

O CONTRATO VERBAL DE FRANQUIA: A BOA-FÉ OBJETIVA COMO LIMITADORA DA ARGUIÇÃO DE VÍCIOS FORMAIS¹

THE VERBAL FRANCHISE AGREEMENT: OBJECTIVE GOOD FAITH AS A LIMITING FACTOR IN THE CLAIM OF FORMAL DEFECTS

*Nayara Lima Rocha da Cruz**
*Marlon Tomazette***

Resumo: O contrato de franquia é qualificado como consensual, bilateral, oneroso, comutativo, de execução continuada e solene ou formal. No ordenamento jurídico brasileiro, vigora o princípio da liberdade das formas, o que significa que, salvo quando a lei requerer expressamente forma especial, a declaração de vontade pode operar de forma expressa, tácita ou ainda pelo silêncio. Assim, analisa-se se é possível o reconhecimento da validade do contrato verbal de franquia, por meio da aplicação da boa-fé objetiva na vertente hermenêutica, em razão da configuração da manifestação de vontade tácita pela presença do denominado comportamento concludente.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Franquia. Contrato verbal. Boa-fé objetiva. Comportamento concludente.

Abstract: The franchise agreement qualifies as a consensual, bilateral, onerous, commutative, continuous and formal or formal contract. In the national legal system, the principle of freedom of

¹ Artigo recebido em 29.08.2022 e aceito em 01.12.2022.

* Mestranda em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Email: nayara.lcruz@gmail.com

** Professor de Direito Empresarial no UniCEUB, no IDP e na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal. Doutor em Direito. Procurador do Distrito Federal e advogado. E-mail: marlon@direitocomercial.com

form prevails, that is, unless the law expressly requires a special form, the declaration of will can operate expressly, tacitly or even silently. Thus, it is analyzed whether it is possible to recognize the validity of the verbal franchise agreement, through the application of objective good faith in the hermeneutic aspect, due to the configuration of the manifestation of tacit will by the presence of the so-called conclusive behavior.

Keywords: Business law. Franchising. Verbal agreement. Objective good faith. Conclusive behavior.

Sumário: Introdução. 1. O contrato de franquia 3. Da imprescindibilidade da entrega Circular de Oferta de Franquia - COF para a validade formal do contrato 4. Da (in) dispensabilidade de aceitação expressa para a validade dos contratos de franquia 5. Da obrigatoriedade da forma prescrita em lei para os contratos de franquia 6. A boa-fé objetiva e a inalegabilidade de nulidades formais – a manutenção das franquias verbais. Conclusão.

Introdução.

Normalmente, os contratos de franquia são documentos escritos que incluem termos detalhados que descrevem os direitos e obrigações legais do franqueado e do franqueador.

Mas e se um franqueador e um franqueado concordassem verbalmente em começar uma relação de franquia? Às vezes, por exemplo, as partes discutem, trocam documentos e negociam os termos do contrato com a intenção de registrar esses termos no futuro, mas não celebram, de fato, um acordo por escrito, dando início à operação sem esse documento. Esse contrato de franquia verbal seria válido e executável?

Em que pese a ausência de assinatura no instrumento do contrato e, portanto, de manifestação de vontade expressa, faz-se pertinente averiguar se houve declaração tácita de vontade e se há, no ordenamento jurídico, norma capaz de tolher a possibilidade de alegação de nulidade formal pela franqueada.

Assim, o presente artigo busca, através da análise das teorias invocadas pelo precedente do Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial n. 1.881.149/DF, responder a esses questionamentos, bem como examinar a compatibilidade desses princípios fundamentadores da referida decisão com o dispositivo legal que regula especificamente os requisitos de validade do contrato de franquia.

Para isso, o artigo envolve abordagem analítica com avaliação qualitativa documental e quantitativa (não estatística) das decisões dos Tribunais Pátrios, além da revisão bibliográfica relevante.

O trabalho foi dividido em três seções: após esta introdução, a seção 2 traz as origens e propósitos dos contratos de franquia a fim de trazer o cenário em que os requisitos essenciais desse contrato foram originados. As seções 3, 4, 5, adentram em uma análise acerca desses requisitos legais, quais sejam, circular de oferta e franquia, aceitação expressa, forma prescrita em lei, e a sua (im)prescindibilidade. Na seção 6, se expõe as considerações, interpretações e princípios norteadores desse importante contrato.

1. O contrato de franquia.

O contrato de franquia surgiu nos Estados Unidos em 1850, com a Singer, que fazia máquinas de costura, sofrendo impulsos de expansão ainda no século XIX nos segmentos automobilístico e de bebidas.² No século XX, novos impulsos são dados, e o sistema se

2 MARIANI, Irineu. *Contratos Empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 361-362.

expande pela Europa e chega ao Brasil, introduzido inicialmente pelas franquias de cinema e posteriormente expandido para os seguimentos de distribuição de produtos. No ano de 2020, o setor de franquias no Brasil faturou mais de 188 bilhões de reais, mostrando a importância econômica do sistema,³ mesmo num período de crise.

Em outras palavras, a franquia é o contrato “pelo qual um empresário – o franqueador – concede a outro empresário – o franqueado – o direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respectivos bens imateriais de suporte (mormente, a marca), no âmbito de rede de distribuição integrada do primeiro, de forma estável e a troco de uma retribuição”.⁴ Vale dizer, na franquia há “a concessão de uma marca de produtos ou serviços, à qual se acrescenta a concessão do conjunto de métodos e meios de venda”.⁵

Em síntese, pode-se dizer que a franquia é:

o contrato de colaboração empresarial através do qual a Franqueadora concederá a um terceiro, independente e autônomo, qual seja, ao franqueado, o direito de: (i) utilizar sua marca em caráter não exclusivo; (ii) distribuir produtos e/ou serviços, sob um formato operacional e mercadológico previamente definido, geralmente em território pré-determinado; e (iii) receber o *know-how* necessário para viabilizar a instalação e a administração deste negócio peculiarmente formatado, segundo os parâmetros definidos pela Franqueadora.⁶

3 ABF – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. Disponível em: <https://www.abf.com.br/numeros-do-franchising/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

4 ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 451-452.

5 GUYENOT, Jean. *Que és el franchising*. Buenos Aires: EJEA, 1977. p. 2.

6 AMENDOEIRA, Sidnei. In: AMENDOEIRA, Sidnei et al (Coord.). *Franchising*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 242.

Assim, pode-se afirmar que o sistema de franquia empresarial é aquele pelo qual um franqueador autoriza, por meio de um contrato, o franqueado utilizar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, associado ao direito de distribuição exclusiva ou não de produtos ou serviços, sendo regido atualmente pela Lei n. 13.966/2019.⁷

Apesar da Lei n. 13.966/2019, há uma grande controvérsia quanto à tipicidade do contrato. Para alguns autores, trata-se de contrato típico,⁸ na medida em que há legislação específica sobre o contrato, que embora não seja a mais completa possível, trata do mais importante, trazendo um conceito para o contrato e a obrigação de prestação de informações pelo franqueador. Em um meio termo, há quem fale em uma tipificação incipiente.⁹

De outro lado, há quem afirme, tratar-se de contrato atípico,¹⁰ afirmando-se que para quem a “lei brasileira sobre franquias não confere tipicidade ao contrato: prevalecem entre franqueador e franqueado as condições, termos, encargos, garantias e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual entre eles firmado”.¹¹ Essa afirmação parece válida, pois as condições, termos, encargos, garan-

7 BRASIL. Lei n. 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 26 de dezembro de 2019.

8 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 220; FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 39; WAISBERG, Ivo. Franquia. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de direito empresarial: contratos mercantis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 216.

9 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro – Empresa e atuação empresarial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1. p. 34.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. III. p. 670; FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 56; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2. p. 313; SILVA, Flávio Lucas de Menezes; TUSA, Gabriele. Contrato de franquia empresarial: a instrumentalização de um negócio formatado. In: FERNANDES, Wanderley (Coord). *Contratos de organização da atividade empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 271.

11 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 20. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1. p. 127.

tias e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual entre eles firmado, não estando prevista no texto legal.

Tal fenômeno não ocorre com a forma do contrato, visto que a Lei de Franquias, trouxe, de forma taxativa, os critérios formais para a caracterização do contrato de franquia, como será visto a seguir. A Lei de regência cuida de aspectos essenciais ao aperfeiçoamento do negócio e seu regular desenvolvimento que são: (a) obrigatoriedade de apresentação da circular de franquia; (b) a aceitação do franqueado; e (c) a observância forma prescrita em lei.

2. Da imprescindibilidade da entrega Circular de Oferta de Franquia - COF para a validade formal do contrato.

Em relação à franquia, é importante esclarecer que para sua celebração, são impostos certos deveres ao franqueador na chamada fase pré-contratual. Assim, sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial e encontrar sujeitos interessados na exploração do negócio, ele deve previamente à celebração do contrato prestar informações ao interessado para que este possa celebrar o contrato, ciente de todas as condições do negócio.

A Lei n. 13.966/2019, em seu artigo 2º, §1º, impõe ao franqueador a obrigação de fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma *Circular de Oferta de Franquia – COF*. Ela determina a entrega do documento com o mínimo de 10 dias da assinatura do contrato de franquia ou, ainda, do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou a pessoa ligada a este. Em caso de descumprimento do referido prazo poderá o franqueado arquir sua anulabilidade ou nulidade do negócio, com a devolução dos valores pagos a título de royalties e taxa de franquia, conforme o §2º, do mesmo dispositivo legal.

A Circular de Oferta de Franquia (COF) configura um dos documentos mais importantes do contrato de franquia empresarial, e

nela constam informações sobre o negócio proposto pelo franqueador e deveres impostos ao franqueado, caso venha a celebrar o contrato de franquia. É, portanto, o conteúdo prévio do contrato.¹²

Registre-se que essa COF não representa um pré-contrato, não representando uma promessa de contratar. A COF é sistema de divulgação de informações (disclosure),¹³ que representa a divulgação total e sincera dos dados empresariais relevantes para essa contratação.¹⁴ A partir dessa divulgação, o interessado poderá tomar uma decisão consciente de celebrar ou não celebrar o contrato. A COF tem efeito vinculante e integra o contrato ou pré-contrato a ser firmado.¹⁵

Nesse contexto, a Lei traz a entrega prévia da COF como elemento essencial para a configuração da validade do contrato de franquia empresarial. Tanto é assim, que há a previsão de dois institutos que maculam o plano da validade do negócio jurídico: a nulidade e a anulabilidade.

A nulidade ocorrerá quando não houver a entrega da COF ao candidato franqueado, tratando-se de violação à solenidade exigida por lei, conforme art. 166, V do Código Civil. “A falta de entrega da COF gera nulidade, pois se trata de solenidade considerada essencial para a validade do contrato de franquia, conforme inciso V do artigo 166 do Código Civil”.¹⁶ Nessa situação, o vício não pode ser convalidado pelo decurso do prazo, podendo ser alegado a qualquer tempo (CC – art. 169).

12 FERNANDES, Lina. *A proteção consumerista do franqueado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

13 NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 230.

14 FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003. p. 93.

15 MARIANI, Irineu. *Contratos Empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 384.

16 RIZZARDO FILHO, Arnaldo; FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de. Função, elementos e vícios da Circular de Oferta de Franquia: uma análise crítica do art. 2º, § 2º, da Lei 13.966/19. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1026, p. 197-209, abr. 2021.

Já a anulabilidade do contrato de franquia se dá quando se tem a entrega da COF fora do prazo de 10 dias ou, ainda, se o documento estiver com omissões ou faltando informações obrigatórios na lei, conforme destacada anteriormente, nos termos do art. 171, caput, do Código Civil.¹⁷ Por outro lado, no caso de entrega defeituosa da COF, isto é, fora do prazo, com omissão ou falsidade de informações, haveria anulabilidade, na medida em que “a solenidade ocorreu – não foi preterida –, mas de forma viciada”.¹⁸ Nessas situações, poderia falar em uma anulabilidade em razão da determinação da própria Lei n. 13.966/2019.

Sendo assim, a Lei traz a Circular de Oferta e Franquia como elemento essencial para a validade do negócio jurídico. No entanto, cumpre ressaltar que o contrato de franquia detém natureza jurídica de contrato empresarial, presumindo-se que os contratantes compartilham de equivalentes conhecimentos, experiências e meios necessários para o desempenho de ofício mercantil, a par da assistência técnica e administrativa a ser prestada pelo franqueador.

Desse modo, conforme o enunciado número 21 da I Jornada de Direito Comercial, “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.”

Nesse mesmo sentido entende o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que já possui Enunciado de Jurisprudência estabelecendo que a anulação do contrato de franquia pela ausência da COF está sujeita à comprovação de efetivo prejuízo e requerimento em “prazo razoável” (Enunciado nº IV do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial).

17 SOUSA, Ed Gleison. *O contrato de franchising: Síntese sobre o negócio empresarial e o conteúdo da COF*, 26 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depe-so/344388/o-contrato-de-franchising-negocio-empresarial-e-o-conteudo-da-cof>. Acesso em: 22 jul. 2022.

18 RIZZARDO FILHO, Arnaldo; FIGUEIREDO, Raif Daher Hardman de, *Op. Cit.*

Portanto, a indispensabilidade da COF à luz das circunstâncias fáticas, pode ser relativizada quando ambas as partes, a despeito da norma, atuam durante certo período como se franqueador e franqueado fossem.

3. Da (in) dispensabilidade de aceitação expressa para a validade dos contratos de franquia.

Para a celebração de um contrato, é necessário o encontro de duas vontades. Especificamente no caso da franquia, diante da entrega da COF, é necessária a aceitação do franqueado. A aceitação representa, portanto, o ato unilateral do franqueado que concorda com os termos do negócio constante da COF, isto é, trata-se de ato unilateral que tem um conteúdo coincidente com o da proposta.¹⁹

Assim, salvo quando a lei exigir, a declaração de vontade da parte pode se operar por qualquer meio, podendo ser expressa ou tácita.²⁰ A aceitação tácita é aquela que se dá quando as circunstâncias evidenciam a intenção da parte de anuir com o negócio. Segundo apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a ratificação tácita ocorre quando “apesar de ciente da anulabilidade, a parte cumpre regularmente seu conteúdo.”²¹

Em regra, a aceitação se dará com a declaração de vontade expressa do franqueado de que aceita o contrato. Nem sempre a aceitação precisa ser expressa, admitindo-se a aceitação tácita em razão de comportamentos do franqueado, especialmente pelo início da execução do contrato. Como regra geral, o silêncio importa recusa à

19 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. 2. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 279.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n. 1.881.149/DF. Relatora: Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 jun. 2021

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 607.

proposta, porém, o silêncio pode significar aceitação, se rodeado de circunstâncias que permitam extrair do silêncio do oblato a sua intenção de aceitar a proposta.

Conforme exposto, a confirmação tácita ou expressa mantém o contrato de franquia mesmo com a assinatura irregular do instrumento contratual. Porém, em ambos os casos, a ação do franqueado é determinante para que seja convalidado o negócio, à luz da boa-fé objetiva, que, conforme será analisado, poderá exercer sua função hermenêutica, bem como limitadora do exercício de direito subjetivo.

Acerca da declaração tácita de vontade, esta “dá-se por meio de um comportamento concludente, assim configurado quando incompatível com a não aceitação”.²² Nas palavras de Pontes de Miranda, configura-se “por atos ou omissões que se hajam de interpretar, conforme as circunstâncias, como manifestação de vontade do ofertante ou do aceitante”.²³

Essa orientação é inspirada pela tutela das expectativas e conta com o auxílio da boa-fé objetiva, na vertente hermenêutica, para avaliar se o comportamento adotado revela a intenção de anuir com o negócio.

Ao se perquirir acerca da existência de comportamento concludente, Paulo Mota Pinto alerta para a necessidade de levar em consideração a perspectiva do destinatário da manifestação tácita.²⁴ Aliás, ao citar exemplos de comportamentos concludentes, o doutrinador português refere que um dos mais significativos consiste na execução do negócio.²⁵

22 MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 546

23 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 88

24 PINTO, Paulo Mota, *Op. Cit.*, p. 778

25 *Ibidem*, p. 825

Assim, o comportamento concludente se equipara à declaração tácita: do comportamento do agente se extrai a manifestação tácita.²⁶

Logo, a execução do contrato pela franqueada por tempo considerável configura verdadeiro comportamento concludente, por exprimir sua aceitação com as condições previamente acordadas com a franqueadora.

4. Da obrigatoriedade da forma prescrita em lei para os contratos de franquia.

A forma representa o meio de expressão exterior da vontade negocial,²⁷ isto é, o meio pelo qual se externa a manifestação de vontade nos negócios jurídicos. A forma pode ter uma função de interesse público, como a exigência de forma pública para um controle da tributação. Além disso, a forma serve para tornar certo o fato da conclusão do contrato, evitando controvérsias. Por fim, as formas servem para dar conhecimento da existência do contrato a terceiros que podem ser afetados por eles.²⁸

Em suma, tal elemento tem papel fundamental para a publicidade dos atos e, eventualmente, o processo civil. Apesar disso, a forma não se confunde com a prova, esta é qualquer objeto capaz de representar um fato, já aquela é o modo com que a declaração de vontade ocorre com eficácia jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, vigora, o princípio da liberdade de forma, contido no artigo 107 do Código Civil, de modo

26 ANDRADE, Érico. ANDRADE, Érico. O Silêncio no Ato e no Negócio Jurídico. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 98, p. 99-118, jul./dez. 2008. p. 113.

27 ALPA, Guido. *Corso di diritto contrattuale*. Pádova: CEDAM, 2006. p. 72.

28 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 100-101.

que há apenas vinculação de uma forma específica quando se tratar de previsão legal. Isso significa, que, salvo quando a lei requerer expressamente forma especial, a declaração de vontade pode operar de forma expressa, tácita ou mesmo pelo silêncio, conforme preceitos do artigo 111 do Código Civil.

Nos casos em que a lei estabelece solenidades como requisito para a validade de certos negócios, trata-se da chamada forma especial ou solene ou *ad solenitatem*. Nesses casos, como afirmado pela Ministra Nancy Andrighi, a exigência legal de forma especial é questão atinente ao plano da validade do negócio.²⁹

Por essa razão, caso a forma prescrita em lei não seja assumida na declaração das partes, é cominada pena de nulidade ao negócio jurídico, nos termos do artigo 166, IV, do Código Civil. E, conforme o artigo 169 do Código Civil, “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

Especificamente no que tange ao contrato de franquia, é possível afirmar que a franquia é um contrato consensual³⁰ e formal,³¹ pois ele é aperfeiçoado pelo simples encontro de vontades, mas sua formalização depende de contrato escrito na forma do art. 7º da Lei nº 13.966/2019. A solenidade exigida é a forma escrita. O registro no INPI (Lei nº 9.279/96 – art. 211) é apenas para eficácia perante terceiros, dando conhecimento da licença de uso da marca. É um contrato de trato sucessivo, pois sua execução perdura no tempo.

Entretanto, a realidade mostra a existência de contratos verbais de franquia entre as partes quando, ainda que inexistentes a aceitação expressa e o preenchimento dos requisitos constantes da

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n. 1.881.149/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 jun. 2021.

30 ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 453.

31 CARNEIRO, Thiago Jabur. *Franquia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 134; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 229.

legislação, ambas as partes passaram a agir como se franqueada e franqueadora fossem. Essa prática existe com certa frequência, seja por negligência das partes envolvidas, ou mesmo, por divergência nas cláusulas contratuais. Apesar disso, em muitos casos, a unidade franqueada já está em pleno funcionamento.³²

Nesses casos, após um prazo razoável de exercício da atividade não é razoável reconhecer a nulidade do contrato. Assim sendo, é importante explicar juridicamente como é possível manter a validade desses contratos.

5. A boa-fé objetiva e a inalegabilidade de nulidades formais – a manutenção das franquias verbais.

Sabe-se que no direito privado as nulidades não se convalidam e devem ser conhecidas *ex officio* pelo magistrado (CC, art. 168, parágrafo único). Apenas as anulabilidades podem ser convalidadas desde que preenchidas determinadas exigências legais (CC, art. 173).³³

A boa-fé objetiva representa “uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República)”.³⁴ Ela representa, portanto, “o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade”,³⁵ vale dizer, “a boa-fé objetiva molda a nova concepção da teoria

32 DA ROSA, Iolanda Regina Monteiro. *Validade do Contrato verbal de franquia*, 16 jul. 2020. Disponível em: <http://fbdarosa.adv.br/validade-do-contrato-verbal-de-franquia/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

33 SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 280.

34 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-Fé nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, v. 14, [S. l.], abr./jun. 1995. p. 24.

35 NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: parte material. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 108.

contratual, que exige das partes a construção de ambiente de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação”.³⁶

A boa-fé objetiva atua como limite ao exercício de direitos subjetivos,³⁷ sendo fundamento para a vedação do abuso de direito. Assim, resta vedada pela boa-fé a adoção de comportamentos contraditórios em face de condutas que já vinham sendo realizadas ou toleradas, as quais podem ser consideradas abusivas diante da finalidade social do direito.

No mesmo sentido, pode-se dizer que

a expressão boa-fé objetiva (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) um standard ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento standard direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um estado ideal de coisas).³⁸

A boa-fé objetiva repele a prática de condutas contraditórias, impregnadas ou não de malícia ou torpeza, que importem em quebra da confiança legitimamente depositada no parceiro contratual.³⁹

36 BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN; Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 283.

37 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 437 e 455; LOPEZ, Tereza Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

38 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 281-282

39 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n. 1.881.149/DF.

A proibição à contraditoriedade desleal no exercício de direitos manifesta-se, de acordo com o magistério de Judith Martins-Costa – e no que importa à espécie –, nas figuras do *nemo potest venire contra factum proprium* e do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.⁴⁰ A primeira é definida como o exercício de posição jurídica em contradição com o comportamento adotado anteriormente. Já a segunda se traduz na “rejeição à malícia daquele que adotou certa conduta, contribuiu para certo resultado e depois pretende escapar aos efeitos do comportamento malicioso com base na alegação da própria malícia para a qual contribuiu.”⁴¹

Um dos reflexos dessa função da boa-fé objetiva é a inalegabilidade de nulidades formais, que impede a alegação de vícios formais pela própria parte que lhe deu causa.⁴² Assim, mostra-se possível a manutenção do negócio jurídico, de forma a dar primazia à confiança provocada na outra parte da relação contratual,⁴³ tendo em vista a alegação de nulidade se revelar abusiva por contrariar a boa-fé objetiva na sua função limitadora do exercício de direito subjetivo ou mesmo redutora do rigor da lei.⁴⁴

Nessa linha de ideias, Menezes Cordeiro esclarece que a vedação à alegação de vício formal não consiste em conferir validade ao nulo, mas pode ser caracterizada como uma sub-hipótese da proibição do *venire contra factum proprium*.⁴⁵ Assim, a conservação do ne-

Relatora: Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 jun. 2021.

40 CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 672.

41 *Ibidem*, p. 690.

42 *Ibidem*, p. 790.

43 PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 778

44 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 697.

45 CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 787.

gócio jurídico, nessa hipótese, significa dar primazia à confiança provocada na outra parte da relação contratual.

O conteúdo da boa-fé traz à tona proteção da confiança, pela qual se “pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, no qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. Protege-se, assim, a boa fé e a confiança que o parceiro depositou na declaração do outro contratante”.⁴⁶

A parte deve confiar no comportamento da outra, na expectativa legítima que esse comportamento gerou. A boa-fé traduz-se no dever de “*cada parte agir de forma a não lesar a confiança da outra*”.⁴⁷ Protege-se, assim, a segurança nas relações, permitindo uma estabilidade desejável nos contratos, especialmente nos contratos empresariais.

Nesse contexto, a jurisprudência pátria, desde 2014,⁴⁸ vem reconhecendo a admissibilidade do contrato verbal de franquia, quando devidamente configurados seus demais elementos caracterizadores, a exemplo do oferecimento da Circular de Oferta de Franquia. Assim, o Superior Tribunal de Justiça passou a aplicar a prevalência do direito material sobre a forma, uma vez que ambas as partes auferem vantagens e assumem obrigações.

Apesar do reconhecimento da admissibilidade do contrato verbal de franquia, o STJ manteve a necessidade da presença de elementos que o diferenciam de outros contratos, como por exemplo, do contrato de representação comercial. Desse modo, configurados

46 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 126-127.

47 GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. O princípio da boa-fé e sua repercussão nos contratos – algumas reflexões. *Revista de Direito da PGM/RJ*, Rio de Janeiro, ano III, nº 3, p. 54-56, dez. 2000.

48 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (Terceira Turma). Agravo em Recurso Especial n. 1.623.398/DF. Relatora: Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 jul. 2018.

seus demais elementos caracterizadores, tais como oferecimento da circular de oferta de franquia, demarcação de área de atuação, fornecimento de know-how e tecnologia, entre outros constantes da Lei n. 13.966/2019, a validade do contrato é o que tem prevalecido.

No REsp n. 1881149/DF, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a boa-fé tem força para impedir a invocação de nulidade do contrato de franquia por inobservância da forma prevista no art. 6º da Lei 8.955/94,⁴⁹ então vigente, cujo conteúdo é repetido na Lei n. 13.966/2019.

No âmbito dos contratos de franquia, porém, a decisão gera especial interesse dada a relevância que sempre foi conferida à forma escrita neste negócio jurídico, e também às informações e documentos que, por força de Lei, devem constar na Circular de Oferta de Franquia (COF).

Entretanto, não obstante a ausência de preenchimento da forma exigida pela lei, o STJ, à luz da realidade dos fatos, preteriu a observância do comportamento das partes, visto que ambas as partes passaram a agir como se franqueada e franqueadora fossem, a fim de analisar a boa-fé objetiva frente à obrigatoriedade da forma prescrita em lei para a validade dos contratos de franquia.

A exigência legal de forma especial é questão atinente ao plano da validade do negócio.⁵⁰ É nesse contexto que a inobservância da forma prescrita em lei na declaração das partes culmina o negócio jurídico com a pena de nulidade.⁵¹

No entanto, deve-se considerar que “no tocante aos casos de nulidade meramente formal (Código Civil, art. 166, IV) e de anulabi-

49 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial n. 1.881.149/DF. Relatora: Nancy Andrighi. Terceira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 jun. 2021.

50 BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial n. 1.881.149/DF. Relatora: Nancy Andrighi. Terceira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 jun. 2021.

51 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Art. 166, inciso IV.

lidade, a boa-fé obsta a consequência invalidante, quando implicar a contraditoriedade desleal”.⁵² Desse modo, protege-se o franqueador de boa-fé que, mesmo descumprindo parcialmente os ditames legais, como por exemplo, a falha na assinatura do instrumento contratual, não deve ser responsabilizado pelo insucesso do negócio do franqueado estritamente por esse motivo.

Assim, em se analisando a primeira ação ou comportamento, deve-se observar que a conduta da franqueada surgiu uma expectativa em terceira pessoa, sendo referida expectativa frustrada em decorrência de uma atitude diametralmente contrária adotada pelo agente, com potencial lesivo, o que induz a inegável violação à boa-fé objetiva.

No caso julgado pelo STJ no REsp n. 1.881.149/DF, a expectativa da celebração de um contrato de franquia se deu em razão da abertura, pleno funcionamento e faturamento da filial pela franqueada, seguida de uma frustração, em decorrência de uma atitude diametralmente oposta adotada pelo agente, que se deu pelo pedido de não reconhecimento da existência da relação jurídica com a franqueadora, com inegável potencial lesivo e violação da boa-fé objetiva.⁵³

Com base nessas premissas, em diversas oportunidades, o STJ tem rejeitado a pretensão de declaração de nulidade do negócio deduzida por quem contribuiu com o vício. Sobre o assunto, é pertinente rememorar os seguintes precedentes:

(i) REsp 681.856/RS (Quarta Turma, DJ 06/06/2007): rechaçou a alegação de nulidade de título executivo – consistente na ausência de

52 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*: critérios para sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 697.

53 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n. 1.881.149/DF. Relatora: Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 jun. 2021.

representação social de um dos contratantes – em virtude de conduta reprovável da parte executada, que invocara, em sede de embargos, suposto vício contratual levado a efeito por ela própria quando da constituição do negócio;

(ii) REsp 1.040.606/ES (Quarta Turma, DJe 16/05/2012): na hipótese, havia sido redigido instrumento de distrato do contrato de locação, mas a locadora se recusou a assiná-lo. Então, em juízo, suscitou a nulidade desse negócio. Todavia, a alegação foi rejeitada com base na “*proibição do venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o tu *quoque*, [que] repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva”;

(iii) REsp 1.192.678/PR (Terceira Turma, DJe 26/11/2012): a par de reconhecer, em tese, a invalidade de obrigação pactuada por falta de requisito essencial (assinatura do emitente em nota promissória em desacordo com a lei de regência), decidiu rejeitar a alegação de nulidade, à luz da boa-fé objetiva.

Portanto, verifica-se que o comportamento contraditório exige um esforço interpretativo para observá-lo como parte integrante e fundamental de uma cadeia de atos sucessivos praticados pelo agente, dotados de relevância jurídica.

A tarefa hermenêutica, desse modo, que tem início com a análise do fato social, deve orientar-se para a análise global do fenômeno fático-jurídico, do comportamento lesivo à boa-fé. Isto porque o comportamento contraditório costuma estar revestido de aparente licitude. Ele, *prima facie*, sugere estrita observância às regras jurídicas, demonstrando aparente conformidade com o direito positivo.

O que o torna um comportamento contrário ao Direito é sua relação com os atos anteriores. Tal comportamento revela uma contradição ao projeto de atuação anunciado pela conduta inicial lesiva

à boa fé e à confiança depositada por terceiros na seriedade desta agir, daí porque mostra-se imprescindível para avaliação da validade do contrato de franquia a análise integrada da cadeia fática.

Conclusão.

É inegável que o contrato de franquia se encontra sedimentado no direito brasileiro, tipificado, com regulamentação própria e de uso intenso e prático. Contudo, ainda que tenha havido a atualização do instrumento normativo com a Lei n. 13.966/2019, a leitura feita desse contrato é limitada, pois não o analisa sob uma perspectiva dinâmica.

Assim, tomando como ponto de partida o posicionamento adotado no julgamento do REsp n. 1.881.149/DF, o referido contrato deve ser analisado como um complexo fático e unitário em progressão, de modo a alcançar uma ideia mais completa e atual da relação de franquia.

Orientada pelo princípio da boa-fé objetiva, essa perspectiva dinâmica trará para o processo uma análise da relação obrigacional partindo de um todo complexo, concatenando as posições da franqueadora e do franqueado, impondo deveres anexos para além daqueles principais previstos no instrumento contratual, permitindo, assim, um exame mais flexível do contrato, adaptando-o às novas realidades e necessidades do mercado de franquia.

Desse modo, a utilização da boa-fé objetiva como um critério hermenêutico, permite o fornecimento de um parâmetro unificado a ser tomado como ponto de partida para interpretação dos contratos de franquia. A partir da ideia da boa-fé, o conteúdo do contrato será analisado levando em consideração a expectativa e confiança gerada na outra parte contratante, visando preencher as lacunas de um instrumento de tamanha complexidade.

Essa aplicação direta do princípio aos contratos de franquia, permite a assunção de um referencial teórico sólido suficiente para ultrapassar a interpretação estática realizada por décadas pelos Tribunais, extraída de seu clássico estudo estrutural.⁵⁴

Portanto, mostra-se perfeitamente possível adaptar a técnica hermenêutica existente às demandas recém surgidas, atingindo um maior equilíbrio nas relações de franqueador e franqueado, sem desestimular a adoção desse modelo contratual, trazendo ainda consequências positivas para todas as partes envolvidas.

54 CORREIA, Tícia Benevides Xavier. *O contrato de franquia: uma análise de sua dinâmica jurídica sob a ótica da boa-fé objetiva*. Pernambuco: Recife, 2010.

