

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gustavo Nori Testa

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS
CONTRATOS DE FRANQUIA

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Gustavo Nori Testa

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS
CONTRATOS DE FRANQUIA

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo.

São Paulo

2012

Banca Examinadora:

Aos meus pais, José, *in memoriam*, e Mirian
por todo amor, empenho e dedicação na minha
formação pessoal e intelectual.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pela dedicação incansável em minha formação, pela confiança e eterno incentivo aos estudos. Os pais são os guardiões fiéis do mais puro e incondicional amor.

Aos meus amigos, pela confiança, vibração, entusiasmo que de muita valia tiveram nessa jornada e, principalmente pela sua amizade e por estarem presentes em todos os momentos.

Agradeço, em especial, ao meu orientador, Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo pelo privilégio em tê-lo ao meu lado durante a caminhada, pelo incentivo e a extrema dedicação ao estudo e ao ensino do direito cujas aulas que em muito contribuíram para a construção desse trabalho. À Professora Doutora Maria Garcia pelo incentivo e por ter dividido seu profundo conhecimento em todos os ramos do saber.

RESUMO

O reconhecimento da incidência de valores e princípios previstos pela Constituição Federal de 1988 junto ao Direito Civil, insurge não apenas como simples tendência à satisfação do método, mas como verdadeiro movimento, cujo objetivo fundamental é a construção de um sistema jurídico sensível aos problemas e desafios inerentes à sociedade moderna, ao mesmo tempo em que favorece o pleno desenvolvimento econômico, razão primordial de relações contratuais, normalmente intrínsecas à atividade comercial, como por exemplo o *franchising*.

Dentre os “novos” desafios que a teoria contratual tem a enfrentar considerando a nova realidade, o presente trabalho perseguirá o objetivo de um direito contratual em sintonia em relação a esses novos institutos constitucionais, em especial aqueles relacionados a direitos fundamentais, avaliando possíveis reflexos sobre a dignidade da pessoa humana, e alguns de seus desdobramentos no Direito Constitucional e no Direito Contratual.

Palavras-chave: direitos fundamentais, contratos, franquia.

ABSTRACT

The recognition of the impact of values and principles laid down by the Constitution of 1988 with the Civil protests not as a mere trend toward satisfaction method only, but as a real movement endowed with a concern focused on building a legal system that is while sensitive to the problems and challenges pertaining to contemporary society and enable a full economic development, a factor driving the commercial contractual relationships such as franchising, for example.

Among these "new" challenges contractual theory will have to face considering the new reality, this paper will pursue the goal of a contractual right aligned to these new constitutional statements, particularly those connected to fundamental rights, evaluating possible impacts on human dignity, and further unfolding consequences upon the Constitutional and Contractual Law.

Key words: fundamental rights, contracts, franchising

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. A CONSTITUIÇÃO.....	11
2.1. ORIGEM HISTÓRICA.....	11
2.2 O SISTEMA JURÍDICO.....	11
2.2.1. Teoria Geral dos Sistemas de Ludwig von Bertalanffy.....	12
2.2.2. Teoria reducionista e teoria sistêmica.....	13
2.2.3. Sistema Aloiético.....	14
2.2.4. Sistema Autopoiético.....	14
2.3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	15
2.3.1. Conceito de Princípios no Direito.....	16
2.3.2. O texto e a norma.....	18
2.3.3. Os princípios como normas jurídicas.....	19
2.3.4. A diferenciação de princípios e regras, dentro do sistema aberto da Constituição.....	20
2.3.5. A colisão de princípios e a máxima da proporcionalidade.....	22
2.4 O CONSTITUCIONALISMO.....	24
3. INTERPRETAÇÃO JURIDICA.....	29
3.1. OS INTÉRPRETES DO DIREITO.....	31
3.1.1. Interpretação autêntica.....	32
3.1.2. Interpretação administrativa.....	32
3.1.3. Interpretação jurisdicional.....	33
3.1.4. Interpretação doutrinária.....	34
3.2. OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	34
3.2.1. O método hermenêutico clássico.....	38
3.2.2. O método tópico-problemático.....	39
3.2.3. O método hermenêutico-concretizador.....	39
3.2.4. O método científico-espiritual.....	40
3.2.5. O método jurídico normativo-estruturante.....	40
3.2.6. Método reutivo eidético.....	41
3.3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	41
3.3.1. Princípios da interpretação constitucional.....	45
3.4. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL.....	47
3.4.1 Da interpretação dos contratos e dos negócios jurídicos.....	47
3.4.2. Das regras sobre a interpretação dos contratos.....	49

4. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	56
4.1. TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	56
4.1.1. Teoria da <i>State Action</i>	56
4.1.2. Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata	58
4.1.3. Teoria da Eficácia Direta ou Imediata.....	60
4.1.4. Teoria dos Deveres de Proteção (Teoria da Imputação).....	61
4.1.5. Teoria Integradora de Alexy.....	62
4.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUICAO FEDERAL DE 1988	63
4.2.1. A Dignidade da Pessoa Humana	65
4.2.2. A Autonomia da Vontade.....	67
4.2.3. A Função Social do Contrato	68
4.3 O DIREITO À IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA.....	69
4.3.1. Direitos da Personalidade	69
4.3.2. Pessoas jurídicas e os Direitos da Personalidade.....	74
4.3.3. A pessoa jurídica e o direito à imagem.....	76
4.4. A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO CIVIL.....	82
5. OS CONTRATOS	85
5.1. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL	85
5.2. O CONTRATO E A ORDEM JURIDICA	86
5.2.1. A Evolução da Teoria dos Contratos.....	87
5.3. A FUNÇÃO INSTRUMENTALIZADORA DO ADVOGADO.....	89
5.3.1. Releitura dos conceitos jurídicos.....	90
5.3.2. Busca por novos modelos de realização do direito.....	91
5.3.3. Aperfeiçoamento da técnica de redação contratual	91
5.3.4. O advogado como conselheiro	91
5.3.5. O advogado como agente minimizador de riscos.....	92
5.3.6. O advogado como propagador da Justiça Contratual	92
5.4. NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	93
6. CONTRATO DE FRANQUIA	96
6.1. ORIGENS.....	96
6.2. CONCEITO.....	96
6.3. MODALIDADES.....	99
6.3.1. Franquia de Marca e de Produto e Franquia de Negócio Formatado	100
6.3.2. Franquia-Mestre e Franquia de Desenvolvimento de Área.....	100
6.3.3. Outras Modalidades.....	101
6.4. NATUREZA JURÍDICA.....	102
6.5. A FUNÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DO CONTRATO DE FRANCHISING	103

6.6. CARACTERÍSTICAS	105
6.6.1. Tipicidade	105
6.6.2. Bilateralidade	106
6.6.3. Onerosidade	106
6.6.4. Comutatividade	106
6.6.5. Formalidade e Consensualidade	107
6.6.6. Continuidade	107
6.6.7. Adesividade	107
6.6.8. Intuitu Personæ	108
6.7. CLÁUSULAS ESPECIAIS	110
6.7.1. Outras Cláusulas Previstas	112
6.8. DIREITOS E DEVERES DAS PARTES NOS CONTRATOS DE FRANQUIA	112
6.9. CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA (COF)	113
6.10. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA	116
6.10.1. Ocorrência do Termo do Contrato	116
6.10.2 Resilição	117
6.10.3. Resolução	119
6.10.4. Rescisão	119
7. ASPECTOS SOBRE A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS	121
7.1. CLÁUSULAS GERAIS	121
7.2. O CONTRATO SUSTENTÁVEL	123
7.3. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS PRIVADOS	125
7.3.1. Cláusula Ambientais	125
7.3.2. Cláusulas Sociais	126
7.3.3. Cláusula Anticorrupção	127
8. CONCLUSÃO	129
BIBLIOGRAFIA	133

1. INTRODUÇÃO

Historicamente o conflito existente entre a vontade do particular, sua autonomia, e os direitos fundamentais remontam as origens do Estado Liberal no século XVIII, desde a Revolução Francesa. A corrente idelógica do liberalismo impulsionou a expansão do modelo econômico liberal por todo o mundo de maneira a tranformar o Contrato como um de seus expoentes de maior destaque para a formação de novos negócios e a circulação de riquezas. Em razão dessa ideologia predominante, o público e o privado se encontravam em compartimentos estanques, na medida da ingerencia do Estado nas relações particulares, sobretudo de cunho patrimonial.

Tomaremos como base a concepção de um sistema de posições e relações jurídicas onde interseccionam-se o que é publico e o que é privado, o trabalho busca expor uma metódica na busca de harmonizar esses dois ramos do Direito que no decurso do tempo sempre se mativeram isolados. Para atingir esse objetivo, é mister pois, uma mudança de perspectiva em relação ao eixo central de gravitação dos direitos fundamentais e da autonomia privada.

A partir da concepação de fundamentalidade e aplicabilidade direta os direitos fundamentais, estes eclodem e irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, pulverizando e impregando os demais ordenamentos com seus conceitos e valores baseados no respeito aos direitos fundamentais de modo a pautar a produção legislatixa infra-conatitucional.

O desenvolvimento e a rearticulação da teoria dos direitos fundamentais entre os particulares seus reflexos no Direito Contratual visam adequar esses direitos as particularidades e características do modelo consitutucional brasileiro sobretudo de forma a permitir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sem que para isso ocorra o sacrifício do núcleo essencial da autonomia privada, e vice-versa.

Destacaremos também, o importante papel que seus principais personagens têm a desempenhar nesse novo desafio da Teoria Contratual e o arsenal de istrumentos à sua disposição para a busca dessa finalidade em harmonizar os interesses particulares com os direitos fundamentais concomitantemente ao desenvolvimento de uma sociedade pautada na busca da Justiça Contratual.

Oportunamente também trateremos sobre a importância em observarmos com o devido respeito os principios da boa-fé objetiva e da função social do contrato nas relações contratuais privadas de modo a nortear a atividade dos agentes envolvidos em todas as

fases do contrato, seja desde as primeiras tratativas, na elaboração, na execução ou na conclusão do negócio jurídico contratado.

O Contrato de Franquia como um exemplar atual desse novo mundo “globalizado” se apresenta, particularmente, como um desafio a Nova Teoria Contratual ao imprimir seus valores de cunho constitucionais e consagrados pelo Código Civil de 2002 na relações entre particulares de modo a preservar a autonomia dos envolvidos mas que, ao mesmo tempo, tenha um forte apelo de eticidade e socialidade.

Teceremos também algumas breves considerações que nos remetam à aplicação prática de alguns dos conceitos abordados e desenvolvidos por este trabalho, de modo possamos contribuir para o desenvolvimento de políticas que tenham como objetivo central a eficácia na positivação dos direitos fundamentais nas relações privadas, sobretudo nos contratos privados.

2. A CONSTITUIÇÃO

2.1. ORIGEM HISTÓRICA

O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, tolerância. O modelo vencedor, portanto, situa a Constituição no centro do sistema político e acena com as promessas de justiça e segurança jurídica.¹

Portanto, é a partir do século XVIII, com a Revolução Francesa, quando pela primeira vez na história, o povo, incluindo pobres, miseráveis e deserdados saíram da escuridão dos tempos para legitimarem um sistema que inicialmente propunha a valorização do ser humano baseado na igualdade, liberdade e fraternidade. Essa massa figura como um ator indispensável a todo o processo político, uma vez que a burguesia o protagonizaria, e como o faz até os dias de hoje.

A organização social passaria então a acreditar e a defender que a miséria é fruto do destino e não tem relação alguma como consequência da exploração e dos privilégios das classes dominantes² em detrimentos das demais.

2.2 O SISTEMA JURÍDICO

A Teoria dos Sistemas foi proposta em 1937 pelo biólogo Ludwig von Bertalanffy³, na qual descrevia como sendo um Sistema Alopoiético, nesse o sistema depende de seu ecossistema para continuar, o ecossistema fornece *inputs* e o sistema fornece os *outputs*.

Para Maria Garcia⁴, o problema é o meio ambiente, Miguel Reale⁵ visualiza o Direito como um sistema alopoiético (fato, valor e norma). O sistema alopoiético tem em sua dinâmica em que o sistema ejeta seus *outputs* na sociedade. Esses produtos, através de *feedbacks*, entram novamente no sistema e são lançados novos produtos. Uma crítica quanto a essa concepção sistêmica reside quanto à dependência do sistema jurídico com seu meio

¹ BARROSO Luís Roberto. *A história das Constituições*. Estado de S.Paulo 08 de junho de 2007.

² Idem.

³ BONAVIDES, Paulo *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 108.

⁴ GARCIA, Maria. *Desodediência Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 111.

⁵ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: Situação Atual*. 5. ed. revista e reestruturada. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 57.

ambiente, ou seja, as normas só existirão caso aconteçam fatos sociais que as ensejem, as normas são advindas de fatos que ocorreram na sociedade.

Por sua vez Niklas Luhmann⁶, defende o sistema que independe de *inputs* da sociedade para que surjam seus produtos, no caso norma. Não deve haver uma relação de dependência, mas sim de interdependência. Para ele o sistema jurídico e sistemicamente fechado, mas cognitivamente aberto. O elemento central da teoria de Niklas Luhmann é a comunicação.

Sistemas sociais são sistemas de comunicação e a sociedade é o sistema social mais abrangente. Um sistema é definido pela fronteira entre ele mesmo e o ambiente, separando-o de um exterior infinitamente complexo. O interior do sistema é uma zona de redução de complexidade: a comunicação no interior do sistema opera selecionando apenas uma quantidade limitada de informação disponível no exterior. O critério pelo qual a informação é selecionada e processada é o sentido (em alemão *sinn*).

2.2.1. Teoria Geral dos Sistemas de Ludwig von Bertalanffy

O pensamento sistêmico origina-se por meio da ciência que no século passado adotava a mecânica clássica como modelo do pensamento científico. Isso equivale a pensar nas coisas como mecanismos e sistemas fechados. A ciência de nossos dias adota o organismo vivo como modelo, o que equivale a pensar em sistemas abertos.

Sistema é um conjunto de elementos inter-relacionados. Assim, um sistema é uma entidade composta de pelo menos dois elementos e uma relação estabelecida entre cada elemento e pelo menos um dos demais elementos do conjunto. Cada um dos elementos de um sistema é ligado a todos os outros elementos, direta ou indiretamente.

O ambiente de um sistema é um conjunto de elementos que não fazem parte do sistema, mas que podem produzir mudanças no estado do sistema.

Basicamente, a teoria de sistemas afirma que estes são abertos e sofrem interações com o ambiente onde estão inseridos. Desta forma, a interação gera realimentações que podem ser positivas ou negativas, criando assim uma auto regulação regenerativa, que por sua vez cria novas propriedades que podem ser benéficas ou maléficas para o todo independente das partes.

Esses sistemas são aqueles que não sofrem influência do meio ambiente no qual estão inseridos, de tal forma que ele se alimenta dele mesmos.

⁶ GARCIA, Maria. *Desobediência Civil*, p. 113.

Embora seja possível tentar entender o funcionamento de um carro só olhando as suas partes separadamente, o observador talvez não consiga compreender o que é um carro só olhando suas peças. É preciso entender de que forma as diferentes partes do sistema interagem. Essa interação dos elementos do sistema é chamada de sinergia. A sinergia é o que possibilita um sistema funcionar adequadamente.

Por outro lado a entropia (conceito emprestado da física) é a desordem ou ausência de sinergia. Um sistema para de funcionar adequadamente quando ocorre entropia interna.

Os organismos (ou sistemas orgânicos) em que as alterações benéficas são absorvidas e aproveitadas sobrevivem, e os sistemas onde as qualidades malélicas ao todo resultam em dificuldade de sobrevivência, tendem a desaparecer caso não haja outra alteração de contrabalanço que neutralize aquela primeira mutação. Assim, de acordo com Ludwig Von Bertalanffy⁷ a evolução permanece ininterrupta enquanto os sistemas se autorregulam.

Um sistema realimentado é necessariamente um sistema dinâmico, já que deve haver uma causalidade implícita. Em um ciclo de retroação uma saída é capaz de alterar a entrada que a gerou, e, conseqüentemente, a si própria. Se o sistema fosse instantâneo, essa alteração implicaria uma desigualdade. Portanto em uma malha de realimentação deve haver um certo retardo na resposta dinâmica. Esse retardo ocorre devido à uma tendência do sistema de manter o estado atual mesmo com variações bruscas na entrada. Isto é, ele deve possuir uma tendência de resistência a mudanças.

2.2.2. Teoria reducionista e teoria sistêmica

Segundo a teoria de sistemas, ao invés de se reduzir uma entidade (um animal, por exemplo.) para o estudo individual das propriedades de suas partes ou elementos (órgãos ou células), se deve focalizar no arranjo do todo, ou seja, nas relações entre as partes que se interconectam e interagem orgânica e estatisticamente.

Uma organização realimentada e auto gerenciada, gera assim um sistema cujo funcionamento é independente da substância concreta dos elementos que a formam, pois estes podem ser substituídos sem dano ao todo, isto é, a auto-regulação onde o todo assume as tarefas da parte que falhou. Portanto, ao fazermos o estudo de sistemas que funcionam desta forma, não conseguiremos detectar o comportamento do todo em função das partes. Exemplos são as partículas de determinado elemento cujo comportamento individual, embora previsto, não poderá nos indicar a posição ou movimentação do todo.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, p.108

2.2.3. Sistema Alopoiético (Sistema Aberto pois recebe insumos de seu ecossistema)

Celso Lafer⁸ cita o autor Albert O. Hirschman, que vê no sistema alguns elementos básicos: *Voices*, para que o sistema se mantenha aberto a sociedade, é necessário que o sistema ouça as vozes da sociedade (opinião pública); Ponto de Equilíbrio (homeostase), o sistema mantém com seu ecossistema um ponto de equilíbrio

O defensores desse sistema baseiam-se na crise de direito na pós-modernidade na qual o sistema autopoietico não mais atende aos requisitos do Direito quando em relação a sua operacionalização em caráter fechado como instrumento moderador das relações sociais e como um condutor instrumental das mutações sociais pois o mesmo já se encontra incluso em uma estrutura que por si não apresenta as características necessárias para sua atuação como elemento estabilizador das tensões sociais, principalmente em se tratando da adoção de valores.

Essa dificuldade se manifesta quando surgem as denominadas “decisões políticas” que sob o pretexto de protegerem um bem maior, acabam por refrearem direito e garantias fundamentais, seja por um prisma em relação as decisões judiciais, seja no âmbito legislativo ou até mesmo econômico.

Em suma, podemos dizer então que a alopoiése jurídica pode ser constatada quando da influência direta dos outros subsistemas sociais no sistema jurídico. Não estamos nos referindo aqui ao “acoplamento” que deve acontecer entre os sistemas por meio de uma abertura cognitiva mas, na verdade, trata-se de uma ingerência em relação a autonomia em que o Direito deve operar.

2.2.4. Sistema Autopoiético (Sistema Fechado com cognição aberta ao meio ambiente)

O sistema Autopoiético elimina a situação de dependência de seu ecossistema, ele é sistemicamente fechado mas cognitivamente aberto. Ele não depende da sociedade, ou seja, é capaz de criar normas e condutas independente de provocação da sociedade.

Uma máquina autopoiética é definida por ela mesma e não tem *inputs* ou *outputs*. As reivindicações da sociedade entram no sistema como perturbações e não *inputs*. O sistema autopoiético é suficiente em si. Em direito, segundo Niklas Luhmann⁹, o sistema também é autossuficiente, pois admite-se hoje que nem a natureza, nem a moral, nem a religião pode influenciar no direito. O sistema autopoiético, no campo do direito, se define como

⁸ LAFER, Celso. *O Brasil e a crise mundial: paz, poder e política externa*. Perspectiva: 1984, p. 23.

⁹ GARCIA, Maria. *Desodediência Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

sistemicamente fechado e cognitivamente aberto, essas informações são para informá-lo (perturbações).

Autores que criticam esta teoria autopoietica, François Ost e Michel Van De Kerchove¹⁰, criticam a concepção do sistema como auto-organizado e autoproduzido. Na crítica a autopoiesi do sistema jurídico, os autores tecem uma crítica sobre um sistema jurídico que opere independente dos atores sociais. Ademais, se confirmam contraditórias as ideias que o sistema tem capacitação para trabalhar com suas próprias fontes. Como o sistema pode mudar se ele é autônomo? Se ele recebe apenas informações. Ademais, se sistema é autônomo e se auto-alimenta, como este iria mudar?

Paul Dubouchet¹¹ tece algumas considerações sobre o direito como um sistema, mais especificamente como o direito sendo um sistema fechado, de completude e coerência:

O Direito seria um Sistema Fechado na medida em que o código é um sistema fechado ao seu meio ambiente. Ele próprio contém em si a solução perfeita e acabada que comporta em si a solução de todas as dificuldades que possam surgir, portanto o silêncio, a obscuridade ou insuficiência das leis não são senão aparências, ou seja, possui completude e coerência.

Em um sistema fechado, não se pode introduzir um novo elemento sob pena de ruína do sistema. O sistema fechado não admite nenhum elemento novo. Por sua vez, O sistema aberto é o que interage junto ao seu ecossistema.

De acordo com Gunther Teubner¹², o sistema autopoietico é aquele organizado a partir de seu interior, ou seja, segundo autor, o direito é um sistema autopoietico pois dele se extrai uma cláusula operativa independente em relação a Sociedade, isto se deve ao fato de se constituírem um auto referencial de seus componentes sistêmicos e a articulação dos mesmos de maneira cíclica (hiperciclo).

2.3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

De fato, o Direito Constitucional, por estar no topo do escalonamento kelseniano, se apresenta como o alicerce de qualquer obra jurídica; daí a importância do tema ora estudado no sentido de que aborda questões atinentes ao conceito de princípios, princípios constitucionais, constituição como sistema e colisão de normas.

Nesse sentido, o presente trabalho busca, tanto na doutrina nacional, quanto na estrangeira clássica e contemporânea os conceitos, definições e explicações que melhor

¹⁰ Ibidem, p. 112.

¹¹ DUBOUCHET, Paul Coll. *Sémiotique juridique. Introduction à une science du droit. Les voies du droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1990.

¹² Cf., *Recht als autopoietisches system*, Frankfurt/M, 1989. Tradução portuguesa de Engrácia Antunes, *O direito como sistema autopoietico*, Fundação Gulbenkian, Lisboa, 1993.

iluminam o tema, com o objetivo de estabelecer premissas claras e, conseqüentemente, proposições e soluções corretas do ponto de vista jurídico, tal como constitucionalmente adequadas.

Tratando especificamente da colisão de princípios constitucionais e, em decorrência de direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade é exposta e trabalhada como o método que melhor se apresenta para a resolução de tal problema com sua utilização diária pelos tribunais de todo o país.

Em breves linhas o trabalho não busca esgotar o tema, mas apenas ressaltar sua importância fomentando a discussão e o debate de diferentes pontos de vista em torno do assunto.

2.3.1. Conceito de Princípios no Direito

A ideia de “princípio” está etimologicamente ligada à origem, começo e fundamento. Portanto, os princípios em qualquer área do direito são verdadeiros cânones, ou seja, as linhas fundamentais de um sistema jurídico¹³.

A doutrina clássica, apesar de muitas vezes negar ou atribuir pouca normatividade aos princípios, contribui com importantes conceituações. Dessa forma pode-se notar que para tal doutrina do Direito Constitucional e demais ramos do Direito a noção de princípio relacionada como pedra angular do sistema é nítida. Veja-se pela importante definição dada por Celso Antônio Bandeira de Mello, no âmbito do Direito Administrativo, contudo amplamente difundida por autores de outros ramos, que versa:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce de disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, o que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”¹⁴

Outra importante percepção é de que os princípios, uma vez contidos no sistema, podem se apresentar de maneira implícita ou explícita, podendo estar expressamente positivados, ou podendo decorrer da interpretação de diversos enunciados normativos

¹³ Adotaremos no presente trabalho o conceito de sistema trazido por Carrazza, citando Condillac: “Sistema, pois, é a reunião ordenada das várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras. As que dão razão às outras chamam-se *princípios* e o sistema é tanto mais perfeito, quanto em menor número existam.” In CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada pela Constituição Federal de 1988, de Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 24.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, p. 230 apud, CARRAZA Roque Antonio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 26.

distintos, presentes nesse sistema. Essa é uma das lições de Antônio Roque Carrazza¹⁵, que, além disso, também apresenta a generalidade como outra das características principiológicas. Assim sendo, percebe-se que os princípios revelam-se como os valores fundamentais do sistema adotado, pois como já ensinava Celso Ribeiro Bastos¹⁶, as constituições não podem ser neutras, uma vez que nas sociedades em que elas se encontram existe um grande número de valores, sendo um ou mais destes encampados na Carta Política. Desta maneira, os princípios podem encontrar-se positivados pelo constituinte originário, ou pelo legislador infraconstitucional, não obstante, contudo, existirem princípios não expressos, os quais devem ser extraídos do sistema pelo intérprete.

Para Ruy Samuel Espíndola¹⁷, a ideia de princípio no Direito e o conceito de princípio constitucional são correlatos e não podem ser tratados distintamente. Nas palavras do autor: “[...] o princípio constitucional além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito, enquanto ciência e ordem jurídica.” Portanto, para uma correta compreensão desses dispositivos, há de se levar em conta as classificações da Teoria Jurídica, para em seguida dominar o conceito na esfera do Direito Constitucional, tal como a positivação desses princípios, material e formalmente, nas constituições contemporâneas.

Tem-se, portanto, que nos princípios repousa-se a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema. Miguel Reale¹⁸, por sua vez, usa o termo “verdades fundantes”.

Em que pese às definições propostas, importante é ressaltar a lição de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁹, no que tange a uma relevante distinção, a saber, entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos. Para o autor, no que se referem aos primeiros, estes apontam para uma função argumentativa; de interpretação, visando esclarecer ou revelar normas contidas nos diplomas legais. Já quanto aos princípios jurídicos, o próprio autor, conceitua sua classificação como “qualitativa”, primando pela distinção²⁰ de tais enunciados com as regras jurídicas. Em definição aqui apresentada, aponta os princípios como normas jurídicas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, de

¹⁵ Idem.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/ Celso Bastos editor, 2002, p. 130.

¹⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

¹⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 285.

¹⁹ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161

²⁰ Tal distinção será melhor explicada e analisada em capítulo posterior.

acordo com condicionalismos fáticos e jurídicos²¹. Tal pensamento parece coerente com o de Paulo Bonavides²², que coloca os princípios no mundo do “dever ser”, contudo não deixa de ressaltar as qualidades de vigência, validade e obrigatoriedade.

Com a conceituação de princípios ora apresentada, passemos para algumas distinções basilares ao tema, a fim de se estabelecer algumas premissas.

2.3.2. O texto e a norma

Numa primeira abordagem, faz-se necessário, para fins metodológicos, estabelecer o que é o “texto” e o que é a “norma”. Essa distinção é de suma importância, pois permite ao intérprete delimitar seu ponto de partida, assim como seu limite último para uma melhor exegese constitucional, temo o qual voltaremos tratar em capítulo específico sobre a Interpretação.

Entende-se por texto, o enunciado linguístico, o conjunto de signos, os quais formam as palavras, que por sua vez, compõem o diploma normativo a ser interpretado. Já a norma é o resultado da interpretação sistemática feita a partir de um ou mais desses enunciados.

Robert Alexy atesta e demonstra a importância da referida distinção através de um exemplo, no qual o autor ressalta que um enunciado normativo pode ser construído de diferentes maneiras, para instituir uma mesma norma. “A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos.”²³

Já Humberto Ávila²⁴, ao usar o termo “dispositivo”, para se referir a “enunciado normativo” dá importante lição, ao explicar que tanto normas podem existir sem enunciados normativos, como podem ser extraídas da interpretação de mais de um deles. Esse também é o magistério de Luís Roberto Barroso²⁵, ao citar os exemplos dos princípios constitucionais da razoabilidade e o da proteção da confiança, como normas instituídas sem seu correspondente dispositivo.

Adiante, o autor ao conceituar norma propõe que esta surge da interação entre o texto e a realidade, aproximando seu pensamento com o de José Joaquim Gomes Canotilho e

²¹ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1161-1162.

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 229.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30 e 31.

²⁵ Nesse ponto, o termo “dispositivo” é usado por Luís Roberto Barroso, contudo mais adiante em sua obra ele diferencia “dispositivo” de “enunciado normativo”, o que não faz Humberto Ávila.

Konrad Hesse, uma vez que os três autores convergem na crença de que a norma é o resultado da interpretação do texto, ou nas palavras do próprio Konrad Hesse “programa normativo”²⁶, com a subsequente aplicação dessa interpretação aos fatos e casos da realidade, chamados por Hesse de “âmbito normativo”^{27 28}.

Finalmente, outra importante referência que se insta fazer sobre o texto, é que este funciona como o limite último para a interpretação. Em outras palavras, uma norma extraída, por interpretação, de um texto normativo, não pode, sob hipótese alguma, contrariar o próprio texto, mas sim, guardar coerência com este. Esse é o alerta de Konrad Hesse²⁹:

“A interpretação acha-se vinculada a algo estabelecido. Por isso, os seus limites situam-se onde não existe algo estabelecido de forma vinculante pela Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou uma determinada solução está em clara contradição com esse texto. A esse respeito pode haver disposições no Direito Constitucional não escrito. Pois bem, dado que o Direito Constitucional não escrito não pode achar-se em contradição com a *constitutio scripta*, essa última se converte em limite inultrapassável da interpretação constitucional.”

2.3.3. Os princípios como normas jurídicas

Uma importante concepção no âmbito do Direito Constitucional, é que os princípios são normas jurídicas. Tal premissa nem sempre foi tida como verdadeira, tendo em vista que, ao longo da história, eles já foram vistos como meras sugestões, diretivas, programas ou propostas a serem cumpridas. No entanto, com o decorrer do tempo, tal visão foi atualizada e reformulada.

Foi com a contribuição teórica de Ronald Dworkin e Robert Alexy que se tornou, praticamente, pacificada a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de Direito³⁰. Nessa esteira, Luís Roberto Barroso³¹ aponta importante detalhe ao explicar que os princípios trazem os valores do campo da ética para o mundo jurídico. Assim sendo, os princípios constitucionais têm o importante papel de positivar os valores primordiais de uma sociedade, conferindo-lhes normatividade.

²⁶ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional. Textos Seleccionados e Traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 98.

²⁷ *Ibidem*, p.49.

²⁸ José Joaquim Gomes Canotilho usa o termo “sector normativo” em CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p 1216.

²⁹ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*, p. 116-117.

³⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.66

³¹ *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.205

Ainda sobre o tema, pode-se verificar a afirmação de Walter Claudius Rothenburg³², de que “os princípios constitucionais não são outros que os princípios gerais de Direito”, e traçar um paralelo com a constatação de Norberto Bobbio³³ segundo o qual não restariam quaisquer dúvidas: “os princípios gerais são normas como todas as outras”, para se verificar que a normatividade dos princípios é atualmente reconhecida”.

Dessa forma, os princípios tornaram-se a matriz do próprio sistema jurídico. São normas jurídicas que se irradiam por todo o ordenamento, influenciando na interpretação e aplicação das outras normas (regras).

2.3.4. A diferenciação de princípios e regras, dentro do sistema aberto da Constituição

Uma vez estabelecido que os princípios e as regras são espécies do gênero norma, faz-se necessário estabelecer as diferenças dessas para aqueles. Alguns são os critérios estabelecidos pela doutrina a fim de realizar tal diferenciação. José Joaquim Gomes Canotilho³⁴ aponta cinco desses critérios, os quais podem ser notados nos conceitos acima expostos: a) grau de abstração – os princípios teriam um grau de abstração maior, já as regras apresentariam um grau de abstração reduzido; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto – apenas as regras poderiam ser aplicadas diretamente ao caso concreto, pois os princípios, devido a sua vagueza, necessitariam de mediação do legislador ou do juiz; c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito – os princípios teriam papel fundamental no ordenamento jurídico, dada sua posição hierárquica superior às regras; d) proximidade da ideia de direito – os princípios seriam padrões vinculantes atrelados à ideia de justiça, já as regras disporiam de conteúdo meramente funcional; e) natureza normogênica – os princípios seriam normas contidas na base, constituindo a *ratio* das regras.

Importante é ressaltar que os critérios ora apresentados não são necessariamente excludentes. Eles auxiliam para uma visão didática das normas constitucionais. Contudo, no intuito de se estabelecer coerência, é necessário partir-se de um critério único e claro de distinção das normas jurídicas constitucionais.

Segundo Karl Larenz³⁵, os princípios formam a base normativa para a atividade interpretativa e de aplicação do direito e, como produtos destes, seja de maneira direta ou

³² ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 2. triagem. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.81

³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.309

³⁴ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1160 e 1161

³⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674 e seguintes.

indireta, surgem as normas de comportamento. Tratam-se na verdade de pensamentos diretos e não regras a serem aplicadas, pois lhe faltam a identidade de proposições jurídicas, ou seja, a vinculação de uma hipótese de incidência e sua consequência jurídica.

Nesse mesmo sentido, Claus-Wilhelm Canaris³⁶, discípulo de Karl Larenz, demonstra que os princípios são dotados de um conteúdo axiológico explícito e, por isso, necessitam de regras para sua concretização. Por sua vez, os princípios, em contrapartida as regras, somente recebem o conteúdo de seu sentido quando submetidos a um processo dialético de complementação e limitação.

Ronald Dworkin³⁷, por seu turno, estabeleceu o paradigma contemporâneo da teoria dos princípios, trazendo a distinção entre regras e princípios por meio do modo de operação e aplicação destes. Segundo o autor, as regras ao serem aplicadas submetem-se ao “modo ou tudo ou nada”. Se a regra se amolda uma hipótese de incidência e a mesma pode ser aplicada, a regra ou é válida e por conseguinte a mesma deve ser aceita, ou então a norma não é considerada válida à hipótese. Caso haja colisão de regras consideradas válidas, uma delas deve ser considerada inválida em relação ao caso em pró da outra mais hábil a surtir melhores resultados. Quanto aos princípios, em contrapartida às regras, possuem uma “dimensão de peso” que pode ser facilmente verificado na medida em que o de peso maior se sobrepõem aos demais sem que percam sua validade.

A posição adotada por Robert Alexy caminha no mesmo sentido que a de Ronald Dworkin. Segundo o autor, a diferenciação entre as duas espécies normativas é de índole qualitativa, ou seja, os princípios jurídicos se traduzem em uma espécie da norma jurídica, através da qual são instituídos “deveres de otimização” a serem aplicados em diversos graus, em virtude de suas possibilidades normativas e fáticas, em outras palavras, o autor considera que a aplicação dos princípios seja realizado “na medida do possível”³⁸

José Joaquim Gomes Canotilho³⁹ faz uso da diferenciação qualitativa entre as duas espécies de norma, estabelecendo os princípios como demandantes de otimização, ou seja, dentro da situação fática e da situação jurídica, os princípios têm diferentes graus de concretização. Sua convivência é, por natureza, conflitante, admitindo o balanceamento e a

³⁶ CANARIS, Klaus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 88-99.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24-26.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³⁹ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1160-1161.

ponderação entre eles, a fim de harmonizá-los. Dessa forma, os princípios contêm mandamentos *prima facie* a serem realizados na maior medida possível, sendo o conflito com outro princípio, dentro do caso concreto, o limite dessa realização.⁴⁰

Por outro lado, as regras apenas podem ser satisfeitas ou não satisfeitas. Elas são determinações, são exigências. Apresentam-se de maneira a impor, permitir ou proibir. Diferentemente dos princípios, elas incidem no que é fática e juridicamente possível. Sua aplicação, portanto, dá-se de maneira total e, em caso de conflito com outra regra existente no ordenamento jurídico, a solução ocorre no campo da validade. Assim, se duas regras conflitarem-se entre si, uma delas será declarada inválida, de acordo com três critérios, a saber: a) anterioridade e posterioridade (*lex posterior derogat legi priori*); b) hierarquia (*lex superior derogat legi inferior*); c) especificidade (*lex specialis derogat legi generali*), e, dessa forma, excluída do ordenamento. Outra possibilidade para a solução de um eventual conflito entre regras é através da introdução de uma cláusula de exceção, o que nada mais é que a criação de uma terceira regra, a qual estabelece uma exceção e permite a convivência pacífica entre duas regras antes conflitantes.

A partir dessa separação das duas espécies normativas, outra importante observação de José Joaquim Gomes Canotilho é que a constituição é um “sistema aberto de regras e princípios”⁴¹. Dessa afirmação pode-se extrair que: I – sistema trás a ideia de união ou reunião ordenada de várias partes formando um todo unitário, coeso, coerente e harmônico; II – o sistema é aberto devido ao seu constante relacionamento com a realidade fática por ele normatizada. Sendo assim, as alterações na sociedade, suas mudanças de paradigmas e conceitos cambiantes de valores refletem-se numa mudança interpretativa do próprio ordenamento, acompanhando as transformações da sociedade sem, necessariamente, mudar o texto constitucional, tão pouco alterar a essência fundamental nele contido; III – é ainda um sistema normativo, pois é através de normas que a constituição realiza suas funções e; IV – tais normas apresentam-se ou como normas-princípios, ou como normas-regra.

2.3.5. A colisão de princípios e a máxima da proporcionalidade

Como já tratado anteriormente, os princípios constitucionais, dada sua própria natureza, entram constantemente em conflito ao serem aplicados em casos concretos. Não obstante, nenhum dos princípios colidentes perde sua validade uma vez que, ora um princípio

⁴⁰ALEXYS, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

⁴¹CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1159.

“A” é preferido em um determinado caso hipotético “X” ante ao princípio “B”, sendo consequentemente o princípio “A” aplicado a esse caso e o princípio “B” excluído; ora o mesmo princípio “B” será o preferido em outro caso hipotético “Y”, sendo o princípio “A” preterido dessa vez. Portanto, havendo mudança nas relações fáticas apresentadas, ora o aplicador do direito optará por um princípio colidente, ora por outro, através de um sopesamento, não importando nunca na exclusão do princípio preterido do ordenamento jurídico, mas tão somente daquele caso em análise.

Ocorre que, uma vez constatada a colisão de dois princípios constitucionais válidos em um determinado caso concreto, caberá ao aplicador do direito a eleição do princípio a ser aplicado àquele caso. Obviamente tal escolha não poderia ser realizada ao bel-prazer do aplicador, pois geraria clara insegurança jurídica. Assim sendo, é necessária a realização de um método claro e previamente definido, a fim de concluir essa importante missão. Nesse diapasão, a doutrina apresenta como solução um princípio de interpretação constitucional, a saber: a máxima da proporcionalidade.⁴²

Robert Alexy é quem faz profundo estudo quanto à solução da colisão dos princípios constitucionais. Assim, para tal desiderato a proporcionalidade é subdividida em três máximas parciais, sendo: a) da adequação; b) da necessidade e; c) da proporcionalidade em sentido estrito.

- a) Adequação: a análise dessa máxima parcial faz uma relação entre meio e fim⁴³, assim sendo, a medida adotada para solucionar o problema concreto, deve ser apta para realização do fim objetivado. Essa é uma primeira análise do problema, o qual poderá ter vários caminhos para sua solução. Assim, essa máxima parcial pretende, apenas, que um desses caminhos seja adotado, não se analisando nesse momento, que este seja, necessariamente, o melhor dos caminhos, mas apenas um caminho apto.
- b) Necessidade: o exame da necessidade, por sua vez, busca verificar se existe outra medida passível de alcançar o mesmo fim, de maneira tão efetiva quanto o primeiro meio proposto, porém restringindo com menor intensidade o princípio ora em colisão. Portanto, tal exame importa analisar os diversos caminhos possíveis de serem adotados,

⁴² Como já dito, a proporcionalidade é um princípio de interpretação constitucional e não, propriamente, um princípio constitucional. A fim de evitar confusões usar-se-á no presente trabalho o termo “máxima da proporcionalidade”, da mesma maneira que Robert Alexy usa na monografia “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Ainda sobre o tema, Humberto Ávila prefere o termo “postulado da proporcionalidade” em sua obra “Teoria dos Princípios”.

⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.165 e 166.

comparando-os e elegendo “o mais suave ou menos gravoso, relativamente aos direitos fundamentais colaterais”⁴⁴.

- c) Proporcionalidade em sentido estrito: aqui será dado o último passo da averiguação. Este consistirá em analisar se a importância da realização do fim proposto justifica a restrição do direito contido no princípio colidente. Para tal objetivo, há que se levar em conta a importância dos princípios colidentes dentro do próprio sistema. Nas palavras de Humberto Bergmann Ávila: “O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais”⁴⁵.

2.4 O CONSTITUCIONALISMO

Adotaremos no presente trabalho a perspectiva desenvolvida por Celso Ribeiro Bastos⁴⁶ na qual o constitucionalismo é o movimento ideológico e político que se cristalizou no século XVIII contra o absolutismo monárquico, objetivando implementar normas jurídicas racionais e obrigatórias para governantes e governados.

Esse conceito inova sob a aspecto de normas jurídicas racionais pois no absolutismo monárquico havia normas irracionais (visavam interesses pessoais) também, em virtude de não haverem garantias constitucionais à época, por exemplo, as *Lettre de Cachet* – pedido de prisão dirigido a qualquer um, em geral um desafeto, vendido a qualquer pessoa pelo governo francês.

O constitucionalismo sempre existiu, mas é somente no século XVIII que ele se cristaliza como tal e se irradia entre as nações do mundo, mesmo nas monarquias absolutistas.

O sistema jurídico passa a ser considerado como um sistema completo e autossuficiente no qual as lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, analogia, princípios gerais (caso se admita a existência de lacunas no sistema)⁴⁷. Por sua vez, separado da filosofia do direito por incisão profunda, a

⁴⁴ Ibidem, p.171

⁴⁵ Ibidem, p. 182.

⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.11.

⁴⁷ Sobre a possibilidade de se admitir ou não a existência de lacunas no texto constitucional, há duas correntes doutrinárias a respeito do tema:

- A primeira entende que pode haver lacunas na Constituição, quando se constatar o silêncio não intencional do constituinte. Por sua vez, o silêncio eloquente, intencional do constituinte, não será tido por lacuna no texto constitucional. Silêncio eloquente é aquele em que o constituinte optou por deixar a disciplina da matéria ao constituinte.

- A segunda corrente defende que se o constituinte não abordou determinada matéria, é devido ao fato que o mesmo deixou voluntariamente ao legislador a competência para tratar de tal matéria (assim como no silêncio

dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.”⁴⁸

Inicia-se dessa maneira a consolidação do positivismo em contrapartida do jusnaturalismo, até então como corrente dominante. Podemos dizer que o positivismo tinha a pretensão de se tornar a filosofia da ciência jurídica. Mais especificamente, na esfera jurídica, à margem da metafísica, reduziu o direito a um direito positivo, delimitando-o como fato passível de estudo científico, tendo como fundamento fatos reais, tornando-se então a “doutrina” do direito positivo.

Sob a pretensão de cria-se uma “ciência” jurídica, o positivismo eliminou a moral e os valores do Direito, o que levou a ciência do direito a se pautar de maneira exclusiva nos fatos. Decorre dessa concepção positiva a consagração do clássico brocardo jurídico: “dai-me os fatos que lhe darei o direito”. O Direito passou a ser uma simples subsunção de análise dos fatos à norma adequada existente no ordenamento jurídico.

Com a derrota do modelo liberal de Estado, surge um novo movimento constitucionalista com reflexo direto no modelo estatal. O Estado muda seu formato e assume novos papéis e novas funções. Surge o Estado Social, também denominado como o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), no qual assume ações como de prestador de serviços, de caráter essencialmente intervencionista, o qual demanda uma atuação acentuada e decisiva do poder público junto à esfera das relações socioeconômicas. A partir dessa mudança, o cidadão passa a estabelecer uma relação de dependência para com o Estado, exigindo do mesmo prestações positivas para a satisfação de seus interesses.

José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁹ dá a essa Constituição do Estado Social o rotulo de “Constituição Dirigente”. Tal posicionamento nos remete à ideia de que não caberia mais a Constituição servir meramente como um instrumento de governo, mas sim em estabelecer uma diretriz global de metas. Cabe a Constituição determinar por

eloquente). Devido a esse aspecto, não existiriam lacunas constitucionais pois, todos os silêncios do texto seriam intencionais.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em 17 de junho 2011.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, p. 453-459.

meio de programas e diretrizes os objetivos do Estado para com a sociedade.

Com a evolução dos modelos de Estado em virtude de novas realidades que o englobam, o constitucionalismo também evoluiu no que atualmente, alguns autores denominam Neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo, segundo o qual, de acordo com Luís Roberto Barroso⁵⁰, surgiu em virtude da modificação do modelo estatal anterior, conjugado a outros fatores que orbitavam a sociedade.

Apresenta esse novo constitucionalismo três marcos importantes:

I) Marco Histórico – o pós guerra do século XX, após a segunda guerra mundial, a qual só ocorreu por ter sido a mal resolvida a primeira guerra mundial com o Tratado de Versalhes. Após a segunda guerra a Europa se reconstitucionaliza, a Constituição alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bohn) é a percussora ao tratar de direitos e garantias da pessoa. No Brasil, o auge desse movimento ocorre com a Constituição Federal de 1988.

II) Marco Filosófico – é o pós-positivismo. Segundo Hans Kelsen⁵¹, principal expoente do positivismo jurídico no século XX, a constituição é o ápice da pirâmide jurídica que retira sua força da norma hipotética fundamental, não ha um direito natural mas sim um direito posto. Segundo próprio autor “A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas gerais”.

Segundo a postura do positivismo contemporâneo, a norma é o valor, se a norma é considerada injusta a mesma não pode ser considerada uma norma jurídica pois o Direito não perpetua injustiças.

Além do pós-positivismo, há uma reaproximação entre Direito e Filosofia, pois com a Escola de Exegese, havia uma separação entre Direito e Filosofia. Em termos práticos, isso significa uma nova postura do Direito respeitando os direitos da pessoa humana e reaproximando o Direito e a Ética.

III) Marco Teórico – três grandes transformações no pensamento tradicional, o reconhecimento da Força Normativa da Constituição, a expansão da Jurisdição Constitucional e o desenvolvimento de uma Nova Dogmática da Interpretação Constitucional.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. In Constituição e Crise Política. José Adércio Leite Sampaio (organizador). 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 99-110.

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p 197–199.

De maneira sintética, segundo Luis Roberto Barroso⁵², o “pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição de relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.”

As Constituições, passaram a serem adotadas e respeitadas e não tratadas somente como um documento sem importância prática, ou seja, conforme descrito pelo sociólogo Ferdinand Lassale, a Constituição pode ser reduzida somente a uma folha de papel sem a correspondência entre a “realidade constitucional” que a comunidade vive e os fatores reais de poder. Passam a tomar a feição de verdadeiras normas jurídicas, sendo a norma mais relevante em um ordenamento jurídico de um Estado, por isso dotada de supremacia e, impregnados de valores. Seu ordenamento passou a ser centrado nos valores defendidos pela documento constitucional, por exemplo, na Constituição de 1988, seus principais valores são a dignidade da pessoa humana, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Nas palavras do próprio Ferdinand Lassale⁵³:

Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado."

(...)

De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder.

Cabe à Constituição a tarefa de unificar de maneira racional os diversos microsistemas jurídicos presentes na organização de um Estado, bem como criar um enlace de coerência entre os mesmos, pois todos estão inseridos no âmbito normativa do Estado. Deve-se superar a visão de estarem as codificações em compartimentos isolados para uma visão mais global, pois o sistema normativo é uno, e engloba a Constituição em seu cume, seguida dos demais regramentos que interagem entre si.

De forma sintética, o Direito Privado e o Direito Público não são elementos estranhos entre si como sempre apregoaram algumas ideologias jurídicas, mas que na verdade se interagem e se complementam na medida de um objetivo maior que é o

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 27-28.

⁵³ LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição, trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p.48-68

próprio objetivo do estado moderno, a busca da justiça (tomando como partida o determinado valor que essa representa diante da realidade social-histórica de dada comunidade), estabilidade social e segurança jurídica.

A constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado social, que é a etapa que a humanidade vive contemporaneamente do Estado moderno, apesar de suas crises, das frustrações de suas promessas e dos prenúncios de retorno ao modelo liberal, apregoados pelo neoliberalismo, que pretende afastar qualquer intervenção estatal ou consideração de interesse social das relações privadas. A Constituição brasileira de 1988 consagra o Estado social, que tem como objetivos fundamentais (art. 3º) “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, com redução das desigualdades sociais. A ordem jurídica infraconstitucional deve concretizar a ordem social e econômica eleita pela Constituição, não podendo os juristas desconsiderá-la, como se os fundamentos do direito civil permanecessem ancorados no modelo liberal do século XIX.⁵⁴

Em virtude dessa mudança de paradigma constitucional, qual o papel a ser desempenhado pelos direitos e garantias fundamentais nesse novo constitucionalismo?

A mudança de enfoque desses direitos, antes tido como premissa do estado liberal como garantias contra as arbitrariedades estatais, de natureza unilateral, passa a ter um enfoque de maior integração junto a comunidade, ou seja, ampliar seu enfoque além das relações entre estado e cidadão tomando a forma de verdadeiros instrumentos de garantias clamando por uma maior intervenção estatal, muito mais ampla que a mera intervenção Estado-indivíduo mas que agora englobe também as relações “particulares” entre seus componentes.

Primam esses direitos por uma maior integração entre o “direito privado” e o “direito público” como medida protetiva das relações entre particulares. Atualmente, verificamos um movimento que caminha no sentido de publicização da coisa privada e a privatização da coisa pública. Abandona-se o modelo liberal de separação entre o Estado (ente político) e a sociedade (ente econômico) tornando-se agora ambos agentes com a persecução do mesmo fim.

Com a advindo desse “novo” constitucionalismo surgem também novas teorias ideológicas e instrumentalizadoras para a busca desse fim, novos métodos interpretativos surgem como frutos de uma própria evolução dos métodos até então existentes.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas: 2008, p. 20.

3. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A palavra interpretar tem sua origem do vocábulo latino *interpretari, explicare, explanare*⁵⁵ que, de acordo com a definição acolhida pelo Novo Dicionário Aurélio, tem sua significação em explica, explanar ou aclarar o sentido.

Por sua vez, a interpretação aplica-se principalmente aos objetos denominados como culturais. Tomamos aqui a concepção de cultura como um produto da civilização humana, dotado de valores e que, portanto deve ser interpretada ao integrar a esfera de cognição do indivíduo. Os objetos culturais são o produto dessa cultura humana dotada de valores e que necessitam de interpretação ao passo que os objetos naturais, isto é, produtos da própria natureza, não necessitam de interpretação, como por exemplo, os fenômenos da natureza, não portando em si quaisquer valores.

O escopo da interpretação relaciona-se sempre com uma manifestação objetiva do pensamento, ou seja, a vontade individual que se materializa no mundo fenomênico e necessita para ser compreendida a voluntariedade do cognoscente em apreender seu significado e os valores que comporta.

O signo só pode representar seu objeto para um intérprete, e porque representa seu objeto, produz na mente desse intérprete alguma outra coisa (um signo ou quase-signo) que também está relacionada ao objeto não diretamente, mas pela mediação do signo.

Antes de prosseguirmos, é mister fazermos uma distinção entre os conceitos de interpretação e hermenêutica. Interpretar é atribuir um significado (à norma, no caso do Direito). Norma textual transforma-se em norma de decisão através do trabalho de interpretação, que revela seu conteúdo. Por seu turno, hermenêutica é ciência da interpretação, busca estabelecer os princípios e regras de interpretação (qualquer interpretação: literária, artística...).

A atual teoria da interpretação baseia-se muito em Emilio Betti, estendendo suas indagações à teoria da exegese. Emilio Betti lança *Teoria dell'interpretazione*.

Hans-George Gadamer⁵⁶, partindo de Heidegger (*Ser e tempo*) renovou os estudos filosóficos e históricos. Segundo este autor, a hermenêutica é concebida como uma exploração filosófica das características necessárias a toda a compreensão. A hermenêutica de orientação epistemológica, defendida por Emiliano Betti, é substituída por um tratamento de cunho ontológico, no qual a compreensão aparece de um modo peculiar de existência do ser.

⁵⁵ MAGALHÃES, F. *Dicionário Português Latim*. Editora LEP S.A: São Paulo, 1960, p. 185.

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

O processo de interpretação requer que haja, sempre, a presença de dois elementos essenciais ao mesmo, o objeto a ser conhecido e o sujeito cognoscente. O agente, também chamado de exegeta, tem seu trabalho na busca e no descobrimento do sentido atribuído as manifestações objetivas do pensamento. Segundo Emilio Betti⁵⁷:

Estes dois termos do processo, sujeito e objeto, são os mesmos dois termos encontrados em todo processo cognoscitivo, embora venham caracterizados por particulares qualificações derivadas de que não se trata de um objeto qualquer, senão precisamente de uma objetivação do espírito e que a finalidade do sujeito está voltada a conhecer, a reconhecer naquela objetivação o pensamento animado, em repensar a concepção, ou em reconstruir a intuição que ali se revela.

Dessa forma, o Direito, tomado aqui com a acepção de um conjunto de normas válidas em um determinado local e sob um determinado momento histórico, mostra-se tanto como um fenômeno cultural como manifestação objetiva de pensamento, inserindo-se, portanto na gama de objetos passíveis de interpretação para que se exteriorize.

Tomando o aspecto da linguagem, chegamos indubitavelmente a conclusão que o mesmo necessita ser interpretado, isto pois, o direito não é linguagem, mas se exterioriza através desta. Partimos do conceito que a linguagem é a capacidade do ser humano em comunicar-se por intermédio de símbolos que organizados sistematicamente compõem-se a língua. São, portanto, os signos a unidade do sistema linguístico, cheio de significado e significação e que possibilitam a comunicação humana.

Em razão disso, podemos dizer que as palavras são espécies inseridas no gênero “signos linguísticos” e que, portanto comportam significado e significação e, portanto, deve ser interpretadas a fim de se extrair das mesmas seu significado ora empregado.

Uma peculiaridade se atrela as palavras que compõem a norma jurídica, pois, muitas vezes, comportam mais de um significado, são chamadas de polissêmicas.

Além de seu significado, as palavras se relacionam uma com as outras na composição de um texto normativo e, para evitar obscuridades no sentido do texto, devem estar dispostas conforme as regras de sintaxe para que possam ser mais bem compreendidas.

A interpretação jurídica consiste em atribuir determinado significado e alcance às normas jurídicas que compõem o texto normativo, ou seja, versa em infligir um determinado significado ao conjunto de símbolos linguísticos que integram o texto.

⁵⁷ BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 29.

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos⁵⁸:

O emprego do verbo “atribuir” é significativo neste contexto. Por meio dele se denota a característica integrativa da atividade interpretativa. Comumente se conceitua a interpretação como um processo por meio do qual se “extrai” um significado da norma, o que desde logo está a identificar uma ideologia subjacente aos que assim se pronunciam, pois o extrair algo pressupõe que este algo (que seria a solução de um caso concreto) já exista na própria norma. Nesse sentido, poder-se-iam empregar igualmente verbos como “imprimir”, “fornecer”, “imputar” ou “conferir”, todos capazes de fornecer a exata noção do que será desenvolvido ao longo da obra, no sentido de que a atividade interpretativa é, sem sobra de dúvida, uma atividade volitiva, vale dizer, que envolve a vontade do agente interpretativo. Não se trata, pois, de operação objetivamente determinada, mas antes, subjetivamente desenvolvida.

Interpretar é recriar e transfigurar num processo paradoxal de despersonalização em que o intérprete pretende se identificar com a pessoa do outro, ou seja, não é o que o interpreta está pensando, mas o que o outro está. É preciso despersonalizar-se e identificar-se com a pessoa do autor, compreender o autor.

Podemos dizer então que o fator de distinção e que enaltece o homem é, entre outros poderes, o de saber interpretar, a começar pela interpretação de si mesmo, ou seja, conhecer seus pré-juízos e pré-conceitos.

A tese dogmática, na qual se filia Ronald Dworkin⁵⁹ que estabelece que só existe uma interpretação correta para cada caso por outro lado estão os céticos que dizem que podem existir varias interpretações que conduzem a solução, cabe ao interprete escolher em razão de cada caso em concreto. Hans Kelsen⁶⁰ também diz que os métodos levam a várias interpretações e portanto haverá sempre mais de uma solução possível e não apenas uma correta.

3.1. OS INTÉRPRETES DO DIREITO

Passaremos abordar, de maneira sintética, a questão relativa métodos de interpretação jurídica mais conhecidos e mais discutidos atualmente. De maneira usual, a doutrina classifica essas métodos interpretativas em relação ao agente que realiza a atividade interpretativa como: autêntico, administrativo, jurisdicional e doutrinário.

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/ Celso Bastos editor, 2002, p. 17.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 248.

3.1.1. Interpretação autêntica

Trata-se da interpretação realizada pelo próprio legislador, com o objetivo de esclarecer, mediante a elaboração de uma nova norma jurídica, o sentido e o alcance de uma outra norma jurídica que lhe é anterior, tomada como obscura ou ambígua.

Apenas o órgão que elaborou a lei em questão é que tem competência para interpretá-la. Só há interpretação autêntica quando a norma esclarecedora advir da mesma fonte normativa que se pretende esclarecer.

No caso específico de lei constitucional, somente o Congresso Nacional, em sua função legiferante, é que é competente para interpretá-la. Podemos então dizer que essa interpretação autêntica é de difícil realização na prática, pois esta só pode ocorrer por meio de emenda constitucional.

Uma peculiaridade liga-se diretamente ao fato de que há autores que entendam que as definições legais são verdadeiras formas de interpretação realizadas pelo legislador quando da elaboração de lei, citamos dentre eles Jerzy Wróblewsky⁶¹. A título de exemplificação, podemos citar o artigo 3 do Código Tributário Nacional.⁶²

3.1.2. Interpretação administrativa

Esta se relaciona ao Poder Executivo, o qual compete também a interpretação das leis e da Constituição, seja quando da concretização dessas como quando da elaboração de outras normas jurídicas de sua competência (atos administrativos).

Um ponto interessante a ser destacado é o relativo ao descumprimento, pelo Chefe do Poder Executivo, de uma lei por ele reputada inconstitucional, ou seja, pode o mesmo deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional, desde que, mediante decisão plenamente motivada, sob pena de poder configurar crime de responsabilidade.

Nossos tribunais vêm, historicamente, se posicionando pela admissão do descumprimento de ato ou lei de cunho manifestamente inconstitucional:

REPRESENTAÇÃO Nº 980 / SP
 EMENTA: É CONSTITUCIONAL DECRETO DO CHEFE DO EXECUTIVO ESTADUAL QUE DETERMINA AOS ÓRGÃOS A ELE SUBORDINADOS QUE SE ABSTENHAM DA PRÁTICA DE ATOS QUE IMPLIQUEM A EXECUÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS VETADOS POR FALTA DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PODER

⁶¹ WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Civitas, 2001, p.28.

⁶² Código Tributário Nacional

Art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

EXECUTIVO. CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº. 7.864, DE 30 DE ABRIL DE 1976, DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. REPRESENTAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.⁶³

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal se manteve o mesmo após a promulgação da Constituição de 1988:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 221 / DF
EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, MEDIDA PROVISÓRIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR.

- Por ser a medida provisória ato normativo com força de lei, não é admissível seja retirada do congresso nacional a que foi remetida para o efeito de ser, ou não convertido em lei.

- Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade – podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.

[...] Vistos relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade, em julgar prejudicado, si et in quantum, o pedido de liminar, não porém, a Ação Direta.⁶⁴

3.1.3. Interpretação jurisdicional

Cabe ao Poder judiciário a última interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico, é sua principal função a de dizer qual é o direito aplicável a cada caso em concreto que busque uma solução.

De acordo com a própria Constituição, cabe aos Juízes e Tribunais a interpretação das normas jurídicas, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁶⁵. Em razão de ter que aplicar o direito, tem este Poder a missão de proceder a sua interpretação e, dessa forma, não há atividade jurisdicional, no sentido de solucionar conflitos, que prescindam de interpretação.

É com base na Constituição que o Poder Judiciário aplica, usualmente, suas decisões, isto em razão da submissão da supremacia constitucional, pois é a Constituição o fundamento de todas as normas jurídicas que compõem todo o ordenamento jurídico.

⁶³ Acórdão do STF na Representação nº. 980 – SP, proferido em 21/11/1979. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acessado em: 17/01/2012.

⁶⁴ Acórdão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade – DF, proferido em 16/09/1993. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acessado em: 14/01/2012.

⁶⁵ Constituição Federal
Artigo 5º, inciso XXXV

3.1.4. Interpretação doutrinária

Essa interpretação, com o próprio nome indica, é aquela realizada pela própria doutrina.

A função da dogmática jurídica repousa na descrição e na sistematização dos enunciados prescritivos que compõem o direito positivo. Buscam os doutrinadores a formulação de conceitos jurídicos tendo em vista uma melhor aplicação do direito posto por parte de seus operadores.

3.2. OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A letra da lei nos reenvia a examinar a norma pela face gramatical (pela face sintática e semântica), pela simples leitura da norma. Examinar a norma apenas pela parte gramatical nos leva a conclusão do que está claro não se interpreta (*clara non sunt interpretanda*), o próprio texto já diz tudo. Ao contrário, se nos prendermos somente ao espírito que nos leva a uma interpretação originada dos elementos exteriores as palavras do texto (valores socialmente aceitos) e portanto, numa situação de limite da interpretação contra a própria lei (*contra legem*).

De acordo com a posição ora aqui defendida, não é possível trabalharmos com uma lógica binária simples (letra ou espírito – um termo fica contra o outro). Na verdade, a jurisprudência exige um enfoque radicalmente diferente, uma lógica que segue o curso dinâmico do discurso judicial (uma lógica que se introduza entre a letra e o espírito), que se coloca com flexibilidade entre a letra e o espírito sem que necessariamente sejam reduzidos ou assimilados. Acreditam os autores estarem de acordo com a lógica da linguagem e o pensamento hermenêutico. Entre a compreensão da parte texto ou espírito, se instala um relação de dialética de mutua fecundação. O método jurisdicional se apresenta eclético (variado), pragmático (entre a norma e o intérprete) e combinatório como se os juízes praticassem uma navegação por tentativas entre ficar adstrito ao texto e da livre invenção do direito (espírito).

Em razão do exposto, esta nos leva a trabalhar com uma lógica mais flexível e complexa do que a lógica binária simplesmente. Uma larga margem de apreciação é assim reconhecida ao juiz, ou apropriada por ele, e o mesmo necessita uma grande maestria nas múltiplas diretivas metodológicas de interpretação, ela não conduz ao indeterminado pois permanece ao magistrado um quadro de restrições implícitas que consistem na manutenção ou restauração da coerência da ordem jurídica e a coesão da ordem social, aqui também se instaura uma dialética entre liberdade e imposição, invenção e convenção, ordem e desordem.

José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁶ ao tratar sobre a interpretação da constituição, trabalha o conceito do conteúdo semântico das normas constitucionais que implicam numa dificuldade, especialmente no direito constitucional, pois os elementos semânticos que compõem a norma constitucional muitas vezes tem caráter polissêmicos ou plurissignificativos (por exemplo, o conceito de Estado, povo). Muitas vezes também os enunciados linguísticos são vagos (como exemplo, a independência nacional). Também são utilizados muitas vezes conceitos de valores (a título de exemplo citamos a dignidade da pessoa humana). Por fim, muitas vezes também são tratados de conceitos de prognose, que tratam da antecipação de consequências futuras, dificilmente dedutíveis da simples mediação do conteúdo semântico (exemplificando, uma grave ameaça da ordem constitucional).

A Constituição utiliza palavras com várias designações, vamos nos ater a alguns conceitos indeterminados empregados:

- Interesse Público (artigo 37, IX, Constituição Federal de 1988) – “é o bem social indisponível que transcende os interesses particularizados”
- Interesse Nacional (artigo 12 Constituição Federal; artigo 172 Constituição Federal) – “é a autodefesa ou autopreservação em termos de integridade territorial, independência política e instituições governamentais básicas”.
- Interesse Social (artigo 184, Constituição Federal) – muito atacado pela doutrina em razão da amplitude do conceito considerado demasiado amplo, pois tudo pode ser enquadrado como interesse social
- Interesse Local (artigo 30, I, Constituição Federal) – o que preferencialmente diz respeito aos interesses da circunscrição do Município.

Ainda de acordo com o anteriormente citado autor português, “uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando, com a medida de ordenação nela contida, se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa ao caso jurídico a decidir”⁶⁷. Tal processo se dá através de: (i) criação de uma disciplina regulamentadora; (ii) uma sentença ou concretização judicial; (iii) uma prática de atos individuais administrativos. A norma de aplicação é sempre a norma interpretada e nunca a norma textual. E a essa norma interpretada é a que se chama norma de decisão. O termo “Isto posto, decido” é o que torna a norma textual como norma de aplicação. Passou pelo crivo do intérprete. A motivação que leva o juiz a aplicar a norma daquela maneira ou, às vezes, mediante mutação constitucional,

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993, p. 18-19.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 223.

dando o sentido à norma, é de tal forma que será adotada daí em diante, embora não tenha se alterado uma vírgula no texto.

Na interpretação há sempre um exercício de poder do juiz, ou seja, é política. De modo que, se não houver uma consciência de si mesmo, tende-se a uma não adequada interpretação e não adequada aplicação da norma. O problema está na tomada de decisão: e isto não é técnico, é político.

Segundo Meirelles Teixeira⁶⁸, a norma aplicada nunca é a textual mas a norma interpretada. Defende ainda o autor que toda interpretação é construtiva e o limite da atividade interpretativa é a norma escrita, ou seja, se a norma de decisão conflitar com a norma textual deve ser feita uma nova interpretação até que a mesma não desconstrua a norma textual. Nesse sentido afirma o autor que toda interpretação é construtiva.

Francesco Ferrara⁶⁹, por sua vez, destaca que interpretar é buscar a finalidade prática do direito (teleológica)

Segundo o autor, a *Mens Legis* não se confunde com a *Legislatoris*, ou seja, é impossível buscar o motivo do legislador, o que se deve buscar é o objetivo da lei (*legislatoris*) que é móvel e variável como tempo.

Ressalta Francesco Ferrara que de acordo com o Método Teleológico – Evolutivo Histórico, a lei deve ser interpretada tendo em razão o momento histórico dessa interpretação.

Quanto a *ratio legis*, esta se conecta com o objetivo da lei a ser alcançada enquanto que a *occasio legis* se liga ao período quando a lei foi elaborada.

No momento de aplicar a lei, o intérprete não pode desprezar os comandos do próprio legislador, é uma barreira a ser respeitada. A lei é a vontade do Estado, e por sua vez, é a vontade do estado que deve ser respeitada. O intérprete autêntico é o legislador.

Segundo Umberto Eco⁷⁰, o texto vai oscilar entre a liberdade do intérprete e a intenção do autor. Sublinhar a impossibilidade da oscilação: uma vez se fica mais fiel ao texto e, outra, à sua interpretação. A interpretação coincide com os limites do texto. O intérprete não está tão livre assim para interpretar.

Todo discurso da obra para a interpretação deve buscar a defesa do seu sentido literal⁷¹. Não se pode deturpar o texto com a intenção de interpretar livremente. Pode-se, dentro do contexto, extrair o seu sentido, dentro do limite contextual. No caso da norma, do

⁶⁸ TEIXEIRA, Meirelles in *Curso de Direito Constitucional*, organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1.991, p. 276.

⁶⁹ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1987, p. 130.

⁷⁰ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Perola de Carvalho. 2 ed. Prespectiva, p. 22.

⁷¹ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Perola de Carvalho. 2 ed. Prespectiva, 1997, p. 09-11.

sistema normativo constitucional e infraconstitucional. Por exemplo, a licença maternidade em relação à licença gestante.

Não existe somente uma interpretação, mas sim uma moldura de interpretação que a faixa de varias interpretações possíveis, razoáveis e aceitáveis. Portanto, não seria possível uma uniformização nas decisões (jurisprudência). A segurança jurídica também é uma ficção jurídica ao ponto que uma uniformização de toda jurisprudência na prática torna-se quase impossível.

Conforme Miguel Rojas⁷², no direito privado o problema da atividade interpretativa fica adstrito ao juiz, enquanto que na interpretação constitucional todos são afetados pela decisão.

Defende a necessidade de uma autonomia da interpretação constitucional tendo em vista suas peculiaridades.

Isso se traduziria em uma menor flexibilidade na interpretação constitucional tendo em vista uma maior flexibilidade na interpretação de normas de caráter infraconstitucional.

A linguagem constitucional também se atem estritamente a terminologia jurídica e também contempla conceitos de natureza política que devem ser buscada sua significação junto ao universo político, em razão disso haveria sempre a necessidade de adaptação do texto as novas condições que se apresentam no seio da comunidade com o passar do tempo. Para alguns autores a interpretação é via de reforma da constituição.

A norma constitucional é um tipo de norma que necessita de um tipo de estabilidade e durabilidade. Da rigidez da norma constitucional se depreende a necessidade de uma adaptação do texto às novas condições, geradas por mudanças sociais. As coisas mudam, as concepções mudam e o intérprete deve estar bastante atento a essas mudanças. Daí considerarem que a interpretação é uma via de reforma constitucional. Então são necessários dois momentos para a tarefa de se expressar a interpretação: I) o momento em que se expressa a vontade do constituinte (na norma), o contexto histórico em que a norma foi criada; II) momento de aplicação e a mudança das circunstância relativamente ao tempo de criação daquela norma, o que implica na adaptação da norma aos dados constituídos. Não se pode desprezar uma circunstância. Pode-se não adotá-la, mas não desconsiderá-la.

Em países onde o princípio da separação de Poderes é mais uma aspiração do que uma realidade político jurídica e a opinião pública não tem informação consistente e necessária – e

⁷² ROJAS, Miguel Limón. *Algunas Consideraciones sobre Interpretacion Constitucional*. Disponível em: www.bibliojuridica.org/libros/3/1052/6.pdf. Acesso em 07 de junho de 2011.

logo não se lhe permite fazer pressão – a interpretação chega a converter-se numa distorção da norma fundamental

A luta entre as diversas forças sociais repercutem na interpretação, influenciando nas decisões do poder judiciário. Neste caso as questões jurídicas ficam rebaixadas e os fatores sociais afloram e preponderam.

Eros Roberto Grau⁷³ nos propõe uma nova reflexão sobre o tema, segundo o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, o texto normativo é distinto de norma jurídica, o texto está presente na norma no qual interpretar é concretizar a lei na qual interpretar inclui a atividade de concretizar os fatos. A norma jurídica é o produto da interpretação (o texto da lei deve ser interpretado bem como os fatos). É a interpretação realizada pelo juiz que põe termo a interpretação da norma, é ele quem vai desvendar a norma embutida no texto legal, por meio da norma de decisão.

3.2.1. O método hermenêutico clássico

Seu principal expoente é Savigny⁷⁴ e Forsthoff, segundo esse método, parte-se da consideração de que a constituição é uma lei e, portanto, ao interpretar uma constituição, estamos interpretando uma lei (segundo a tese de identidade, interpretação constitucional é o mesmo que interpretação legal).

Para o interprete capturar o sentido das normas constitucionais, deve valer-se das regras tradicionais de hermenêutica. O sentido dessas normas desvenda-se pelo emprego de elementos interpretativos: a) elemento literal, gramatical ou textual; b) elemento sistemático; c) elemento histórico; d) elemento teleológico; elemento genético.⁷⁵

O emprego dos elementos anteriormente citados conduziu-nos a uma interpretação jurídica da constituição na qual o princípio da legalidade constitucional é plenamente salvaguardado e reforçado em razão da dupla relevância que advém quando empregados os elementos na atividade interpretativa constitucional: primeiro ponto relevante relaciona-se a traçar o ponto de partida para a mediação ou captação do sentido da norma constitucional quando sua concretização e, como segundo ponto impor limitação à atividade exegética na qual o texto sempre será o limite.

⁷³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 131.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993, p. 213.

3.2.2. O método tópico-problemático

Inicialmente desenvolvido por Aristóteles⁷⁶, nos foi legado pelo autor Theodor Viehweg⁷⁷.

Sob o prisma do direito constitucional, parte das premissas que: a) o caráter prático da interpretação constitucional, pois procura resolver problemas concretos; b) o caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional; c) a preferencia a discussão do problema em razão da textura aberta das normas constitucionais que não permitam uma mera dedução subsuntiva tendo as mesmas como ponto de partida.

Para a busca da solução de determinado caso em concreto, os operadores do direito, intérpretes, ao tentar adaptar a norma constitucional ao caso em tela, servem-se de vários *tópoi* (pontos de vista), sujeitos aos combates de argumentações pró ou contra, a fim de chegarem a um ponto de vista que apresenta a solução mais conveniente ao problema. Seria então a tópica a técnica de pensar problemático. A função desses vários tópicos seria de auxiliar na interpretação do intérprete bem como, constituírem uma guia para a discussão dos problemas apresentados permitindo assim a decisão jurídica do caso em concreto em discussão.

3.2.3. O método hermenêutico-concretizador

A interpretação da Constituição toma um relevo todo especial com a tese de concretização formulada por Konrad Hesse⁷⁸.

Esse método parte da ideia de que a atividade interpretativa de um texto normativo parte da pré-compreensão de seu sentido pelo interprete. Em relação à interpretação da constituição, esta também pode valer-se desse processo, trata-se de uma compreensão do sentido na qual o interprete efetua uma atividade prático-normativa, concretizando assim a norma constitucional tendo como ponto de partida uma dada situação histórica. Em razão disso, vem esse método realçar e iluminar os vários pressupostos presentes à atividade interpretativa: a) os pressupostos subjetivos, na medida em que o interprete desempenha um papel criador na tarefa de extração do sentido do texto constitucional (pré-compreensão); b) os pressupostos objetivos, ou seja, o contexto, pois atua o interprete como mediador entre o texto e o caso concreto em que se aplica, e; c) cria o interprete uma mediação entre o texto e o contexto, criando propriamente dito o círculo hermenêutico.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 489.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 488.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 131.

O método hermenêutico pode ser considerado com uma via hermenêutico-concretizador, o qual orienta o pensamento de forma problemática e orientada, ao contrário de um pensamento axiomático.

Cumprе ressaltar que esse método concretizador se afasta do método tópico-problemático na medida em que admite o primado do texto constitucional em face do problema, enquanto que o método tópico resalta a primazia do problema perante a norma.

3.2.4. O método científico-espiritual

Tem como seu principal desenvolvedor Rudolf Smend⁷⁹.

Segundo esse método, cujas premissas básicas baseiam-se na necessidade de interpretação da constituição: a) o sistema de valores empregados no texto constitucional e, b) o sentido e a realidade da constituição como sendo um elemento no processo de integração. Por referir-se a valores, podemos estabelecer que o método obrigue o interprete a uma “captação espiritual” com conteúdo axiológico finalístico da ordem constitucional. Baseia-se também na ideia de que a interpretação visa não somente dar resposta aos sentidos dos conceitos empregados no texto constitucional, mas compreender de maneira fundamental o sentido e a realidade de uma dada lei constitucional, conduzindo esta lei a uma integração espiritual com a realidade existencial do Estado.

3.2.5. O método jurídico normativo-estruturante

Seu principal expoente é Friedrich Muller⁸⁰.

Os postulados básicos desse método são: a) o método jurídico tem como função a fiscalização das várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição); b) captar a transformação da norma a ser concretizada e aplica-la diretamente ao caso em concreto ligam-se diretamente a solução de problemas práticos; c) o método deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e do processo de concretização, bem como a conexão entre a concretização normativa e as funções jurídico-práticas; d) a partir da não identidade entre a norma e o texto normativo, temos como elemento precursor para compreensão de sua estrutura normativa a teoria hermenêutica da norma jurídica; e) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas uma parte do todo que compõe a norma, correspondendo em geral ao programa normativo; f)

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 624.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 498.

a norma não compreende apenas o texto normativo, mas engloba o domínio normativo, ou seja, uma parte da realidade social na qual está imerso, a qual o programa normativo só contempla parcialmente; g) no processo de concretização na norma, deve ser levados em conta dois tipos de elementos de concretização, os elementos resultantes do processo de interpretação do texto da norma (elemento literal) e os elementos resultantes da investigação do domínio normativo.

3.2.6. Método redutivo eidético

Introduzido por Edmund Husserl⁸¹ (eidético - termo introduzido na filosofia contemporânea por Husserl para indicar tudo o que se refere às essências, que são objeto da investigação fenomenológica. Fenomenologia (do grego *phainesthai* - aquilo que se apresenta ou que se mostra - e *logos* - explicação, estudo), termo que surgiu no século XVII nas obras de Lambert⁸² e de Kant⁸³, afirma a importância dos fenômenos da consciência e experiência a partir de um conteúdo emocional. Husserl percebeu que a intencionalidade é a marca característica da consciência, os quais devem ser estudados em si mesmos – tudo que podemos saber do mundo resume-se a esses fenômenos, a esses objetos ideais que existem na mente, cada um designado por uma palavra que representa a sua essência, sua "significação".

Os objetos da Fenomenologia são dados absolutos apreendidos em intuição pura, com o propósito de descobrir estruturas essenciais dos atos (*noesis*) e as entidades objetivas que correspondem a elas (*noema*). A fenomenologia visa chegar às coisas mesmas com a intenção de conhecê-las, quanto ao direito, visa extrair o significado da norma

3.3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Aproveitando o conceito de interpretação jurídica já desenvolvida anteriormente, podemos afirmar que a interpretação constitucional se perfaz em conferir um significado aos símbolos linguísticos que compõem o texto da norma constitucional, em termos mais simples, é a interpretação jurídica aplicada à Constituição.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁴: “uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com

⁸¹ HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: sexta investigação: (elementos de uma elucidção fenomenológica do conhecimento)*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

⁸² MOREIRA, Virginia. *Possíveis Contribuições De Husserl e Heidegger Para A Clínica Fenomenológica*. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 15, n. 4, p. 723-731, out./dez. 2010, disponível em www.hegelbrasil.org/rev03q.htm. Acesso em 11 de julho de 2012.

⁸³ Idem.

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993, p. 202

o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada”.

Segundo André Ramos Tavares⁸⁵, “a interpretação constitucional colhe a característica da necessidade de concretização da norma jurídica, maximizando-a, porém, justamente por se tratar de norma constitucional”.

Em virtude de sua natureza jurídica, bem como a hierarquia institucional a qual a Constituição está inserida como lei fundamental, suprema e fundante, impõem-lhe certas características específicas a sua interpretação, individualizando-a das demais interpretações. Essa diferenciação decorre de alguns fatores que lhe são específicos quais sejam: sua inicialidade fundante, a supremacia constitucional, o caráter aberto de suas normas e, ser esta o estatuto jurídico do político. Além desses fatores, adita-se o fato de a linguagem constitucional ser permeada por normas principiológicas e impregnada de valores políticos.

A interpretação constitucional apresenta algumas particularidades em relação às demais interpretações jurídicas, pressupõe a observância de algumas regras as quais devem sempre instruir o intérprete, para assim ser considerada como atividade válida, sem que haja predileção entre um ou outro. De acordo com Celso Ribeiro Bastos⁸⁶, deverá o intérprete obrigatoriamente considerar três postulados, que serão melhor abordados adiante no trabalho, são eles: a supremacia da Constituição; a unidade da Constituição e; a maior efetividade possível.

Segundo o postulado da supremacia da Constituição, a interpretação das normas constitucionais não deve ser feita a partir das leis. Nesse caso, a interpretação deve vir sempre de cima para baixo e não em outro sentido.

Por sua vez, segundo o princípio da unidade da constituição, a atividade interpretativa deve ser realizada de maneira sistemática de modo que evite contradições em razão de suas normas. O dispositivo constitucional a ser interpretado não deve ser considerado de maneira isolada, mas sim integrado as outras normas que compõem a própria Constituição.

Em conformidade com José Joaquim Gomes Canotilho, “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.⁸⁷

Segundo o princípio da máxima efetividade, quando interpretada uma norma constitucional deve ser revestida no sentido que maior eficácia dê ao dispositivo.

⁸⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 84-85.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1133

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p.226.

George Salomão Leite, tomando como base as lições de Linares Quintana, estruturadas a partir de posições doutrinárias e na jurisprudência, traça sete regras a serem observadas quando da interpretação constitucional, são elas⁸⁸:

- a) na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico ou finalista da Constituição, que se é instrumento de governo, também e principalmente é restrição de poderes em defesa da liberdade individual;
- b) a Constituição deve ser interpretada com um critério amplo, liberal e prático; nunca estreito, limitado e técnico, de modo que na aplicação de suas disposições se cumpram cabalmente os fins que a orientam e informam;
- c) as palavras que emprega a Constituição devem ser entendidas em seu sentido geral e comum, a menos que resulte claramente de seu texto que o constituinte quis referir-se a seu sentido técnico, e em nenhum caso há de supor-se que um termo constitucional é supérfluo ou está demais, senão que sua utilização obedeceu a um desígnio preconcebido dos autores da lei suprema;
- d) a Constituição deve ser interpretada como um conjunto harmônico, no qual o significado de cada parte deve determinar-se em harmonia com o das partes restantes; nenhuma disposição deve ser interpretada isoladamente, e sempre deve preferir-se a interpretação que harmoniza e não a que coloque em confronto as distintas cláusulas da lei suprema;
- e) a Constituição, enquanto instrumento de governo permanente, cuja flexibilidade e generalidade lhe permite adaptar-se a todos os tempos e circunstâncias, deve ser interpretada tendo em conta não somente as condições e necessidades existentes ao momento de sua sanção, senão também as condições sociais, econômicas e políticas que existem ao tempo de sua interpretação e aplicação, de modo que nem sempre seja possível o cabal cumprimento dos grandes fins e propósitos que informam e orientam a lei fundamental do país;
- f) as exceções e os privilégios devem ser interpretados restritivamente;
- g) os atos públicos se presumem constitucionais entanto mediante uma interpretação razoável da Constituição possam ser harmonizados com esta.

Como uma última análise, examinaremos algumas particularidades relacionadas aos interpretes da constituição.

Segundo Peter Häberle⁸⁹, em sua obra "Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e

⁸⁸ LEITE, George Salomão. *Do método tópico de interpretação constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/34>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2012.

‘Procedimental’ da Constituição”, a Constituição deve ser interpretada por uma pluralidade de interpretes, ou seja, todos os indivíduos que vivam sob essa constituição estão legitimados e devem interpretá-la. Partindo desse pressuposto, defendo o autor uma interpretação constitucional democrática, na qual não é aceito o fato de que os interpretes jurídicos monopolizem a atividade interpretativa da constituição. Contudo, resta ao tribunal constitucional proferir a última palavra acerca da interpretação da norma constitucional em questão e por não dizer, da própria Constituição.

Propõe Peter Häberle⁹⁰ a seguinte tese:

... no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Ainda, segundo Peter Häberle, o processo de ampliação do círculo de interpretes é decorrente da necessidade de integração da própria realidade no processo de interpretação constitucional. O autor vai mais além, e defende que a interpretação é responsável pelo processo de atualização de uma constituição. Como último destaque da teoria ora aqui superficialmente analisada, quanto maior for o número de interpretes de uma constituição, mais livre e aberta será essa sociedade, ou seja, a sociedade será mais livre e aberta na medida no número de interpretes dessa constituição.⁹¹

Seguindo a lição de George Salomão Leite⁹²:

De fato, a Constituição como norma conformadora e norma conformada pela realidade (sociedade), diz respeito a todos os que estiverem sob o seu âmbito de atuação. Isto posto, toda a sociedade aberta deve ser seu intérprete, de modo que possa mantê-la em constante atualização (realização/concretização). A pluralidade de intérpretes não pressupõe que cada cidadão (individualmente considerado) realize sua interpretação da constituição, posto que de nada adiantaria para obter a sua atualização. Hoje, como a sociedade encontra-se dividida em grupos sociais, nada obsta que estes grupos, defendendo os interesses dos cidadãos que a eles pertencem, ofereça a sua interpretação da constituição. Assim por exemplo: os sindicatos da classe dos trabalhadores, os sindicatos patronais, a imprensa, a classe artística, e até o cidadão individualmente considerado realiza interpretação da constituição quando da interposição de Ação Popular art. 5º, LXXIII.

Portanto, podemos concluir que uma das chaves para uma efetiva participação social no processo de interpretação constitucional é a sua ampliação ao maior número de agentes

⁸⁹ HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 24.

⁹⁰ Ibidem, p. 13.

⁹¹ Idem.

⁹² LEITE, George Salomão. *Do método tópico de interpretação constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/34>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2012.

habilitados a provocarem tal discussão e não sua restrição a determinado número fechado, como por exemplo o *rol* de legitimados para propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade⁹³.

3.3.1. Princípios da interpretação constitucional

A interpretação tem princípios próprios, segundo Celso Ribeiro Bastos⁹⁴, que não se aplicam às outras áreas do direito, dada a singularidade das normas constitucionais, porque se distinguem: a) pelo caráter de inicialidade (que as outras normas não têm), em grau de superioridade hierárquica, portanto; sobre ela não há nenhuma norma superior. Ressalva se faz ao jusnaturalismo que indica o direito supra-positivo, que são valores e não normas – daí não se chamar mais de Direito Natural, porque não é cogente, mas um plexo de valores que devem ser considerados na interpretação e nas decisões; e para o juspositivismo, a norma hipotética fundamental. A Constituição é quem positiva os valores sociais e aqueles ainda não positivados são considerados no âmbito da norma; b) conteúdo marcadamente político, no sentido de administração e exercício do poder, não de classe política, no sentido grego, visto ser a Constituição instrumento do exercício político, para gerir e regular o poder de uma sociedade; c) a linguagem da Constituição caracteriza-se pela síntese e coloquialidade – a Constituição procura – às vezes não consegue – se utilizar da linguagem coloquial, para ser inteligível à sociedade; d) predominância das normas de estrutura em que, tendo por destinatário habitual o próprio legislador; normas de caráter organizatório de estruturas, que atribuem competências (por exemplo, diz o que é família, o que compreende cidadania).

⁹³ Constituição Federal

Artigo 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 103-106.

Celso Ribeiro Bastos⁹⁵, em complementação ao anteriormente exposto, indica quatro princípios de interpretação, de utilização obrigatória para a interpretação constitucional:

I - Princípio da unidade da Constituição – é necessário que o intérprete procure as recíprocas interpretações de preceitos e princípios até chegar a um conceito unitário, evitando contradições, antagonismos e antinomias. Por exemplo: Artigo 5º, XXIII, Constituição Federal de 1988 – é garantida a propriedade e, em seguida, a propriedade deve cumprir sua função social – são, em tese, posições antagonistas, porém significa que devem ser interpretadas conjuntamente, pois devem ser entendidas harmonicamente. A simples letra da lei é superada por se tratar de cedência recíproca, mútua cedência. Tira-se um pouco da força de uma e de outra, para promover a harmonia do sistema. Não podem ser, portanto, interpretados de maneira absoluta. Prevalecerão apenas até o ponto em que deverão ceder a um outro dispositivo em princípio antagônico.

II - Princípio da efetividade das normas constitucionais – Não se admite na Constituição a não existência de normas não jurídicas na Constituição. Todas as normas devem produzir algum efeito. Por exemplo, as normas programáticas⁹⁶. Nesse sentido, as normas programáticas não tem mais aquele sentido de que o Estado deve cumprir imediatamente tais normas e não quando, a qualquer tempo, desejar.

III - Princípio da abrangência e densidade semântica (explícito / implícito) - interpretação de acordo com o que explicitamente os dispositivos postulam, mas também com o que implicitamente encerram ou contém. Por exemplo, o caso da licença gestante, que contempla também a mãe adotiva. As normas constitucionais devem ser tomadas como regras da constituição atual e não de uma constituição futura, destituída de eficácia imediata. Como exemplo, o artigo 7º, XVIII e artigo 37 (nepotismo) ambos da Constituição Federal de 1988.

IV - Princípio dos conceitos exógenos – provenientes de outras áreas do Direito (casamento – Direito Civil; esporte – Direito Desportivo etc.) ou do campo extrajurídico, desde que apreendidos em disposições constitucionais, devem ser interpretados no sentido que adquirem por força desta nova inserção sistemática. Os conceitos exógenos devem ser interpretados, portanto, no sentido que adquiriram no patamar constitucional. Passam a um novo patamar sistemático. Assim o conceito de família do artigo 206 presente na Constituição é a mesma família do Código Civil, mas na Constituição Federal de 1988 indica-se a proteção maior e é

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1133.

⁹⁶ Surgiram na Segunda Guerra Mundial com forma de previsão de programas de atuação do Estado para se atingir uma situação de igualdade. Ex: artigo 205 da Constituição Federal - a educação é direito de todos e dever do Estado, sociedade e família. O termo demanda recursos materiais e humanos para que todos estejam na escola (qualquer ser humano tem direito à educação, não somente crianças). É norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

nesse sentido maior que deve ser interpretada a cada dispositivo do Código Civil. Por exemplo, artigo 5º, LXXIII, Constituição Federal de 1988 - ação popular - qualquer (questão de generalização de gênero) cidadão (titular de todos os direitos previstos na constituição) é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público, ao de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas e de ônus da sucumbência. Na jurisprudência brasileira, inclusive do Supremo Tribunal Federal, são necessários dois requisitos: lesividade e ilegalidade (ato legal - agente capaz, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não defesa em lei). A doutrina adota três tendências: 1ª) a que fundamenta o STF exige lesividade e ilegalidade (José Afonso da Silva, Hely Lopes Meirelles, Péricles Prade dentre outros)⁹⁷; 2ª) basta a lesividade (Lucia Vale Figueiredo e outros autores)⁹⁸; 3ª) que a legalidade contenha a lesividade, pois nem todo ato legal é necessariamente lesivo (Celso Ribeiro Bastos, Michel Temer e Vicente Graco Filho)⁹⁹. Fixou-se o primeiro posicionamento porque não se atentou ao princípio dos conceitos exógenos, porque anular ato é do Direito Civil e deve, portanto, ser interpretado com o conceito que adquiriu na Constituição. E o sentido nesse caso, dentro da característica da coloquialidade das normas, anular é tornar sem efeito, pelo senso comum. A doutrina está na frente do Supremo Tribunal Federal.

3.4. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL

Os contratos desempenham um papel de suma importância na sociedade atual, tanto no aspecto de direitos de cunho pessoais como em aspectos econômicos, pois são eles os “documentos propulsores” da economia e dentre outras justificativas, possuem estudos dedicados a sua própria interpretação.

3.4.1 Da interpretação dos contratos e dos negócios jurídicos

O objetivo aqui proposta é o de traçarmos, de maneira sintética, os principais institutos aplicáveis às relações contratuais de modo a trazermos ao presente trabalho um panorama das

⁹⁷ PRADE, Péricles. “Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional”. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, n. 42, abr./jun. 1986, p. 261; SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 169; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138;

⁹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perfil do mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 15-16.

⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 237; TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 204 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed., v. III. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 325.

regras e princípios hermenêuticos aplicáveis à interpretação do negócio jurídico, o qual se exterioriza por meio de seu instrumento que é o contrato.

Em razão da delimitação acima exposta, faz-se necessário ressaltar a importância dessa interpretação contratual na realidade do contexto normativo moderno. É o contrato o principal instrumento de movimentação de riquezas na sociedade contemporânea e, não rara às vezes, origina inúmeros litígios em razão de divergências em sua interpretação, levando muitas vezes o caso concreto ao Poder Judiciário ou a um Tribunal Arbitral para apreciação e dicção do Direito relativo às partes aplicáveis a controvérsia.

Washington de Barros Monteiro¹⁰⁰, ao abordar relevância da interpretação dos contratos, destaca: “não se justifica, porém, esse aparente desdém, porquanto todos quantos se acham em permanente contato com a vida forense, sabem de perto quão frequentes são os litígios, em que se debate o problema da interpretação contratual.”

Por se tratar de uma declaração de vontade e, portanto, um produto cultural humano, o contrato necessita ser interpretado. Segundo uma parcela da doutrina, a atividade de interpretar o contrato trata-se do processo mediante o qual se determina o seu alcance e os seus efeitos.¹⁰¹

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz¹⁰²: “a interpretação contratual terá por escopo determinar o conteúdo contratual duvidoso, buscando seu verdadeiro sentido, eliminando ambiguidades, dúvidas ou contradições”.

É mister salientarmos sobre os males que uma interpretação subjetiva pode ocasionar ao contrato. Segundo a lição de Pontes De Miranda¹⁰³:

O intérprete, com a sua imparcialidade, apenas tem a missão de revelar o que não foi manifestado, conforme o sentido e conforme a extensão do conteúdo negocial que se manifestou. Se não é de exigir a obviedade, tem-se como necessária a clareza do raciocínio, a alegação das proposições reveladas ao fim do negócio jurídico, ao sentido e a extensão do conteúdo.

O Código Civil¹⁰⁴ também tratou sobre a interpretação dos negócios jurídicos, principalmente em seus artigos 113 e 114 e também nos artigos 423, 819, 843 e 1899.

¹⁰⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: contratos, declarações unilaterais da vontade, obrigações por atos ilícitos*. 31. ed. revista e atualizada São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5, p. 34.

¹⁰¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes das obrigações - contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 25.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1, p. 84.

¹⁰³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 71-72.

¹⁰⁴ Código Civil:

Artigo 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Artigo 114: Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se restritivamente.

3.4.2. Das regras sobre a interpretação dos contratos

Segundo os doutrinadores de maior crédito no Universo Jurídico, sejam eles pátrios ou estrangeiros, indicam estes uma lista de regras e princípios destinados a nortear a interpretação jurídica, principalmente dos contratos. Para uma melhor ilustração do tema, citamos Maria Helena Diniz¹⁰⁵ que por sua vez, traz a tona vinte e cinco orientações dirigidas ao interprete, constituídas principalmente de alguns preceitos de caráter mais geral e outros de cunho mais específicos.

O primeiro jurista a reunir esse rol variado de normas relativas à interpretação dos contratos, rol este que originou os demais enfoques sobre as regras e princípios da hermenêutica contratual, foi o francês Robert Joseph Pothier¹⁰⁶, no documento “*Traité des Obligations*” de 1764, no qual, o ilustre mestre reuniu os principais princípios da hermenêutica que estavam dispersos em diversos textos do Direito Romano.

Dessa maneira, Robert Joseph Pothier já compilara, ao tempo do Código Civil Napoleônico, as principais regras interpretativas as quais, aditadas às modernas considerações doutrinárias sobre a hermenêutica contratual, foram o embrião da listagem de princípios e que passaremos a elencar a seguir:

1ª. Nos contratos, o que mais interessa é a intenção comum das partes e não o sentido literal das palavras.

Na interpretação, deve o agente, ao interpretar, buscar a verdadeira intenção que as partes tiveram quando da contratação, mesmo que para isso deva o mesmo relevar o sentido literal das palavras que compõem o texto.

Outro ponto de destaque ao intérprete é a atenção especial em sempre buscar a “intenção comum” e não somente a “intenção de cada uma partes”, ou seja, parte-se de uma concepção das intenções conjugadas das partes pra a obtenção no negócio contratado.

Artigo 423: As cláusulas contratuais, nos contratos por adesão, serão interpretadas de maneira mais favorável ao aderente.

Artigo 819: A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

Artigo 843: A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.

Artigo 1899: Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, p. 80-86.

¹⁰⁶ POTHIER. Robert Joseph. *Traité des Obligations*. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=KyRt8NVVUc4C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false - . Acesso em 17 de dezembro de 2011.

A cautela do dispositivo é justificável tendo em vista que nem sempre a exteriorização de uma vontade corresponde com a sua essência, ou seja, pode a intenção contratada não ter sido corretamente refletida pelo instrumento contratual.

2ª. Quando uma cláusula admitir dois sentidos, deve ser interpretada de modo a que produza algum efeito ao contrato.

O intérprete deve conduzir seus trabalhos ao ponto que as cláusulas que sejam passíveis de dois ou mais sentidos, ao serem interpretadas, resultem em algum efeito jurídico; ou seja, o mesmo deve dar um maior destaque ao que seja exequível no contrato, ou seja, deve prevalecer aquela interpretação que extraia algum significado em razão dos interesses em questão.

Segundo a doutrina, esse princípio tem sido nomeado como princípio da conservação do contrato, pois a interpretação visa à aproximação entre as condições contratadas e a efetividade do negócio jurídico firmado. As partes não celebrariam um contrato, de maneira intencional, que seja inútil ou que não lhes tragam nenhum benefício.

Neste mesmo sentido, destacamos a seguinte passagem de Jefferson Daibert¹⁰⁷: “É lógico, pois, as partes contrataram com algum objetivo, não foi para o nada que avençaram; as partes não emitem declarações de vontade pelo prazer de permutá-las, mas em vista de certas finalidades, razão por que estabelecem relações entre si”.

Como exemplo trazemos um contrato em que se use a expressão “bandeira”, para se referir a determinada marca. Em nada adiantará ao contrato que a expressão seja interpretada de maneira a entender algo diverso da marca referida.

A interpretação deve ser realizada de maneira funcional ao contrato de modo em que se busque a máxima eficácia de seus efeitos auxiliando assim na sua perfeita execução contratual.

3ª. As expressões que possuem um duplo sentido interpretam-se de acordo com a natureza e objetivo do contrato.

Ao analisar expressões de caráter dúbio no contrato, deve o intérprete entendê-las de acordo com o sentido que mais seja conveniente à natureza e ao objeto contratado que refletem o negócio firmado.

¹⁰⁷ DAIBERT, Jefferson. *Dos Contratos: parte especial das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 54.

Neste sentido, segundo os comentários de Eduardo Espínola¹⁰⁸:

Os escritores franceses dizem que, na aplicação da regra, deve-se apreciar a qualidade das partes, o fim que visam; (...) em uma palavra, tudo quanto caracteriza os contratos da mesma natureza, sem perder de vista o que pode dar à espécie uma fisionomia própria.

O correto emprego da técnica de interpretação consegue extrair do instrumento contratual todos os seus efeitos imaginados e desejados pelos contratantes quando no momento de sua formação.

Como exemplo, trazemos um contrato de locação, no valor de R\$ 24.000,00 a título de aluguel de um apartamento, durante dois anos; por sua vez, esta quantia não se entende paga em uma única parcela, isto porque, em geral, é da natureza deste tipo contratual que o preço consista em uma prestação mensal; na hipótese do exemplo seria de R\$ 1.000,00 ao mês.

4ª. As expressões ambíguas interpretam-se de acordo com os costumes do país.

Ao se deparar com expressões de natureza ambíguas, deve o interprete recebê-las de acordo com os usos e costumes do local onde o contrato foi firmado de modo a não ser mais ambígua e ter seu sentido firmado de modo preciso e unívoco para com os contratantes.

Como exemplo, citamos um contrato de compra e venda que contenha como unidade de medida de superfície agrária, a expressão “alqueires”. Esta equivalerá a diferentes medidas, em razão do local onde foi feito o negócio, em São Paulo a 2,42 hectares, em Minas Gerais, Rio de Janeiro e Goiás a 4,84 hectares.

Entretanto, caso o contrato venha a ser executado em local distinto de onde foi contratado inicialmente, e que envolvam diferentes costumes, aplicam-se então os usos e costumes do local de execução do contrato os quais se sobrepõem aos do local onde se efetuou o ajuste.

5ª. Os costumes locais estão subentendidos em todo contrato.

Na atividade interpretativa do contrato, deve o agente sempre considerar com implícito ao contrato os costumes do local onde o contrato foi celebrado e onde será executado, bem como os costumes específicos inerentes a cada ramo de atividade.

Em decorrência disto, o interprete contratual utiliza-se dos parâmetros costumeiros a fim de que veja, de acordo com os termos empregados, o sentido que os contratantes empregam as declarações que integram o instrumento.

¹⁰⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 187.

Os usos e costumes suprem eventuais lacunas que possa existir contrato na medida em que, numa concepção histórica, o costume é a fonte originária de elaboração de uma norma jurídica. Na medida em que um grupo social adota práticas reiteradas de agir, sua constante repetição transforma essa prática em uma regra de comportamento, que no transcorrer do tempo pode consolidar-se em um princípio de direito. .

Ademais, no Direito Civil bem como no Direito Comercial, em caso de lacuna ou omissão nas leis, esses usos, os quais sua práticas reiteradas os transformam em costumes, são utilizados como uma fonte subsidiária, devendo, quando possível, integrarem as cláusulas contratuais, a fim de que não haja duplicidade na interpretação de direitos.

Um exemplo, no caso de um contrato de compra e venda de combustível em região de garimpo de ouro, é subentendido em razão dos usos e costumes do local, mesmo quando não mencionado expressamente, que o pagamento da dívida possa ser efetuado com ouro em espécie.

6ª. As cláusulas contratuais devem ser interpretadas umas em relação às outras.

A atividade interpretativa deve contemplar o contrato como um todo e harmônico em si, ou seja, todas as cláusulas devem ser compreendidas umas em relação às outras. As disposições devem ser consideradas em conjunto e não de modo isolado de maneira que a análise fracionada pode vir a deturpar o real sentido do negócio jurídico.¹⁰⁹

O mesmo se aplica aos demais componentes do contrato, como por exemplo, os termos aditivos que o integram com o mesmo propósito negocial o objeto inicialmente contratado.

Segundo Sílvio Rodrigues¹¹⁰: “Sendo o contrato um todo, a razão de uma cláusula encontra, no geral, justificativa na anterior, ou na subsequente. Vale dizer que um dispositivo não deve ser analisado isoladamente, mas como parte de um todo”.

No mesmo sentido, Darcy Bessone¹¹¹: “O contrato é um todo orgânico, cujo conteúdo é integrado por várias peças que configuram uma unidade. Como nas leis, o isolamento de disposições deturpa ou pode obscurecer o pensamento dos contratantes”.

¹⁰⁹ Neste aspecto, observe o disposto em dois códigos estrangeiros. Código Civil italiano, artigo 1.136: “la clausole del contratto si interpretano l'è une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell' atto”. Código civil francês, artigo 1.161: “Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier”.

¹¹⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3, p. 50.

¹¹¹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 234.

Por fim, dispõe Orlando Fida¹¹² que: “De acordo com este cânone fundamental, o contrato deve ser considerado como um todo, coerente, interpretando-se as suas cláusulas umas pelas outras, com a atribuição a cada uma dos sentido que resulta do complexo”.

Resumindo, o contrato forma um conjunto de natureza harmônica e única e, não simplesmente um mero amontoado de cláusulas esparsas, isoladas e desconexas umas das outras.

7ª. As cláusulas compreendem apenas o objeto do contrato e não coisas não cogitadas.

Ao interpretar, o agente deve perceber que as cláusulas que compõem o contrato, por mais ampla que possam parecer, compreendem apenas aquilo que foi objeto do negócio jurídico e, por consequência, não pode abranger aquilo que as partes não se dispuseram a contratar. Ou seja, os termos gerais empregados no contrato não absorvem fatos que as partes não incluíram no contrato.

Como exemplo, trazemos a colação um contrato de locação de uma edícula aos fundos de uma residência. Quando ao término da locação e caso esta seja renovada e houver menção ao imóvel em geral (residência + edícula), não se compreende como locada toda a residência, mas somente a edícula tendo em vista os valores envolvidos e a intenção do proprietário em renovar o espaço já anteriormente locado.

A interpretação não pode conduzir a um desvio da finalidade inicialmente contratada pelas partes, ou seja, a interpretação deve refletir o objeto inicialmente contratado de modo que não se adicione posteriormente objetos estranhos a vontade pactuada.

8ª. Os bens singulares estão todos englobados, formando uma universalidade.

Ao analisar um instrumento contratual no qual seu objeto se constitui por uma universalidade de coisas, deve o interprete compreender que nela se incluem todos os demais bens singulares que o compõem, de certa monta que estes valores individuais se encontram absorvidos e seguem os universais, mesmo se tratando de objetos que as partes não tiveram conhecimento prévio.

Por exemplo, no caso de uma cessão onerosa de herança o contrato abrange todo o acervo de bens e também as obrigações que couberem ao cedente, ou seja, todo o “conjunto” que compõe a natureza do contrato.

¹¹² FIDA, Orlando; SANTIS, Walter de. *Prática e Jurisprudência dos Contratos no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1978. v. 1, p. 10.

A finalidade dessa regra é a proteção da integralidade do objeto contratual na medida em que fracionando ou interpretando de maneira a não entender essa universalidade o objeto inicialmente contratado seria alterado ou não conhecido em sua totalidade.

9ª. Um caso expresse para exemplificar uma obrigação não restringe o vínculo.

Caso um fato concreto seja utilizado para exemplificar uma determinada obrigação, pois a mesma poderia suscitar dúvidas, o interprete não deve permitir que este fato restrinja o vínculo contratual.

Segundo o melhor entendimento, ao invés de limitar o negócio jurídico o exemplo anteriormente proposto deve alcançar, inclusive, os casos compreendidos na mesma obrigação, mesmo que não expressos.

10ª. Uma cláusula expressa no plural decompõe-se muitas vezes em cláusulas singulares.

Caso o interprete, ao analisar uma dada cláusula que foi elaborada o utilizando-se o plural, este deve atentar-se que muitas vezes esta se decompõe em expressões com uso do numeral no singular.

Seguindo a lição de César Fiuza¹¹³, a qual é bastante elucidativa acerca desta regra de interpretação contratual, que nos contempla com o seguinte exemplo: “havendo cláusula impondo o pagamento “dos aluguéis”, todo dia 1º do mês, será ela decomposta no singular, importando dizer que, a cada mês, será pago o aluguel no dia primeiro”.

11ª. O que está no fim do período relaciona-se com todo ele e não só com a parte antecedente, se com aquele concordar em número e gênero.

Deve o interprete ao analisar o vocábulo que se encontra no fim de uma sentença relacioná-lo com toda a sentença e não somente com os elementos que imediatamente os precede de maneira a compreender as disposições que se complementam como um todo.

Dessa forma, é possível ao interprete uma harmonização da interpretação evitando assim o resultado nefasto que uma análise compartimentada do termo poderia trazer ao conteúdo geral do dispositivo.

Segundo César Fiuza¹¹⁴: “Por exemplo, se em contrato de locação, houver cláusula dizendo que “as taxas e contribuições condominiais serão pagas pelo locador”, teríamos que o adjetivo “condominiais” se refere, não só às contribuições, mas também às taxas”.

¹¹³ FIUZA, Cesar. *Direito Civil- Curso Completo*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 224.

¹¹⁴ FIUZA, Cesar. *Direito Civil- Curso Completo*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 224.

Acrescentaremos mais duas regras/princípios que visam favorecer a atividade hermenêutica contratual e que não foram descritos por Robert Joseph Pothier, são elas:

Quando o intérprete, ao examinar um cláusula que se apresente obscura, perceber estar esta eivada em sua origem pela má-fé de uma das partes contratantes, deve interpretá-la em prejuízo daquele que se aproveitou de tal má-fé, ou seja, deve o intérprete forçar as partes para que se façam entender com clareza e lealdade quanto ao objetivo do negócio que pretendem estipular.

Como derradeira regra, partindo-se de um pressuposto que no contrato não constam letras mortas e que todos os seus enunciados possuem uma função e de algum modo acrescentem conteúdo ao negócio jurídico a ser firmado.

Deve então o agente interpretativo afastar as expressões que se revelem sem qualquer sentido ao negócio jurídico, chegando a considera-las como se não integrassem o texto contratual.

Cumpra ao intérprete ter sempre em mente que na atividade interpretativa deve o mesmo se pautar para que o resultado de sua atividade se harmonize com valores constitucionais implícitos de modo que a eficácia dos direitos e garantias fundamentais se dê de forma plena no contrato.

4. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A consequência de todo o contexto histórico-social acima abordado é o surgimento das teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tendo por precursora a jurisprudência dos tribunais alemães, passando-se a reconhecer a chamada *Drittwirkung*.

Na década de 50 do Século XX, tem-se notícia das primeiras decisões que admitiam a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, decisões essas oriundas do Tribunal Constitucional Alemão, acompanhado do Tribunal Federal do Trabalho. O fenômeno corresponde a uma “etapa da evolução do ordenamento jurídico em geral e do constitucionalismo em particular: só depois de obter um mínimo de proteção frente ao Estado, frente ao poder, é que o indivíduo transporta suas preocupações para o âmbito das relações privadas”.

Não há controvérsias atualmente sobre a questão da possibilidade de aplicação de certos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Dizer certos direitos por se identificarem direitos fundamentais cuja incidência só tem lógica na relação com poder público, como se exemplifica pelos direitos políticos e de cidadania.

No âmbito dos direitos da personalidade, as discussões encontram especial pertinência e campo para desenvolvimento por se referirem a uma forma de tutela inserida diretamente nas legislações privatistas, mesmo não se ignorando a existência de interesse público envolvido, com o dever de tutela estatal. Valendo-se dos direitos da personalidade, quer-se a proteção de bens fundamentais à existência do sujeito como pessoa humana, bens cuja importância e gravidade conduzem a uma necessidade evidente de se assegurar seu efetivo resguardo, em nível amplo, impedindo-se violações, ainda que em prejuízo da autonomia privada.

4.1. TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Várias teorias foram criadas para explicar a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, podendo-se apontar a existência de quatro correntes principais: teoria da *state action*, teorias da eficácia mediata, teorias da eficácia imediata e teoria da imputação ao Estado.

4.1.1. Teoria da *State Action*

No direito norte-americano tem prevalecido a visão de que, em regra geral, os direitos positivados pela Constituição não se estendem as relações privadas, ou seja, aplica-se somente

as limitações dispostas constitucionalmente aos Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, com exceção a 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.¹¹⁵

A doutrina americana apoia-se na literalidade do texto constitucional norte americano, na qual primordialmente referia-se somente aos Poderes Públicos na tratativa das cláusulas que abordavam os direitos fundamentais naquele país.

Outro ponto em que se apoia a doutrina do *state action* liga-se ao federalismo. Nos Estados Unidos, compete privativamente aos Estados legislarem sobre Direito Privado e não à União, a não ser quando a matéria envolva algum aspecto de comércio interestadual ou internacional. Dessa maneira, a referida doutrina preserva o espaço de autonomia dos Estados membros, impedindo a intervenção das cortes federais, nas relações de caráter privado, sob o pretexto de aplicação da Constituição.¹¹⁶

A trajetória dessa doutrina inicia-se em 1883, porém, só a partir da década de 40 do século passado é que a Suprema Corte americana começa a esboçar alguns temperamentos a ela. Passou então a adotar a denominada *public function theory*, segundo a qual na medida em que os particulares agirem no exercício de atividades tipicamente estatal, estarão também sujeitos as limitações constitucionais. Esta teoria visa impedir que o Estado, em primeiro lugar se livre da vinculação aos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação de suas funções típicas a particulares.

Outro ponto de mitigação da doutrina refere-se a certas atividades que, essencialmente são de natureza estatal, e quando os particulares as exercitam, devem submeter-se aos preceitos que dispões sobre os direitos fundamentais previstos pela Constituição.

Uma outra hipótese que vincula os particulares aos direitos fundamentais protegidos pela Constituição, relaciona-se a casos em que é possível estabelecer uma conexão entre a conduta do particular e alguma entidade governamental.

A teoria do *state of action* em relação a condutas lesivas ocasionados pelos Estados em relação aos direitos constitucionais pode ser melhor compreendida por um

¹¹⁵ SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos e garantias fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. In: LEITE, George Salomão (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); CARBONELL, Miguel (coord.). *Diretos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 288.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 289.

trecho extraído do julgamento do caso *Lugar v. Edmondson Oil Co*:

Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da 'atribuição razoável'. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um 'ator estatal'. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.¹¹⁷

A doutrina do *state action*, apesar dos temperamentos introduzidos pela jurisprudência, não proporciona um tratamento adequados aos direitos fundamentais em virtude de que muitos dos perigos e ameaças a pessoa humana não provem do Estado mas de grupos, pessoas e organizações privadas.

4.1.2. Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata

Desenvolvida originalmente na doutrina alemã (*mittelbare, indirekte drittwirkung*) por Günter Dürig¹¹⁸, em sua obra publicada em 1956, tornando-se a concepção dominante do direito germânico.

Segundo essa teoria, não há o ingresso dos direitos fundamentais no direito privado, como direitos subjetivos e portanto não podem ser invocados partindo da Constituição. A proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantém, sendo inadmissível nas relações com o poder Público.

De maneira sintética, podemos dizer que é uma teoria intermediária entre aquela que nega a vinculação dos direitos fundamentais de maneira direta aos particulares, e aquela que defende que esses direitos incidem diretamente na esfera privada.

Essa teoria nega a possibilidade de uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações particulares, pois segundo seus adeptos, esta incidência

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. Disponível em <http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b=>. Acesso em 07 de junho de 2011.

¹¹⁸ DURIG, Gunther. "*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*", p. 159, *apud* SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas relações entre Particulares*. São Paulo: Malheiros. 2005. p.75.

acabaria por desfigurar a autonomia da vontade, o que desconstruiria o Direito Privado ao transformá-lo numa mera instrumentalização do Direito Constitucional.

(...) quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (Wetschutzlückenschliessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.¹¹⁹

Os defensores dessa teoria afirmam que tais direitos são protegidos no campo privado por mecanismos típicos do próprio Direito Privado e não através de instrumentos pertinentes ao Direito Constitucional. No caso de conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência entre cada um dos bens jurídicos confrontantes.¹²⁰

Ao Judiciário caberia a função de apenas completar as cláusulas mais abertas, de aspecto indeterminado, criadas pelo legislador tomando sempre como ponto de chegada e partida o respeito a os direitos fundamentais. Outro papel seria o de repelir a aplicação, decretando a inconstitucionalidade, de normas privadas incompatíveis com tais direitos.

A doutrina na eficácia indireta dos direitos fundamentais tem sido alvos de severas críticas. Uma parcela dos críticos afirmam que a impregnação das normas de Direito Privado pelos valores constitucionais levaria a uma erosão do principio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis, comerciais e trabalhistas. Por outro lado, critica-se a doutrina pela mesma não proporcionar uma tutela integral de defesa dos direitos fundamentais no plano privado, as quais ficariam dependentes da atuação do legislador ordinário. Há ainda, uma parcela doutrinária que aponta o um aspecto de acessório desta construção, na medida em que ela nos remete à noção de interpretação conforme à Constituição.

Na doutrina nacional, é fracamente minoritária a defesa da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, destacamos como defensor da mesma José Carlos Viera de Andrade¹²¹.

¹¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas relações entre Particulares*. Coleção teoria & Direito Público. São Paulo: Malheiros. 2005. p.75.

¹²⁰ SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos e garantias fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. In: LEITE, George Salomão (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); CARBONELL, Miguel (coord.). *Diretos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 294.

¹²¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285.

4.1.3. Teoria da Eficácia Direta ou Imediata

Inicialmente defendida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey¹²² (*unmittelbare, direkte drittwirkung*), em sua obra publicada em 1958, preconizava basicamente que embora alguns direitos previstos pela Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independente da atuação do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.¹²³

Essa teoria foi posteriormente retomada e desenvolvida na doutrina germânica por Walter Leisner, na qual defendeu a ideia que, pela unidade da ordem jurídica, não se poderia conceber o Direito Privado à margem dos direitos fundamentais e da Constituição.

Segundo seus adeptos, devem ser observadas determinadas especificidades nesta incidência, e há de se observar a necessidade da ponderação entre o direito particular em jogo e o direito fundamental afetado:

(...) a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, potencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual¹²⁴

Uma posição a ser considerada foi a adotada por Joaquim José Gomes Canotilho¹²⁵ o qual propôs uma maior reflexão e discussão sobre o tema em razão de tamanha complexidade que envolve.

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irreduzível autonomia quando as regulações civilistas – legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando

¹²² SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 87.

¹²³ SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos e garantias fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. In: LEITE, George Salomão (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); CARBONELL, Miguel (coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 298.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. Disponível em <http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b=>. Acesso em 07 de junho de 2011.

¹²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens-constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais. Em causa está também o problema de saber se o apego a *Drittwirkung* não transporta um *pathos* ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas. Propomos, assim, uma breve suspensão reflexiva sobre este tópico.

A teoria da eficácia imediata foi amplamente recebida no direito pátrio, tornando-se a corrente dominante, como seus expoentes podemos citar Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Roberto Barroso, Gustavo Tependino e Daniel Sarmiento¹²⁶.

4.1.4. Teoria dos Deveres de Proteção (Teoria da Imputação)

Teoria mais recente da doutrina alemã que tem como seus principais expoentes Joseph Isensee, Klaus Stern, Stefan Oeter, e Claus-Wilhelm Canaris¹²⁷.

Defendem basicamente que os direitos fundamentais da ordem jurídica alemã vinculam de maneira direta, apenas o Poder Público e não os sujeitos de Direito Privado. Contudo, o Estado, ao editar normas quanto ao prestar a jurisdição, está obrigado não ao respeito aos direitos fundamentais como também sua proteção em razão de ameaças ou mesmo lesões oriundas de relações entre particulares. Para designar estas duas funções distintas (defensiva e protetiva), ele emprega as expressões “proibição de intervenção” e “imperativo de tutela”¹²⁸.

Claus-Wilhelm Canaris¹²⁹ defende que para a efetiva aplicação dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, devemos nos valer da Teoria dos Deveres. Segundo ele, é a Teoria mais pautada a produzir os resultados almejados pois haveria um maior intervencionismo por parte do legislador na relações entre os particulares.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas: 2008.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos e garantias fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, George Salomão (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); CARBONELL, Miguel (coord.). *Diretos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2001.

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. Disponível em <http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b=>. Acesso em 07 de junho de 2011.

¹²⁸ Idem

¹²⁹ Idem

Nas palavras do próprio autor:

(...) o legislador privado, como órgão do Estado, encontra-se plenamente vinculado aos direitos fundamentais. Não pode atentar contra eles, sob pena de inconstitucionalidade das suas normas, e, mais do que isso, tem a obrigação de defendê-los. Mas os particulares, no exercício da sua autonomia privada, não se sujeitariam a esta mesma vinculação, pois, no seu entendimento, o comportamento dos indivíduos e entidades privadas nas suas relações recíprocas não estaria submetido aos direitos fundamentais. No entanto, caberia ao legislador disciplinar tais comportamentos, de modo a evitar as lesões a direitos fundamentais decorrentes de pessoas não estatais. Sob este prisma, os atos privados não teriam de se conformar aos direitos fundamentais, tal como plasmados na Constituição, mas sim aos parâmetros ditados pela legislador, no exercício da sua função de proteção daqueles direitos. E o legislador poderia optar pela introdução dos direitos fundamentais na disciplina das relações privadas de modo mais preciso, através de regras dotadas de alto grau de densificação, ou então decidir pela atribuição de um espaço de valoração mais amplo para o Judiciário, valendo-se neste caso de cláusulas gerais.

Para Josef Isensee¹³⁰, a teoria é preferível se comparada às teorias da proteção (*Drittwirkung*) direta ou indireta, em razão do enfoque específico de proteção dos direitos fundamentais em razão ao Estado, evitando assim o surgimento de riscos os a autonomia privada oriundos da sujeição dos particulares a esses direitos.

Na verdade, essa teoria baseia-se na ideia de que cabe ao Estado, primordialmente, a função de proteger os direitos fundamentais dos particulares colocados em risco pela própria conduta do Estado ou então por atividades de outros particulares.

4.1.5. Teoria Integradora de Alexy

A teoria capitaneada por Robert Alexy e com seus traços gerais em relação a argumentação jurídica já expostos em capítulo anterior que abordou o tema sobre os princípios constitucionais. O autor aponta que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se dá em três níveis a saber: o do dever estatal, os direitos perante o Estado e, que se dá nas relações entre particulares. Ainda segundo o autor, a teoria da eficácia mediata encontra-se no nível do dever do Estado em razão de que as normas fundamentais devem balizar as atividades do legislador. Ou seja, na Teoria Integradora de Robert Alexy¹³¹ é proposto um modelo em três níveis que integra as três teorias básicas: a teoria da eficácia mediata, a teoria da eficácia imediata e a teoria da imputação.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. Disponível em <http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b=>. Acesso em 07 de junho de 2011.

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 516

Podemos dizer então que é Integradora a teoria pois integra as três teorias básicas acima citadas sobre a eficácia dos direitos fundamentais e também inclui em seu programa a argumentação como um alicerce fundamental para a concretização dos direitos fundamentais.

Segundo o citado autor, a teoria da eficácia mediata situa-se n nível dos deveres estatal. Os direitos a serem exercidos ante ao Estado encontram-se em um segundo nível, seguindo dessa forma a teoria de Jürgen Schawabe que, em breves traços podemos traçar como quando o particular em confronto com outro semelhante leva ao Judiciário o conflito para que o mesmo leve em consideração os princípios fundamentais que fundamentarão a sua decisão, para melhor entendimento trazemos os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva¹³², que trouxe em sua obra uma síntese desse pensamento:

[...] se um particular, no exercício de um direito fundamental, viola o direito fundamental de outro particular e a ação do primeiro não era disciplinada em legislação infraconstitucional, sua ação violadora deve ser encarada como permitida pelo Estado. Em consequência, como aquele que teve seu direito violado não dispõe de instrumentos para se defender – já que o Estado não agiu, infraconstitucionalmente, no sentido de protegê-lo – a responsabilidade pela violação deve ser imputada ao Estado e não ao particular violador.

Continua Robert Alexy¹³³ ao explicar seu método que, nos três níveis de eficácia de sua teoria, estas resultam em uma eficácia imediata dos direitos fundamentais e mais, o grau da eficácia irá depender do caso concreto apresentado e da argumentação jurídica a ser utilizada. Por sua vez, define o que seria essa eficácia imediata como sendo que: “por razões fundamentais, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências que, sem essas razões, não existiriam”¹³⁴.

4.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUICAO FEDERAL DE 1988

Na verdade, o pós-positivismo não tem como finalidade destruir os resultados principais do positivismo. Ao contrário, ele apenas introduz a consideração de valores onde antes não era relevados. Dessa forma, podem esses valores ingressarem nas Constituições sob a forma de princípios, tanto sejam eles implícitos como explícitos ao texto. Servem esses princípios como vetores, orientações que servem para os intérpretes do Direito bem como para os seus operadores.

Os princípios sempre fizeram-se presentes no âmbito da filosofia e do mundo

¹³² SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104.

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 540.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 521.

jurídico, o que diferencia os princípios na era pós-moderna em relação aos demais é na questão referente a sua normatização. Passam estes a serem de observância obrigatória, principalmente os abrigados pelo texto constitucional.

De acordo com Luís Roberto Barroso¹³⁵, os princípios possuem três diferentes funções: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema, e; c) condicionar a atividade do intérprete. Destaca o autor que no percurso que conduziu os princípios ao centro do sistema, estes tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de até então de que teriam um calibre meramente axiológico, ético, desprovido tanto de eficácia jurídica como de aplicabilidade direta e imediata. Segundo a dogmática moderna, tanto as normas constitucionais como as normas em geral se compartimentalizam e duas grandes categorias distintas: as regras e os princípios.

Antes de prosseguirmos, a título de recordação do tema já tratado em capítulo anterior, podemos dizer que as regras possuem caráter objetivo, geral e dotadas de abstração, individualizando as condutas e as hipóteses de sua incidência. Diante desse contexto, as regras atuam no sistema denominado subsunção: caso o fato descrito na norma venha a ocorrer, a conclusão será a que estiver prescrita pela mesma.

Caso haja um conflito entre as regras aplicáveis ao caso concreto, apenas uma delas poderá prevalecer sobre a outra no momento da interpretação, excluindo-se a outra do dilema. É a modalidade denominada “tudo ou nada”.

Por sua vez, os princípios são dotados de um maior grau de abstração, não regulando especificamente condutas e tampouco estabelecendo as hipóteses de sua incidência. Em caso de conflitos entre princípios em razão de um caso concreto, o intérprete deve valer-se do sistema de ponderação, no qual há um sopesamento entre os princípios prevalecendo aquele de maior “valor” em virtude do caso. Porém, jamais deve o intérprete anular um princípio em relação a outro, ele somente sobrevaloriza o que melhor se enquadra na busca de uma solução ao dado caso.

Os dois instrumentos de interpretação têm sua devida importância no mundo jurídico, tanto os princípios como as regras possuem igualmente o mesmo status de norma jurídica e formam, sem qualquer hierarquia entre eles, o sistema referencial do intérprete, ou seus pré-juízos que serão seu guia o momento interpretativo.

De acordo com os fatores ora aqui expostos, a perspectiva pós-moderna e pós-

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 200, p.30.

positivista influenciou de maneira incisiva na construção de uma moderna hermenêutica constitucional, considerando o Direito como um sistema aberto de valores, pluralista e dialético, “abrindo” a interpretação a não somente os operadores do Direito.

Dos inúmeros princípios referentes aos direitos e garantias fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988, analisaremos de maneira breve e sucinta três direitos fundamentais a saber: a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III); a autonomia da vontade e; a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII).

4.2.1. A Dignidade da Pessoa Humana

Para uma parcela da doutrina¹³⁶, afirmam estes que este princípio está acima de qualquer outro princípio constitucional, pois não se trata simplesmente de um direito (direitos podem ser renunciados, este não).

Segundo a posição ostentada, a dignidade consiste em um princípio que, na verdade, é “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”, ou seja, os demais princípios informadores das garantias fundamentais seriam desdobramentos lógicos deste.

(...) imbricado ao valor da pessoa humana está o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo eminente princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Este significa a objetivação em forma de proposição jurídica do valor da dignidade do homem. (...) O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (art. 6º a 11) ou dos direitos políticos (art. 14 a 17).¹³⁷

Caminhando nessa conjectura, Cleber Alves¹³⁸ esclarece ter esse princípio força vinculante, ou seja, adquire o caráter de norma cogente e tem por intuito disciplinar as

¹³⁶ Destacamos: Ingo Sarlet Wolfgang e Lenio Steck em suas obras:

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹³⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 60-66.

¹³⁸ ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116.

relações sociais.

(...) parece acertado concluir que a designação de “valor” ou de “princípio”, quando referida ao papel reservado à ideia de dignidade da pessoa humana inscrita no ordenamento constitucional, quase sempre é feita em sentido unívoco, na medida em que tais expressões se prestam a indicar, quase que de maneira uniforme em todos os doutrinadores que se debruçam sobre essa temática, um sentido de normatividade e cogência, e não de meras cláusulas retóricas ou de estilo, ou manifestações de bons propósitos. Reveste-se, pois, ao contrário, verdadeira força vinculante, de caráter jurídico, apta a disciplinar as relações sociais pertinentes, como ‘fonte de direito subjetivo, ou seja, como supedâneo de pretensões jurídicas deduzíveis em juízo’.

Por sua vez, Ingo Wolfgang¹³⁹ caminha em um sentido multifacetado envolvendo a dignidade da pessoa humana.

Em verdade (...)a dignidade da pessoa humana (...), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por esta razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade, igualmente subjacente ao pensamento de Hannah Arendt, no sentido de que a pluralidade pode ser considerada como a condição (e não apenas como umas das condições da ação humana e da política).

Podemos então concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado a ideia e ao conceito de Democracia. Alguns autores chegam a estabelecer ser este o melhor critério para aferir o desenvolvimento e a cultura de uma determinada comunidade.

A importância que a sociedade confere à dignidade da pessoa humana nas relações pessoais, privadas e de maneira mais ampla com o macrossistema da cultura social e jurídica, enfrentando a sua repercussão concreta e efetiva, está imbricada com a potencialidade que se atribui à capacitação de quem compõe, em última análise, a sociedade. Desta forma, quanto mais protegida a dignidade da pessoa humana, mais desenvolvida, culturalmente, a sociedade e mais próxima de uma realização efetiva das possibilidades de seus formadores. Uma sociedade que não perquire, não discute e não confere possibilidades para uma ampliada discussão social e jurídica da importância da pessoa em sua plenitude, e, por assim dizer, integral na perspectiva física e psíquica, deixa de cumprir o seu principal papel: o desenvolvimento integral da pessoa.¹⁴⁰

Diante então do breve panorama exposto, caminhamos no sentido de reafirmarmos que o princípio da dignidade humana é o núcleo central de toda proteção constitucional à pessoa humana e dele desdobram-se outros princípios.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56-57.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 63.

4.2.2. A Autonomia da Vontade

Compreendemos como autonomia da vontade um dos mais importantes valores defendidos pela ideologia liberal, no qual se contextualiza pelo exercício da liberdade de iniciativa econômica, isto é, a liberdade de estipular o negócio jurídico e de tantos outros que se amoldem na perspectiva de busca dos interesses individuais.

De maneira sintética, consiste na disposição de um aspecto patrimonial e de um aspecto existencial, ou seja, incute-se a autonomia de dispor-se livremente de seus bens de caráter patrimonial e na autonomia de dispor de sua vontade propriamente dita.

Segundo Maria Helena Diniz¹⁴¹, englobam, “liberdade contratual (*gestaltungsfreiheit*), que é a determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos, e liberdade de contratar (*abschlussfreiheit*), aludindo-se sobre a liberdade de celebrar ou não o contrato e à de escolher o outro contratante”.

O princípio da autonomia tem sido objeto central de entre os debates teóricos que tentam delimitar sua atuação e sua responsabilidade social. A doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, defende a ideia de uma relativização dessa autonomia privada em virtude da força normativa atinente aos preceitos constitucionais, atentando que, para tanto, surgem concomitantemente a sua adoção outras consequências jurídico-sociológicas.¹⁴²

A título de ilustrarmos como nossos tribunais vem se posicionando acerca do tema em tela, citamos o RE 201819/RJ, destacamos trecho da ementa:

A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. No mesmo sentido, vide RE

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 3. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

¹⁴² BEZERRA, Douglas Pinheiro. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os limites ao princípio da autonomia da vontade nos contratos: uma breve visão da constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/35311258/A-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-e-os-limites-ao-principio-da-autonomia-da-vontade-nos-contratos-uma-breve-visao-da-constitucionalizac>. Acesso em 22 de abril 2011.

158215/RS e RE 161243/DF; no STJ, Resp. 251024/SP; e, no TST, AIRR 142140-04.2004.5.03.0036.¹⁴³

Sobre a autonomia da vontade e o condicionamento do direito civil pelos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas, esclarece Pietro Perlingieri¹⁴⁴ que relaciona-se com um dos objetivos propostos e perquiridos pelo Estado Social.

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas. A necessidade da máxima aderência às particularidades de cada *fattispecie* modula a resposta que o sistema dos valores fundamentais do ordenamento oferece a cada uma delas.

[...]

A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder da autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.

4.2.3. A Função Social do Contrato

A função social do contrato relaciona-se com a autonomia da vontade de uma forma mais utilitária, ou seja, a função social dos contratos é o conteúdo, enquanto que o dirigismo contratual é a viabilização desse conteúdo.

Trata-se de encontrar nas denominadas “cláusulas gerais” dos contratos uma orientação que possibilite sua aplicação em concomitância com os princípios anteriormente expostos, isto é, são nas cláusulas gerais que encontramos caminho fértil o desenvolvimento de contratos que respeitem os valores constitucionalmente consagrados e aplicá-los na relação contratual.

Previsto no artigo 421 do Código Civil¹⁴⁵, a função social não elimina o princípio da autonomia contratual, mas reduz o seu alcance quando estão presentes

¹⁴³ SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. *Estudo do RE 201819/RJ: aplicação de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1810, 15 jun. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11381>. Acesso em 25 de abril de 2011.

¹⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 276-277.

¹⁴⁵ Código Civil:

Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Artigo 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

interesses de natureza metaindividuais ou mesmo quando presente algum interesse de cunho individual que seja relativo a dignidade da pessoa humana.

E nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (CC, art. 2.035, parágrafo único). A função social da propriedade e dos contratos constituem limites à autonomia da vontade, no qual se funda a liberdade contratual, que deverá estar voltada à solidariedade (CF, art. 3º, I), à justiça social (CF, art. 170, caput), à livre iniciativa, ao progresso social, à livre circulação de bens e serviços, à produção de bens e riquezas, ao equilíbrio das prestações, evitando o abuso do poder econômico, a desigualdade entre os contratantes e a desproporcionalidade, aos valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, ao respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁴⁶

As cláusulas gerais de direito civil caminham no sentido de uma orientação para uma construção hermenêutica que prime para uma análise do direito privado como sendo uma parte integrante do sistema constitucional de modo a harmonizarem seus valores.¹⁴⁷

4.3 O DIREITO À IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA

De maneira distinta das pessoas físicas que ao nascerem com vida já são dotadas de personalidade jurídica, as pessoas jurídicas adquirem tal personalidade, podendo ser sujeitos de direitos e obrigações desde a sua criação, desde que sejam observados alguns requisitos tais como a vontade humana criadora, seu objeto seja lícito e a criação se dê de acordo com a forma prescrita em lei, neste caso, deve a pessoa jurídica ser registrada em cartório competente. É o registro que confere a personalidade jurídica ao novo ente.

Dessa forma, as pessoas jurídicas também são sujeitos de direitos fundamentais e a proposta do presente trabalho é trazer breves pensamentos sobre alguns desses direitos, os direitos da personalidade da pessoa jurídica, nos quais o direito à imagem está incluído e como os demais de ter sua observância respeitada.

4.3.1. Direitos da Personalidade

Como um desdobramento do princípios da dignidade humana. Os direitos da personalidade também receberam previsão constitucional pois trata-se de um dos elementos que compõe o núcleo essencial da existência de uma pessoa.

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 3. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

¹⁴⁷ BEZERRA, Douglas Pinheiro. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os limites ao princípio da autonomia da vontade nos contratos: uma breve visão da constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/35311258/A-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-e-os-limites-ao-principio-da-autonomia-da-vontade-nos-contratos-uma-breve-visao-da-constitucionalizac>. Acesso em 22 de abril 2011.

A fim de uma melhor compreensão do tema, é mister que conceituemos alguns dos institutos necessários à compreensão do que se compreende por direitos da personalidade e a relação que estes guardam com o restante do nosso ordenamento jurídico de modo a compatibilizarmos a possível tensão que porventura possa existir entre os direitos fundamentais

A) Relação Com Outros Institutos

Como ponto de partida, teceremos breves considerações sobre o princípio considerado o alicerce do nosso ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana. Este princípio encontra-se no artigo 1 da Constituição Federal, mostrando assim a preocupação do legislador no respeito aos direitos humanos elevando o indivíduo como o elemento mais relevante do sistema jurídico.

Sobre esta temática, lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁴⁸:

O postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade.

Em continuidade, abordaremos e importante questão sobre a compreensão do que seja pessoa e personalidade. O termo “pessoa” possui duas acepções: a primeira, com uma forma mais ampla, informa que pessoa é todo ser humano, ou seja, pessoa é toda entidade natural ou moral que pode ser sujeito de direitos e obrigações; e, a segunda acepção nos remete a não restrição de pessoa somente ao homem enquanto pessoa física, mas engloba os entes criados pelas pessoas naturais conforme disposições legais com a finalidade de interesses comuns (pessoas jurídicas)

Por sua vez, a ideia de personalidade vincula-se diretamente a aptidão genérica que tem todo indivíduo de ser titular de direitos e deveres, é um direito inerente à pessoa humana que se inicia com o nascimento da pessoa. O próprio código Civil de 2002, em seu artigo 2¹⁴⁹ prevê que a personalidade civil se inicia com o nascimento em vida. Com devida ressalva acerca dos direitos do nascituro.

Seguindo o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵⁰:

¹⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil, Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

¹⁴⁹ Código Civil:

Artigo 2: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil, Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105-106.

A personalidade é parte integrante da pessoa. É uma parte juridicamente intrínseca, permitindo que o titular venha a adquirir, exercitar, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses.(...) Enfim, além de servir como fonte de afirmação da aptidão genérica para titularizar relações jurídicas, a personalidade civil traduz o valor maior do ordenamento jurídico, servindo como órbita ao derredor da qual gravitará toda a legislação infraconstitucional. É valor ético, oriundo dos matizes constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Semelhante à noção de personalidade jurídica está a de capacidade jurídica que, apesar de serem tratadas como expressões sinônimas por alguns doutrinadores, possuem uma sutil diferença. Enquanto a personalidade jurídica trata de uma condição inerente a todo ser humano, a capacidade jurídica relaciona-se diretamente com o artigo 1¹⁵¹ do Código Civil de 2002 e, por sua vez, vincula-se a possibilidade concreta de o indivíduo fazer valer a sua personalidade jurídica na medida em que é titular de direitos e obrigações. Quanto a capacidade, esta ainda é subdividida em dois aspectos a saber: a capacidade de gozo ou de direito pois o indivíduo pode ser titular de direitos e obrigações sem que necessariamente possa exercê-los diretamente ou não; e, a capacidade de fato ou de exercício que, por sua vez, se relaciona com a capacidade de o indivíduo em exercer diretamente aos atos da vida civil sem que necessite de qualquer tipo de intermediário. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves¹⁵²: "Quem possui as duas espécies de capacidade tem capacidade plena. Quem só ostenta a de direito, tem capacidade limitada e necessita, como visto, de outra pessoa que substitua ou complete a sua vontade".

Temos ainda que abordar a noção de legitimação, distinta da capacidade, que compreende uma espécie de capacidade especial que pode ser exigida em algumas situações, ou seja, muitas vezes embora o sujeito possua capacidade de fato este não detém a prerrogativa para a concretização de determinados atos, por exemplo, a legitimação é a exigência da outorga uxória quando da alienação de imóvel que pertença ao casal.

B) Conceito e Histórico

Por definição, direitos da personalidade pode ser conceituados como todo o direito que seja inerente a toda pessoa pelo simples fato de ser pessoa e que tenham um caráter de essencialidade e relação ao seu desenvolvimento social, proporcionando-lhe proteção jurídica de seus direitos e vida digna. É nesse sentido que caminha Carlos Alberto Bittar¹⁵³:

¹⁵¹ Código Civil:

Artigo 1: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

¹⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005., p. 72.

¹⁵³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 01.

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

A origem da tutela aos direitos da personalidade nos remete ao pós-guerra, no ano de 1948 a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamados pela recém criada Organização das Nações Unidas (ONU), foram estes direitos cuidadosamente protegidos em razão das atrocidades cometidas no período da guerra. Sentiu-se então uma necessidade de assegurar uma tutela mínima de proteção ao homem a fim de preservar a própria raça humana. Pela primeira vez, um documento positiva a proteção aos direitos de personalidade pois, até então não havia proteção nem sequer menção expressa a eles, como por exemplo o Código Civil de 1916 em contrapartida ao atual Código de 2002 que dispõe do tema a partir do artigo 11 assim como a Constituição Federal de 1988 que traz uma preocupação acerca de sua proteção, inclusive como cláusula pétrea em seu artigo 5.

Cabe lembrar que esses direitos recebem a denominação de liberdades públicas quando é imposto ao Estado limitações para que o mesmo não viole tais direitos de seus cidadãos, previstos pela própria Constituição. São relações de Direito Público entre os indivíduos e o Estado.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵⁴ esclarecem que:

Enquanto os direitos da personalidade afirmam a proteção avançada da pessoa humana, estabelecendo condutas negativas da coletividade (obrigação de não fazer, isto é, não violar a personalidade de outrem), as liberdades públicas funcionam a partir da garantias constitucionais impondo condutas positivas ao Estado para que estejam assegurados os direitos da personalidade.

C) Características

Podemos traçar as principais características dos direitos de personalidade como sendo diretos absolutos, imprescritíveis, indisponíveis relativamente, vitalícios e extrapatrimoniais.

São absolutos porque podem ser exercidos e defendidos perante todos, ou seja, são *erga omnes*.

Imprescritíveis pois como são direitos inerentes a pessoa humana e estão sempre com esta, independentemente de seus atos e se estes coadunam ou estão com seu exercício. Cumpre salientar que os direitos de personalidade não estão submetidos aos efeitos da prescrição, na verdade, o que prescreve é a pretensão indenizatória a ser exercida quando um desses direitos é violado.

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil, Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 114.

A sua indisponibilidade decorre de os próprios titulares não possam dele dispor, seja para cedê-los a terceiros ou mesmo renunciá-los ou abandoná-los. São direitos que surgem com o nascimento da pessoa e somente se extinguem após a sua morte. Porém, esta indisponibilidade pode ser relativizada em razão de alguns casos serem admitidos a cessão temporária desses direitos, por exemplo a cessão do uso de imagem e do direito do autor. Essa exceção é inclusive prevista pelo próprio Código Civil de 2002¹⁵⁵ em seu artigo 11 que discorre sobre a possibilidade de limitação voluntária.

São vitalícios, pois perduram por toda a existência da pessoa, podendo, inclusive, ir além dessa existência quando no caso de ofensa a esses direitos ocorra a morte de seu titular, neste caso a pretensão na busca da reparação é transmitida aos seus sucessores.

Por fim, tem caráter extrapatrimonial, pois não podem ser objetos de valoração de forma objetiva, ou seja, “não têm preço”. O que pode acontecer, quando lesionados, é de os mesmos serem mensurados economicamente pra que se estipule o valor de uma indenização.

D) Classificação

Os direitos da personalidade podem ser classificados de acordo com a tricotomia corpo/mente/espírito. Os referentes ao corpo vinculam-se ao âmbito da vida, à integridade física (direito à vida, à saúde, ao corpo, dentre outros). Os relativos à mente referem-se a integridade psíquica do indivíduo (liberdades, criações intelectuais, privacidade, são alguns deles. Por sua vez, os que dizem respeito ao espírito são os que se relacionam diretamente com a integridade moral (imagem, honra, intimidade etc.).

Cumprе ressaltar que em relação aos direito de personalidade, na verdade, não se trata de um rol taxativo, *numerus clausus*, tendo em vista que os direitos de personalidade estão inclusos nos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, decorrem do princípios da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido desse entendimento Júlio César Franceschet¹⁵⁶:

Os direitos personalíssimos não foram criados pelo ordenamento, como aconteceu com o direito de propriedade, com o negócio jurídico, com os direitos de garantia, entre outros. Trata-se de direitos que foram tão só reconhecidos, vez que sempre existiram. Em consequência, não se pode afirmar que eles já atingiram seu grau máximo de evolução, porque, à medida que forem se acirrando as relações inter-subjetivas, poderão surgir

¹⁵⁵ Código Civil:

Artigo 11: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹⁵⁶ FRANCESCET, Júlio César. *Pessoa Jurídica e Direitos da Personalidade* in: ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.117.

outras emanações da personalidade, que deverão ser acolhidas pelo ordenamento a fim de proteger seus titulares contra possíveis ingerências.

De acordo com o posicionamento exposto podemos afirmar que o referido princípio adquire uma feição de fonte geradora dos próprios direitos da personalidade que acabam dela decorrendo.

4.3.2. Pessoas jurídicas e os Direitos da Personalidade

Várias teorias foram criadas a respeito da autonomia da pessoa jurídica em relação as pessoas físicas que a compõe e se a mesma pode ser sujeito de direitos. Dentre as inúmeras correntes de pensamento que tratam do tema, traremos três teorias a saber: a Teoria da Ficção, a Teoria da Realidade Objetiva e a Teoria da Realidade Técnica. Segundo a Teoria da Ficção a pessoa jurídica é uma entidade abstrata, criado em razão da lei, e que não possui reflexos no mundo concreto, somente no mundo jurídico. A Teoria da Realidade Objetiva defende que deve haver personalidade do ente moral, em outras palavras, equipara a existência de pessoas jurídicas e pessoas físicas. Por sua vez, a Teoria da Realidade Técnica que acolhe que a pessoa jurídica tenha existência fática e autônoma, contudo, para isso, devem ser preenchidos alguns requisitos que lhe revistam com personalidade jurídica. Essa última corrente nos parece em maior consonância como posicionamento adotado pelo Código Civil de 2002.

Nas palavras de Júlio César Franceschet¹⁵⁷:

Há, portanto, duas correntes diametralmente opostas sobre o tema em análise. Para uma delas, os direitos da personalidade são atributos exclusivos da pessoa humana e não podem ser estendidos às pessoas jurídicas, cuja estrutura não permite este tipo de proteção. Do outro lado, estão aqueles que vêem a pessoa jurídica como titular de certas emanações próprias, indissociáveis, em outras palavras, direitos personalíssimos.

O Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito de direitos e obrigações conforme podemos verificar pela transcrição resumida de um acórdão proferida:

CABIMENTO, INDENIZAÇÃO, DANO MORAL, PESSOA JURIDICA, HIPOTESE, IRREGULARIDADE, PROTESTO DE TITULO, DUPLICATA, OCORRENCIA, DANO A IMAGEM, EMPRESA COMERCIAL, CARACTERIZAÇÃO, OFENSA, HONRA OBJETIVA. (RESSALVA ENTENDIMENTO DO RELATOR), DESCABIMENTO, INDENIZAÇÃO, DANO MORAL, PESSOA JURIDICA, DECORRENCIA, VITIMA, DANO MORAL, EXCLUSIVIDADE, PESSOA FISICA. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1998/0072240-8, Brasília, DF, 06 de dezembro de 1999)¹⁵⁸

¹⁵⁷ FRANCESCET, Júlio César. *Pessoa Jurídica e Direitos da Personalidade* in: ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.117.

¹⁵⁸ Disponível em: dj.stj.jus.br/20100518.pdf. Acessado em 26 de Julho de 2012.

A aplicação do Direito deve observar o respeito aos valores e princípios constitucionais, em especial o princípios da Dignidade da Pessoa Humana pois, há uma ligação entre os direitos da personalidade e o referido princípio em razão de acreditarmos que estes últimos decorrem daqueles inicialmente citados. Dessa maneira, podemos afirmar que a pessoa jurídica não pode ser titular de direitos personalíssimos, uma vez que são direitos exclusivos da pessoa humana.

Acontece que o próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 52¹⁵⁹, que serão protegidos os direitos de personalidade da pessoa jurídica no que couber. Com base nessa expressão “no que couber” a grande maioria da doutrina e dos Tribunais entenderam que pelo menos uma parte dos direitos da personalidade sejam conferidos às pessoas jurídicas. A própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5, nos incisos V e X, não restringem a possibilidade de indenização por dano moral somente às pessoas físicas. Ainda mais além, o próprio inciso X do diploma anteriormente citado determina de maneira expressa a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem como direitos passíveis de serem tutelados. A honra objetiva e a imagem relacionam-se com o “bom nome” que o titular do direito goza perante a comunidade. Outro ponto de destaque fere-se ao fato de e legislador não ter conferido direitos personalíssimos às pessoas jurídicas, mas admitiu sua aplicação extensivamente no que couber.

Dessa forma, a doutrina, posição majoritária, e a jurisprudência admitem a aplicação de alguns desses direitos às pessoas jurídicas, dentre eles o da imagem-atributo, a honra objetiva, o nome e a privacidade. Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 227¹⁶⁰ pacificando de vez a matéria ao admitir que a pessoa jurídica possa sofrer dano moral. A título de exemplificarmos essa mudança transcrevemos um de seus julgados:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULOS. DANOS MORAIS. CABIMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. SÚMULA 7/STJ. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I - O enunciado 227 da Súmula desta Corte encerrou a controvérsia a fim de reconhecer a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral.

II - Rever os fundamentos do acórdão quanto à responsabilidade dos réus e à existência de danos morais encontra óbice nesta instância especial, à luz do enunciado 7 da Súmula deste Tribunal Superior. III - É entendimento uníssono nesta Corte que "o valor do dano moral (...) deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, cabível a intervenção da Corte quando exagerado, absurdo, causador de enriquecimento ilícito" (REsp nº 255.056/RJ, DJ de 30/10/2000).

¹⁵⁹ Código Civil :

Artigo 52: Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

¹⁶⁰ Superior Tribunal de Justiça

Súmula 227 - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

IV- No caso em apreço, mostrando-se excessivo o valor fixado nas instâncias ordinárias, a redução se faz necessária. Recurso especial provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2006/0163229-4, Brasília, DF, 18 de dezembro de 2006).

4.3.3. A pessoa jurídica e o direito à imagem

A) Direito à Imagem

A imagem pode ser conceituado inicialmente conceituado como “a representação plástica, gráfica ou fotográfica de uma pessoa ou de um objeto, ou, ainda, por qualquer outro meio de caracterização de seus atributos, vale dizer, dos seus componentes distintos”¹⁶¹. Acontece, porém que este conceito não é suficiente para englobar o que realmente é a imagem para o Direito, esta deve ampliar incluindo não somente a representação do indivíduo mas também como este indivíduo é visto dentro da comunidade.

Conforme Luiz Alberto David Araujo¹⁶², “o conceito mais amplo de imagem, assim, deve prevalecer como não só reprodução visual do homem, mas também extensão de seus característicos de personalidade.”

Sendo características intrínsecas ao indivíduo, a imagem compreende todos os traços que singularizam uma pessoa, não estando estes atributos adstritos somente a representação fotográfica mas que permitam tratarmos além da imagem-retrato da imagem-voz e da imagem-atributo.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁶³ elucidam de maneira cristalina esta distinção:

Essa elasticidade conceitual, decorrente da proteção constitucional da imagem (CF, art. 5º, incisos V e X), faz compreender, no conceito de imagem, diferentes aspectos: a imagem-retrato (referindo-se às características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é ao seu pôster, à sua fotografia, encarada tanto no aspecto estático – uma pintura – quanto no dinâmico – um filme – art. 5º, X, CF); a imagem-atributo (que é o consectário natural da vida em sociedade, consistindo no conjunto de características peculiares da apresentação e identificação social de uma pessoa, referindo aos seus qualificativos sociais; aos seus comportamentos reiterados. Não se confunde com a imagem exterior, cuidando, na verdade, de seu retrato moral) e a imagem-voz (caracterizada pelo timbre sonoro, que também serve para identificação de uma pessoa, até mesmo porque não poderia imaginar que a personalidade não se evidencia menos na voz que nas características fisionômicas).

¹⁶¹ BRITO, Mirella Barros Conceição. *O direito à imagem da pessoa jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2788, 18 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18520>>. Acesso em 13 de julho de 2012.

¹⁶² ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 29

¹⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil, Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.140

De acordo com Luiz Alberto David Araujo¹⁶⁴ a imagem apresenta duas modalidades: imagem retrato e a imagem atributo. Segundo o autor, a imagem-voz é parte que compõe a imagem-retrato, esta é a concepção adotada pelo presente trabalho.

Em razão da dinâmica social atual, o direito à imagem integra os direito da personalidade de uma pessoa (previsto expressamente pelo artigo 5º, incisos V, X e XXVIII da Constituição Federal¹⁶⁵ como sendo um direito fundamental e, pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 20¹⁶⁶, vem ganhando espaço em razão da comercialização, cada vez maior, do uso da imagem dos indivíduos, por exemplo os artistas.

Em conformidade aos ensinamentos de Luiz Alberto David Araujo¹⁶⁷:

A ameaça de violação da imagem pela tecnologia, que se desenvolve a cada dia, fez com que ela passasse a ser objeto de estudos mais avançados, não só pelo ângulo contratual (direito civil), mas sob o da proteção constitucional, decorrente do direito à vida, no princípio, e, posteriormente, como bem autonomamente protegido.

O destaque da proteção do direito à imagem pode ser facilmente constatado ao percebermos que a sua proteção foi além das leis infraconstitucionais sendo elevada a categoria de direito fundamental com previsão expressa pela própria Constituição Federal.

B) Possíveis Violações ao Direito à Imagem

De acordo com o artigo 5 da Constituição Federal tratada do direito de imagem em três de seus incisos. No primeiro deles, o inciso V, ela assegura o direito de resposta além da indenização no caso de dano à imagem. No inciso X, o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis e caso o sejam, ensejará a pessoa ofendida pleitear indenização pelo dano material ou moral que sofreu. Pro fim, o inciso XXVIII, em sua alínea a, trata mais especificamente da proteção do direito do autor.

¹⁶⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 17-18

¹⁶⁵ Constituição Federal de 1988, artigo 5:

Inciso V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Inciso X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Inciso XXVIII: são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

¹⁶⁶ Código Civil:

Artigo 20: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

¹⁶⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 22

Podemos então concluir que a luz desses dispositivos constitucionais acima citados, a Constituição protege o Direito à Imagem na medida em que havendo violação pelo seu uso indevido seu titular, ofendido, poderá pleitear judicialmente a reparação da ofensa. Ressalva se faz que para que ocorra tal ofensa aos direitos deve haver sempre o dano, seja de natureza material (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial).

Mesmo sendo o direito à imagem um direito disponível de maneira relativa, caso haja a utilização dessa de maneira distinta ao autorizado por seu titular, dará ensejo a amparo jurídico, por exemplo no caso da publicação não autorizada de um retrato ou o uso da imagem de outra pessoa como sua.

C) Distinção Entre Imagem, Honra e Privacidade

Um questão a ser enfrentada, inclusive abordada pelos autores que versam sobre o assunto, diz respeito a dificuldade na distinção de qual direito que esta sendo violado em razão do caso concreto, se o direito à imagem, ou se o direito à honra ou até mesmo se o direito à privacidade. A situação fica ainda mais dificultosa em se tratando de imagem-atributo e quando se relaciona a honra-subjetiva da pessoa.

Carlos Alberto Bittar¹⁶⁸ nos informa a esse respeito que:

O direito à imagem apresenta certas afinidades com outros direitos de ordem personalíssima. Assim, para delimitar-se os respectivos contornos, convém separar-se esse direito de outros de que se aproxima, em razão de efeitos diversos da qualificação e de conflitos que podem ocorrer na prática.

Inicialmente, trataremos a significação do que seria honra e privacidade, para então enfrentarmos a questão verificando se há realmente a possibilidade de distinção entre esses três direitos em virtude da situação fática concreta.

Podemos conceituar a honra como um valor moral íntimo do homem, um bem jurídico imaterial ou seja, é a estima que as pessoas têm sobre determinado indivíduo¹⁶⁹, por exemplo o “bom nome” da pessoa. Em razão disso, podemos dizer que a honra se subdivide em honra objetiva, vinculada à reputação do indivíduo e a honra subjetiva, o que o indivíduo estima de si próprio.

¹⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 97.

¹⁶⁹ BRITO, Mirella Barros Conceição. *O direito à imagem da pessoa jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2788, 18 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18520>>. Acesso em 13 de julho de 2012.

Nesse sentido, Mônica Neves Aguiar da Silva Castro¹⁷⁰:

Do ponto de vista subjetivo, é a estima que toda pessoa possui de suas qualidades e atributos, que se refletem na consciência do indivíduo e na certeza em seu próprio prestígio. No aspecto objetivo, a honra é a soma daquelas qualidades que os terceiros atribuem a uma pessoa e que são necessárias ao cumprimento dos papéis específicos que ela exerce na sociedade.

Já a privacidade ou intimidade é o direito de o indivíduo poder viver conforme sua forma de pensar, suas crenças de modo a englobar toda as suas esferas de convivência como em seu lar, com sua família, em seu trabalho, na palavras de Luiz Alberto David Araujo¹⁷¹, "vida íntima seria a esfera exclusiva de cada um, vedada a intromissão alheia".

A grande dificuldade está em se precisar qual o direito violado em uma situação concreta e se o dano se estende aos demais direitos de personalidade também, pois há certa similitude entre o direito à imagem, o direito à honra e à privacidade em razão de todos tutelarem a integridade moral da pessoa.

A fim de ilustrarmos a dificuldade alertada anteriormente, trazemos a lume um julgado do Superior Tribunal de Justiça que reflete esta possibilidade:

DIREITO AUTORAL. DIREITO À IMAGEM. LANÇAMENTO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. CÔNSUL HONORÁRIO DE GRÃO DUCADO. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DE SEU NOME E TÍTULO. PROVEITO ECONÔMICO. DIREITOS EXTRAPATRIMONIAL E PATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. DANO. PROVA. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DA DENUNCIADA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. UNÂNIME.

I - O direito à imagem constitui um direito de personalidade, de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em proteção à sua vida privada.

II - Na vertente patrimonial o direito à imagem opõe-se à exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais.

III - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização.

IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo que se cogitar de prova da existência de prejuízo ou dano. Em outras palavras, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral.

V - No recurso especial não é permitido o reexame de provas, a teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ.

¹⁷⁰ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, Em Colisão Com Outros Direitos*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, Biblioteca Teses, 2002, p.7.

¹⁷¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.36.

VI - Não havendo resistência da denunciada, ou seja, vindo ela a aceitar a sua condição e se colocando como litisconsorte do réu denunciante, descabe a sua condenação em honorários pela denunciação da lide. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1994/0007262-7, Brasília, DF, 25 de outubro de 1999).¹⁷²

De acordo com o acórdão acima, o direito violado foi a imagem-atributo, pois foram utilizados indevidamente somente o nome e o título do cidadão, características essas inerentes aos seus qualificativos sociais. Por outro lado, como não houve abalo a sua reputação ou à sua autoestima, não houve violação à sua honra e tampouco a sua privacidade uma vez que não foram utilizados fatos relacionados ao seu modo de viver e pensar.

Percebemos então que, embora muitas vezes a proteção da imagem caba por ser confundida com a honra, estas são coisas distintas podendo uma ser ofendida sem que a outra seja atingida. Portanto, o direito à imagem constitui-se como um direito autônomo.

D) A Imagem da Pessoa Jurídica

Como ocorre com as pessoa físicas, as pessoas jurídicas também possuem bens patrimoniais e extrapatrimoniais, não se confundindo estes com os bens dos seus integrantes. Inclusos nesses bens patrimoniais, estão os de cunho material (equipamentos, instalações etc.) e os imateriais, que também integram seu patrimônio. Este patrimônios imaterial decorre diretamente de como a pessoa jurídica se relaciona com o mercado, podendo essa imagem ser positiva ou negativa perante a própria sociedade, que pode ser auferido conforme a qualidade e adequação dos produtos e serviços que entrega ao mercado bem como pela reputação que esta tem em relação ao cumprimento de sua obrigações, sua estrutura de gestão etc.

Acontece que muitas vezes, essa imagem-atributo da empresa, faz com que seu patrimônio imaterial tenha valor maior que seu próprio patrimônio material, podendo ser estas pequenas empresas como grandes corporações. Em razão desse alto valor à sua imagem, uma lesão a essa pode repercutir de forma a trazer prejuízos tanto materiais como imateriais tendo em vista que haverá uma repercussão em sua credibilidade e confiança junto ao mercado, o que ensejaria a prestação da tutela jurisdicional para a reparação desse dano sofrido.

Portanto, em razão dos fatores acima expostos, podemos afirmar que as pessoas jurídicas possuem sua imagem-atributo a qual representa a confiança e o respeito que a mesma tem em sua comunidade o que dá ensejo a, quando possível, pleitear a preservação

¹⁷²Disponível em

http://www.stj.jus.br/webstj/processo/imagem/abreDocumento.asp?num_registro=199400072627&dt_publicacao=25/10/1999&desc_acordao=%3Cb%3ERESP%2045305%20%281994/0007262-7%20-%2025/10/1999%29%3C/b%3E. Acessado em 23 de junho de 2012.

dessa imagem, por meio da tutela jurídica, sempre que entender ter sido ela violada e com isso o advindo de prejuízos patrimoniais ou morais.

Nesse sentido, caminha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgado que trazemos à lição:

CABIMENTO, CONDENAÇÃO, SERASA, INDENIZAÇÃO, DANO MORAL, HIPOTESE, INSCRIÇÃO, PESSOA JURIDICA, CADASTRO, INADIMPLEMENTO, INEXISTENCIA, COMUNICAÇÃO, CADASTRAMENTO, OCORRENCIA, DANO A IMAGEM, EMPRESA, CARACTERIZAÇÃO, VIOLAÇÃO, ARTIGO, CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROCEDENCIA, AÇÃO CAUTELAR, DETERMINAÇÃO, EXCLUSÃO, REGISTRO, PESSOA JURIDICA, CADASTRO, SERASA. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2000/0111763-7, Brasília, DF, 11 de junho de 2001).¹⁷³

Foi com base neste e outros julgados que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 357¹⁷⁴ observando determinados procedimentos a serem seguidos que tem como objetivo a proteção da imagem da pessoa jurídica, a empresa.

E) A Imagem e a Franquia

Em continuidade ao presente estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais nos contratos privados, em especial quanto ao de franquia, investigando a proteção à imagem da pessoa jurídica percebemos a aceitação pelos Tribunais do posicionamento aqui defendido de admitirmos a possibilidade dos direitos de personalidade à pessoa jurídica.

Quanto à imagem, o entendimento caminha no sentido de aceitação dessa proteção, tanto que o referido Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 403¹⁷⁵ disciplinando o uso dessa imagem afastando a necessidade de prova de prejuízo no caso do uso não autorizado da imagem.

Em relação a sua aplicação à pessoa física, acreditamos que o tema não gera maiores controvérsias, focaremos então em sua aplicação para a pessoa jurídica e, mais especificamente junto a franquia e os desdobramentos fáticos que acreditamos serem de maior relevância em razão do enfoque aqui proposto.

Na franquia, um dos fatores determinantes no negócio está relacionado a imagem da empresa franqueadora (imagem-atributo), sem prejuízo de outros pontos também relevantes

¹⁷³ Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/sumulas/justica/justica/sumula359.html>. Acessado em 12 de julho de 2012.

¹⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça

Súmula 357 - Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.

¹⁷⁵ Superior Tribunal de Justiça

Súmula 405 - Independe de prova ou prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

como a transferência de tecnologia, modelo de gestão etc. Essa imagem do é composta de uma reunião de elementos corpóreos e incorpóreos, como por exemplo a marca, folders, equipamentos, método de gestão etc.

É certo que um dos fatores preponderantes é a imagem transmitida ao o mercado, razão esta pela qual o franqueado justamente busca uma imagem sólida, que a diferencie no mercado, para investir. Por sua vez, o dono da marca franqueadora, franqueador, investiu na formação dessa solidez mercadológica que essa imagem representa, ai também repousa uma das chaves-mestras de seu negócio, e por conseguinte tem interesse na continuidade dessa boa fama, razão pela qual entendemos esses elementos como componentes do direito de imagem da franquia.

Sob um outro ponto de vista, em relação ao franqueado, muitas vezes este gere sua unidade de franquia de maneira ainda mais eficiente que a franqueadora, ou seja, apesar de o negócio pré-formatado, a empresa consegue ser vista como um diferencial em toda a cadeia e, entendemos dessa forma que ela detém sua imagem-atributo própria, por exemplo clientela, o que a torna distinta dentro da rede sua franqueadora, apesar de ser parte integrante da mesma, e também suscita a proteção a essa sua imagem ensejando a tutela jurisdicional em caso de dano sofrido.

Portanto, entendemos que a imagem da pessoa jurídica (imagem-atributo) e, em decorrência, o direito de personalidade da pessoa jurídica carece e merece da devida proteção constitucional e legal destinada aos direitos fundamentais entendida tanto na relações de Direito Público como de Direito privado.

4.4. A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO CIVIL

De todos os ramos do Direito, nenhum era considerado tão afastado do direito constitucional como o direito civil. Toma-se como verdade, ate então, que o direito civilista era incólume às transformações sociais, políticas e econômicas; mais ainda, acreditava-se que as relações interpessoais, em especial as obrigacionais, não seriam atingidas em razão das transformações históricas, independentemente do modelo de constituição adotado.

As primeiras constituições não tinham por escopo regular as relações privadas, ao invés, delimitavam somente uma função mínima a ser desempenhada pelo Estado.

Com o advento da Revolução Industrial no século XVIII, ocorreram transformações em relação ao direito privado adquirindo esse uma feição liberal, a qual servia como meio de exploração dos indivíduos mais fracos sob o aspecto econômico.

Por sua vez, a construção do direito civil ultrapassa a história baseada simplesmente no direito romano-germânico. É bem verdade que alguns de seus conceitos e classificações consolidaram os diversos ramos do direito público, nestes incluso o constitucional.

Com o transcorrer do tempo, as relações jurídicas se adquiriram uma feição mais complexa, sendo que muitas delas não eram sequer previstas pelo Código Civil. Em virtude desse quadro, O Estado, ainda de maneira tímida, começou a criar leis de maneira extracodificada a fim de regular a relação entre particulares, denominadas de “legislação de emergência”. São essas leis extravagantes que figuram numa primeira fase de intervencionismo estatal nas relações privadas, sem contudo alterar o caráter de aplicação exclusiva do Código Civil ao disciplinar as relações de direito privado.

Como uma segunda fase, partimos do instante em que o Código Civil perdeu seu caráter exclusivo em regular as relações privadas, ou seja, junto com o direito comum previsto pelo Código Civil, caminha a legislação extravagante com feições de especialização.

Segundo Carlos Robertos Gonçalves¹⁷⁶:

(...) devido à complexidade e ao enorme desenvolvimento das relações da vida civil que o legislador é chamado a disciplinar, não é mais possível enfeixar o direito civil no respectivo Código. Muitos direitos e obrigações concernentes às pessoas, aos bens e suas relações encontram-se regulados em leis extravagantes, que não deixam de pertencer ao direito civil, bem como na própria Constituição Federal. É ele, portanto, bem mais do que um dos ramos do direito privado, pois encerra os princípios de aplicação generalizada (...)

Conforme pode-se observar nas Constituições do início do século XX, a presença de normas e princípios que estabelecem obrigações de cunho social para o desenvolvimento da atividade econômica privada e a outros temas, antes relacionados com exclusividade ao Direito Civil, como por exemplo os direcionados a tratativa da função social da propriedade, dos limites da autonomia privada, da organização da família, etc.

O Código Civil vai perdendo gradativamente seu status de “constituição do direito privado”. Assumem na realidade contemporânea, um papel de atuação menor, residual, no qual os microsistemas decorrentes de leis especiais dotados de principiologia constitucional, exigindo do interprete o implemento de inovadora técnica de interpretação.

Esse novo enfoque no Direito Civil, agora “constitucionalizado” tem finalidade de “superar a lógica patrimonial pelos valores existenciais da pessoa humana”, uma vez descritos pelo texto constitucional. Cabe ao intérprete a tarefa mais árdua de aplicação

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

desses valores constitucionais às relações privadas. Para isso o mesmo deve atentar-se a leitura do Código Civil sob um prisma constitucional, de tal maneira a priorizar os valores constitucionalmente protegidos da pessoa humana, ou seja, deve priorizar um enfoque com valores não exclusivamente patrimoniais, que possibilitam o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, sua dignidades, seus direitos sociais e, acima de tudo, que permitam a implementação de uma justiça distributiva.

O reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas constituem o núcleo da denominada constitucionalização do Direito Civil. O ordenamento constitucional abandona sua posição de simples carta política para assumir um caráter de elemento integrados de todo o sistema jurídico. Por sua vez, os direitos fundamentais deixam seu enfoque clássico de liberdades negativas a serem exercidas contra o Estado e passam a integrar todo o ordenamento jurídico e seus microssistemas de modo a serem observados por todos. Ou seja, ocorre uma dissolução entre as fronteiras do público e do privado, estes passam a se interseccionar.

Cumpramos destacamos que houve uma mudança no enfoque do Direito Civil, assim como ocorreu com o Direito Comercial, que migrou de uma fase subjetivista (foco principal no comerciante) para uma fase objetivista (foco principal nos atos de comércio). Por sua vez, o Direito Civil, em especial o contratual acompanhou essa tendência migrando da sua fase subjetivista individualista para uma fase objetivista com a função social do contrato.

5. OS CONTRATOS

5.1. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

As estruturas sociais, econômicas e jurídicas presentes no âmbito da vida em comum de determinados indivíduos organizados de forma racional é que se conjuga no modelo de Estado por estes adotado. De acordo com a ideologia predominante em determinado modelo organizacional estatal é que pode dizer tratar-se de Estado Liberal, Estado Social, Estado Democrático de Direito, entre outros.

O modelo do Estado moderno de Direito, no transcorrer do século XX, passou por três fases distintas: a pré-modernidade (Estado liberal), a modernidade (Estado social) e a pós-modernidade (Estado neoliberal).

Com sua origem no século XX, o Estado Social surge como uma evolução metódica de seu predecessor, o Estado Liberal, cujas origens remontam ao final do século XVIII, em resposta ao absolutismo político até então vigente. Os principais movimentos sociais colaboraram no desencadeamento dessa ruptura junto ao velho antigo regime foram a Revolução Francesa e todos os ideais que orbitavam esse movimento e a independência das colônias britânicas na América (Independência dos Estados Unidos da América).

Somente a vontade dos dirigentes, em seus projetos normativos, não representam nada além de uma vontade de ser, ou de vir a ser, ou seja, na aplicação concreta, as políticas “sociais” se esvaziam, perdem força, ficando a mercê de forças de grandeza maior, muitas vezes mais poderosas que o próprio Estado. Daí o porquê da discussão relativa ao “risco neoliberal” em Estados cujo modelo são compromissados, por exemplo, com a aplicação de uma justiça distributiva.

O período conhecido como pós-modernidade surge como um reflexo do período de transição em que o Estado e a própria sociedade estão imersos.

Essa nova postura decorre de uma revisão dos conceitos empregados pela modernidade e de reestruturação de valores, ou seja, a necessidade de revisão na teoria dos valores (axiológica).

A democracia, defendida e almejada pelo Estado moderno de Direito, principalmente pela sua primazia pela liberdade, supera então um modelo meramente procedimental e se insurge como um projeto material de igualdade.

Abandona-se então a antiga concepção pura do binômio “igualdade-liberdade” para um aspecto de maior integração da comunidade, a “liberdade na igualdade”.

5.2. O CONTRATO E A ORDEM JURIDICA

Em razão da incorporação de uma nova principiologia advinda com o Código Civil de 2002, e que contribuíram para uma nova formulação da Teoria Contratual, em fase de desenvolvimento e maturação. As diretrizes de eticidade, operacionabilidade e sociabilidade trazidas pelo novo diploma civil, previstas anteriormente em leis especiais e pela própria Constituição Federal, estão por transformar as relações jurídicas de caráter privado, e o contrato, por sua vez, como um dos principais instrumentos de organização social também passa por transformações.

A fim de acompanhar essa repaginação da “cultura contratual”, é necessário a revisão das técnicas de negociação e por conseguinte as técnicas de elaboração do instrumento que certamente refletirão no contrato essa nova concepção, abolindo da cultura jurídica o “ter vantagem a qualquer custo” a fim de dar espaço novamente ao antigo costume de confiança entre as partes.

Em razão dessa nova principiologia dos contratos, destacaremos principalmente o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato como balizas para essa jornada, transformando não somente o instrumento contratual em si, mas inclusive atuando na fase de negociação entre as partes envolvidas.

Esse novo arsenal de cláusulas gerais, princípios e normas abertas trazidas pelo Código Civil de 2002 propiciaram aos juiz instrumentalizar a norma, dando concretude a lei e ao mesmo tempo sem a necessidade de engessamento do sistema legislativo.

Com essa repaginação do direito contratual, serão imprimidas novas técnicas de negociação e redação de pactos jurídicos, primando pelo equilíbrio e harmonização entre as partes com um objetivo maior de que o contrato atinja ao fim originalmente proposto, através do adequado cumprimento do pacto. Outro objetivo relaciona-se a solução dos conflitos oriundos dessa relação por meio de previsão do uso de vias amigáveis e pacificadoras não mais ficando adstrito somente a prestação jurisdicional e, por fim, o distanciamento de posicionamentos bélicos e contenciosos que até então marcaram a elaboração dos contratos de outrora.

O presente trabalho tem como seu principal escopo os contratos extrajudiciais negociáveis entre os particulares de acordo com o Código Civil, em especial o contrato de franquia empresarial. Não serão abordados os acordos judiciais firmado entre as partes em razão de conflito prévio, também ficarão apartados os contratos de massa e de adesão, oriundos das relações de consumo e tratados pelo Código de Defesa do Consumidor e os contratos administrativos firmados como Poder Público.

Objetiva-se trazer uma contribuição para essa nova Teoria Contratual, mais especificamente em relação as formas de negociação e na própria redação de instrumentos jurídicos dotados de total eficiência em relação as partes e que sejam capazes de estampar os valores sociais enaltecidos pelo boa-fé objetiva e a função social dos contratos buscando o escopo do Contrato Sustentável.

Em relação ao papel do advogado nesse novo panorama contratual, é evidente que este foi repaginado, deixando a figura exclusiva do profissional contencioso para ensejo a um advogado mais atuante preventivamente ao surgimento de conflitos. Cabe a esse profissional um papel importantíssimo, muito mais proativo em relação a entender os interesses de seus clientes e que busque soluções amigáveis e menos dispendiosas do que a demanda judicial, esta é a função instrumentalizadora do advogado.

Vale ressaltar que o instrumento contratual advindo de uma negociação truncada, ou mal redigido, poderá conduzir a interpretações distantes do que foi inicialmente pactuado entre as partes, podendo ensejar a disputas judiciais. O objetivo desse novo posicionamento dos operadores do direito em relação aos contratos é justamente o de ser um fator de redução dos custos de transação.

Portanto, o presente capítulo pretende demonstrar que a conjugação dos valores introduzidos pelo Código Civil de 2002 aliados a uma boa técnica de negociação e de redação contratual poderão produzir instrumento jurídicos que contribuam com a organização social, regulando de maneira adequada os interesses privados.

5.2.1. A Evolução da Teoria dos Contratos

A clássica teoria geral dos contratos já não mais atende às necessidades oriundas de uma sociedade de consumo, de contratação em massa e de contratação coletiva. Por sua vez, a clássica teoria da propriedade já não acompanha a pluralidade de situações jurídicas nas quais se dá o exercício de seu domínio sofrendo assim uma fragmentação imposta pelo próprio sistema.

Em se tratando de responsabilidade, o mesmo ocorre, pois torna-se manifesto a insuficiência da responsabilidade aquiliana ao tentar explicar e apresentar uma solução aos problemas emergentes e que se agravam com o transcorrer do tempo em razão do desenvolvimento industrial e tecnológico.

Tal panorama, além de indesejável politicamente, nos parece não ser admitido em face da realidade constitucional tendo em visto o cuidado que o constituinte teve ao tratar de princípios e valores atinentes às relações de direito civil, em especial quando relacionado a

propriedade, os direitos da personalidade, a atividade econômica privada, a empresa, dentre outros. Diante dessa nova realidade constitucional, o trabalho do interprete se torna árduo ao redesenhar o direito civil em face da Constituição e dos novos anseios sociais.

O contrato, tal como concebido nas codificações do século XIX, era a expressão máxima da autonomia privada, impregnado de liberalismo. As partes envolvidas possuíam plena liberdade de estipularem o que lhes conviesse segundo seus interesses. A igualdade operava-se somente de maneira formal entre os contratantes.

O direito contratual, em sua etapa inicial, agiu como um dos instrumentos mais eficientes para a expansão do capitalismo, principalmente por se amoldar com o pensamento liberal preponderante à época.

Em razão do panorama do liberalismo *laissez-faire*¹⁷⁷ e do cenário social advindo dessa corrente ideológica o Estado teve que intervir junto as relações econômicas, inclusive dos particulares aliado a um crescente sentido solidarista existente na política dos Estados democráticos contemporâneos, impulsionando assim a evolução de uma teoria contratual que respondesse melhor a dinâmica dessa nova realidade.

Por sua vez, o contrato contempla dois momentos: o da sua formação e de sua eficácia. O primeiro engloba desde a opção das partes em contratarem, as negociações entre as mesmas e a elaboração do instrumento contratual pertinente. De seu turno, o segundo momento se inicia quando os efeitos do contrato firmado tornam-se obrigatório para as partes. Em virtude disso, podemos dizer que existem dois princípios incutidos na expressão “autonomia da vontade” a saber: o princípio da liberdade contratual, quando na formação e o princípio da vinculação dos efeitos no momento da eficácia do contrato.

Nos dias atuais, os dois princípios anteriormente citados soem limitação pela ordem pública em razão de termos cada vez mais normas cogentes em que o interesse público prevalece. Como exemplo desse cenário, citamos algumas ocasiões em que o Estado impõe o dever de contratar, como no seguro obrigatório de carros ou quando o Estado fixa preços a serem praticados pelo mercado.

Após a segunda metade do século XX, teve início uma discussão sobre o declínio do contrato, em razão da crescente limitação da autonomia da vontade privada. As partes envolvidas no contrato passaram a sofrer uma restrição em relação a liberdade de fixarem os conteúdos das cláusulas contratuais. Por sua vez, o Estado passou a salvaguardar os interesses sociais tomados como mais significativos ao tecido social e não simplesmente a pretensão dos

¹⁷⁷ Tradução livre: “deixar fazer, deixar passar”.

contratantes. Houve então uma transformação, uma evolução do contrato para que o mesmo acompanhasse a evolução da própria sociedade adequando-se a ela.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao comentar sobre o declínio do contrato, escreveu que:

(...) mudam os fatos, mudam os homens, muda a realidade social, altera-se, por força da consequência, a arquitetura jurídica subjacente. Mas o contrato é sempre o contrato, afinal. Sob o paradigma simplesmente individualista da burguesia revolucionária francesa, ou sob o paradigma de consagração dos princípios contratuais como princípios próprios da ordem natural, ou sob o paradigma meramente dogmático de conformação do direito com a lei, o contrato muda de feição e atende aos interesses jurídicos dos contratantes de cada época. Até que se mostre, a cada época, como insustentável ou deficiente, quando então ele se remoldura e busca sua readequação, para prosseguir como o que sempre fundamentalmente foi: um instrumento essencial da organização social.¹⁷⁸

Em razão do exposto, a autonomia privada, até então considerada como uma garantia dos cidadãos frente ao Estado sendo relativizado em favor da justiça substancial. Houve um deslocamento do eixo da relação contratual que antes orbitava na tutela subjetiva do vontade passando então para a tutela objetiva da confiança. Dessa maneira, as normas cogente visam coibir, em relação aos contratos, cláusulas de cunho abusivas, primando pelo equilíbrio das partes na relação contratual. Ademais, em relação ao objeto, visam garantir uma adequação do serviço ou do produto, além de agir preventivamente em relação aos riscos e na reparação de eventuais prejuízos.

Baseando-se na noção de boa-fé objetiva do contrato, o comportamento abusivo de um modo geral é vedado e consubstanciam-se o dever de cooperação entre as partes contratantes. O Contrato abandona o caráter individualista e passa a desempenhar uma função social. Há então uma retomada na primazia dos princípios e valores constitucionais bem como do livre desenvolvimento e da dignidade humana.

5.3. A FUNÇÃO INSTRUMENTALIZADORA DO ADVOGADO

De acordo com o posicionamento adotado no item anterior na qual o uso das cláusulas gerais do Código Civil de 2002 cabe não somente ao juiz, quando do exercício de sua função instrumentalizadora da norma jurídica aberta, mas também as partes quando efetivamente

¹⁷⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4194/contrato-estrutura-milenar-de-fundacao-do-direito-privado>. Acesso em 17 de junho de 2012.

orientadas por seus advogados e adequando ao posicionamento de colaboradores e não de partes antagonicas com interesses distintos no negócio.

Em razão da alteração desse quadro negocial, há a necessidade de uma remodelação da postura do advogado como negociador e criador dos contratos, pois é ele o elo entre as partes e o contrato, age este como verdadeiro pivô dessa mudança, eis a sua função instrumentalizadora.

As cláusulas gerais necessitam de um caso em espécie para que possam ser concretizadas. No entanto, os advogados realizam desde já esse concretude da norma jurídica aberta quando ao aproximarem do contrato os princípios da boa-fé, da função social do contrato e o princípio da equivalência material do contrato, que por sua vez, podem ser efetivados através de uma adequada técnica de negociação e de redação contratual.

Portanto, ao invés de deixar exclusivamente todo o trabalho de concreção da norma para o juiz, o advogado deverá valer-se das modernas técnicas contratuais, aproximando ele mesmo o instrumento jurídico em relação aos valores de eticidade e socialidade de forma que o contrato seja praticamente autossuficiente em relação a sua interpretação e execução, não necessitando da intervenção Estatal.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa¹⁷⁹, "(...) os intérpretes e aplicadores primeiros das normas contratuais e legais são as próprias partes interessadas", dessa maneira podemos afirmar ser possível ao advogado interpretar as diretrizes de eticidade e socialidade, concretizando-os na fase de negociação e na redação do contrato.

Em razão do anteriormente disposto, elencaremos alguns dos principais deveres práticos dos advogados para a perquirição do objetivo ora aqui proposto, qual seja, utilizar-se de maneira adequada das cláusulas gerais e da principiologia trazida pelo Código Civil de 2002 a fim de que se produzam negociações e instrumentos contratuais mais eficazes.

5.3.1. Releitura dos conceitos jurídicos

Como ponto de partida, cabem aos advogados revisitarem os conceitos do Direito Civil dessa vez com o primado da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Isto se deve em razão a um novo enfoque, não dos conceitos propriamente ditos mas, da forma como são aplicados em razão desse novo paradigma.

Partindo da máxima romana de "nem tudo que é lícito é honesto". Deve o advogado, a por exemplo, incorporar a cláusula geral da função social dos contratos, de maneira que haja

179 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Vol. II. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 479.

uma releitura do conceito de adimplemento contratual, que por sua vez, está estampado no Título III do Código Civil de 2002, entretanto as consequências desse adimplemento substancial, estão pautadas na função social dos contratos.

5.3.2. Busca por novos modelos de realização do direito

Cabe ao advogado moderno, em sintonia com os novos parâmetros do mundo jurídico global, inovar quanto as formas de se realizar o Direito. Isto se deve em razão ao atual colapso do sistema judiciário como meio de solução de conflitos.

Daí a necessidade de uma maior atenção na negociação e elaboração de instrumentos jurídicos contratuais que possam cumprir seu objetivo, ou seja, que leve ao adimplemento das obrigações contratuais ou permitir uma solução autossuficiente a solução de conflitos que porventura surjam.

Ao aplicarmos, por exemplo, o princípio da boa-fé objetiva nas fases contratuais, terá o advogado todas as ferramentas necessárias a condução das partes na busca do fim contratado. Esse deve ser o mote do advogado contratualista nesta nova era.

5.3.3. Aperfeiçoamento da técnica de redação contratual

Superada a implementação na fase de negociação dos preceitos da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, deve o causídico manter este mesmo espírito que o norteou até esse momento também na fase de elaboração e redação do instrumento contratual.

5.3.4. O advogado como conselheiro

Tem o advogado o dever de orientar o cliente a fim de que o mesmo siga os ditames dessa nova teoria contratual, corroborando com a sua função instrumentalizadora dessa nova principiologia..

Toma-se como papel do causídico ressaltar os riscos da não obediência a principiologia trazida pelo Código Civil de 2002, sob pena de em via judicial o juiz, ao analisar o pacto, integrar, modificar ou até mesmo anular o contrato a fim de corrigir os azimutes dispares.

A título de exemplo, cabe ao advogado orientar seu cliente que adota uma postura a fim de maximizar todos os deveres em relação a sua conduta oriundos da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da equivalência das prestações. Deve também reforçar a ideia que "passar a outra parte para trás" são comportamentos indesejados pelo novo sistema.

5.3.5. O advogado como agente minimizador de riscos

Complementando o disposto no item anterior, deve o advogado contribuir com seu cliente para que o mesmo estampe nas relações com a outra parte um comportamento de confiança, evitando assim o clima beligerante que apenas dificulta o processo negocial.

Ainda nesse sentido, deve orientar a seu cliente que não existem mais "negócios da China" e tampouco a "Lei de Gérson", na qual uma das partes tenta tirar o máximo de proveito em detrimento da outra. Também, cabe aconselhar que deve ser evitado uma discussão judicial do contrato que leva anos para ser concluída e consome preciosos recursos financeiros.

Repaginando-se e abandonando a tradicional postura bélica típica dos profissionais de outrora, o advogado necessita aprofundar-se na busca de uma solução aos problemas jurídicos apresentados, e não na criação ou manutenção deles.

5.3.6. O advogado como propagador da Justiça Contratual

Em razão da diretriz de eticidade que deve sempre estar presente em todos os momentos do contrato, o objetivo central da nova teoria contratual seria o alcance da plena Justiça Contratual¹⁸⁰.

A fim de uma melhor compreensão desse conceito, de suma importância para o advogado enquanto agente transformador na sociedades, trazemos o conceito de João Hora Neto¹⁸¹:

Em apertada síntese, pois, a novel principiologia contratual tem por escopo teleológico alcançar a Justiça Contratual, que é uma espécie de Justiça Comutativa, segundo magistério de Fernando Noronha, ao observar que 'a justiça contratual será, portanto, uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a ideia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual.

Em razão dessa postura, destacamos novamente a necessidade do advogado como agente propagador da Justiça Contratual, aconselhando seu cliente que o melhor para todos os envolvidos no negócio seria a assinatura de um contrato em equilíbrio par as partes, em detrimento a um contrato que beneficie excessivamente apenas um dos contratantes.

¹⁸⁰ FIÚZA, Cesar. *Para uma releitura da principiologia contratual*. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/paraumareleituradaprincipiologiacontratual.pdf. Acessado em 07 de julho de 2012, p.12

¹⁸¹ HORA NETO, João. *O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1016, 13 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8245>>. Acesso em 06 de maio de 2011.

5.4. NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Destacaremos de maneira concisa três princípios informativos da teoria contratual atual, também denominados como princípios sociais do contrato: princípio da função social do contrato (anteriormente analisado e que também está presente nos princípios mencionados pelo próprio texto do Código Civil de 2002), princípio da boa-fé objetiva e princípios da equivalência material do contrato.

A função social do contrato não pode abstrair sua função primária, ou seja, sua função econômica. Em razão disso, a função social não se apresenta como meta do contrato, mas sim como limite da liberdade do contratante em promover a circulação de bens patrimoniais. Em outras palavras, trata-se de um limite que interfere profundamente no conteúdo do negócio em virtude do importante papel que o contrato tem de desempenhar na sociedade.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira¹⁸², é este o princípio informativo central da nova teoria contratual, segundo o autor:

O legislador atentou aqui para a acepção mais moderna da função do contrato, que não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos. A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, possibilita um maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação tendo por objeto determinado bem, em razão do interesse maior da coletividade. A função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade de seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos. Como princípio novo ele não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário vem desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social maior.

A função social do contrato não se presta ao mero reconhecimento da supremacia do interesse público sobre o particular, mas, na verdade, atua nos limites que os princípios e garantias fundamentais agem. Em nada adiantaria a um contrato que o mesmo possuísse um grande potencial econômico e financeiro e ao mesmo tempo sua repercussão social fosse negativa ou, seus efeitos pudessem trazer algo que comprometesse a coletividade.

¹⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13-14.

Na busca de uma justiça distributiva é que a função social dos contratos consagra, por exemplo, a resolução de um contrato por onerosidade excessiva a uma das partes, permite a rescisão em caso de contrato lesivo, condena o enriquecimento sem causa, ou seja, busca o pleno desenvolvimento econômico mas sempre com o viés de responsabilidade social.

Na busca da implementação desses valores, surge a boa-fé, ou seja, os valores éticos das partes envolvidas, seu comprometimento. O Código Civil incluiu o princípio da boa-fé objetiva no artigo 422, estabelecendo que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Sempre essa interpretação deve ser extensiva, de forma a abranger todas as fases contratuais, tanto a pré como a pós contratual.

Divide-se em boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Sobre a boa-fé objetiva, princípio fundamental do Direito Contratual, que na verdade traduz-se em uma conduta honesta, leal, correta. Trata-se de regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais.

Ademais, esse critério da boa-fé objetiva mostra-se indispensável ao interprete pois, fornece a ele um efetivo instrumento para aferir as legítimas expectativas dos contratantes, conduzindo a atividade interpretativa de acordo com padrões de lealdade, transparência e honestidade.

O princípio da boa-fé objetiva visa, ordinariamente, a completar a convenção, estatuído, no claro das declarações das partes, regras complementares (obrigações acessórias). Não necessariamente para modificar o negócio jurídico querido, mas para integrá-lo. Nesse sentido, entende-se que o princípio da boa-fé objetiva é utilizado para realizar uma interpretação princípio da boa-fé objetiva integrativa ou completiva, pois serve para o juiz introduzir na relação contratual obrigações e deveres que nela não figuravam originariamente, mas que a boa-fé e os usos observados nos negócios justificam.¹⁸³

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira¹⁸⁴, sua explanação sobre o princípio da boa-fé:

O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso. A boa fé referida no art. 422 do Código é a boa-fé objetiva, que é característica das relações obrigacionais. Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé subjetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um

¹⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21

¹⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 20-21.

padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes. A boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de cuidado, de segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos. A positivação deste princípio certamente em muito contribuiu para o seu desenvolvimento na doutrina e jurisprudência brasileiras. Na apuração da conduta contratual, em face da probidade e boa-fé, exigidos pelo artigo, o juiz não pode deixar de se informar dos usos, costumes e práticas que os contratantes normalmente seguem, no tocante ao tipo contratual que constitua objeto das cogitações no momento, ou em torno do qual surge o litígio.

Por fim, o princípio da equivalência material do contrato ou também conhecido como princípio da justiça contratual, relaciona-se com a igualdade material entre os contratantes. Preocupa-se, sobretudo, com a vulnerabilidade de uma das partes em relação a outra, principalmente nas relações contratuais, como por exemplo o fez o Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer ao consumidor, em geral a parte mais fraca de uma relação contratual de consumo, o caráter de hipossuficiente na relação consumerista.¹⁸⁵

Mas, quanto a essa igualdade, esta não pode ser simplesmente analisada por uma ótica meramente formal, na verdade, deve-se buscar a efetivação de uma igualdade real ou concreta entre partes que compõem relação jurídica.

“Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis”¹⁸⁶

Trata-se, na verdade, de uma limitação ao clássico princípio contratual do *pacta sunt servanta*.

Essa nova concepção principiológica aliado ao arsenal metodológico do qual dispõem os operadores do direito para sua aplicação nas relações contratuais sejam elas novas ou já existentes e, uma em especial, que é o contrato de franquia com toda sua complexidade e particularidade que o reveste.

¹⁸⁵ Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹⁸⁶ LÓBO, Paulo Luís Netto. Princípios sociais nos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. Revista de direito do consumidor, São Paulo, n.42, p. 187-195, abr. / jun. 2002, p. 19

6. CONTRATO DE FRANQUIA

6.1. ORIGENS

As primeiras práticas comerciais daquilo que viria a ser chamado de *franchising* ou franquia, são atribuídas à firma americana *Singer Sewing Machine*, que, em período posterior à Guerra de Secessão, ampliou sua rede de distribuição sem dispêndio de recursos ao credenciar agentes em diversos pontos do território, cedendo-lhes sua marca, produtos, publicidade, técnica de vendas no varejo e conhecimentos técnicos.¹⁸⁷ O sistema de franquia teve um grande crescimento nos Estados Unidos da América, no século passado, principalmente nas décadas de 50 e 60. Foi nessa época que foi criada a rede McDonald's, que passaria a ser referência mundial como rede de franquia.

No Brasil, alguns autores que tratam da matéria citam o fabricante dos Calçados Stella, Arthur de Almeida Sampaio, como o pioneiro de práticas incipientes de *franchising* a partir do ano de 1910.¹⁸⁸

José Cretella Neto¹⁸⁹ em obra dedicada exclusivamente ao tema, aponta a rede de escolas de idiomas Yázigi, na década de 1960, como sendo a origem rudimentar do *franchising* no Brasil.

Hoje o sistema de franquia é adotado e reconhecido mundialmente como uma maneira segura, econômica e lucrativa de fazer de negócios, tanto para o franqueador como para o franqueado.

6.2. CONCEITO

O contrato de franquia exerce no mundo empresarial atual uma função socioeconômica sem igual em todo o mundo, principalmente em países com economias em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Ele auxilia, principalmente, no aprimoramento de setores dessas economias, trazendo novas formas de comercialização dos produtos, técnica de vendas, entre outros benefícios para o aprimoramento e potencialização da atividade mercantil, tanto na comercialização de produtos como quanto ao setor de serviços.

Franquia, segundo a definição de Maria Helena Diniz¹⁹⁰:

é o contrato pelo qual uma das partes (franqueador ou franchisor) concede, por certo tempo, a outra (franqueado ou franchise) o direito de comercializar,

¹⁸⁷ Nesse sentido: Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3: Contratos em Espécie. p. 523. e; Jorge Lôbo. *Contrato de Franchising*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 28.

¹⁸⁸ VENOSA, Silvio de Salvo *Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3: Contratos em Espécie, p. 524.

¹⁸⁹ CRETILLA NETO, José. *Manual Jurídico do Franchising*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 53.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p.43.

com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título do estabelecimento, marca de indústria ou produto que lhe pertence com assistência técnica permanente, recebendo em troca, certa remuneração.

Por sua vez, segundo Fran Martins¹⁹¹, franchising é o “contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligadas por vínculo de subordinação”.

Adalberto Simão Filho¹⁹² conceitua *franchising* da seguinte maneira:

franchising é um sistema que visa a distribuição de produtos, mercadorias ou serviços em zona previamente delimitada, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato(s) mercantil (is) celebrado(s) por comerciantes autônomos e independentes, imbuídos de espírito de colaboração estrita e recíproca, pelo qual, mediante recebimento de preço inicial apenas e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado, o franqueador lhe cederá, autorizará ou licenciará para uso comercial propriedade incorpórea constituída de marcas, insígnias, título de estabelecimento, know-how, métodos de trabalho, patentes, fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente no comércio específico.

Ensina Orlando Gomes¹⁹³ que “com o vocábulo *franchising* designa-se a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de produto seu com assistência técnica para a sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração.”

Além das definições de alguns de nossos expoentes juristas, o sistema de franquia empresarial possui definição prevista em lei.

A definição adotada pelo Código de Autorregulamentação do *Franchising*¹⁹⁴ da Associação Brasileira de *Franchising* é a mesma da adotada pela Lei da Franquia, com efeito, em seu artigo 2 a Lei n. 8.955 de 15 de dezembro de 1994, define a franquia empresarial como:

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

Observe-se que o conceito adotado pelo legislador possui uma gradação, pelo que nele é possível identificar as duas principais modalidades de franquia, a de marca e de produto (cessão do uso de marca ou patente associada ao direito de distribuição de produtos ou

¹⁹¹ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p.583.

¹⁹² SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.35.

¹⁹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.467.

¹⁹⁴ Disponível em: <http://www.portaldofranchising.com.br>. Acesso em 24 junho de 2012.

serviços) e a modalidade de franquia de negócio formatado, na qual se acrescenta a cessão do direito de uso de tecnologia em relação ao conceito da primeira, conforme se verá mais adiante.

Também se extrai do conceito transcrito a previsão de remuneração do franqueador, que poderá ser direta ou indireta. De uma maneira geral, no Brasil, as formas de remuneração praticadas consistem, conforme leciona Jorge Lobo¹⁹⁵ no pagamento de uma quantia inicial para ingressar no sistema, no pagamento de *royalties*, incidentes sobre o faturamento das vendas, que podem ser embutidos no preço de custo dos produtos fornecidos pelo franqueador ou um percentual, previamente definido, sobre o preço de venda faturado ao consumidor final. O franqueado também arcará com a prestação de outros serviços pelo franqueador, como treinamento, por exemplo, e com o fundo de publicidade da rede de franquia.

Finalmente, prevê o dispositivo legal citado que a franquia empresarial não caracteriza vínculo empregatício. Realmente, não há que se falar em relação trabalhista, pois o contrato de *franchising* é uma espécie contratual de cooperação empresarial, “não sendo o franqueador empregador do franqueado, nem, muito menos, dos empregados do franqueado”.¹⁹⁶

Não obstante o que acima já foi escrito a respeito do conceito do sistema de franquia, não é demais transcrever o conceito de Jorge Lobo¹⁹⁷ para o contrato de franquia, o qual, por ser bem abrangente, traz a necessária reflexão sobre o fato de que a franquia pode envolver vários tipos contratuais:

contrato de cessão temporária de uso de marca, para fabricação ou venda de produtos ou serviços, que o franqueador faz ao franqueado, com ou sem exclusividade em determinada zona geográfica, mediante remuneração, que pode consistir numa taxa inicial de ingresso, num percentual sobre o faturamento, ou de ambos, com a garantia de assistência técnica, podendo, ainda, abranger, conforme o tipo de atividade, a elaboração de um projeto para construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria etc. (*engineering*), o treinamento do pessoal do franqueado e montagem da organização contábil e administrativa (*management*) e o estudo do mercado em potencial, publicidade, vendas promocionais e lançamento de produtos (*marketing*).

Realmente, Silvio de Salvo Venosa¹⁹⁸ chama a atenção para tal fato, reconhecendo que o contrato de franquia pode possuir, em seu corpo, o conteúdo de outros contratos, tais como “compra e venda, locação, licenciamento de marcas, cessão de *know-how*, assistência técnica, mandato, comissão, prestação de serviços etc.”.

¹⁹⁵ LÔBO, Jorge. *Contrato de Franchising*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 46.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 93.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 32.

¹⁹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo *Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3: Contratos em Espécie. p. 525.

Nesse sentido, Gisele Hironaka traz¹⁹⁹ de forma clara também nos traz uma noção do universo contratual que engloba o *franchising*:

O contrato de franquia – como o de concessão comercial, comissão mercantil, distribuição, representação comercial, agência – é espécie do que se conhece como gênero o sistema de distribuição do qual identificam-se relações complexas de um mandato de interesse comum, constituindo técnicas de agrupação de empresas, integrando processos de controle, direção e assistência, com graus diversos de participação, ainda que apareçam como situações combinadas, complexas e mistas, que implicam contratos de integração muito refinados.

Por derradeiro, nas lições de Carlos Alberto Bittar²⁰⁰ que oportunamente caminha no mesmo sentido quanto ao conteúdo misto do *franchising* bem como a presença de outros elementos contratuais em seu bojo. Trata o autor também, de forma muito clara, o tema quanto ao contrato ora em estudo e sua aparente semelhança com o contrato de concessão mercantil, pois é um dos contratos que mais se aproximam a ponto de alguns autores da doutrina já terem manifestado certa confusão:

Compreendem-se na franquia a utilização de marca ou nome comercial e a assistência técnica e comercial - e até financeira - à franqueada, que fica autorizada a operar em determinada área, ou com exclusividade no setor. Distingue-se, desse modo, da concessão mercantil, que se reduz a intermediação na colocação de produtos, embora possa envolver a concessão do uso da marca. De fato, no existe o encadeamento de diferentes operações, conjugadas em função dos objetivos visados, em que primordial é o aproveitamento do nome, da marca ou de direitos intelectuais outros (símbolos, nome do estabelecimento, direitos autorais) e em função do qual gira todo o regime. Completam-no a assistência do franqueador; a fabricação do produto, quando for o caso; o controle e a fiscalização do titular e outros componentes que lhe conferem maior amplitude em relação à concessão, na qual, aliás, o revendedor recebe produto pronto para colocação ao consumidor. Aproximam-se, no mais, esses negócios jurídicos, em sua complexidade; na natureza associativa, integrando empresas; e na conquista e na manutenção de mercados definidos.

6.3. MODALIDADES

Encontra-se na doutrina várias modalidades de franquia, apanhadas de obras nacionais e estrangeiras. Em parte, essa diversidade tem causa nas diferentes nuances que o *franchising* tem em cada país.

Entre as modalidades mencionadas pelos doutrinadores, podemos citar a franquia de marca e de produto, a franquia de negócio formatado, a industrial, de distribuição, de produção, de serviços, financeira, a franquia de canto, franquia-mestre e a franquia de desenvolvimento de área.

¹⁹⁹ HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (orientação), Amanda Zoe Morris e Lucas Abreu Barroso (coordenação). Direito dos Contratos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 411

²⁰⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Contratos Comerciais, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 208.

6.3.1. Franquia de Marca e de Produto e Franquia de Negócio Formatado

Destacam-se duas modalidades de franquia, entre aquelas enumeradas, quais sejam, a franquia de marca e de produto e a franquia de negócio formatado (*business format franchising*).

Na primeira não há maiores rigores por parte do franqueador, consistindo, basicamente, na revenda pelo franqueado de um produto ou de produtos de uma marca do franqueador.

Já a franquia de negócio formatado é bem mais ampla, abrangendo não só a comercialização de um produto ou de uma marca, mas também a padronização do atendimento, da aparência do estabelecimento, enfim, consistindo na adoção pelo franqueado do modo de fazer negócios que o franqueador criou, testou, utilizou e com o qual obteve reconhecido sucesso. Essa é a modalidade adotada pela rede McDonald's e pela maioria dos franqueadores com operações internacionais.

Anota José Cretella Neto²⁰¹ que essas são as modalidades reconhecidas pelo Departamento de Comércio norte-americano e esclarece que no *business format franchising* o “relacionamento franqueador/franqueado inclui não apenas produto, serviço e marca, mas também o conceito completo do negócio, ou seja, plano e estratégia de marketing, manuais de operação, padrões, controle de qualidade, além de um processo continuado de assistência de orientação”.

6.3.2. Franquia-Mestre e Franquia de Desenvolvimento de Área

No presente estudo das modalidades de franquia não se pode deixar de mencionar a aquela denominada franquia-mestre, *master franchising* ou franquia-piloto.

Ela é utilizada quando o franqueador pretende ampliar sua rede de franqueados (geralmente em mercados internacionais) e autoriza uma empresa (denominada *master-franqueada*) a desenvolver tal expansão, formando uma rede de sub-franqueados dentro de um território previamente demarcado pelo franqueador.

Para melhor compreensão, as palavras de José Cretella Neto²⁰²:

Contrato de *master-franchising* é o estabelecido entre o franqueador e um franqueado de grande porte (denominado *master-franqueado*), que tem por finalidade o desenvolvimento, por parte do segundo, de uma rede de unidades, em determinado território, geralmente bastante amplo, ou longe da sede do franqueador, ou ainda tão densamente populado (*sic*) que exige, para melhor cobertura, inúmeras unidades, relativamente próximas umas das outras. Essas unidades podem pertencer ao próprio *master-franqueado*, ou

²⁰¹ CRETELLA NETO, José. *Manual Jurídico do Franchising*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19-20.

²⁰² *Ibidem*, p. 125.

ser operadas por subfranqueados, que firmam contratos individuais com o *master-franqueado*.

O mesmo doutrinador entende inexistir relação contratual direta entre o franqueador e o subfranqueado, pois neste caso a relação se daria somente entre o *master-franqueado* e o subfranqueado.

A lei 8.955 de 1994 assim dispõe sobre a master-franquia:

Artigo 9 Para os fins desta lei, o termo franqueador, quando utilizado em qualquer de seus dispositivos, serve também para designar o subfranqueador, da mesma forma que as disposições que se refiram ao franqueado aplicam-se ao subfranqueado.

Deve ser mencionada, também, a modalidade denominada franquia de desenvolvimento de área (*area development franchise*), citada por Venosa²⁰³ como um desenvolvimento da modalidade franquia-mestre:

“Nesse negócio, o franqueador contrata um franqueado, um representante de área, para que este busque futuros franqueados em determinado território. O negócio final, no entanto, como regra, será firmado entre o franqueador original e o novo franqueado.”

6.3.3. Outras Modalidades

Como dito acima, outras modalidades de *franchising* podem ser apontadas, dependendo do enfoque que se dê ao estudo da matéria. Assim, José Cretella Neto²⁰⁴, estudioso do assunto, discorre em sua obra sobre as várias modalidades de *franchising* apontadas pela doutrina nacional e estrangeira.

Com efeito, nos ensina o mencionado autor que as modalidades de *franchising* podem ser divididas, entre outras, em *franchising* de distribuição de produtos, *franchising* de produção e *franchising* de serviços e que alguns apontam também a existência do *franchising* financeiro e do *franchising* de *stand* ou *franchising corner*.

Elucida Jorge Lôbo que na franquia de distribuição de produtos, estes são fabricados pelo franqueador ou por ele adquiridos através de uma central de compras e repassados ao franqueado para venda no varejo, citando como exemplo os postos de gasolina da Shell ou Esso.

Sobre a franquia de produção, o mesmo autor anota que nessa modalidade o franqueador desenvolve e fabrica os produtos ou apenas desenvolve e licencia a terceiros sua fabricação e os entrega aos franqueados para comercialização.

²⁰³ VENOSA, Silvio de Salvo *Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3: Contratos em Espécie. p. 526.

²⁰⁴ CRETELLA NETO, José. *Manual Jurídico do Franchising*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 19/23.

Por fim, sobre a franquia de serviços, encontramos que:

a qualidade na prestação de serviços e a garantia do produto são as principais fontes de atração para o consumidor final, que tem assistência técnica do franqueador, além de fornecer componentes e peças originais de reposição. Ex.: serviços autorizados Brastemp, Hotéis Holliday Inn, Hertz-Rent a Car, muito utilizados também nos ramos de restaurantes, institutos de beleza, turismo, informática, consultoria imobiliária, curso de idiomas etc.²⁰⁵

Ainda, segundo Jorge Lôbo²⁰⁶ a modalidade de franquia industrial, onde o franqueado produz o produto objeto do contrato, tal como ocorre com as indústrias da Pepsi e da Coca-Cola.

Corner franchising ou franquia de canto é aquela praticada com a cessão de pequenos espaços dentro de lojas de departamentos ou de *shopping centers* para uma atividade franqueada, geralmente utilizada para a venda de vestuário e cosméticos.²⁰⁷

Na franquia financeira, “ocorre dissociação entre os conceitos de investimento e gestão do empreendimento, e que é oferecido (por bancos de investimento ou por associações) como um produto financeiro”.²⁰⁸

6.4. NATUREZA JURÍDICA

A Franquia é um contrato complexo derivado primordialmente da concessão, nele há aspectos de relações trabalhistas, marcas e patentes, contratos preliminares, distribuição entre outros. É um contrato de cooperação entre empresas independentes em busca de resultados operacionais de ambos os interessados.

Para Fran Martins²⁰⁹: “o contrato de franquia compreende uma prestação de serviços e uma distribuição de certos produtos, de acordo com as normas convencionadas. A prestação de serviços é feita pelo franqueador ao franqueado, possibilitando a esse a venda de produtos que tragam a marca daquele. A distribuição é a tarefa do franqueado, que se caracteriza na comercialização do produto. Os dois contratos agem conjuntamente, donde ser a junção de suas normas que dá ao contrato a característica de franquia”.

Arnaldo Rizzardo²¹⁰ define a natureza deste contrato como: “compõe-se de várias outras espécies, como prestação de serviços, e distribuição de produtos, compra e venda, comodato, licença de utilização de marcas, prestação de serviços, feita pelo franqueador ao franqueado, e a distribuição de produtos, que se concretiza através da comercialização”.

²⁰⁵ LÔBO, Jorge. *Contrato de Franchising*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ VENOSA, Silvio de Salvo *Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3: Contratos em Espécie. p. 526.

²⁰⁸ CRETELLA NETO, José. *Manual Jurídico do Franchising*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

²⁰⁹ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.490.

²¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.1389.

Em sua obra Jorge Lobo menciona que a opinião dos autores difere quanto à natureza jurídica da franquia, havendo quem sustente tratar-se de um contrato: trabalho, de propriedade industrial, preliminar ou normativo, concessão comercial, cooperação entre as empresas, de licença comercial, de distribuição, de adesão, atípico. E para o autor trata-se de um contrato “típico, consensual, bilateral, oneroso, comutativo, formal, *intuitu personæ* e de trato sucessivo, caracteriza-se, ainda, pela autonomia entre franqueador e franqueado e pelo espírito de cooperação entre ambos”.

Carlos Alberto Bittar²¹¹ classifica como “contrato bilateral, oneroso, comutativo, *intuitu personæ*, celebrando-se por escrito, com minuciosa descrição de seus contornos, e mediante a técnica de adesão a condições preestabelecidas pelo franqueador, que interfere inclusive em eventual modificação na composição societária do franqueado”.

6.5. A FUNÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DO CONTRATO DE FRANCHISING

O contrato tomado aqui no sentido de uma relação jurídica obrigacional oriunda do acordo de vontades das partes envolvidas no negócio, tem como sua função primordial servir de instrumento das operações econômicas e meio para realização e exteriorização das vontades das pessoas, sem esquecer que o contrato também se sujeita aos interesses da sociedade, uma vez que esta se desenvolve por meio dessas operações econômicas.

Ao estabelecerem um vínculo contratual as partes buscam gerar uma situação mais vantajosa do que se permanecessem sozinhas no mercado e também atingir determinados objetivos, configurando assim a sua função econômica.

Ao firmarem um contrato, as partes contratantes abrem mão de parcela de sua liberdade em prol de um bem comum maior, criando assim segurança e previsibilidade para o desenvolvimento de suas atividades

Segundo Arnoldo Wald²¹²: “O contrato (...) tem a função social de instrumento de cooperação entre os indivíduos no interesse comum dos mesmos e da própria sociedade”.

Em decorrência dos deveres advindos de um vínculo contratual, a liberdade contratual das partes fica reduzida. Estas devem comportar-se de acordo com o pactuado, respeitando os limites impostos pelo próprio contrato que têm sua razão de ser na busca por uma negócio mais vantajoso economicamente e também com um viés social. Deve ser estabelecida uma situação em que todas as partes saem ganhando, pois se não houvesse essa limitação imposta

²¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. 5 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Froense Universitária, 2008, p. 212

²¹² WALD, Arnoldo. *O novo código civil e a evolução do regime jurídico dos contratos*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.130, ano XLII, p.49, abr.-jun. 2003.

pela função social do contrato, cada parte poderia agir da maneira que melhor lhe aprouvesse, pouco importando a situação da outra parte.

Por sua vez, é de extrema importância compreender qual é o fim econômico do contrato, pois somente compreendendo os interesses econômicos envolvidos no negócio é que chegará a sua razão justificadora de sua existência e, com isso poderemos interpretar o contrato bem como suas cláusulas de modo a valorar se determinada conduta é lícita ou não naquela relação contratual..

Explica Arnoldo Wald²¹³ que, a função social significa tanto a proteção dos interesses de ambas as partes e especialmente a do contratante mais fraco quanto a manutenção da função específica do contrato, que deve ser eficiente, assegurando estabilidade à produção e permitindo a eficiente circulação das riquezas.

Defende Paulo Furquim de Azevedo²¹⁴ que: “para que o ganho coletivo possa ser realizado, é necessário que haja alguma restrição ou orientação ao comportamento das partes, de tal modo que as ações não-cooperativas sejam eliminadas”.

Dessa forma, podemos afirmar que no contrato de franquia há uma conjugação dos interesses do franqueado e do franqueador. O franqueado ao seguir as diretrizes do franqueador bem como pela marca franqueada, contribuindo dessa forma junto ao progresso empresarial do mesmo. Por sua vez, cabe ao franqueador fornecer toda a transferência de tecnologia (*know-how*), serviços, produtos e auxílio para o sucesso do estabelecimento franqueado. Entretanto, não pode o franqueado conduzir o negócio da maneira que quiser, deve o mesmo atentar para os padrões de gestão estabelecidos pelo franqueador. Em contrapartida, o franqueador não poderá deixar de prestar toda a assistência necessária para o negócio, bem como deixar de fornecer os serviços e produtos ao franqueado.

Visto sob o prisma econômico, a franquia é uma fórmula de cooperação entre empresas e o seu fim comum é a satisfação dos interesses contrapostos das partes ou seja, a prosperidade do negócio de ambas as partes.

De maneira sintética, a função social econômica do contrato de franquia repousa na conciliação e harmonização de duas vontades propulsoras distintas que se reúnem para a busca de um objetivo comum que é sucesso do estabelecimento empresarial das partes envolvidas.

De 1985 ate 1996 o número de unidades franqueadas no Brasil cresceu a uma taxa

²¹³ WALD, Arnoldo. *O novo código civil e a evolução do regime jurídico dos contratos*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.130, ano XLII, p.59, abr.-jun. 2003.

²¹⁴ Idem.

média de 22% ao ano, tendo no ano de 1996, 28.240 unidades franqueadas com 805 franqueadores. Dispõe a ABF – Associação Brasileira de Franchising²¹⁵ que de 1995 à 1999 houve um aumento no número de franqueadores da ordem de 23%, passando de 724 à 894, com o número total de unidades franqueadas evoluindo 82% durante esse período, chegando, em 1999, à marca de 36.479 estabelecimentos franqueados e gerando mais de 226 mil empregos diretos no Brasil. Já de 2001 a 2007 a evolução do franchising no número total de unidades (próprias + franqueadas) foi de 28%, passando de 51.000 à 65.553 unidades. Somente em 2007 foram criados 30 mil novos postos de trabalho no setor de franchising, totalizando 594 mil empregos diretos nesse setor e apresentando, em 2007, um faturamento superior a 46 bilhões de reais.

6.6. CARACTERÍSTICAS

6.6.1. Tipicidade:

O contrato típico é aquele que encontra disciplina legal específica, devendo as partes observar o que estiver regulado em lei. Por outro lado, o contrato atípico não encontra regulamentação normativa, estando as suas cláusulas e formação sujeitas ao convencionado entre as partes contratantes. Em que pese o contrato de franquia esteja regulado por lei específica (Lei 8.955 de 1994) a questão é polêmica.

Há quem entenda tratar-se de um contrato atípico, entre eles, podemos citar: Luiz Edmundo Appel Bojunga, Lina Fernandes e Fábio Ulhôa Coelho²¹⁶. Sustentam esses doutrinadores que embora a referida lei tenha disciplinado certos aspectos do contrato, as relações e obrigações entre franqueador e franqueado são ainda definidas pela vontade das partes.

Por outro lado, há quem entenda pela tipicidade desta modalidade contratual, dentre eles temos: Waldirio Bulgarelli e Adalberto Simão Filho²¹⁷. A jurisprudência seguindo esta tendência reconhece a tipicidade do contrato de franquia, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. FRANCHISING. DECRETO-LEI Nº 406/68. LC Nº 56/87. LEI Nº 8.955/94. PRECEDENTES. (...) O “franchising”, em sua natureza jurídica, é “contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão”. (Adalberto Simão Filho, "Franchising",

²¹⁵ Dados Disponíveis em: <http://www.portaldofranchising.com.br>. Acesso em: 25 de junho de 2012.

²¹⁶ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 56-57; COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 18. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p.126.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 36-42.

São Paulo, 3a ed., Atlas, 1998, págs. 36-42) (...) (STJ, AgRg no Ag n. 746.597/RJ, rel. Min. José Delgado, julgado em 16/05/2006).

Assim, ao que parece, correta a posição adotada pela última corrente, isto porque a Lei 8.955 de 1994 dispõe sobre um dos elementos mais importante da relação entre franqueador e franqueado, que é a Circular de Oferta de Franquia, além de definir o contrato e elencar certas formalidades para a sua celebração. O fato da lei não pormenorizar todos os seus aspectos não afasta a sua tipicidade.

6.6.2. Bilateralidade

Bilateral é o contrato que cria obrigações para ambas as partes. Cada uma delas é credora e reciprocamente devedora da outra. Unilateral, inversamente, é aquele que gera obrigações para um só dos contratantes. Neste contrato, há um só credor e um só devedor.

Distinguir os contratos bilaterais dos unilaterais é de grande importância, porque há efeitos que se prendem somente aos contratos bilaterais, como é o caso da *exceptio non adimpleti contractus*, da condição resolutiva tácita, do vício redibitório, da evicção, das arras e da distribuição de riscos.

O contrato de franquia é bilateral quanto aos seus efeitos porque gera obrigações recíprocas, ou seja, deveres jurídicos para ambas as partes. Ao franqueador incumbe, em linhas gerais, a cessão da marca conhecida, a assistência técnica competente e a metodologia empresarial consagrada. Enquanto que o franqueado deve efetuar o pagamento da taxa inicial de franquia, de *royalties*, além de zelar pela boa imagem da marca franqueada.

6.6.3. Onerosidade

O contrato é classificado como oneroso, porque acarreta em vantagens à ambos os contratantes, que de dispõem a um sacrifício patrimonial em pró de um correspondente proveito almejado.

Segundo Fábio Ulhôa Coelho²¹⁸:

ambas as partes têm vantagens, posto que o franquiado já se estabelece negociando produtos ou serviços já trabalhados junto ao público consumidor, através de técnicas de marketing testadas e aperfeiçoadas pelo franqueador; e este, por sua vez, pode ampliar a oferta da sua mercadoria ou serviço, sem novos aportes de capital.

6.6.4. Comutatividade

Conceitua-se como comutativo o contrato de franquia em razão de as prestações de

²¹⁸ COELHO. Fábio Ulhôa. Manual de direito comercial. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.440.

ambas as partes são de antemão conhecidas e guardam entre si certa equivalência de valores, embora possa conter cláusulas de aleatoriedade.

Assim, quanto a essas peculiaridades inerentes às prestações, nos ensina Orlando Gomes²¹⁹ que: “ a relação de vantagens e sacrifícios é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto as prestações”.

6.6.5. Formalidade e Consensualidade

Todo contrato, concebido como um acordo entre as vontades das partes, é necessariamente consensual, pois é da própria natureza de todo acordo essa autonomia da vontade do contratante.

Ocorre que, em alguns casos, para que se aperfeiçoe, basta o consentimento dos contratantes. A lei nada exige além do acordo das partes para a formação do contrato, como ocorre com o de franquia.

O contrato de franquia é consensual porque depende apenas e tão-somente da vontade das partes contratantes para o seu aperfeiçoamento. Ademais, a lei de regência exige a forma escrita. O contrato deve ser assinado na presença de duas testemunhas e independente de registro para a sua validade (artigo 6 da Lei 8955 de 1994).

Nas próprias palavras de Fabio Ulhôa Coelho²²⁰:

Pelo princípio do consensualismo, um contrato se constitui, via de regra, pelo encontro das vontades manifestadas pelas partes, não sendo necessária mais nenhuma outra condição. Há, no entanto, algumas exceções a este primado, isto é, determinados tipos de contrato que exigem, para a sua formação, além da convergência da vontade das partes, também algum outro elemento. [...]

6.6.6. Continuidade

Trata-se de um contrato contínuo, sucessivo, de execução sucessiva, de duração ou de execução continuada. O contrato de franquia se protraí e se alonga no tempo visto que sobrevive, com a persistência da obrigação. As relações jurídicas das partes desenvolvem-se por um período mais ou menos longo devido à própria natureza do contrato. O pacto se renova cada vez que os deveres são cumpridos.

6.6.7. Adesividade

Cuida-se de contrato de adesão porque as cláusulas contratuais são todas elaboradas e produzidas pelo franqueador, cabendo ao franqueado apenas aceitá-las ou rejeitá-las em

219 GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.74.

220 COELHO. Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 414.

bloco, sendo que a sua manifestação de vontade restringe-se a esta aceitação ou recusa. Ressaltam-se neste tipo de contrato três elementos: a rigidez, a predeterminação e a uniformidade das cláusulas contratuais.

Na lição de Nelson Abrão o contrato de franquia comercial é por adesão, uma vez que o franqueador – parte economicamente mais forte – o impõe ao franqueado: “O concessionário não é senhor de sua política de venda. Os métodos de venda, as promoções, tudo é decidido e previsto por seu fornecedor, que decide acerca da apresentação de sua insígnia ao público, da aparência de seu pessoal, de seus preços”.²²¹

A doutrina não é pacífica quanto a adesividade. Há uma corrente doutrinária que defende que este contrato não será necessariamente por adesão, embora a maioria assim o seja.

6.6.8. Intuitu Personæ

O contrato de franquia leva em consideração o fator subjetivo de confiança e/ou qualidade técnica das partes. As características e qualidades pessoais dos contratantes ganham relevo nesse tipo contratual. Ambas as partes tem em mira a figura do outro contratante. Vale ressaltar que admitindo cada caso concreto particularidades e necessidades específicas, nem sempre todas as características se encontram presentes concomitantemente.

Independência do franqueado, é uma das principais características, não há qualquer vínculo de subordinação ou empregatício entre ele e o franqueado. Desse modo, a empresa franqueada não será uma sucursal do franqueador, pois ela terá autonomia jurídica e financeira, se bem que muitas vezes o use como nome a marca do franqueador, o que dá impressão de ser uma dependente dele. Essa autonomia na verdade será relativa, pois será autônoma no sentido de ser uma pessoa distinta da do franqueador, tendo responsabilidade pelos atos que praticar. Entretanto, íntima é a relação entre franqueado e franqueador, porque este último impõe certas obrigações que deverão ser cumpridas pelo franqueado, tolhendo sua ação. Assim, existem contratos de franquia que fazem com que o franqueado só pratique determinados atos com a autorização expressa do franqueador. Todavia, esse controle do franqueador beneficia o franqueado.

Presença de duas pessoas: franqueador ou concedente, que deve ser uma empresa comercial com poderes para dispor de marca, de serviço ou produto, permitindo sua comercialização por outrem; franqueado que é uma empresa individual ou coletiva com

²²¹ ABRÃO, Nelson. *A lei da Franquia Empresarial (n. 8.955 de 15.12.1994)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 84, v. 722, p. 25-39, dez. 1995.

finalidade de distribuir produtos no mercado. Tanto o franqueador com o franqueado deverão ser comerciantes;

Exploração de uma marca ou produto, com assistência técnica do franqueador. O campo dessa assistência técnica ao franqueado é muito amplo, e sempre será fixado no contrato. Poderá consistir, por exemplo: a) na mera assistência técnica em relação ao bom funcionamento de aparelhos, se os objetos comercializados forem marcas especiais de rádios, televisores, condicionadores de ar, máquinas, refrigeradores, motores etc.; b) na colaboração em publicidade para maior venda dos produtos; c) no auxílio financeiro, mediante o fornecimento de certas garantias; d) na mera assistência contábil, relativa à adoção de determinada espécie de escrituração a ser observada pelo franqueado. Com isso haverá certa ligação entre franqueador e franqueado, com o escopo de facilitar as vendas dos produtos. O franqueador pode planejar a própria montagem do negócio do franqueado (local e instalações) e fornecer, ainda, um esquema completo de organização empresarial, desde o organograma de pessoal até a contabilidade, e estoques, com o apoio em sistema integrado de estoque e compra.

Rede de distribuição de produtos em condições pouco onerosas para o franqueador, porque se ele tivesse de distribuir seus produtos normalmente, sem efetivar esse contrato, teria de fazer despesas enormes, abrindo sucursais, assumindo encargos que iriam pesar em sua economia. Por outro lado, o franqueado se beneficia com a exclusividade da venda de certos produtos já de conhecidas qualidades, sendo-lhe mais fácil, assim, coloca-los no mercado, no que é ajudado pela assistência e publicidade do franqueador.

Onerosidade do contrato, visto que, em regra, o franqueado deverá pagar ao franqueador não só uma taxa de filiação pela concessão da franquia, mas também importâncias suplementares, consistentes em porcentagens sobre os produtos vendidos, que diminuirão os lucros do franqueado e representarão a remuneração do franqueador pela concessão de suas marcas na comercialização dos produtos.

Providências relativas ao seu registro pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), conforme Lei 9.279 de 1996, artigo 211, que diz “o INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros” e parágrafo único “a decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro”.

6.7. CLÁUSULAS ESPECIAIS

A franquia rege-se pela Lei 8.955 de 1994 e por cláusulas contratuais de tipos variados, de acordo com a natureza, a importância dos produtos e o interesse das partes. De acordo com a orientação do Centro de Estudos Avançados de Franchising (CEAF), as cláusulas que o candidato (a franqueado) deve a princípio aceitar são as seguintes:

a) Normas operacionais que vão definir e manter o padrão da rede - cláusula que determina os produtos e serviços que serão oferecidos ao franqueado, isto porque se exige uma uniformidade da rede de franqueados. O contrato também fixará os horários de funcionamento e preços de produtos e serviços pelo franqueador. Não é dado aos franqueados venderem ou prestarem serviços não relacionados à marca franqueada;

b) Limitação do uso da marca e da publicidade local, também para proteção da própria rede - há uma cessão de direitos – pelo contrato de franquia, o franqueado usufruirá da marca e do conhecimento técnico do franqueador (*know how*), os quais de outro modo não lhe estariam disponíveis. A amplitude dessa cessão de direitos poderá ser mais ou menos ampla, dependendo do ramo de atividade;

c) Prazo de contrato para revisão mútua de expectativas - quanto ao prazo é importante que se estabeleça um período mínimo que possibilite o retorno do capital empregado (investimentos para a concretização e funcionamento do negócio) e o acúmulo de certo capital a título de lucro. Por essa circunstância, não é comum que seja firmado por prazo indeterminado, pois nesse caso nem o interesse do franqueado nem o do franqueador estará protegido. A lei não prevê um prazo específico ou mesmo um prazo mínimo, cabendo às partes transigirem a seu respeito. Normalmente fixa-se um prazo determinado mínimo e se estipula uma cláusula de prorrogação tácita. É aplicável ao contrato de franquia o disposto no artigo 473, parágrafo único do Código Civil, que estabelece:

A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único: Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

d) Taxas de remuneração de acordo com o potencial de resultado de franquia - o preço do contrato deve estabelecer o valor para aquisição da franquia. Diversos fatores são considerados nas diversas modalidades de negócios. Como regra, o franqueado pagará ao franqueador a taxa de franquia, *royalties* e taxas periódicas de publicidade e marketing. A taxa de franquia corresponde à retribuição ao franqueador pela cessão de seu nome e *know how*, o fim de recuperar o capital investido no empreendimento.

A remuneração do franqueador ocorre em dois momentos básicos: a taxa de franquia e porcentagem sobre as vendas. Ambas são formas de remuneração direta do franqueador pelos serviços efetivamente prestados e pelo uso da marca cedida. O franqueador pode também ser remunerado de maneira indireta como, por exemplo, na compra de instalações e equipamentos diretamente dele. A taxa inicial de franquia ou *initial fee* corresponde ao valor inicial cobrado pelo franqueador para que o franqueado ingresse no negócio por ele desenvolvido e passe a integrar a rede de franquia, sendo licenciado no uso da marca franqueada. Como regra, esta taxa não inclui outras despesas tais como: aluguel do estabelecimento onde funcionará o negócio, contratação de pessoal, compra de produtos e equipamentos. A taxa sobre as vendas assegura o interesse do franqueador no sucesso do negócio. É comumente denominada de *royalties* e varia de 2% a 5% das vendas do franqueado; e

e) Multas e outras cláusulas penais que protegerão o franqueador e a rede - entretanto o candidato não deve aceitar os seguintes tipos de cláusulas ou ausência:

I - Definição do território - a exclusividade que se refere a um território, lojas muito próximas, por exemplo, concorrerão entre si e contribuirão para o fracasso da franquia. A territorialidade pode ser: simples, reforçada/exclusiva ou absoluta. A cláusula de territorialidade simples é aquela em que o produtor se reserva o direito de realizar vendas diretas a uma clientela determinada, sem intermediários. Na territorialidade reforçada/exclusiva, cada franqueado vende o produto ou presta o serviço em seu setor determinado. Este setor pode ser uma cidade, um Estado, um bairro, um região etc. Por fim, a territorialidade absoluta é indispensável na franquia internacional, quando a franquia é concedida a comerciante de outro país;

II - Imposição de cotas de compra de mercadorias ou insumos. - regra quase constante nos contratos de franquia também será a exclusividade de fornecimento. Os bens e insumos fornecidos ao franqueado serão de exclusividade e responsabilidade do franqueador, ou de quem este indicar. Com isso procura-se manter o mesmo padrão entre todos os franqueados. Com o mesmo desiderato, cabe ao franqueador estabelecer preços de revenda, condições especiais de prazo etc. Outra cláusula que se insere na franquia é a de exigibilidade de estoque e de quota de vendas mínimas. Geralmente, as vendas inferiores ao mínimo estabelecido pelo franqueador podem dar margem à rescisão do contrato; e

III - Não definição das condições para repassar a franquia ou mesmo para rescindir o contrato - outra cláusula que pode existir é quanto à possibilidade de transferência da franquia a terceiros. Neste caso, o franqueado transfere à franquia a terceiro, retirando-se do

negócio e extinguindo, com relação a ele, o contrato. Há necessidade de expressa previsão contratual para tanto, além de indispensável anuência do franqueador, isto se, o pacto não estipular o direito deste de preferência na compra;

6.7.1. Outras Cláusulas Previstas

A assistência técnica prestada pelo franqueador deve estar descrita de forma pormenorizada no contrato e envolve as figuras, retro-mencionadas: *engineering*, *management* e *marketing*; O franqueado obriga-se prestar assistência estrutural a seu franqueado, metodologia, treinamento de pessoal etc.

A transferência de *know-how* diz respeito à transferência de tecnologia, métodos industriais e fórmulas secretas, tendo abrangência mais restrita na franquia porque está inserida também na assistência técnica a ser prestada pelo franqueador; e

É comum que exista no contrato de franquia cláusula de sigilo ou confidencialidade pela qual o franqueado se obriga a manter em segredo as técnicas, experiências e práticas comerciais que lhe sejam passadas pelo franqueador.

6.8. DIREITOS E DEVERES DAS PARTES NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

De início, para que se possa estabelecer os direitos e deveres das partes nos contratos de franquia, importante fazer uma análise acerca do objeto do mesmo, não sobre o enfoque puramente econômico, mas sim, numa análise de sua função social.

Desta forma, entre Franqueador e Franqueado, necessária a relação de mútua cooperação, sem a qual o contrato de franquia perde seu objeto e finalidade. Nesta linha de raciocínio, correto a descrição das partes contratantes como parceiros, pois o sucesso de um está diretamente relacionado ao sucesso e desenvolvimento comercial de outro, sendo os interesses de ambos, comuns e correlatos.

O franqueado assume desta forma papel importante e fundamental no desenvolvimento dos negócios do franqueador, uma vez que este é quem divulga e transmite as informações ao mercado acerca dos produtos sob a sua licença, contribuindo, via de consequência, no desenvolvimento e crescimento do franqueador.

Desta forma, tendo em vista o caráter de mutualidade de interesses, poderíamos discriminar os seguintes deveres das partes contratantes:

Por parte do franqueador: *a)* ser titular de um negócio de sucesso, de boa aceitação comercial, definindo e desenvolvendo o conceito do negócio a ser franqueado; *b)* ser detentor de *Know-how* único e inédito sobre o produto ou serviço; *c)* ceder ao franqueado o direito de

utilização da marca, esta, condição básica do contrato de franquia; *d*) ter capacidade de transmitir este Know-how à rede franqueada, o que implica na adoção de uma série de atos e capacidade de infraestrutura e de logística suficientemente desenvolvida para atender a demanda, estabelecendo normas, processos, políticas e padrões a serem observados; *e*) prestação de apoio aos franqueados, capacitando-os, pois conforme aduzido, o sucesso do franqueador está diretamente ligado ao sucesso de seu franqueado, reclamando desta forma, a prestação de assessoria condizente com o tipo do negócio e suas peculiaridades. Neste ponto, cabe ao franqueador, além da efetiva capacitação de seus franqueados, dedicar apoio e orientação a estes no sentido de elaboração e implementação de planos e ações necessárias a concretização de resultados satisfatórios e condizentes com o vulto do investimento; e *f*) supervisionar e monitorar constantemente a rede.

Já por parte do franqueado, e muito embora a discriminação de suas obrigações não nos pareça de suma importância, já que parte de sua iniciativa a procura por contratos do tipo e seu sucesso é diretamente proporcional ao seu desempenho negocial e gerencial, poderíamos citar os seguintes deveres: a) fazer o investimento necessário e adequado para implantar o negócio pretendido; b) ser responsável pelo negócio a que se obrigou, incluindo a devida gestão, com os custos e despesas inerentes da unidade sob sua responsabilidade; c) efetuar o pagamento das "contrapartidas" (*royalties*) devidas ao franqueador pela exploração, aquisição e continuidade do negócio; d) seguir todas as regras pré-estabelecidas como padrões, normas, processos e políticas de rede no que se refere ao desenvolvimento do negócio gerido, inclusive no que se refere ao *marketing* do negócio; e) utilizar apenas os produtos, serviços e fornecedores credenciados e autorizados pelo franqueador; e, f) cooperar com o franqueador e demais franqueados da rede na busca de diferenciais competitivos.

6.9. CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA (COF)

A par dos direitos e deveres acima descritos, é com a Circular de Oferta de Franquia que se estabelece os principais direitos e deveres do franqueador e do franqueado, delimitando praticamente todas as condições, características e peculiaridades do negócio proposto.

Com previsão legal no artigo 3 da Lei 8955 de 1994, a Circular de Oferta de franquia (COF), resume ao futuro franqueado; além da completa qualificação do franqueador discriminando suas atividades, a circular de oferta de franquia define praticamente todas as condições e vantagens oferecidas para que este se torne um parceiro comercial.

São requisitos deste documento:

A forma escrita, em linguagem clara e acessível, contendo histórico resumido acerca da forma societária, nome completo e razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;

Balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;

Indicação precisa de todas as pendências judiciais em que porventura estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus sub-franqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

Descrição detalhada da franquia, consistindo numa descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

Perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter de forma obrigatória ou preferencialmente;

Os requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio, especificamente referente a: a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia; b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

Informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo, o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte: a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (*royalties*); b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial; c) taxa de publicidade ou semelhante; d) seguro mínimo; e e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados; relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;

Em relação ao território: se for garantida exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação ao franqueado e; em caso positivo, em que condições o faz, a possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações; informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou

administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;

Indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador que consiste em: a) supervisão de rede; b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado; c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos; d) treinamento dos funcionários do franqueado; e) manuais de franquia; f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e g) *layout* e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

Indicar a situação, perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), em relação as marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador no *franchising*;

Disponibilizar sobre a situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a: a) *know how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador; 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 e prazo de validade.

Resumindo, as informações constantes da Circular de Oferta de Franquia consistem em: o franqueador, seus antecessores e seus filiados; experiência/histórico de negócios; litígios; taxa inicial de franquia; outras taxas; investimento inicial; restrições em fontes de produtos e serviços; obrigações do franqueado; financiamento; obrigações do franqueador; território; marcas registradas; informação de propriedade; obrigação de participar da operação atual dos negócios da franquia; restrições conforme as quais o franqueado pode vender; renovação, término, transferência e resolução de disputa; figuras públicas; reivindicação de lucro; lista de pontos de revenda; balancetes financeiros; contratos e recibos.

Ainda assim, cabe ao franqueador uma análise rigorosa acerca do perfil do candidato a franqueado, análise esta que deve igualmente considerar; além da capacidade financeira, os aspectos psicológicos do candidato, tendo em vista os encargos e o comprometimento desejado na execução dos negócios.

O parágrafo único do artigo 4 da Lei 8.955 de 1994 estabelece que o não fornecimento da circular de oferta de franquia ao candidato a franqueado, com no mínimo 10 dias de antecedência a assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia, ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa, dá-o direito do franqueado pedir a anulação do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já tiver pago a título de taxas de filiação e *royalties*, devidamente corrigidas, além de perdas e danos. A mesma sanção também será aplicada ao

franqueador que veicular informação falsa na sua circular de oferta, sem prejuízo das sanções penais cabíveis (artigo 7 da mesma Lei).

Por fim, cabe ressaltar que no Congresso Nacional tramita um Projeto de alteração da Lei de Franquia Empresarial, cujo conteúdo; em resumo, pretende estipular a forma pela qual os atuais franqueadores, e os franqueadores em potencial, possam planejar melhor o futuro de suas redes; dar maior proteção aos franqueados e maior responsabilidade dos franqueadores.

6.10. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

Refere-se o termo extinção a todas as hipóteses em que o contrato de franquia deixa de existir. Extingue-se o contrato pela sua execução. Cumpridas todas as obrigações, está executado o contrato e alcançado seu objetivo.

Algumas vezes, entretanto, o contrato se extingue anteriormente ao cumprimento das obrigações pelas partes, terminando, dessa forma, sem que seu objetivo final seja almejado pelos contratantes.

Segundo Lina Márcia Chaves Fernandes²²², várias são as causas que podem extinguir o contrato não executado. Podem elas ser anteriores ou contemporâneas à formação do contrato, o que determina extinção do contrato por anulação.

Quando as causas de extinção forem supervenientes à formação do contrato, teremos a sua dissolução, que se verifica pelos seguintes modos: resolução, rescisão e rescisão.

A relação contratual entre franqueador e franqueado termina, basicamente de cinco maneiras: a) pela denúncia por mútuo consentimento, a qualquer tempo; b) pela ocorrência do termo do contrato; c) pela resolução por iniciativa do franqueador, nos termos que lhe facultam o contrato (por exemplo, a falência do franqueado); d) pela resolução por iniciativa do franqueado, nos termos que lhe facultam o contrato (como exemplo, a falta de proteção adequada à marca, por parte do franqueador); e) pela resolução devida a violação contratual.

Seguem algumas considerações acerca da terminação do ajuste, que envolve complexo mecanismo de cessação de atividade, prestação de contas e composição de interesses.

6.10.1. Ocorrência do Termo do Contrato

Verifica-se que a causa de extinção mais comum é a expiração do prazo acordado entre franqueador e franqueado. Sendo assim, a execução é o modo natural de extinção dos contratos, ou seja, o contrato finda com o advento da morte natural.

²²² FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 32.

Apesar da Lei de Franquia não estabelecer qualquer prazo de duração, mínimo ou máximo, para os contratos, o Contrato de Franquia, via de regra tem sua duração limitada no tempo. O prazo, geralmente, é determinado variando de um a cinco anos. O estabelecimento de período mínimo para a duração do contrato é muito comum, de forma a possibilitar o retorno do capital empregado, o que é uma proteção para ambas as partes.

6.10.2 Resilição

Resilição é a forma de extinção dos contratos, antes de conclusos seus efeitos e satisfeitas todas as obrigações devidas, por vontade de uma ou das duas partes contratantes. Há, portanto, resilição unilateral e bilateral.

Apesar de o contrato ser negócio jurídico formado por acordo de vontades, admite nossa legislação a sua resilição unilateral. Trata-se de um direito potestativo de iniciativa da parte contratante interessada.

É permitida a resilição unilateral do contrato por prazo indeterminado, pois presume a lei que as partes não quiseram se obrigar eternamente e, portanto, reservaram-se a faculdade de, a qualquer momento, resilir o contrato²²³.

Admite-se a resilição quando as próprias partes se reservam o direito de arrependimento do negócio contratado, estipulando, para tanto, o pagamento de uma multa, denominada *penitenciai*.

O fundamento da resilição pode variar de acordo com a modalidade do contrato firmado por entre as partes e, também em razão de previsão do tema e sua tratativa pelo instrumento contratual.

O poder de resilir se exerce mediante declaração de vontade, que deve ser feita através de notificação da parte a quem o contrato não mais interessa, produzindo efeito a partir do momento em que chega ao conhecimento da outra parte. É, dessa forma, uma declaração receptícia de vontade, às vezes designada genericamente como denúncia.

Por sua vez, resilição bilateral ou distrato é modalidade de revogação que se efetiva pelo consentimento das partes contratantes. As partes têm o direito de rescindir unilateralmente o contrato antes do decurso do tempo quando houver cláusula prevendo essa possibilidade e que fixe o período mínimo de prévio aviso à outra parte. Havendo esta cláusula, o rompimento do contrato por tempo indeterminado (ou por tempo determinado, contendo cláusula que permita renovação), se dá com a denúncia ordinária, ou seja, prevista

²²³ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. Do contrato de franquia. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 34.

contratualmente, e não havendo previsão no contrato, a rescisão se dá a partir de denúncia extraordinária.

Quanto ao contrato, as cláusulas referentes à possibilidade de rompimento da relação contratual sem o término do contrato, costumam ser agrupadas em seis espécies, que dizem respeito:

- a) a concordata e a falência;
- b) a matérias contratuais ou operacionais, como os parâmetros de desempenho dos franqueados ou suas obrigações contratuais;
- c) ao fornecimento de relatórios gerenciais e contábeis e pagamentos;
- d) ao cronograma de implantação da rede, por parte do master-franqueado;
- e) a falhas no cumprimento das cláusulas contratuais;
- f) ao uso indevido da propriedade intelectual, pertencente ao franqueador.

No entanto, nos contratos em que não haja cláusulas prevendo a possibilidade do rompimento da relação, podem ocorrer situações em que o procedimento de uma das partes inviabilize a manutenção da relação jurídica com a outra, e se torne inviável chegar ao termo do contrato.

A ocorrência de determinadas violações graves, que colocam em risco a relação duradoura e de sucesso existente entre as partes, dá ensejo a possibilidade de denúncia unilateral do contrato.

É frequente a ocorrência de negociação entre as partes a fim de evitar-se as graves consequências que a resolução do contrato acarreta. Assim, procuram as partes soluções para que se incremente o nível de suporte operativo, ou o retreinamento de pessoal do franqueado, até atingir os níveis de desempenho exigidos, o redirecionamento e/ou intensificação das ações de marketing, a viabilidade da venda do negócio a terceiros etc.

Além disso, é recomendável, de toda forma, que o contrato de *franchising* faça previsão de solução não judicial para caso surjam divergências entre as partes de modo, como tratado anteriormente, que a decisão do impasse se de forma célebre e economicamente menos invasiva às partes.

O Código Civil brasileiro possibilita a resolução unilateral com fundamento no princípio da boa-fé como base dos contratos. Aplica-se a regra estabelecida pelo Código Civil²²⁴ de 2002, no artigo 473, parágrafo único, para o caso de terem sido realizados

²²⁴ Código Civil

Artigo 473 - A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

investimentos consideráveis por uma das partes, dispondo que a denúncia unilateral somente produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

O motivo é que a denúncia do contrato pode ameaçar a própria existência econômica do franqueado, impedindo-o de buscar outro negócio, em substituição ao que havia assumido. Para que isso não aconteça, deve ser dado tempo suficiente.

O franqueador também sofre perdas quando um franqueado abandona a rede, já que: a) esta informação deverá constar da Circular de Oferta de Franquia, que será divulgada entre os próximos candidatos; b) no caso de ser procurado por outros interessados em se tornarem franqueados, o ex-franqueado normalmente não se refere elogiosamente à rede que abandonou; c) terá diminuição de receitas, pois os royalties devidos pelo ex-franqueado da rede deixarão de ser pagos, e d) correrá maior risco de ter os segredos do negócio revelados, apesar da existência de cláusula de confidencialidade no contrato.

6.10.3. Resolução

A resolução cabe nos casos de inexecução. Se o devedor não cumpre suas obrigações, poderá o credor exigir a execução do contrato ou o pagamento de perdas e danos, além da resolução.

Essa faculdade de requerer a resolução do contrato resulta de estipulação das partes ou de presunção legal. Quando estabelecida pelos contratantes, diz-se que estipulam o pacto comissório expresso, cujo fundamento encontra-se no princípio da força obrigatória dos contratos²²⁵.

Nesse caso, a faculdade de resolução cabe apenas ao contratante prejudicado com o inadimplemento, jamais ao que deixou de cumprir a obrigação.

6.10.4. Rescisão

Há casos em que o franqueador se aproveita da extinção do contrato, pois com sua ocorrência, ele recupera o ponto-de-venda que já se tornou conhecido, com uma clientela formada, para passar o ponto para um novo franqueado, que pagará nova taxa de entrada no

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

²²⁵ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.33.

sistema, ou então passa ele mesmo a operar a unidade, sem uso da marca, o que pode ser mais lucrativo para ele.

Nestes casos, o franqueado pode pedir judicialmente a nulidade da cláusula relativa ao rompimento do contrato.

Outra possibilidade de rescisão pode ser relacionada a uma das obrigações impostas pela Lei de Franquias ao franqueador em entregar a Circular da Oferta de Franquia ao franqueado no prazo mínimo de dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato, ou ainda, do pagamento do franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este de qualquer tipo de taxa, de acordo com a Lei de Franquias determina:

Artigo 4 A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos.

Convém registrar que, às vezes, a linguagem forense e até mesmo a da lei emprega o termo "rescisão" em sentido genérico de qualquer causa de resolução ou de rescisão (por exemplo, o artigo 1.092 do Código Civil fala em rescisão do contrato não cumprido, quando a hipótese, tecnicamente, seria de resolução).²²⁶

²²⁶ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.36.

7. ASPECTOS SOBRE A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS

O respeito aos direitos fundamentais já incidem sob as relações contratuais atuais, inclusive nos contratos de franquia, desde a negociação até sua conclusão, sejam estes novos ou antigos.

Diante de todo o panorama exposto, as conclusões ora aqui apresentadas e desenvolvidas tem por escopo servirem de norte à atividade contratual sempre com um viés econômico em sua adoção.

7.1. CLÁUSULAS GERAIS

Uma codificação não consegue encerrar em todos os seus dispositivos as situações de sua incidência de maneira a estarem previstos todos os deveres de conduta por ele ensejados, ou seja, ser o código total, totalizador e totalitário, em outras palavras aquele ordenamento que o qual em virtude de sua interligação sistêmica entre suas regras casuísticas, teve a pretensão de encerrar a diversidade de todos os atos possíveis bem como dos comportamentos almejados na esfera privada, trazendo em si a previsão de soluções aos mais variados temas atinentes à vida civil, em um único *corpus* legislativo, totalmente harmônico ao sistema.

O motivo para o qual adotamos a perspectiva de visualizarmos o texto no Código Civil de 2002 à luz de suas cláusulas gerais nos traz a resposta ao questionamento em saber se o próprio sistema do direito privado tem capacidade de se adequar a dinâmica da sociedade de maneira contínua e inovadora de modo a uma adequada regulação, de maneira a permitir a surgimento de “modelos jurídicos”²²⁷ inovadores, abertos e flexíveis. Ou seja, é preciso verificar se em relação a sua própria regulação jurídica privada o código, por seus próprios meios consegue fomentar meios a se alcançar a inovação, apresentando soluções, *a priori* assistemáticas, aos novos problemas de modo a promover de maneira paulatina a sua sistematização.

Nesse sentido, cabem trazer ao presente trabalho os ensinamentos de Judith Hofmeister Martins Costa²²⁸, nos quais um código não totalitário possui "(...) janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os

²²⁷ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 173.

²²⁸ COSTA, Judith Hofmeister Martins. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em 12 de julho 2012.

extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, a princípios e normas constitucionais."

Ainda segundo a citada autora, esta complementa que:

As cláusulas gerais, mais do que um 'caso' da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes – constituem as janelas pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios legislativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standarts*, de máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não expressos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo²²⁹.

Dessa maneira, as cláusulas gerais constantes no Código Civil de 2002, dentre as quais destacamos a da boa-fé objetiva e a da função social do contrato, permitem aos operadores do Direito que trabalhem com conceitos jurídicos dotados de indeterminação, ou seja, de caráter e textura abertos de modo a que a norma se amolde ao fato concreto em tela.

Entretanto, essa conformação da norma ao fato concreto não se constitui meramente por componentes jurídicos, mas se intersecciona com outras áreas do conhecimento que constituem o universo meta-jurídico. Os elementos que compõem e preenchem o significado da cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral.²³⁰

A importância das cláusulas gerais para essa Nova Teoria dos Contratos se dá pelo motivo destas exercerem quatro funções bem definidas no sistema quais sejam: a) permitem que num sistema aberto sejam criadas, pelo juiz, normas jurídicas que tenham alcance geral; b) permitem que o sistema tenha mobilidade externa; c) exercem a função de elemento de conexão ou como "lei de referência" a fim de fundamentar ao juiz sua decisão de forma vinculada aos casos precedentes; e d) operaram de maneira a integrar intra-sistematicamente os dispositivos legais contidos no Código Civil, na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência constitucional relativos aos direitos fundamentais²³¹.

Em razão do acima exposto, podemos dizer que os destinatário imediato das cláusulas gerais é inicialmente o juiz, em razão da gama de instrumentos jurídicos e meta-jurídicos disponibilizados e sua aplicação, de modo a conferir-lhe ferramentas adequadas, à vista de

²²⁹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 12 de julho 2012.

²³⁰ Idem.

²³¹ Idem.

casos concretos para que crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas a serem aplicadas.

Uma importante ressalva se faz de modo a deixar claro que o judiciário nesse momento não estaria usurpando a função legislativa mas assim amoldando as cláusulas gerais de modo a responderem pelos anseios em razão da concretude da situação fática.

7.2. O CONTRATO SUSTENTÁVEL

Um mote que vem recebendo destaque pela comunidade mundial atualmente é o referente a sustentabilidade, tudo é ou então deve ser sustentável na medida em que trata-se da sustentabilidade do planeta, da empresa, do consumo, da economia enfim, em todos os ramos da sociedade encontramos hoje um viés relacionado a sustentabilidade.

Para uma melhor noção do tema, traremos ao presente trabalho o conceito de Fernando Almeida²³² sobre o que é sustentabilidade. Preconiza o autor que:

O conceito de desenvolvimento sustentável, que tomou forma ao final dos anos 80, após décadas de degradação socioambiental sem precedentes e foi consagrado em 1992, na Rio-92, continua até hoje mal compreendido. Sustentabilidade significa sobrevivência, entendida como a perenidade dos empreendimentos humanos e do planeta. Por isso, o desenvolvimento sustentável implica planejar e executar ações – sejam elas de governos ou de empresas, sejam elas locais, nacionais ou globais –, levando em conta simultaneamente as dimensões econômica, ambiental e social. Mercado + sociedade + recursos ambientais: esta é a chave para a boa governança.

Inicialmente, o termo “sustentável” encontrava-se mais vinculado à área do Direito Ambiental e da Ecologia, porém atualmente, o tema permeia toda a sociedade já que o desenvolvimento sustentável, tornou-se uma preocupação social global.

Segundo o referido autor há uma vinculação entre a sustentabilidade e a “perenidade dos empreendimentos humanos” o que a nosso ver, somente será possível caso a sociedade cada vez mais englobe valores éticos e sociais.

De acordo com a posição adotada pelo presente trabalho em seus capítulos anteriores, além da presença constante da boa-fé objetiva e da função social dos contratos nos processos de negociação e de redação dos instrumentos paritários, nossas reflexões devem ir além e não ficarem somente confinadas aos efeitos estritamente jurídico desse dois pilares da Nova Teoria Contratual.

Conforme demonstramos anteriormente, temos a necessidade do desenvolvimento de competências meta-jurídicas para a concepção de novos modelos

²³² ALMEIDA, Fernando. *Afinal, o que é sustentabilidade?* Disponível em www.qualidadern.org.br/mbc/uploads/biblioteca/1164649944.8178A.doc. Acesso em 22 maio de 2012.

voltados a realização do Direito, em sintonia com os valores de eticidade e socialidade trazidos pelo atual Diploma Civil.

Dessa monta, conjecturamos o conceito de contrato sustentável como uma eficiente ferramenta no auxílio de perquirirmos esse novos caminhos de maneira a modificarmos as pegadas que deixamos no mundo. A fim de atingirmos esse objetivos, acreditamos que os contratos deverão se pautar nas seguintes características²³³:

- a) os instrumentos contratuais deverão ser orientados pela boa-fé objetiva e pela função social dos contratos, traduzindo todos os deveres de conduta para as partes dele decorrentes;
- b) serão instrumentos oriundos de uma negociação equilibrada e orientado pela confiança entre as partes;
- c) serão redigidos por *drafters* preparados e com foco em adequadas técnicas de redação contratual, votados a promoção de contratos claros e objetivos;
- d) são ferramentas importantíssimas para a redução dos custos relativos a transação, auxiliando assim, em um melhor desenvolvimento da livre iniciativa e da própria economia como uma todo;
- e) não mais necessitarão da atuação do Judiciário para a resolução de seus conflitos, pois trarão a previsão do uso da mediação e da conciliação como meios mais ágeis e adequados e para a solução amigável de possíveis demandas; e,
- f) em razão de propiciarem as partes condições mais favoráveis ao adimplemento natural de seus obrigações contratuais, serão, portanto, contratos autossustentáveis.

Em razão da realidade de nosso país, no qual a corrupção atinge todas as esferas sociais, temos que ter cuidado acerca de julgamentos precipitados sobre a sustentabilidade do “contrato sustentável” levando a uma conclusão superficial e temerária de uma dificuldade em sua aplicação.

Ao nosso ver, devemos realizar um esforço no sentido de imprimirmos aos instrumentos contratuais os conceitos desenvolvidos neste trabalho, semeando a eticidade, a socialidade e a prevenção de conflitos nos contratos atuais para que, daqui a alguns anos ou décadas consigamos colher os frutos de uma sociedade mais pautada pela ética.

Nesse sentido, lembramos que na década de 1980 era impensável conferir aos consumidores a tratativa dos direitos que os mesmos têm hoje, como outro exemplo, seria

²³³ ALMEIDA, Fernando. *Afinal, o que é sustentabilidade?* Disponível em www.qualidadern.org.br/mbc/uploads/biblioteca/1164649944.8178A.doc. Acesso em 22 maio de 2012.

impensável nessa mesma década romper uma relação contratual firmada que levasse uma das partes

Podemos refletir o mesmo pensamento em relação a Constituição de 1988 que com 22 anos desde a sua promulgação, ainda se esforça em permear todo o universo meta-jurídico de seus valores de eticidade e socialidade impregnandos em seus artigos.

Como o atual Código Civil tem apenas 10 anos de vigência, somos otimistas em relação ao futuro e o desenvolvimento na sociedade dos valores por ele encampados de modo a buscar uma sociedade brasileira mais justa e menos corrupta²³⁴.

7.3. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS PRIVADOS

Traremos aqui ao presente trabalho uma breve menção a alguns dispositivos que ao nosso entender devam constar expressamente nos contratos em razão de refletirem o cuidado e a observância das partes com a tratativa de determinados temas atinentes a eficácia dos direitos fundamentais, principalmente nas relações privadas.

7.3.1. Cláusula Ambientais

Na medida em que a doutrina contratual clássica admitiu a releitura do contrato como um instrumento hábil em conformar a autonomia privada à realidade atual, promovendo os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da justiça social, o direito ambiental, por sua vez, também impulsionou uma releitura do direito contratual à guiza de seus valores de modo a flexibilizá-lo e a conformá-lo em razão das atuais demandas ambientais.

A previsão de cláusulas ambientais em instrumentos contratuais deve ser tomada sob o prisma de efetivos instrumentos para a prevenção de danos ambientais. A adoção dessas cláusulas tem por finalidade a gestão dos riscos ambientais (econômicos e jurídicos) atinentes a relação contratual contribuindo dessa forma para um desenvolvimento sustentável.

Quanto as partes contratantes, seu envolvimento na negociação de cláusulas de cunho ambiental decorre, principalmente, da massiva difusão do conceito de responsabilidade ambiental tríplex²³⁵ (nas esferas, civil, penal e administrativa) e, em consequência, sua repercussão prática nos negócios, aumentando assim seus custos ambientais.

²³⁴ ALMEIDA, Fernando. *Afinal, o que é sustentabilidade?* Disponível em www.qualidadern.org.br/mbc/uploads/biblioteca/1164649944.8178A.doc. Acesso em 22 maio de 2012.

²³⁵ Sobre a tríplex responsabilidade ambiental:

Durante a negociação, é fundamental que as partes conheçam todos os riscos ambientais envolvidos no objeto do contrato de modo que negociem, de maneira prévia, a responsabilidade atinente a cada um dos envolvidos e as que porventura possam surgir bem como a forma de solução desses conflitos ambientais que poderão advir durante a execução do contrato.

Essa negociação deve ser traduzida, de forma clara e exequível, em cláusulas ambientais no próprio contrato, as quais terão eficácia *inter partes*, de modo a viabilizarem a gestão dos riscos ambientais decorrentes do negócio jurídico celebrado.

O resultado da inclusão e previsão dessas cláusulas ambientais nos contratos traz como resultado imediato, a gestão dos riscos ambientais atinentes às atividades econômicas desenvolvidas em razão da diminuição das contingências ambientais oriundas do negócio contratado, nesse aspecto há um benefício direto para as partes contratantes e de maneira indireta para a sociedade como um todo. Por sua vez, o resultado mediato da adoção dessas cláusulas relaciona-se com sua contribuição para um desenvolvimento sustentável.

7.3.2. Cláusulas Sociais

As cláusulas sociais surgiram como uma tentativa de inserção de regras multilaterais de comércio que atendam a padrões mínimos trabalhistas estabelecidos nos contratos e acordos de caráter comercial.

Esta pode se desdobrar de duas formas, uma positiva e outra negativa. A positiva ocorre quando trata de condições mais favoráveis quanto ao negócio jurídico em respeito a padrões trabalhistas estabelecidos. Quanto a forma negativa, esse decorre da aplicação de sanções à parte que não obedece às condições mínimas de

-
- a) Esfera Civil – decorrentes da responsabilidade civil em reparar ou indenizar o dano causado; Para a responsabilização ambiental na esfera civil, a Lei 6.938/81 adotou a modalidade objetiva em que o causador do dano responde por este, independentemente do fato de ter agido com dolo ou culpa. Segundo o artigo 225, §3º da Constituição Federal de 1988, “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.
- Em razão disso, aquele que explora atividade potencialmente poluidora, deve ter a preocupação das consequências oriundas de suas atividades, atendendo aos requisitos legais para o seu desenvolvimento bem como a adoção de ações preventivas às suas ações, se precavendo da ocorrência de possíveis danos ambientais.
- b) Esfera Penal – a responsabilidade baseia-se na Lei 9.605/98 que define os Crimes Ambientais; Para a responsabilização penal, a acima referida lei disciplinou as sanções penais, aplicadas às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.
- Quanto a essas sanções penais, sua repressão às infrações penais ambientais praticadas acompanham o Direito Penal Clássico quais sejam: as penas privativas de liberdade, as restritivas de direito e multa;
- c) Esfera Administrativa – são aplicadas penalidades e sanções administrativas pelo próprio Estado, por exemplo limitação de contratar com o Poder Público.

trabalho estabelecidas, por exemplo em comércio internacional pode ocorrer sanções de importações a determinados produtos por utilizarem mão-de-obra não condizente.

O tema é bastante controverso quando em pauta o comércio internacional, do qual nos aproveitaremos tendo em vista que alguns contratos de franquia já vêm pré-formatada de suas matrizes que em geral estão situadas em países desenvolvidos. A divergência ocorre pois os principais defensores da inclusão dessas cláusulas em contratos comerciais são os países desenvolvidos membros da Organização Mundial do Comércio, Estados Unidos e países da União Europeia, principalmente. Sustentam estes países que as baixas condições de trabalho, principalmente em razão de baixos salários e precárias condições de trabalho que submetem seus trabalhadores, encontradas principalmente em países em desenvolvimento representam uma forma de concorrência desleal no âmbito comercial tendo em vista que dessa forma as empresas conseguem reduzir os custos de produção de seus bens e assim vendê-los em preços mais baixos que os demais.

A vertente contrária a cláusula social, majoritária entre os países em desenvolvimento incluindo o Brasil, defendem a tese de livre comércio e empresas. Para estes, a melhoria das condições de trabalho ocorrerá na medida em que houver um crescimento na renda de cada país e não com a mera padronização dos direitos trabalhistas em contratos e acordos internacionais.

Ao nosso ver, a posição brasileira acima mencionada caminha de encontro aos princípios e valores estampadas pela Constituição Federal de 1988, baseamos essa afirmação pelos motivos anteriormente expostos e discutidos no presente trabalho.

Quanto aos contratos pátrios, cada vez mais podemos constatar entre os *drafters* contratuais a inclusão de cláusulas de cunho social, ainda de forma tímida, tais como vedação a exploração trabalho infantil, escravo ou em condição análogo à escravidão.

7.3.3. Cláusula Anticorrupção

O termo “ética empresarial” vem encontrando cada vez mais aceitação e sendo utilizado para a definição do conjunto de preceitos morais e de responsabilidade social a serem respeitados pela empresas.

Podemos afirmar que o lucro integra o conceito de “empresa” na medida em que o empresário conjuga três fatores técnicos da produção, a saber: o capital, o trabalho e a natureza para que então possa produzir um bem ou serviço. O produto dessa conjugação de fatores é então oferecido pela empresa ao mercado que, por sua vez, o adquire. A diferença monetária entre o custo de produção e o preço de venda é o lucro.

Em razão dessa característica empresarial na qual o lucro é um fator preponderante, sempre houve a desconfiança acerca da possibilidade de conciliação de práticas lucrativas com conceitos éticos de forma a se harmonizarem.

Foi Adam Smith²³⁶, quem conseguiu demonstrar que o lucro deveria ser aceito como uma justa remuneração ao empreendedor o qual investia determinada parcela novamente, aumenta assim o nível de riqueza da economia resultando em novos empregos remunerados. Sob esse aspecto, o lucro acabava tendo uma função social de melhoria do bem-estar geral na medida em propiciava a geração de novos empregos e suas remunerações. Este foi o primeiro esboço em conciliar o lucro com a ética, em outras palavras, da empresa com a ética.

Outro atos que tiveram repercussão nesse espinhoso tema, corroborando com o posicionamento de uma conciliação harmônica entre lucro e ética foram: a encíclica “Rerum Novarum” do Papa Leão XIII; a lei norte-americana denominada “Sherman Act” de 1890; a lei norte-americana denominada “Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), de 1977, nesta há a proibição expressas de empresas américas corromperem autoridades estrangeiras, a Convenção de Caracas de 29 de março de 1996, na qual o Brasil foi signatário, a Resolução da ONU de 28 de janeiro de 1997 assinada por todos seus países membros e, a Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) em 15 de fevereiro de 1999.

Há uma preocupação mundial e mesmo uma pressão social a fim de que as empresas passem a incorporar práticas éticas em sua gestão, inclusive com a participação da Organização Mundial de Comércio. Novamente, o Contrato de Franquia se aproveita do presente tema, pois conforme descrito no item anterior, em virtude da natureza de alguns contratos, a estes se aplicam estas políticas comerciais internacionais e quanto aos puramente nacionais, seus contratos estão impregnados de valores presentes nas franquias internacionais.

Em relação ao Brasil, apesar da recente preocupação específica ao tema, diversos textos legais e regulamentares já foram promulgados nesse sentido, principalmente desde a adoção da *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA)* por empresas americanas que acabaram por disseminar suas práticas a todo o Direito Contratual pátrio.

²³⁶ SMITH, Adam. *A riqueza da nações*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

8. CONCLUSÃO

Diante de todo o panorama exposto, as conclusões ora aqui desenvolvidas não têm a pretensão de se valerem e se revestirem de pretensões únicas e definitivas e tampouco esgotarem os temas abordados, pelo contrário, tem elas a finalidade de fomentarem ainda mais a discussão acerca da eficácia do Direitos Fundamentais nas relações privadas.

O sistema constitucional atual irradia seus valores e seus princípios a todo o ordenamento jurídico que os incorpora, ou até mesmo já os tinha de antemão, em virtude de sua especificidades e necessidades, como exemplo de codificações que recepcionaram esses valores e princípios citamos o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, no caso do ordenamento civil alguns desses princípios já vinham previstos em legislação complementar e tinham sua aplicação discutida pela doutrina.

No direito contratual deu-se o mesmo, incorporou-se alguns princípios constitucionais aos seus mandamentos de forma a transformar a política contratual antes de interesse restrito às partes para algo de interesse da sociedade, por exemplo a função social do contrato. Quanto a boa-fé objetiva como conduta a ser adotada pelas partes, que ao nosso ponto ver, sempre esteve presente nos contratos e, teve sua obediência mencionada de maneira expressa pelo texto civil de 2002 ao contrário de seu predecessor de 1916.

Essa mudança do eixo interpretativo dos contratos já não mais se dá de maneira estanque aos demais ordenamentos jurídicos, limitando sua esfera de atuação ao Direito Civil. Deve todo o direito público e privado serem interpretados à luz dos princípios constitucionais estruturantes de maneira a harmonizarem entre si as tensões aparentes que possam surgir.

Abordamos o emprego do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade quando na obtenção de uma solução dessas possíveis tensões como, por exemplo, quanto ao princípio da autonomia nos contratos privados em aparente colisão ao princípio da função social dos contratos. Devemos atentar quanto a possibilidade de mitigação de quaisquer dos direitos constitucionalmente protegidos em relação uns aos outros, ou seja, uma decisão que anula quaisquer um dos direitos protegidos em relação aos demais caminha a passos largos em direção oposta a busca do justo em uma dada comunidade, a decisão justa caminha no sentido da manutenção dos dois

princípios com uma leve prevalência de um sobre o outro, somente no caso concreto, para a provimento de uma decisão socialmente mais justa.

A legitimidade da cláusula da função social no contrato decorre diretamente de sua previsão constitucional quando desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade e também prevista pelo Código Civil de 2002, coroando assim esses valores constitucionalmente consagrados. Diante de uma perspectiva constitucional-civil, repousa neste instrumento a possibilidade da adoção dos valores ainda não previstos pela legislação ordinária e, inseri-los no mundo do direito.

A proteção aos direitos fundamentais também vêm tomado relevância na esfera do Direito dos Contratos. O respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e seus diversos desdobramentos no mundo jurídico vem cada vez mais ganhando atenção da comunidade do Direito e também do mundo empresarial, tendo em vista que acabam influenciando na composição dos custos para a realização de um negócio.

Por sua vez, o Contrato de Franquia, que na sua maioria das vezes é composto por um verdadeiro “guarda-chuva contratual”, englobando diversos tipos contratuais e seus nuances, como por exemplo um contrato de distribuição, um contrato de assistência técnica, um contrato de transferência de tecnologia (*know-how*) e um contrato de locação. Esse tipo contratual e todos os seus componentes também estão vinculados e devem respeitar o cumprimento desses princípios constitucionais incidentes em suas relações contratuais, seja na relação entre franqueador e franqueado como quanto com estes perante terceiros.

Quanto aos direitos fundamentais, um dos componentes principais desses direitos é o princípio da dignidade humana, e seus desdobramentos como o direito a personalidade, no caso aqui estudado, em especial quanto à personalidade da pessoa jurídica que também os têm e deve exercê-los perante todos e exigir o respeito ao mesmo. No caso de uma franquia, esta projeta uma imagem ao mercado que por sua vez, compõe o direito de personalidade dessa pessoa e, como tal, merece a devida proteção seja do setor privado como também em relação ao Estado quando acionado para sua preste sua jurisdição.

Outro ponto de atuação dos direitos fundamentais na relações entre os particulares se dá na adoção de cláusulas contratuais de cunho dirigente no sentido de aplicação dos direitos fundamentais nessas relações, por exemplo na adoção de cláusulas sociais e ambientais em seus contratos de maneira a estimular uma política sustentável de efetiva prática das mesmas. Todos os contratos de franquia, ao nosso ver e pela posição defendida e exposta neste trabalho, deveriam incorporar senão todas, pelo menos a maioria dessas políticas contratuais em razão do papel de destaque que têm, principalmente, em economias em desenvolvimento como é o caso da nossa.

É nesse sentido, de um desenvolvimento sustentável, pautada na ética e nesse viés social que a Organização Mundial do Comércio vêm orientando seus países membros para que estimulem a adoção de políticas sustentáveis ao seu empresariado de modo que estes imprimam nas relações contratuais de suas empresas a observância de valores constitucionais, éticos e sociais.

Destacamos também o dever do Estado em atuar positivamente para a preservação dos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição, mesmo que em relações entre particulares, agindo como garantista e intervencionista na defesa dos valores ora consagrados em seu instrumento fundante, ou seja, a Constituição Federal de 1988. Se necessária, que se valha da intervenção do legislador junto às relações particulares da comunidade para que esse direitos sejam respeitados.

O contrato, atualmente, não mais representa a visão clássica de interesses opostos negociando e obtendo a maior vantagem possível do outro, ao contrário, trata-se de um instrumento de cooperação entre pessoas dispostas a se beneficiarem mutuamente. Porém, há de se avançar com certa cautela nessa concepção contratual solidarista pois deve satisfazer os interesses coletivos e os interesses dos contratantes sem a imposição excessiva de deveres e obrigações aos particulares.

Outro ponto que devemos ter cautela relaciona-se ao fato temerário de transformar a ordem jurídica em uma ordem puramente baseada na concretude de valores, aumenta-se o perigo da ocorrência de juízos irracionais, pois os argumentos funcionalistas poderiam prevalecer sobre os normativos trazendo com isso certa insegurança jurídica.

Sintetizando as concepções ora aqui expostas, a título de conclusão, podemos dizer que é tarefa também dos operadores do direito a aplicação da Constituição e seus valores e princípios em todas as esferas de aplicação no Universo Jurídico. No Direito Privado, especialmente no Direito Contratual, a eticidade e a socialidade devem sempre nortear os operadores do Direito de modo que, os e valores princípios constitucionais, dentre eles lembramos o da dignidade da pessoa humana, que sempre seja um mote constante na árdua tarefa que nós intérpretes do Direito temos a desempenhar na sociedade e ao mesmo tempo transformá-la em terreno fértil ao desenvolvimento econômico sustentável.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. *A lei da Franquia Empresarial (n. 8.955 de 15.12.1994)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 84, v. 722, p. 25-39, dez. 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional da Própria Imagem: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARISTÓTELES. *A Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. e NUNES, Vidal Serrano Junior. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARISTÓTELES. *Organon: Analíticos Posteriores*. Tradução Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: contratos, declarações unilaterais da vontade, obrigações por atos ilícitos*. 31. ed. revista e atualizada São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5.

BARROSO, Luís Roberto. *A História das Constituições*. Estado de São Paulo 08 de julho de 2007.

_____. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. In Constituição e Crise Política. José Adércio Leite Sampaio (organizador). 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/ Celso Bastos editor, 2002.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas: Fundamentos, desenvolvimentos e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes;1975.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *Os Direitos da Personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *O Método Tópico de Interpretação Constitucional*. São Paulo: RDCCP nº 1/3, .10.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993.

CANARIS, Klaus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada pela Constituição Federal de 1988, de Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, Em Colisão Com Outros Direitos*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, Biblioteca Teses, 2002.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de direito comercial*. 18. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2003.

CRETELLA NETO, José. *Manual Jurídico do Franchising*. São Paulo: Atlas, 2003.

DAIBERT, Jefferson. *Dos Contratos: parte especial das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3

_____. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.

DUBOUCHET, Paul Coll. *Sémiotique juridique. Introduction à une science du droit. Les voies du droit*. Paris: Presses universitaires de France, 1990.

DÜRIG, Günter. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. In: MAUNZ, Theodor (org.). *Vom bonner grundgesetz sur gezamtdeutschen verfassung: festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*. Munique: Isar, 1956.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Perola de Carvalho. 2 ed. Perspectiva, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Hermenêutica e supremacia constitucional*. RDP, v. 77, n. 19, jan / mar / 1986.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

_____. *Manual do Código Civil Brasileiro: parte geral - dos factos jurídicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1929. v. 3.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil, Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito Retórica e Comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FIDA, Orlando; SANTIS, Walter de. *Prática e Jurisprudência dos Contratos no Direito Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1978. v. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perfil do mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FRANCESCHET, Júlio César. *Pessoa Jurídica e Direitos da Personalidade* in: ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Temas de Direito Civil-Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GARCIA, Maria .*Curso de Direito Constitucional*, organizado e atualizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. *Desobediência Civil*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Direito das Obrigações: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed., v. III. São Paulo: Saraiva, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1998.

_____. “*Escritos de Derecho Constitucional (Selecion)*”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional. Textos Seleccionados e Traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (orientação), Amanda Zoe Morris e Lucas Abreu Barroso (coordenação). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOBBS, Eric J. *A era das revoluções: 1789 – 1848*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: sexta investigação: (elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento)*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

KALINOWSKI, Georges. *Concepto, Fundamento y concrecion del derecho – Estudio Preliminar de Carlos Ignacio Massini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *O Brasil e a crise mundial: paz, poder e política externa*. Perspectiva: 1984.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1995.

_____. *O que é uma Constituição*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LEITE, George Salomão (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); CARBONELL, Miguel (coord.). *Diretos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

LÔBO, Paulo Luís Netto. *Contrato de Franchising*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Princípios sociais nos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil*. Revista de direito do consumidor, São Paulo, n.42, p. 187-195, abr. / jun. 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: fontes das obrigações - contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 19. triagem. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: contratos, declarações unilaterais da vontade, obrigações por atos ilícitos*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5.

NIPPERDEY, Hans Carl. *Allgemeiner teil des Burgerlichen rechts*. 15. ed. Tubanga, 1959.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRADE, Péricles. “*Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional*”. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, n. 42, abr./jun. 1986.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito: Situação Atual*. 5. ed. revista e reestruturada. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

ROJAS, Miguel Limón. *Algumas Consideraciones sobre Interpretación Constitucional*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 2. triagem. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos e garantias fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: LEITE, George Salomão (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); CARBONELL, Miguel (coord.). *Diretos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional: Doutrina e Processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHIMIT, Carl. *Teoria de La Constitucion*. Tradução Fancisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

SMITH, Adam. *A riqueza da nações*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas: 2008.

_____. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito Civil: Contratos em Espécie*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3.

_____. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Vol. II. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luiz Diez Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus Ediciones, 1964.

WALD, Arnaldo. *O novo código civil e a evolução do regime jurídico dos contratos*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.130, ano XLII, abr.-jun. 2003.

WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Civitas, 2001.

Pesquisas feitas via internet

ALMEIDA, Fernando. *Afinal, o que é sustentabilidade?* Disponível em www.qualidadern.org.br/mbc/uploads/biblioteca/1164649944.8178A.doc. Acesso em 22 de maio de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3208/fundamentos-teoricos-e-filosoficos-do-novo-direito-constitucional-brasileiro>>. Acesso em 17 de junho 2011.

BEZERRA, Douglas Pinheiro. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os limites ao princípio da autonomia da vontade nos contratos: uma breve visão da constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/35311258/A-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais-e-os-limites-ao-principio-da-autonomia-da-vontade-nos-contratos-uma-breve-visao-da-constitucionalizac>. Acesso em 22 de abril de 2011.

BRASIL. Lei 3.071 de 01 de Janeiro de 1916. *Código Civil de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm.

BRASIL. Lei 5.172 de 25 de Outubro de 1966. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

BRASIL. Lei 8.955 de 15 de Dezembro de 1994. *Lei da Franquia*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm.

BRASIL. Lei 9.279 de 14 de Maio de 1996. *Lei da Propriedade Industrial*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. *Código Civil de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>.

BRITO, Mirella Barros Conceição. *O direito à imagem da pessoa jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2788, 18 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18520>>. Acesso em 13 de julho de 2012.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em 12 de julho de 2012.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

FRANCHISING, Portal do. Disponível em: <http://www.portaldofranchising.com.br>. Acesso em 25 de junho de 2012.

FIÚZA, Cesar. *Para uma releitura da principiologia contratual*. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/paraumareleituradaprincipiologiacontratual.pdf. Acesso em 07 de julho de 2012, p.12.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4194/contrato-estrutura-milenar-de-fundacao-do-direito-privado>. Acesso em 17 de junho de 2012.

HORA NETO, João. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1016, 13 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8245>>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

LEITE, George Salomão. *Do método tópico de interpretação constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/34>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. In: Revista Diálogo Jurídico, vol. 01, nº 10, 2002. Salvador. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes.pdf>>. Acesso em 20 de agosto de 2009.

MOREIRA, Virginia. *Possíveis Contribuições De Husserl e Heidegger Para A Clínica Fenomenológica*. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 15, n. 4, p. 723-731, out./dez. 2010, disponível em www.hegelbrasil.org/rev03q.htm. Acesso em 11 de julho de 2012.

NUNES, Amandino Teixeira Junior. *A Moderna Interpretação Constitucional*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/3497/a-moderna-interpretacao-constitucional>. Acesso em 14 de outubro de 2009.

POTHIER. Robert Joseph. *Traité des Obligations*. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=KyRt8NVVUc4C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false - Acesso em 17 de dezembro de 2011.

ROJAS, Miguel Limón. *Algunas Consideraciones sobre Interpretacion Constitucional*. Disponível em: www.bibliojuridica.org/libros/3/1052/6.pdf. Acesso em 07 de junho de 2011.

SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. Disponível em <http://www.escoladamagistratura.org.br/downloader.php?a=upload/arquivos/0213473001256227949.pdf&b=>. Acesso em 07 de junho de 2011.

SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. *Estudo do RE 201819/RJ: aplicação de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1810, 15 jun. 2008. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/11381>. Acesso em 25 abril de 2011.