

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO EMPRESARIAL

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

RONEY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz, Maria De Fatima Ribeiro, Roney José Lemos Rodrigues de Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-163-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Empresarial. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho nº 41 - Direito Empresarial, durante o XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Brasília - DF, entre os dias 06 a 09 de julho de 2016, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UNB), Universidade Católica de Brasília (UCB), Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), todos localizados na cidade sede.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central - Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática foi pensada para se refletir sobre as intensas transformações ocorridas no Brasil do passado e contemporâneo, na busca por satisfazer o desejo coletivo de superar ou minimizar a desigualdade.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e afim. Os temas apresentados no Grupo de Trabalho – Direito Empresarial tiveram como destaques as abordagens sobre falência, recuperação judicial, sociedades empresariais, lei anticorrupção e compliance, função social da empresa entre outros. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Os 25 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Trabalho, na medida em que abordam itens ligados à responsabilidade de gestores, acionistas e controladores, de um lado, e da empresa propriamente de outro. Resgata, desta forma, os debates nos campos do direito e áreas específicas, entre elas a economia. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

Todas as publicações reforçam ainda mais a concretude do Direito Empresarial, fortalecendo-o como nova disciplina no currículo do curso de graduação e as constantes ofertas de cursos de especialização e de *stricto sensu* em direito.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de idéias, com vistas ao desenvolvimento e ao crescimento econômico, considerando também a realidade econômica e financeira internacional que estamos vivenciando, com possibilidades abertas para discussões e ensaios futuros.

Espera-se, que a presente publicação possa contribuir para o avanço das discussões doutrinárias, jurídicas e econômicas sobre os temas abordados.

Convidamos os leitores para a leitura e reflexão crítica sobre a temática desta Coletânea e seus valores agregados.

Nesse sentido, cumprimos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e ao mesmo tempo agradecemos os autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Prof. Dr. Roney José Lemos Rodrigues de Souza - UNICAP

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz - UIT

Coordenadores

CONTRATOS: ANÁLISE DOS FATORES INTERVENIENTES DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA CONTRATUAL

CONTRACTS: ANALYSIS OF FACTORS OF ACTORS PRINCIPLES OF CONTRACTUAL JUSTICE

Guilherme Aguiar De Lima ¹

Resumo

RESUMO: Este artigo objetivou mostrar algumas abordagens conceituais com definições que permitem uma uniformização da elaboração de contratos, de acordo com seus princípios, visando à proteção de interesse das partes envolvidas, antes da apresentação da proposta comercial. Os resultados apontaram que o conceito de contrato, a sua finalidade e o seu conteúdo sofreram muitas influências dos fenômenos sociais, especificamente dos modelos econômicos adotados. Com relação ao instituto contratual, este vem se preocupando com o desenvolvimento social. São princípios constitucionais novos que definem novas estratégias para a elaboração de contratos e oferecer segurança nas relações sociais.

Palavras-chave: Palavras-chave: contratos, Princípios contratuais, Fenômenos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT: This article aimed to show some conceptual approaches with settings that allow standardization of drafting contracts , according to its principles , in order to protect the interests of the parties involved , prior to the proposed commercial presentation. The results showed that the concept of contract, its purpose and its contents suffered many influences of social phenomena , specifically the economic models adopted . Regarding the contractual institute, this has been concerned with social development . Are new constitutional principles that define new strategies for drafting contracts and provide security in social relations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: contracts, Contractual principles, Social phenomena

¹ Mestrando em Direito Privado pela Universidade FUMEC/MG. MBA em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas (FGV e, Especialização em Franchising pela Franchising University e pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

1. INTRODUÇÃO

O propósito deste estudo é mostrar algumas abordagens conceituais com definições que permitem uma uniformização da elaboração de contratos, de acordo com seus princípios, visando à proteção de interesse das partes envolvidas, antes da apresentação da proposta comercial.

Para tanto, antecipou-se em considerar as características gerais, forma jurídica e princípios contratuais (THEODORO JÚNIOR, 1999). Nesse sentido, Serafin (2015, p.1), coloca que “o contrato é o regulador das questões que envolvem o que está sendo contratado, como será a execução dos trabalhos, a definição dos prazos, e a contrapartida será os honorários recebidos pelos trabalhos”.

Em decorrência disso, muito se tem discutido sobre a instituição do contrato, que segundo Meirelles (2010, p.35), é típica do Direito Privado, baseada na:

[...] autonomia da vontade e na igualdade jurídica dos contratantes, mas é utilizada pela Administração Pública, na sua pureza originária (contratos privados realizados pela administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que os princípios gerais dos contratos tanto se aplicam aos contratos privados (cíveis e comerciais) quanto aos contratos públicos, dos quais são espécies os contratos administrativos, os convênios e consórcios executivos e os acordos internacionais.

Porém, qualquer alteração unilateral do contrato deve manter o equilíbrio financeiro inicial, sob pena de enriquecimento ilícito. Segundo Melo (2014), nos negócios, o fator determinante para uma empresa ter segurança ao executar os serviços da qual foi contratada e receber por eles, é a elaboração de um contrato.

Inserido neste contexto encontram-se os princípios contratuais que são importantes para a existência do contrato, uma vez que sem eles não se poderia analisar os casos existentes de forma mais detalhada. Segundo Diniz (2011) e Melo (2014) princípios são as proposições básicas que fundamentam as ciências. No Direito, o princípio significa o fundamento, a base que irá informar as normas jurídicas, servindo ainda de critério orientador para os aplicadores da lei.

Espera-se que o referido trabalho possa trazer contribuições às empresas, uma vez que a proposta apresenta informações para ajudar na elaboração de contratos, provendo-as de uma ferramenta, na qual a utilização permitirá obter resultados satisfatórios na observância dos princípios contratuais, direcionando a relação que as partes pactuaram para um relacionamento de parceria.

Tendo em vista a exposição do tema nesta pesquisa, optou-se pela utilização da vertente metodológica jurídico-dogmática, devido ao fato do trabalho ter sido desenvolvido com os elementos do ordenamento jurídico, procurando compreender contratos, bem como as questões atinentes à sua elaboração, por meio de pesquisas teóricas e de investigações. A coleta de dados se realizou por meio de pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica compreendeu a utilização de publicações, como livros, periódicos, *sites* e legislação, o que permitiu uma melhor compreensão da base teórica do trabalho desenvolvido. A análise de dados se deu através da análise predominantemente qualitativa.

Este artigo está estruturado em cinco capítulos. No primeiro, apresenta-se sua introdução. Na sequência, evidenciam-se algumas abordagens sobre contratos. No capítulo três, descrevem-se os princípios contratuais do Direito. No capítulo quatro, citam alguns aspectos norteadores do contrato de *franchising*. Por fim, o capítulo cinco, demonstra as conclusões deste estudo, apontando algumas recomendações para avanços de novas avaliações sobre o tema investigado.

2. ABORDAGENS SOBRE CONTRATOS

É importante ser estudado alguns conceitos aplicáveis aos contratos, bem como sua classificação e forma de interpretação e outras abordagens que permitirão as pessoas um melhor entendimento das normas e procedimentos contratuais.

Atualmente, as expressões contratos, pacto e convenção são utilizadas como sinônimas, ou seja, tanto faz a pessoa falar que firmou um contrato, um pacto ou uma convenção.

No passado, mas precisamente no Direito Romano, havia distinção entre cada uma delas, uma vez que convenção era gênero do qual o contrato era espécie e o pacto derivava do contrato.

Segundo Melo (2014, p.6), o termo convenção “é utilizado para os acordos coletivos, como, por exemplo, a convenção de condomínio ou a convenção coletiva de trabalho; casos em que se estabelecem normas complementares àquelas já estabelecidas em lei”.

As convenções são também muito utilizadas no Direito Internacional, principalmente para fixarem princípios a serem seguidos pelos países participantes, como as convenções das Organizações das Nações Unidas (ONU) ou da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - (MELO, 2014).

Quanto à obrigação é o vínculo jurídico que obriga o devedor a dar, faz ou não fazer alguma coisa em favor do credor e decore principalmente da lei, dos contratos e dos ilícitos.

Os contratos são espécie do gênero obrigações que podem ser assumidas de maneira expressa, tácita e até, excepcionalmente, pelo silêncio. É importante destacar que um mesmo contrato pode gerar por si mesmo uma série de obrigações para as partes envolvidas; “o contrato é a maior fonte das obrigações” (MELO, 2014, p.5).

O contrato é também um das espécies de negócio jurídico, portanto um típico fato jurídico. Destaca-se que um fato jurídico é mais amplo, pois nele se inserem, além dos fatos humanos (lícitos e ilícitos), os fatos jurídicos naturais, que se dividem em ordinários (nascimento, morte, decurso de tempo, entre outros); e extraordinários (fortuito e força maior).

Nesse prisma, Gomes (2008, p.10) elucida que o “contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.

Na concepção de Miranda (2008, p.2) contrato é negócio jurídico bilateral que:

[...] gera obrigações para ambas as partes, que convencionam, por consentimento recíproco, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, verificando, assim, a constituição, modificação ou extinção do vínculo patrimonial.

Assim, “todo contrato é um fato jurídico, porém a recíproca não é verdadeira. Logo, contratos são espécies de fatos jurídicos” (MELO, 2014, 5).

Para Diniz (2011, p.30), contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na “conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.

Melo (2014, p.6) define contrato como:

[...] uma espécie de negócio jurídico, realizado mediante o acordo de duas ou mais vontades (sinalagma) com a finalidade de adquirir, resguardar, transmitir ou extinguir direitos que, para validade, devem obedecer aos limites estabelecidos em lei.

É importante destacar que as duas vontades mencionadas pelo autor devem ser entendidas como vontades opostas no negócio jurídico realizado.

Contrato é conceituado por Venosa (2033, p.464) como um:

[...] acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinada a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Beviláqua (1999, p.245) entende por contrato “o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”.

Quanto aos requisitos de validade dos contratos para todo e qualquer contrato (como de resto para os negócios jurídicos em geral), além dos requisitos específicos de cada modalidade (subjativos), são indispensáveis os requisitos gerais (objetivos) estipulados no artigo do Código Civil (CC), quais sejam:

- a) Capacidade civil do agente – é a capacidade jurídica para os atos da vida civil, no termos do artigo 5º do CC.
- b) Objeto lícito – não se admitem contratos que sejam contrários à lei, como também não se admitem aqueles que contrariem a moral e os bons costumes, portanto, o objeto do contrato deve ser lícito e moralmente aceito.
- c) Objeto possível – o objeto sobre o qual recai a pactuação não pode ser algo impossível de ser realizado. Essa possibilidade é tanto física quanto jurídica.
- d) Determinação do objeto – também não se admite negócio realizado sobre coisa indeterminada. O objeto do consumo deve ser determinado desde o mais breve possível, admitindo-se seja determinável, isto é, indeterminado hoje, mas possível de determinação até o momento do cumprimento da obrigação.
- e) Foram pela qual se realiza o contrato – é a maneira pela qual deva ser realizado o contrato, se assim a lei exigir. Destaca-se que as partes, como regra geral, são livres para celebrarem contratos (CC, artigo 107), que podem ser por escrito (público ou particular), mas podem ser verbal ou até mesmo gestual, a não ser quando a lei, para dar maior segurança jurídica, determine uma forma pela qual deva ser o negócio (CC, artigo 108). (MELO, 2014; SOUZA, 2000).

Para Gonçalves (2013) os requisitos de validade dos contratos são de duas espécies: 1) De ordem geral - comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, artigo 104); e 2) De ordem especial (específico dos contratos) - o consentimento recíproco ou acordo de vontades.

O contrato, de acordo com Serafin (2015, p.1) precisa essencialmente conter cinco elementos:

- 1) Objeto bem definido - objeto significa quais serão os trabalhos executados, devendo ser especificados com bastante clareza, para que uma parte não peça o que não foi contratado, nem a outra deixe de fazer algo que se comprometeu a fazer.
- 2) Condições de pagamento - a forma como será efetuado os pagamentos.
- 3) Prazo - o prazo é primordial, pois define o tempo que sua empresa terá para executar o trabalho, bem como o que seu cliente deverá esperar, prevenindo assim possíveis constrangimentos e até mesmo um abalo na relação comercial por conta de cobranças desnecessárias.

4) Multa - o contrato é um acordo de vontades, e assim no caso de descumprimento por qualquer das partes do contrato, deve conter multa tanto por atraso no pagamento, como por atraso na entrega do que foi contratado.

5) Condições para rescisão do contrato - todo contrato deve conter a possibilidade de rescindido, amparando a parte que não deseja mais continuar com o contrato, mas também assegurando que a rescisão não venha prejudicar a outra parte, que já investiu tempo e valores para cumprir com suas obrigações. Assim, uma cláusula de rescisão, deve observar todo o contexto do contrato, para que nenhuma das partes seja prejudicada.

Segundo Serafin (2015, p.1) e Melo (2014) esses são os requisitos necessários de um contrato, devendo ser revisado periodicamente, e em todas as contratações, uma vez que cada cliente procura um serviço específico. Porém, se suas cláusulas forem genéricas, possivelmente a empresa terá problemas e estará vulnerável a ser processada, “sendo pleiteado algo que não havia sido de fato contratado, mas por não conter cláusulas que assegurem seus direitos e obrigações, as chances de uma condenação são grandes”.

Os contratos são também espécie de negócio jurídico, que depois de atendidos os requisitos objetivos acima mencionados, deverão para sua validade, preencher os requisitos subjetivos: 1) Declaração da vontade (consentimento) – representada pela manifestação concordante de duas mais partes que deve ser livre e consciente, isto é, sem vícios ou defeitos de qualquer natureza; 2) Atenção – quer dizer, além da capacidade jurídica do artigo 5º do CC (capacidade genérica), exige-se que os contratantes não tenham impedimento para praticar aquele determinado ato, isto é, exige-se que o agente tenha legitimidade para a prática do ato (MELO, 2014).

3. PRINCÍPIOS GERAIS DOS CONTRATOS

Além dos princípios gerais de Direito, todos os ramos do Direito tem seus próprios princípios e, com os contratos, não poderia ser diferente.

Salienta-se também que os princípios convivem harmonicamente dentro de qualquer sistema jurídico e:

cada caso é que vai dizer se esse ou aquele princípio é que deve ser prevalente. Isto é, se houver um conflito de princípios, o fato de o interprete fazer uma opção pela prevalência de um sobre o outro não significa que aquele outro deva ser eliminado do sistema, uma vez que em outro caso, por aplicação desse mesmo princípio, aquele que anteriormente foi postergado poderá agora vir a ser prevalente. (MELO, 2014, p.9).

Desta forma, será descrito a seguir quais são os princípios do Direito Contratual, conforme o pensamento de Melo (2014), Miranda (2008), Diniz (2011), Lyra Junior (2003) e Código Civil (2002).

3.1 Princípio da autonomia da vontade

Este princípio surge da teoria clássica do Direito Contratual, que se estendeu desde o Direito Romano até os dias atuais, segundo o qual os contratantes têm ampla liberdade de contratar, podendo eleger de forma subjetiva com quem e em que momento contratar e, de que forma objetiva, estabelecer livremente o próprio conteúdo do contrato, sem que pesasse qualquer intervenção estatal (MELO, 2014).

Quando a vontade dos interesses aplicada ao regime jurídico do contrato, a teoria da autonomia da vontade conduz à proclamação de três princípios, integrados:

a) a liberdade contratual, através da qual se preconiza que as partes são livres para contratar ou não fazê-lo; b) a força obrigatória do contrato, segundo a qual as partes devem respeitar os ajustes por elas firmados; c) o efeito relativo do contrato, vinculando exclusivamente os contratantes ao que tenha sido objeto do pacto. (LYRA JÚNIOR, 2003, p.1).

Esse princípio não é mais absoluto, como nenhum é, pois a liberdade de contratar deve ser exercida, porém, em consonância com a função social dos contratos; deve respeitar os princípios de ordem pública; e, além disso, deve estar conforme a boa-fé e os demais princípios da moderna hermenêutica jurídica (CC, ARTIGO 421).

Além da limitação mencionada acima, esse princípio também está bastante limitado por motivos de ordem prática, decorrentes de própria vida moderna, tendo em vista que a liberdade de contratar ou não contratar não é mais plena como no passado: liberdade contratar só o que quiser; liberdade de escolher o outro contratante; e liberdade para fixar o conteúdo do contratado (MELO, 2014).

Pode-se dizer que a liberdade de contratar e de não contratar mostra-se, atualmente, relativa, pois a vida em sociedade obriga as pessoas a realizar frequentemente contratos, de todas as espécies.

3.2 Princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*),

Esse princípio, que é também chamado da intangibilidade ou das forças vinculante dos contratos, significa que as partes devem cumprir fielmente o que foi pactuado, ou seja, o contrato faz lei entre as partes. Quer dizer, assinou, vai ter que cumprir.

Elucida-se que esse princípio também não é mais absoluto, estando atualmente bastante relativizado, tanto que se permite possam as partes, de comum acordo, alterar as cláusulas originalmente fixadas por meio dos aditamentos contratuais, como também pode ser revisado judicialmente, visando corrigir distorções e abusos, com base na aplicação dos demais princípios contratuais (DINIZ, 2011).

É importante destacar que o *pacta sunt servanta* (os pactos devem ser cumpridos ou respeitados) continua a existir, e isso se justifica por que “não se pode admitir que alguém possa firmar um contrato e depois queira deixar de cumprir apenas e tão somente por capricho”. Se assim fosse, “isso iria gerar uma muita insegurança jurídica” (GOMES, 2008, p.40).

Vale ressaltar que esse princípio, ainda que importante e válido, não é mais tão rigoroso quanto foi no passado, tendo em vista a existência de outros princípios que possibilitam a revisão dos contratos (MELO, 2014).

Cabe ressaltar que este princípio somente passa a reger as convenções se:

todos os requisitos de existência, validade e eficácia dos contratos tiverem sido observados; isto é, em suma, se os agentes forem capazes, o objeto for lícito, possível e determinado ou determinável, a forma for prescrita ou não-defesa em lei, e a vontade das partes for real, ou seja, a obrigação tiver sido pactuada de forma livre e espontânea. (CC, ARTIGO 104).

Somente justificariam “o não cumprimento das convenções a força maior, o caso fortuito ou a invocação do direito de arrependimento, quando o mesmo tivesse sido expressamente previsto pelos contratantes” (CC, ARTIGO 393).

3.3 Princípio da supremacia da ordem pública

Este princípio, que também é chamado do dirigismo contratual ou da intervenção estatal, veio se contrapor ao princípio da livre e total autonomia contratual entre as pessoas.

Quer dizer, em contrapartida à situação da livre vontade que vigia no fim do século XIX, a sociedade passou a exigir do Estado maior intervenção nas relações jurídicas, com

vistas a limitar as abusividades praticadas pelas classes privilegiadas, pois se percebeu que as liberdades outorgadas às partes acabavam por privilegiar os mais fortes, em detrimento dos mais fracos.

Surgiram então, os movimentos em prol dos direitos sociais, passando a ser editadas leis destinadas a garantir, em setores importantes, a supremacia da ordem pública, da moral e dos bons costumes como: Lei do Inquilinato, a Lei da Economia Popular, a Lei da Usura, ao Código de Defesa do Consumidor, entre outros (MELO, 2014).

Cabe destacar que esse princípio está claramente recepcionado no CC de 2002 que, em seu artigo 2.035, parágrafo único, expressamente prevê: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrair preceitos de ordem pública” (CC, ARTIGO 2.035), tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função em seu artigo 17 que prevê: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (CC, ARTIGO 17).

3.4 Princípio do consensualismo

Normalmente, os contratos são consensuais, ou seja, se aperfeiçoam mediante a concordância das partes quanto aos detalhes do que pretendem transacionar. Na compra e venda, por exemplo, o contrato está perfeito e acabado quando as partes acordam sobre o objeto e o preço, independentemente da entrega da coisa (DINIZ, 2011).

Segundo Melo (2014), por esse princípio, o contrato se aperfeiçoa pelo encontro das vontades concordantes, sem a necessidade de nenhum formalismo. Assim, o papel no qual se fará constar as diversas cláusulas e tão somente o instrumento que servirá de prova do que foi acordado pelas partes acordarem sobre o objeto do pacto.

3.5 Princípio da relatividade

É o princípio pelo qual somente as partes que manifestaram suas vontades é que ficam vinculadas ao contrato, não gerando efeito para terceiros. Quer dizer, o contrato só produz efeito em relação aos contratantes, não prejudicando os interesses de terceiros nem seu patrimônio.

Esse princípio está bastante mitigado em face do princípio da função social dos contratos e do princípio de ordem pública, que possibilitam a terceiros que não são partes no contrato, intervir neles se, de alguma forma, forem direta ou indiretamente atingidos.

Diniz (2011, p.34) evidencia que por esse princípio a “avença apenas vincula as partes que nela intervenham não aproveitando nem prejudicando terceiro, salvo raras exceções”. Em consonância, Gomes (2008, p.67) elucida, a formulação desse princípio faz-se em termos concisos ao dizer-se que o contrato é “*res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*” o que significa, “que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros”. Conclui-se, desta forma, que tanto para Diniz quanto para Gomes, o contrato apenas produz efeitos às partes não afetando terceiros.

3.6 Princípio da revisão dos contratos ou teoria da imprevisão

Esse princípio é também chamado de cláusula *rebus sic stantibus*, este é mais um princípio que se opõe ao princípio da obrigatoriedade, na medida em que permite que os contratantes recorram ao Judiciário para alterarem o teor do que foi originalmente contratado em razão de fatos externos que tornem excessivamente oneroso para uma das partes o cumprimento do acordado (CC, ARTIGO 478), cuja finalidade é permitir a revisão ou resolução do contrato em razão de fato novo que o torne muito oneroso; e permitir ao credor que, abrindo mão da vantagem, possa manter o contrato em vigor.

Porém, uma ressalva: esse princípio só se aplica aos contratos de execução futura, ou seja, aqueles de execução diferida (a ser cumprida no futuro em data determinada) e os de execução continuada ou de trato sucessivo (a ser cumprido em prestações periódicas). Esse princípio não se aplica aos contratos ditos aleatórios, porque o risco é da essência desses tipos de contratos (MELO, 2014).

Diniz (2011) coloca que neste princípio pode ocorrer o inadimplemento, conferido no artigo 389, CC que:

a parte lesada tem o direito de fazer uso dos instrumentos judiciais para obrigar a outra parte a cumpri-lo ou indenizá-lo pelas perdas e danos, sob pena de execução patrimonial. Este artigo inclui todas as obrigações, tanto a principal que define o tipo de contrato, quanto a secundária que são os deveres anexos. (CC, ARTIGO 389).

Desta forma, uma vez assinado o contrato, ele se torna obrigatório, causando segurança para o contratante que tem a obrigação de dar ou fazer assegurando que ele irá receber pelos seus serviços ou pela coisa que esta dando.

3.7 Princípio da função social dos contratos

Este princípio tem como objetivo corrigir a injustiça contratual sempre que houver desproporção entre as partes contratuais, colocando em desvantagem uma das partes contratantes e, em contrapartida, permitindo o enriquecimento da outra (CC, ARTIGO 421).

As finalidades são a inserção dos contratos no setor econômico, no sentido de obrigar terceiros a cooperar par ao bom andamento do mesmo; e a relativização dos efeitos da autonomia, quando o contrato acarretar inutilidade ou injustiça (desproporção entre prestações), que poderá ensejar a revisão para propiciar a manutenção do contrato.

Assim, a ideia da função social do contrato está intimamente ligada à da lesão (CC, ARTIGO 157), em que uma parte abusa da outra mediante a inserção de cláusulas estabelecendo prestações desiguais e desproporcionais, quando deveria estabelecer prestações equivalentes como elemento essencial da validade do contrato.

Vê-se, pois, que a função social do contrato está na harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social.

Segundo o parecer de Vicente Arruda (*apud* MELO, 2014, p.15) quem tem liberdade é a pessoa:

... não o contrato, cuja liberdade dos contratos esta vinculada a função social do contrato imposta pelo ordenamento jurídico. A função social da propriedade e dos contratos constituem limites à autonomia de vontade, na qual se funda a liberdade contratual, que devera estar voltada à solidariedade, a justiça social, à livre iniciativa, ao progresso social, à livre circulação de bens e serviços, à produção de riquezas, equilíbrio de prestações evitando o abuso do poder econômico, desigualdade entre os contratantes e a desproporcionalidade, aos valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, ao respeito da dignidade humana.

Pode-se dizer que o princípio da função social representa a ruptura pelo abrandamento do principio da relatividade dos efeitos do contrato, de maneira que este tem sua função pública ressaltada, em detrimento do exclusivo privado das partes.

3.8 Princípio da boa-fé objetiva e da probidade

A finalidade deste princípio é proteger o devedor de prestação excessivamente onerosa, além de exigir que as partes atuem com correção e lealdade e, especialmente, evitar que alguém se beneficie da sua própria torpeza.

Incube ao juiz estabelecer o que é segundo a boa-fé ou contrário à boa-fé. Mas o juiz não se vale de um conceito próprio de correção ou lealdade, deve considerar regras do costume, que podem, se muito mais isentas do que seu conceito pessoal de correção.

No pensamento de Diniz (2011, p.69) esse princípio na interpretação do contrato,

é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíproca, auxiliando-se mutuamente na formação e na execução do contrato. Daí estar ligado ao princípio da probidade.

Para essa autora, a regra da boa-fé, é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais.

Assim, a probidade citada no artigo 422 do CC é um dos aspectos subjetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida “como honestidade de proceder ou maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou cometidos à pessoa” (CC, ARTIGO 422).

4. CONTRATO ESPECIAIS: DO CONTRATO DE *FRANCHISING*

Neste capítulo torna-se importante abordar sobre contrato de *franchising* uma vez que esse é o tema do mestrado do pesquisador deste artigo.

No Brasil, o instituto de franquia está em franco desenvolvimento e encontra-se regulado, ainda que de maneira precária, na Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1984, aplicando-se também a esses contratos as regras do CC, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Nesse tipo de contrato, atuam duas partes jurídicas distintas: o franqueador e o franqueado. O franqueador é aquele que detém a marca e conhece o sistema de comercialização do produto do serviço. O franqueado é aquele que se filia ao empreendimento mediante uma remuneração inicial, mais uma percentagem periódica sobre

os lucros obtidos, arcando com os custos e despesas da instalação, ficando autorizado a comercializar os produtos ou serviços e utilizar a marca (MELO, 2014).

O franqueador estabelece o modo pelo qual o franqueado deverá instalar e fornecer o seu produto ou serviço e lhe presta orientação e assistência técnica de maneira contínua, pelo prazo e duração do contrato (DINIZ, 2011).

Segundo essa autora, a franquia é um contrato de caráter distributivo, um típico e moderno contrato de distribuição comercial. É um contrato que tem viés cooperativo e colaborativo.

Cordeiro (1999 *apud* DINIZ, 2011, p, 68) menciona que “a franquia não é uma pura troca, mas antes um contrato que põe duas partes em permanente contato; por isso há que valorizar as exigências de boa-fé, dada a entrega confiante que as partes podem ser levadas a realizar mutuamente”.

O contrato de franquia, segundo Coelho (2009, p.110), é um contrato atípico, ou seja:

um contrato que se afasta dos modelos legais, pois não são disciplinados ou regulados expressamente pelo Código Civil, pelo Código Comercial ou por qualquer lei extravagante, sendo, todavia, permitidos juridicamente, desde que não contrariem a lei, os bons costumes e os princípios gerais de direito. Embora exista a Lei 8.955/94, que molda certas questões sobre as franquias, esta não abrange todas as questões necessárias, apresentando ainda algumas falhas em determinados pontos.

Na maioria dos casos, em torno de uma franquia encontra-se uma série outros contratos, isto é, “uma pluralidade de contratos todos interligados pela atividade do franqueado que, embora celebrados individualmente, estão interligados pelo objetivo negocial único – o funcionamento da franquia.” (MELO, 2014, p.277).

A franquia, conforme Coelho (2009), é um contrato complexo tendo características de outros contratos, cabendo destacar os seguintes aspectos:

- a) Contrato de *engineering* – pelo qual o franqueador planeja e orienta a montagem do estabelecimento franqueado.
- b) Contrato de *management* – relativo ao treinamento dos funcionários e à estruturação da administração do negócio.
- c) Contrato de marketing – para utilização das técnicas de colocação dos produtos ou serviços juntos aos consumidores. (MELO, 2014).

De acordo com Diniz (2011) é possível afirmar que o elemento marcante nesse tipo de contrato é a autorização de nome e marca que uma empresa cede a outra com a prestação de serviços, mediante a remuneração convencionada.

Assim, podem-se identificar dois elementos do *franchising*: o primeiro é a licença de utilização de marca, de nome, e até de insígnia do franqueador; e o segundo, a presença de

serviços de organização e métodos de venda, padronização de materiais, e até de uniforme de pessoal externo (DINIZ, 2011).

Sua natureza jurídica, segundo Venosa (2010), portanto, pode ser definida como:

- a) Bilateral – é contrato que prevê obrigações recíprocas para os participantes.
- b) Consensual – porque depende exclusivamente da vontade das partes para seu aperfeiçoamento.
- c) Comutativo – as partes podem prever com certa segurança quais prestações estão assumindo e os riscos, embora o sucesso do empreendimento possa ficar na dependência da sorte.
- d) Oneroso – ambas as partes perseguem lucros e para isso investem recursos.
- e) Personalíssimo ou *intuitu personae* – a contratação se realiza em face da confiança que uma parte inspira na outra.
- f) Adesão – o franqueado adere em bloco ao contrato, podendo, quando muito, discutir algumas cláusulas.

Diniz (2011) coloca que a responsabilidade civil prevista na legislação consumerista (Lei nº 8.078/90) funda-se na responsabilidade objetiva (sem culpa) e na solidariedade entre todos os participantes da cadeia de produção, distribuição ou comercialização de produtos e serviços.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo baseou-se numa pesquisa limitada a contratos. Apreendeu-se que o contrato não faz parte uma concepção puramente subjetiva. Acrescenta-se, em sua análise, o estudo do aspecto objetivo, de sua função de instrumento normativo e mais justa circulação de bens e serviços, mecanismo de política econômica. Assim, pode-se compreender o contrato como fenômeno social e economicamente situado.

Ressalta-se, entretanto, que o conceito de contrato, a sua finalidade e o seu conteúdo sofreram muitas influências dos fenômenos sociais, especificamente dos modelos econômicos adotados.

Com relação ao instituto contratual, este vem se preocupando com o desenvolvimento social. São princípios constitucionais novos que definem novas estratégias para a elaboração de contratos. É importante destacar que contratar, não é uma situação isenta de riscos e surpresas, todavia os novos princípios surgiram para valorizar as principais funções do Direito, a função de oferecer segurança nas relações sociais, ou seja, da segurança jurídica, que está sempre presente no âmbito jurídico.

Não obstante, é necessário salientar que os princípios contratuais são fundamentais para as bases das normas jurídicas. De forma geral, o termo princípio contratual denota as formulações presentes nas normas jurídicas, as quais surgem da necessidade da legislação vigente.

É importante destacar que o Direito Civil sob a ótica da Constituição traz novas ferramentas contratuais, que começam a tratar os princípios jurídicos no ordenamento jurídico, cabendo, portanto, à doutrina e à jurisprudência definir os contornos dos referidos princípios com base na Constituição.

6. REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil anotado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 21 ed. São Paulo: Saraiva 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2013.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3759>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo, Editora Malheiros, 2010.

MELO, Domingos Nehemias. **Lições de direito civil: dos contratos e dos atos unilaterais**. V.3. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria geral dos contratos. **Revista Virtual Direito Brasil**, v. 2, n.2, p.1-15, 2008. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

SERAFIN, Tiago. **A importância do contrato**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40746/a-importancia-do-contrato>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

SOUZA, Marcus Valério Guimarães. Requisitos de validade contratual. Requisitos objetivos, subjetivos e formais. **Universo Jurídico**. Juiz de Fora, ano XI, set., 2000. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/574/requisitos_de_validade_contratual_requisitos_objetivos_subjetivos_e_formais>. Acesso em: 30 jul. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos: princípios gerais; tendências do direito contratual contemporâneo; abrandamento dos princípios tradicionais; intervenção estatal crescente; impacto do código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 765, ano 88, jul., p.11- 33, 1999.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. V. 2. São Paulo: Atlas. 2003.

_____. **Direito civil**: contratos em espécie. V.3. São Paulo: Atlas, 2010.