 413 do Código Civil, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial reduziu a penalidade proporcionalmente ao tempo de cumprimento do contrato, totalizando R\$ 39.000,00.

Além da rescisão antecipada do contrato, houve também a prática de atos, por parte do franqueado, que violaram a obrigação de não-concorrência assumida no instrumento contratual. Isso porque após a rescisão do contrato, o franqueado seguiu explorando a mesma atividade odontológica da rede de franquias no território da unidade, o que era vedado pelo prazo de vinte e quatro meses após a rescisão do contrato. Tanto o magistrado de primeiro grau quanto os julgadores de segundo grau entenderam pela manutenção da penalidade por violação da obrigação de não concorrência tal como inserida no contrato de franquia, no valor de R\$

²⁰⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1092852-27.2017.8.26.0100. Apelantes: JDP Ribeirão Clínica Odontológica Ltda. e outro. Apelado: Sorridents Franchising Ltda. Relator: Des. Cesar Ciampolini. São Paulo, 10 fev. 2021. DJ 10 fev. 2021.

325.000,00, visto que a prática dos atos anticoncorrenciais resultou em prejuízos consideráveis ao franqueador.

Na Apelação Cível n. 1002991-34.2018.8.26.0637, julgada em 10 de fevereiro de 2021 pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial sob relatoria do Desembargador Azuma Nishi, reduziu-se a cláusula penal compensatória²⁰⁵.

No caso estudado, as partes celebraram o contrato de franquia para fins de operação de uma cachaçaria da marca “Água Doce Cachaçaria”. Em razão do inadimplemento do franqueado em relação às suas obrigações de pagamento de *royalties* e fundo de propaganda, o contrato foi rescindido. No instrumento contratual, foi inserida cláusula penal no valor de R\$ 200.000,00 a incidir na hipótese de rescisão antecipada do contrato. O julgador entendeu pela redução do *quantum* com fundamento no artigo 413 do Código Civil, visto que “durante aproximadamente metade do prazo de vigência contratual, a recorrente deixou de incorrer em qualquer inadimplemento quanto às suas obrigações”. Assim, o valor da multa contratual foi reduzido de R\$ 200.000,00 para R\$ 70.000,00.

Na Apelação Cível n. 1071992-05.2017.8.26.0100, julgada em 27 de novembro de 2020 pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial sob relatoria do Desembargador Fortes Barbosa, reduziu-se o *quantum* da cláusula de multa²⁰⁶.

Nesse caso, as partes haviam firmado um contrato de franquia para operação de uma farmácia de manipulação da rede “Phitofarma”. O contrato foi rescindido antecipadamente pelo franqueado, que alegou que o franqueador não havia fornecido as informações devidas para o funcionamento da sua unidade. O instrumento contratual estabelecia uma cláusula penal no valor de R\$ 80.000,00 a ser paga em caso de encerramento antecipado das atividades, montante que equivale a quatro taxas de franquia pagas pelo franqueado. Com fundamento jurídico no artigo 413 do Código Civil, o TJSP decretou a redução da penalidade, a qual seria excessiva em relação ao período em que o contrato foi executado e em relação ao pequeno porte da unidade franqueada. Assim, a multa foi reduzida proporcionalmente para R\$ 33.600,00, levando em consideração o prazo em que o contrato foi cumprido.

²⁰⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1002991-34.2018.8.26.0637. Apelante: Perdonare Bar e Restaurante Ltda. Apelado: Água Doce Franchising Tupã Ltda. EPP. Relator: Des. Azuma Nishi. São Paulo, 10 fev. 2021. DJ 10 fev. 2021.

²⁰⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1071992-05.2017.8.26.0100. Apelante: Phitofarma Licenciamento e Franchising Ltda. EPP. Apelados: Tonetto Farmácia de Manipulação Ltda. e outros. Relator: Des. Fortes Barbosa. São Paulo, 27 nov. 2020. DJ 27 nov. 2020.

Na Apelação Cível n. 1001300-73.2020.8.26.0100, julgada em 20 de novembro de 2020 pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial sob relatoria do Desembargador Ricardo Negrão, a penalidade também foi reduzida pelo julgador²⁰⁷.

As partes celebraram um contrato de franquia para a operação de uma sorveteria da marca “Cuor di Crema”. Antes do termo final do contrato, o franqueado rescindiu-o unilateralmente, sem aprovação do franqueador. Em razão da rescisão antecipada, houve a incidência da cláusula penal rescisória no valor de R\$ 300.000,00, equivalente a seis taxas de franquia. O TJSP entendeu que o valor seria excessivo em demasia e extrapolaria a boa-fé contratual, de modo que, com base no artigo 413 do Código Civil, reduziu tal quantia para R\$ 100.000,00, equivalente a duas taxas de franquia. Para a diminuição do *quantum*, a 2ª Câmara levou em consideração a situação dos franqueados diante dos prejuízos anteriores ao encerramento da atividade.

Em todos os casos referidos anteriormente, observa-se que a penalidade definida na cláusula penal dos contratos de franquia foi reduzida pelos julgadores com fundamento no artigo 413 do Código Civil. Na maioria dos julgados, os valores foram considerados excessivos em comparação com a taxa de franquia. A taxa de franquia é certamente um dos principais valores envolvidos na relação de *franchising*; no entanto, não é o único. Para se ter uma melhor compreensão da capacidade econômica do franqueado e, assim, melhor classificar uma multa como sendo “excessiva”, é necessária uma análise global de todos os custos relacionados à operação da unidade franqueada, como por exemplo taxa mensal de *royalties* e de fundo de propaganda, investimento inicial, dentre outros.

Na Apelação Cível n. 1034536-14.2018.8.26.0576, julgada em 18 de fevereiro de 2021 pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial sob relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini, manteve-se a cláusula de multa no mesmo valor constante no contrato de franquia²⁰⁸.

Nesse julgado, as partes haviam celebrado um contrato de franquia para operação de uma ótica da marca “Mercadão dos Óculos”. Unilateralmente, o franqueado rescindiu o instrumento contratual antecipadamente, o que fez incidir a cláusula penal rescisória inserida no contrato, equivalente a uma taxa de franquia à época da rescisão. O TJSP entendeu que não havia abusividade na cláusula de multa, de modo que o valor não deveria ser reduzido.

²⁰⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1001300-73.2020.8.26.0100. Apelantes: Bellangero Sorvetes EIRELI e outros. Apelado: APA 3 Franqueadora EIRELI-EPP. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 20 nov. 2020. DJ 20 nov. 2020.

²⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1034536-14.2018.8.26.0576. Apelante: Emmanuel Zschaber de Almeida Marinho. Apelado: Mercadão dos Óculos Sol e Grau Franchising Ltda. Relator: Des. Alexandre Lazzarini. São Paulo, 18 fev. 2021. DJ 18 fev. 2021.

Na Apelação Cível n. 1027709-15.2018.8.26.0114, julgada em 29 de janeiro de 2021 pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial sob relatoria do Desembargador Ricardo Negrão, não houve a redução da penalidade contratual²⁰⁹.

Nesse caso, as partes haviam assinado um contrato de franquia para abertura de uma unidade de reparos e reformas da marca “Dr. Faz Tudo”. Verificou-se que, durante a execução do contrato, o franqueado deixou de pagar ao franqueador a taxa de *royalties* e o fundo de propaganda, o que atraiu a incidência de cláusula penal estipulada no contrato para tais hipóteses de inadimplemento, no valor de R\$ 30.000,00, equivalente a uma taxa de franquia. O julgador entendeu que o *quantum* da penalidade não era excessivo, mantendo-o na quantia definida no contrato. Na decisão, o relator afastou a ideia de hipossuficiência do franqueado, lecionando que:

Como já se disse, 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.

Por fim, na Apelação Cível n. 1005440-15.2018.8.26.0006, julgada em 21 de janeiro de 2021 pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial sob relatoria do Desembargador Gilson Delgado Miranda, manteve-se o valor da cláusula penal²¹⁰.

Nesse julgado, franqueador e franqueado celebraram um contrato de franquia para a operação de materiais de robótica da marca “Imaginex Education”. O instrumento contratual foi rescindido por culpa do franqueado, incidindo multa contratual equivalente a três taxas de franquia vigentes à época da rescisão. Em relação ao valor, o julgador entendeu que não havia qualquer abusividade, definindo que:

Ora, o caso dos autos envolve contrato empresarial típico. E, como já dito alhures, a **autonomia da vontade dos empresários envolvidos é ampla e deve ser respeitada**. A interpretação desses vínculos mercantis tem como pano de fundo o **fortalecimento da livre iniciativa e da livre concorrência**, nos termos do artigo 170 da Lei Maior. (grifou-se)

²⁰⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1027709-15.2018.8.26.0114. Apelantes: Rayana Mayara Abreu Soares de Carvalho e outra. Apelado: Zaiom Brasil Franquias Ltda. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 29 jan. 2021. DJ 29 jan. 2021.

²¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1005440-15.2018.8.26.0006. Apelante: Imaginex Robótica Pedagógica Ltda. Apelado: DEP Franquia de Robótica Pedagógica Ltda. Relator: Des. Gilson Delgado Miranda. São Paulo, 21 jan. 2021. DJ 21 jan. 2021.

Dos casos em que a redução da penalidade foi indeferida, percebe-se que os julgadores justificaram tal indeferimento no fato de que o contrato de franquia é um contrato empresarial, em que não há hipossuficiência do franqueado e em que há plena autonomia contratual. Percebe-se que, nesses casos, foram autorizadas penalidades em valores superiores a uma taxa de franquia, o que se faz questionar se houve a observância do artigo 412 do Código Civil pelos julgadores.

Em conclusão, o que se observa em relação aos julgados, tanto de origem do TJRS quanto do TJSP, é que há certa insegurança jurídica e incerteza em relação ao posicionamento dos tribunais sobre o tema da redução da cláusula de multa no contrato de franquia, visto que, em casos com suporte fático similar, verifica-se o deferimento e, simultaneamente, o indeferimento da diminuição do *quantum* com base em critérios amplos como “excessividade”, sem que haja um critério objetivo que baseie a decisão. Além disso, em alguns casos percebeu-se que os julgadores reduziram o valor da multa proporcionalmente ao tempo de cumprimento do contrato, já em outros não houve tal entendimento.

Finalizada a exposição acerca dos resultados da pesquisa jurisprudencial, encerra-se o terceiro e último capítulo desse trabalho, o qual teceu uma crítica à aplicação dos artigos 412 e 413 do Código Civil ao contrato de franquia e estudou o posicionamento dos tribunais escolhidos em relação ao tema, demonstrando-se que, até a data de escrita do trabalho, não há um posicionamento uniforme dos julgadores, o que gera uma insegurança jurídica em relação ao contrato de franquia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, analisou-se o instituto da cláusula penal, o contrato de franquia e o sistema de *franchising* e traçou-se uma crítica à aplicação dos critérios delimitadores da cláusula de multa ao contexto de franquias.

Por mais que as partes confiem umas nas outras, os contratos são palco de certa insegurança em relação ao seu cumprimento. A incerteza está presente inclusive nos contratos empresariais, em que as partes, a partir de sua autonomia privada e exercendo sua liberdade contratual, convencionam seu conteúdo e delimitam seus direitos e obrigações, visando à circulação de riqueza. Nesse cenário, a cláusula penal é um dos mais importantes instrumentos dos quais os contratantes dispõem para amenizar tal insegurança e compelir o devedor a cumprir com suas obrigações assumidas.

Assim como outros ordenamentos jurídicos de *civil law*, o Brasil regula o instituto da cláusula penal em sua legislação civil, aplicável, de maneira geral, aos contratos civis e empresariais, dentre os quais se inclui o contrato de franquia. Dentre as normas contidas no Código Civil, estudou-se, principalmente duas, para fins de realização da pesquisa: os artigos 412 e 413. O primeiro limita o valor da penalidade ao valor da obrigação principal e o segundo autoriza o julgador a, equitativamente, reduzir o *quantum* nas hipóteses de cumprimento parcial da obrigação e de manifesta excessividade da penalidade à luz da natureza e da finalidade do negócio.

A aplicação de ambos os dispositivos no contexto empresarial, e, mais especificamente, no *franchising*, é questionável. Os dois artigos constituem uma interferência do Estado na autonomia privada dos contratantes, que estipulam a cláusula penal em certo patamar, pois tal valor faz sentido em sua relação de franquia. Além disso, verifica-se que o próprio ordenamento jurídico reconhece que, em certas hipóteses, o valor do prejuízo pode superar o valor da obrigação principal. Um exemplo disso é a Lei Pelé (Lei n. 9.615/08), que autoriza os contratantes no cenário desportivo a pactuarem cláusula penal no valor de até quatrocentas vezes o valor do salário mensal do atleta.

Também, observa-se que não há hipossuficiência do franqueado em relação ao franqueador, estando os dois empresários em condição de igualdade. Logo, não se faz necessária uma intervenção do Estado, seja por meio do Poder Legislativo, seja por meio do Poder Judiciário, já que o franqueado não está em posição inferior e, por isso, não merece uma tutela especial.

Em pesquisa jurisprudencial junto ao TJSP e TJRS, concluiu-se que os tribunais não possuem um posicionamento uniforme em relação à limitação e à redução da cláusula de multa nos contratos de franquia. Em casos com suportes fáticos consideravelmente similares, encontram-se decisões diametralmente opostas com fundamento nos conceitos vagos e subjetivos contidos no artigo 413 do Código Civil: enquanto alguns julgadores determinam, equitativamente, a redução da cláusula penal em razão do cumprimento parcial do instrumento contratual ou de excessividade no valor da multa, outros juízes e desembargadores entendem que o *quantum* não merece redução, visto que o contrato de franquia possui natureza empresarial e é livremente negociado pelos contratantes.

A cláusula penal, em sua origem idealizada para proporcionar segurança aos contratantes, pode acabar intensificando o cenário de incerteza nos contratos de franquia, uma vez que não há um posicionamento uniforme da jurisprudência em relação à redução da penalidade e aos critérios objetivos para tal diminuição.

6 REFERÊNCIAS

- AMARAL, Luiz Henrique do. A Master Franquia e a Franquia de Desenvolvimento de Área. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). *Franchising*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 90-105.
- AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. O Contrato de Franquia. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). *Franchising*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 236-265.
- ARGENTINA. **Ley 26.994, de 7 de outubro de 2014**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 38/135 de 19 de dezembro de 1983**. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/38/135>. Acesso em: 28 mar. 2021.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. **Código de Conduta e Princípios Éticos**. S.d. Disponível em: <https://processoassociativo.abf.com.br/Content/Documentos/Codigo-de-Conduta-e-principios-eticos.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. **Desempenho do Franchising 2020**. Jan. 2021. Disponível em: www.abf.com.br/wp-content/uploads/2021/03/Desempenho-Franchising-2020-e-50-Maiores-Franquias.pdf. Acesso em: 31 mar. 2021.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. O maior franqueado do Brasil. **Franquia Negócios**, ed. 53, fev. 2014. Disponível em: <https://www.abf.com.br/o-maior-franqueado-do-brasil/>. Acesso em: 07 abr. 2021.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Estácio de Sá, 1932.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **As Origens Doutrinárias e a Interpretação da Função Social dos Contratos no Código Civil Brasileiro**. 2006. 407 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Curso de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7486/000546107.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 abr. 2021.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.966, de 26 de Dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.886, de 9 de Dezembro de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14886.htm. Acesso em: 29 abr. 2021

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.426.568. Agravantes: Natureza Locação e Administração de Bens Ltda. e outro. Agravados: Sargi Valerio dos Santos e outro. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 31 ago. 2020. DJe 31 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 403.799. Recorrente: Number One Systems Tecnologia Educacional Ltda. Recorrido: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Franciulli Netto. Brasília, 19 fev. 2004. DJ 26 abr. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 632.958. Recorrentes: Oebax Vestuário Ltda. e outros. Recorrido: Colcci Indústria e Comércio do Vestuário Ltda. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 04 mar. 2010. DJe 29 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 687.322. Recorrentes: Lea Boechat dos Santos e outro. Recorrido: De Plá Material Fotográfico Ltda. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 21 set. 2006. DJ 09 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 832.929. Recorrente: Abud Gait Netto. Recorrido: Ana Maria Petrilli Maffei Dardis – EPP. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 06 set. 2007. DJ 22 out. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.602.076. Recorrente: Odontologia Noroeste Ltda. Recorrido: GOU – Grupo Odontológico Unificado Franchising LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 set. 2016. DJ 30 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 331**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63002/LivroInternet+%281%29.pdf/f24990a5-a0b3-f2b3-131a-504c08dace3f?t=1591316052743>. Acesso em: 19 abr. 2021.

CASSETARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS (“CESA”). **Anuário da arbitragem no Brasil 2017**. São Paulo, 2018. Disponível em <http://www.cesa.org.br/media/files/CESAAnuariodaArbitragem2017.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

CHERTO, Marcelo. **Dicas práticas para quem pensa em investir numa franquia**. 2011. Disponível em: https://issuu.com/cherto/docs/investir_franquia. Acesso em: 05 abr. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e Concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 16, n. 18, p. 53-65, 1975.

CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

DEUTSCHER FRANCHISEVERBAND. **Franchise Definition – Was ist Franchising? S.d**. Disponível em: <https://www.franchiseverband.com/wissen/franchising-definition>. Acesso em: 31 mar. 2021.

DI BLASI, Gabriel. Os Direitos da Propriedade Intelectual no Franchising. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 122-161.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. 2. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

ESPANHA. **Real Decreto de 24 de julho de 1889**. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con). Acesso em: 28 mar. 2021.

FARIA, Isabela Brockelmann de. **O contrato de franchising: obrigações do franqueado**. 2013. 101 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FUX, Luiz. Prefácio. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 18-43.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HEINEN, Gabriela. **Cláusula de exclusividade territorial nos contratos de franquia: análise à luz do Direito Contratual e Concorrencial**. 2017. 140 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=001046169&loc=2017&l=6e9f89123c97dc39>. Acesso em: 02 abr. 2021.

INTERNATIONAL FRANCHISE ASSOCIATION. **What is Franchise?** S.d. Disponível em: <https://www.franchise.org/faqs/basics/what-is-a-franchise>. Acesso em: 31 mar. 2021.

KONDER, Carlos Nelson. Arras e Cláusula Penal nos Contratos Imobiliários. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 83-104, mar./abr. 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. v. 3: Contratos. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. v. 5. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula Penal e Indemnização**. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORSE, Luciana. Franquia e Outros Canais de Distribuição. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 60-69.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: v. 3: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966**. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>. Acesso em: 28 mar. 2021.

PRADO, Melitha Novoa. Conceito de Franquia e seus Elementos Distintivos. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 44-59.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017.

REINO DE PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. 1595. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

RICHTER, Marina Nascimbem Bechtejew. **A Relação de Franquia no Mundo Empresarial e as Tendências da Jurisprudência Brasileira**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70021807912. Apelante: Adriana Lazzerini Nemitz. Apelados: Lazzerini e Nemitz Ltda. Relatora: Desa. Marilene Bonzanini. Porto Alegre, 11 jun. 2008. DJ 17 jun. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70055550669. Apelante: Getúlio Ndares de Azambuja. Apelado: V.F. Franqueadora de Farmácias e Manipulação Ltda. Relatora: Desa. Walda Maria Melo Pierro. Porto Alegre, 27 nov. 2013. DJ 02 dez. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70055861454. Apelante: Comercial de Veículos Mignot de Souza Ltda. Apelados: San Marino Veículos Ltda. e outro. Relator: Des. Alex Gonzalez Custodio. Porto Alegre, 03 mar. 2016. DJ 22 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70056327919. Apelantes: Auto Posto Limoeiro Ltda. e outros. Apelada: Isa Sul Administração e Participações S.A. Relator: Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 26 nov. 2014. DJ 28 nov. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70058664996. Apelantes: Poletto e Quezada Ltda. – ME e outros. Apelado: Sport Club Internacional. Relator: Des. Pedro Celso Dal Pra. Porto Alegre, 17 abr. 2014. DJ 23 abr. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70079587655. Apelante: Mastermind Consultoria e Franchising Ltda. Apelados: Sergio Zaffari e outro. Relator: Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Porto Alegre, 04 set. 2019. DJ 06 set. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70082039512. Apelante: Janice de Lara. Apelados: Maique Barbosa de Souza e outro. Relatora: Desa. Jucelana Lurdes Pereira dos Santos. Porto Alegre, 08 ago. 2019. DJ 12 ago. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70073530693. Apelante: Berenice Roig Pes. Apelado: Esthetique Personelle Ltda. ME. Relator: Des. Marco Antonio Angelo. Porto Alegre, 12 abr. 2018. DJ 18 abr. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODOVALHO, Thiago. O contrato de franquia como sendo um contrato empresarial e complexo. In: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei; TARDIOLI, Fernando; NOVOA, Melitha Prado (coord). **Franchising**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 266-289.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

ROSEVALD, Nelson. **Cláusula penal**: a pena privada nas relações negociais. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

SALLES, Pedro Amaral. **A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do código civil de 2002**. São Paulo: Almedina, 2014.

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1001300-73.2020.8.26.0100. Apelantes: Bellangero Sorvetes EIRELI e outros. Apelado: APA 3 Franqueadora EIRELI-EPP. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 20 nov. 2020. DJ 20 nov. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1002991-34.2018.8.26.0637. Apelante: Perdonare Bar e Restaurante Ltda. Apelado: Água Doce Franchising Tupã Ltda. EPP. Relator: Des. Azuma Nishi. São Paulo, 10 fev. 2021. DJ 10 fev. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1005440-15.2018.8.26.0006. Apelante: Imaginex Robótica Pedagógica Ltda. Apelado: DEP Franquia de Robótica Pedagógica Ltda. Relator: Des. Gilson Delgado Miranda. São Paulo, 21 jan. 2021. DJ 21 jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1023473-28.2018.8.26.0564. Apelante: Valeria Aparecida Carrara. Apelados: PET Cursos Profissionalizantes Ltda. e outro. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 17 dez. 2020. DJ 17 dez. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1027709-15.2018.8.26.0114. Apelantes: Rayana Mayara Abreu Soares de Carvalho e outra. Apelado: Zaiom Brasil Franquias Ltda. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 29 jan. 2021. DJ 29 jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1034536-14.2018.8.26.0576. Apelante: Emmanuel Zschaber de Almeida Marinho. Apelado: Mercadão dos Óculos Sol e Grau Franchising Ltda. Relator: Des. Alexandre Lazzarini. São Paulo, 18 fev. 2021. DJ 18 fev. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1054174-96.2019.8.26.0576. Apelantes: Ice Bauru Sorvetes Ltda. e outros. Apelado: We Food Brasil Franchising EP Ltda.-ME. Relator: Des. Ricardo Negrão. São Paulo, 09 mar. 2021. DJ 09 mar. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1071992-05.2017.8.26.0100. Apelante: Phitofarma Licenciamento e Franchising Ltda. EPP. Apelados: Tonetto Farmácia de Manipulação Ltda. e outros. Relator: Des. Fortes Barbosa. São Paulo, 27 nov. 2020. DJ 27 nov. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1092852-27.2017.8.26.0100. Apelantes: JDP Ribeirão Clínica Odontológica Ltda. e outro. Apelado: Sorridents Franchising Ltda. Relator: Des. Cesar Ciampolini. São Paulo, 10 fev. 2021. DJ 10 fev. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 4012601-65.2013.8.26.0114. Apelante: Zaiom Brasil Franquias Ltda. Apelado: Fernando Morais Lorca. Relator: Des. Maurício Pessoa. São Paulo, 30 jul. 2018. DJ 01 ago. 2018.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 17, p. 57-70, 1999.

SCHVARTZMAN, Felipe. Desconto de Pontualidade e Cláusula Penal: Como o Direito das Obrigações Pode Promover a Adimplência? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**,

Belo Horizonte, v. 14, p. 229-244, out./dez. 2017. Disponível em:
<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/172/167>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Luiz Alberto da. Dirigismo Contratual. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, a. XVI, n. 5, p. 116-151, out. 1965.

SISTER, Tatiana Dratovsky. **Contratos de Franquia: origem, evolução legislativa e controvérsias**. São Paulo: Grupo Almedina, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

URUGUAI. **Código Civil**. Disponível em:
<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/codigos>. Acesso em: 28 de março de 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. v. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. v. 3: contratos. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.