

A APLICABILIDADE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NAS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS

THE APPLICABILITY OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL RELATIONS

Bryan da Fonseca Araújo

Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba, com graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa, especialização em Direito Penal, Processo Penal e Segurança Pública pelo Centro Universitário de João Pessoa.

bryanfaraujo.adv@outlook.com

Resumo

O presente artigo tem por objeto a análise do processo de constitucionalização do direito privado e seus efeitos na formação dos contratos internacionais. Tal estudo se faz necessário dada a complexidade de questões que abrangem a elaboração e efetivação de contratos de natureza internacional. Com isto, buscaremos entender a aplicabilidade de pressupostos constitucionais nestes tipos contratuais e como esta nova interpretação constitucional impacta em sua efetivação. Partindo de um desenvolvimento histórico, a partir de uma abordagem qualitativa, estudaremos a passagem de uma visão liberal da dicotomia do que vem a ser o direito público ou de Estado para o direito privado, até a institucionalização da noção do Estado garantidor e o surgimento do neoconstitucionalismo, que pôs a Carta Magna em um outro patamar de atuação e à aplicabilidade de seus princípios norteadores frente aos demais ramos do direito. Com isto, serão demonstrados os reais impactos que esta nova interpretação causou nos contratos internacionais e sua necessária adequação aos princípios da boa-fé e dignidade da pessoa

humana, bem como, o esforço internacional que se tem realizado visando dar uma maior uniformidade das regras a serem obedecidas, proporcionando uma maior segurança jurídica.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Constitucionalização. Direito privado. Direito Público. Contratos.

Abstract

This article has the objective to analysis of the constitutionalization process of private law and its effects on the formation of international contracts. This study is necessary given the complexity of issues that encompass the drafting and implementation of contracts of an international nature. With this, we will seek to understand the applicability of constitutional assumptions in these types of contracts and how this new constitutional interpretation impacts their implementation. Starting from a historical development, from a qualitative approach, we will study the transition from a liberal vision of the dichotomy of what public or State law is to private law, until the institutionalization of the notion of the guarantor State and the emergence of neoconstitutionalism, which placed the Magna Carta on another level of action and the applicability of its guiding principles to other branches of law. This will demonstrate the real impacts that this new interpretation has had on international contracts and their necessary adaptation to the principles of good faith and human dignity, as well as the international effort that has been made to provide greater uniformity in the rules to be applied. be obeyed, providing greater legal certainty.

Keywords: Neoconstitutionalism. Constitutionalization. Private law. Public law. Contracts.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho buscaremos realizar uma análise doutrinária e casuística da aplicabilidade da constitucionalização do direito privado no que tange aos contratos internacionais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil consagrou de forma definitiva a positivação da proteção do indivíduo e dos interesses sociais e coletivos frente as ideias liberais de autorregulação, regedoras do entendimento jurídico pátrio que deu origem ao Código Civil de 1916.

Com o advento da nova Carta Magna, percebeu-se sua incompatibilidade com os preceitos do Código Civil vigente a época, e se tornou imprescindível sua atualização, que viria a ocorrer no ano de 2002, entrando o novo Código efetivamente em vigor em 11 de janeiro de 2003.

Com esta nova visão da aplicabilidade das normas e sua efetivação, mudou-se a forma como os particulares poderiam gerir suas relações interpessoais, gerando efeitos nas mais diversas searas do dito direito privado, onde princípios constitucionais da equidade entre as partes e a função social das relações particulares, se sobreporiam ao *pacta sunt servanda*.

No presente trabalho, buscaremos entender a aplicabilidade desta visão neoconstitucional frente os contratos que regem as relações comerciais de âmbito internacional.

2 DA NOÇÃO LIBERAL DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

As bases do Direito Brasileiro, principalmente no que tange o direito privado, possuem raízes no Direito Romano. Contudo, é após o Revolução Francesa, com o advento dos ideais iluministas é que esta separação entre o direito público e o direito privado ganha contornos mais evidentes.

Até então, nos regimes absolutistas, mantinha-se a noção de entranhamento dos interesses do Estado com os interesses não só dos monarcas como da nobreza dominante.

Com o desenvolvimento da nova classe burguesa, que buscava uma maior ingerência nas questões do Estado dada a sua crescente ascensão financeira a partir de suas atividades mercantis, restava claro que os mesmos perseguiram um certo distanciamento da intervenção do Estado nas relações comerciais entre os

particulares, como um mecanismo de proteção contra possíveis arbitrariedades de monarcas absolutistas.

Surge, então, a noção da separação no direto do que vêm a ser as normas que tratam das questões públicas, referente a nação, daquelas que tratariam das relações entre os cidadãos.

Sob um viés cronológico e situando o local na França (pelo seu valor histórico aos sistemas jurídicos de tradição romano-germânicos), é possível sustentar que um dos efeitos da Revolução Francesa foi a criação da dicotomia público-privado. Tal distinção teve uma perspectiva social, na qual os interesses e a vida privada não diziam respeito ao Estado (e, em alguma medida, o inverso também era verdade), e uma perspectiva jurídica, que consagrou que os direitos e deveres do indivíduo apareceriam no Código Civil e os direitos e deveres do Estado estariam anotados na Constituição. (BOLESINA, Iuri. GERVASONI, Tamiris Alessandra. 2017. p. 3)

Os ideais iluministas de liberdade e igualdade consagrados no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 1789, ao estabelecer que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum;” deixava claro o objetivo de se chegar a uma certa igualdade entre os cidadãos, onde o Estado era visto como uma força limitadora das relações interpessoais, devendo estar o mais afastado possível da regulação das atividades mercantis cotidianas.

Ao longo dos 17 artigos da Declaração, que se consagrou como um dos grandes marcos das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, o papel do Estado se restringe à seara penal, como mero garantidor da ordem.

Para Facchini Neto (2003, p. 17) a dicotomia entre os ramos do Direito era evidente, separando Direito e Moral, Estado e Sociedade, Política e Economia. A disciplina das relações privadas, ou seja, as relações intersubjetivas da sociedade civil, é feita pelo Direito Privado, ao passo que o regramento das relações Estatais é feito pelo Direito Público.

O Direito Público do início do século XIX gravitava em torno da noção de Constituição. Tratava-se da fórmula iluminista para, em oposição ao despotismo absolutista, racionalizar e legitimar o exercício do poder, separando e contendo os poderes, assim como garantindo os direitos inatos do cidadão, oponíveis em face do Estado (SARMENTO, 2008, p.09).

O que se viu, portanto, foi uma mudança radical de um Estado absolutista para um Estado abstencionista.

Com isto, surge a necessidade de codificação das normas para uma aplicabilidade universal em todo o território nacional, onde a norma escrita viria a substituir o sistema de costumes. O Código Napoleônico de 1804 veio justamente para suprir tal necessidade, trazendo em seu texto a sintetização de todas as normas esparsas e costumes aplicáveis à época, codificando em um mesmo diploma legal todas as matérias referentes às pessoas, família, bens e propriedades, sendo reconhecida como a Constituição do cidadão comum.

Com isto, surge, então, a “teoria clássica” dos contratos, na qual, sob o prisma liberal, a vontade livre e impedida das partes era quase absoluta.

Depois que o individualismo prosperou no século XVIII, proclamando a liberdade e igualdade política, até o final do século XIX e início do século XX prevalecem os ideais da principiologia clássica, devido à predominância do individualismo, base do Estado liberal, onde se pregava a prevalência da ampla liberdade de contratar. Como expressão da liberdade individual, o contrato, seria incompatível com restrições que se oponham a esta liberdade. (BARBOSA, Haroldo Camargo. 2008. p. 2)

Neste ponto, o Direito Civil passa a ser um direito em si mesmo – cujo conteúdo, referia-se às relações entre particulares, “seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual” (MORAES, 1991).

O Código Civil brasileiro de 1916 veio à luz sob este ideário, onde a observância do *pacta sunt servanda* era o norte legal e a Justiça exercia seu papel de mero garantidor do cumprimento dos contratos nos termos estipulados entre as partes, sendo o caso fortuito a única exceção admitida para a revisão contratual.

Contudo, nos dias atuais é possível perceber que tal visão quase que dicotômica entre matérias de direito público e direito privado, não supre os anseios sociais e não é suficiente para garantia da igualdade entre particulares.

Em 1917, com a promulgação da Constituição mexicana, uma nova visão jurídica começa a surgir, onde o papel do Estado como mero ente garantidor do cumprimento das obrigações entre os particulares passa a ser revisto. A Constituição Mexicana de 1917 é um marco jurídico e social. Para além da sedimentação de um amplo leque de garantias fundamentais do indivíduo, esta Carta inovou ao consignar direitos sociais e normas programáticas, lançando as bases do Estado assistencialista. (ANDRADE. 2020. p. 2).

Pela primeira vez, foram instituídos em um texto constitucional, direitos e garantias trabalhistas, incluindo-se o direito de greve, o salário mínimo, uma jornada de oito horas e o direito de associação sindical.

Tal movimento ganharia força após a Segunda Guerra Mundial, onde os terrores vivenciados no conflito e antes dele, corroboraram a noção de que a garantia dos direitos fundamentais e a proteção de categorias minoritárias da sociedade deveria estar consagrada não mais em textos legais ordinários, mas na carta constituidora do novo Estado.

Nesta Carta Constitucional, não só os princípios da liberdade e da igualdade deveriam ser protegidos, mas também a dignidade da pessoa humana e a equidade.

3 O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A VISÃO NEOCONSTITUCIONAL

Como já exposto, o Código Civil brasileiro de 1916, fiel ao paradigma liberal oitocentista, buscava a manutenção das condições expostas em contrato,

não disponibilizando muito espaço jurídico apto a gerar uma revisão dos termos contratuais.

Segundo Tomasevicius Filho (2016, p.91) não se falava em questões referentes à revisão contratual por motivos de onerosidade excessiva resultante da modificação das circunstâncias existentes quando da contratação ou de má-fé de uma das partes.

Por outro lado, em questões de Direito de Família, o Código preservou a essência do Direito Canônico e conservou em vez de romper com a tradição católica, a despeito da então recente separação entre Estado e Igreja.

Já na época da sua promulgação, o Código Civil de 1916 foi alvo de críticas quanto a sua real capacidade de tutelar as situações cotidianas e as relações comerciais em toda sua complexidade, principalmente frente a um país com graves problemas de desigualdade, no qual o princípio da paridade de armas, corriqueiramente, não se aplicava de maneira empírica.

Com o advento da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana veio consagrada como um pressuposto basilar de todo o ordenamento. O art.5º da Constituição elencou tantos outros preceitos civis fundamentais como: a reparação por dano moral, a inviolabilidade da vida privada e da imagem das pessoas, a função social da propriedade. O art. 226, por sua vez, veio legislar acerca dos princípios constitutivos da família. (ALEXANDRE. 2020, p. 2)

A ideia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais. À centralidade moral da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a centralidade jurídica dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo. (BINEMBOJM, 2008, p. 49-50.)

Instituída a nova Carta Magna, ficou cada vez mais evidente a incompatibilidade da visão que deu forma ao Código Civil brasileiro com os princípios norteadores do novo texto constitucional.

O individualismo e o absentéismo estatal, defendidos na ideologia liberal, passaram a ser questionados por diferentes correntes filosóficas, pavimentando-se assim a transição do Estado Liberal para o Estado Social (SARMENTO, 2008, p.16-17). Motivo pelo qual surgiu a urgência da aprovação de um novo Código Civil, que se afastasse daquela visão liberal oitocentista, e se aproximasse da visão de um Estado garantista e protetivo dos direitos individuais.

Assevera Luis Roberto Barroso (2007, p. 216) sobre o neoconstitucionalismo:

identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Neste cenário, é promulgado o Código Civil de 2002, onde o legislador consagra a obediência do novo Código aos pressupostos constitucionais, e este passa a ser interpretado não mais de forma isolada, mas pelos princípios expostos na Constituição.

Passa-se, então, a falar na “constitucionalização do direito civil”, pela qual não há mais este “esvaziamento” da norma constitucional pelo Código Civil, ou o isolamento das normas de âmbito público e privado.

Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 39) a partir da lição de Gunnar Folke Schuppert e Cristian Bumke, traz-nos a noção de que a constitucionalização pode ocorrer de cinco formas: (1) Reforma legislativa; (2) desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; (3) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; (4) irradiação do direito constitucional

– efeitos nas relações privadas e deveres de proteção; (5) irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária.

Tem-se, pois, a sobreposição do texto da Constituição, posta hierarquicamente em grau superior às demais leis ordinárias.

Dentro destas premissas, só há sentido em se imaginar uma constitucionalização do Direito Privado que reconheça um papel central do social. Daí que constitucionalizar o Direito Civil não é apenas reconhecer a força normativa da Constituição, nem sua superioridade hierárquica: é, principalmente, reconhecer o caráter social da Constituição de 1988, pois nisto é a mesma dissonante em relação ao Código Civil. Deve-se constitucionalizar, portanto, para beneficiar a pessoa humana e os interesses da sociedade, hierarquizando as relações existenciais e patrimoniais, com privilégio às primeiras. (HARGREAVES, Venetia. 2009, p. 9)

Com isto, a proteção do ente mais fraco da relação processual é instituída, bem como o princípio da função social do contrato, que permitiria ao julgador, dada a análise do caso concreto operar pela revisão contratual se vislumbrar cláusulas abusivas ou de ônus excessivos para uma das partes.

Em seu art. 170, a Constituição Federal limita a liberdade contratual dos particulares, com base nos princípios expostos no dispositivo. Por sua vez, o art. 421 do Código Civil dispõe que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

O princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil, constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus corpos normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz da solidariedade social (Constituição Federal, art. 3º, III, in fine). [...] o princípio da função social, [...] indica um caminho a seguir, oposto ao do individualismo predatório (MARTINS-COSTA, 2005).

Portanto, se a vontade dos particulares colidir com o interesse social, deve prevalecer o segundo. Por sua vez o princípio da dignidade da pessoa humana, invalidava cobranças vexatórias ou que expusessem de forma jocosa uma das partes frente ao seu convívio social.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos da personalidade. No constitucionalismo moderno, a tutela ao ser humano é positivada mediante direitos fundamentais, cuja fonte é a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana como elemento fecundante inspira proteção integral, esmaecendo as fronteiras entre as situações jurídicas inicialmente vinculadas ora aos direitos humanos, ora aos direitos de personalidade. (ROSENVALD, 2007, p.202).

Assim sendo, percebe-se uma preocupação da norma legal com o indivíduo, sendo este a partir de uma visão kantiana como um fim em si mesmo.

A partir desta nova interpretação constitucional, um contrato de compra e venda, por exemplo, não diz mais respeito apenas às partes que o celebram, há nele o interesse social de enquadramento e obediência aos princípios constitucionais que passam a reger todas as relações sociais.

Paulo Roberto Nalin (2019, p.2) vem nos dizer que a função social do contrato possui duas eficácias, a interna e a externa, sendo a interna possuidora de cinco características principais: (i) a Proteção dos vulneráveis contratuais, pode ser visto pela proteção ao consumidor pelo CDC, ou do empregador pela CLT; (ii) Vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual (efeito gangorra): o que pode motivar a anulação, a revisão ou até mesmo a resolução do contrato; (iii) Proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade. Não podendo prevalecer o conteúdo do contrato que traz prejuízo à proteção da pessoa humana; (iv) Nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas; (v) Tendência de conservação contratual, sendo a extinção do contrato, a última medida a ser tomada.

Já no que tange a eficácia externa, Santos cita duas características: (i) a proteção dos direitos difusos e coletivos; (ii) Tutela externa do crédito: que trata

da possibilidade do contrato gerar efeitos perante terceiros ou de condutas de terceiros repercutirem no contrato.

Percebe-se que o legislador e a jurisprudência ainda buscaram proteger a vontade livre das partes, pondo a conservação contratual como regra no ordenamento, sendo a interferência do Estado mera excepcionalidade. Contudo, fica caracterizado o interesse do legislador de efetivar uma tutela jurisdicional nas relações inteiramente particulares, algo que não se vislumbrava no Código de 1916.

Para Luiz Edson Fachin a constitucionalização do Direito Privado, em sentido amplo, possui um tríplice sentido: formal, substancial e prospectivo:

A dimensão formal diz respeito à normatividade expressa, ou seja, o direito (tanto constitucional quanto infraconstitucional) positivado. O pilar substancial se refere à força normativa dos princípios constitucionais, tanto expressos como implícitos – que, como discorreremos acima, têm força irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive em relação às normas tradicionalmente consideradas de Direito Privado. A dimensão prospectiva se funda na constante reconstrução dos conceitos e institutos que integram a teoria e a prática jurídica; sua base é a força criativa dos fatos sociais que se projetam para o universo jurídico, ressignificando os limites e possibilidades do próprio Direito (FACHIN, 2015, p.86)

A partir desta visão, emerge uma discussão a respeito de uma possível interferência do Judiciário na função legislativa.

“[a] solução do problema concreto é procurada necessariamente na totalidade do ordenamento jurídico”. Segundo ele torna as disposições legislativas referências facilmente derrotáveis à luz de considerações constitucionais sustentadas por princípios. Protagonismo judicial e ausência de textualismo, sínteses dos dois aspectos problemáticos apontados, aliados ao particularismo decisório incentivado pelo movimento, à carência metodológica e à banalização da dignidade humana tendem a criar um contexto institucional em que o Legislador

tem pouco espaço de atuação e no qual as suas decisões só são aplicadas quando convergem com uma análise global de fatos e normas constitucionais levados adiante pelo juiz em casos concretos. (LEAL, 2015, p. 148)

Para Lucas Pessôa Alexandre (2020) se as normas jurídicas adquirem caráter vinculante na medida em que exteriorizam o que o magistrado entende ser a melhor solução constitucional para o problema, se lhe é atribuído tal poder, então a compreensão de direitos fundamentais como mandamentos de otimização conduziria a uma espécie de Estado judiciário constitucional, em vez de legislativo e parlamentar.

Continua o Autor:

Conforme explica Alexy (1986, p. 578), “O legislador parlamentar perderia toda a sua autonomia. Sua atividade esgotar-se-ia na mera constatação daquilo que já foi decidido pela constituição.” Como consequência, haveria prejuízos para o exercício político da democracia, de vez que o trabalho legislativo do Parlamento perderia força frente à atividade de um Estado judiciário, a quem caberia dizer o verdadeiro significado das normas e princípios constitucionais. (ALEXANDRE. 2020. p. 5)

Contudo, a mera capacidade de análise de caso, à luz dos princípios constitucionais, não gera por si só a ingerência do Poder Judiciário sobre o papel do legislador, pelo contrário, garante à norma uma maior segurança jurídica, visto que acrescenta não só ao direito civil, mas a todo o ordenamento jurídico, esta obrigatoriedade de conjunção com as normas constitucionais.

Possibilitando aos particulares a certeza da impossibilidade da elaboração de cláusulas manifestamente abusivas, pela simples obediência ao *pacta sunt servanda*.

O Direito Civil-Constitucional se posicionaria contrariamente a uma abordagem meramente estruturalista, que se dedicaria unicamente a entender

“como o direito é”. Adota-se, assim, uma perspectiva funcionalista, buscando-se analisar “para que o direito serve” (BOBBIO, 2007, p.53).

Não é incomum a sensação de “despatrimonialização do Direito” no sentido de que objetos juridicamente protegidos como propriedades e as empresas não são mais vistos como bens em si mesmo, sofrendo até certo ponto uma relativização dos seus efeitos frente ao interesse social.

4 O CONSTITUCIONALISMO CIVIL NO ÂMBITO DOS CONTRATOS

Como já exposto anteriormente, no âmbito contratual também preponderou a aplicabilidade do interesse social sobre os interesses particulares. Expressou-se legalmente tal entendimento pelo artigo 421 do Código Civil, onde a liberdade individual de contratar não é absoluta, devendo estar submetida ao interesse social. Contudo, teve o legislador o cuidado de manter claro no parágrafo único do referido artigo que nas relações contratuais privadas, prevaleceria o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Portanto, verifica-se que apesar da relativização do *pacta sunt servanda* ter sido instituída, o mesmo continua sendo regra e a revisão contratual ou a intervenção estatal na relação mercantil entre particulares passa a ser mera exceção.

O principal objetivo aqui foi a proteção de terceiros frente ao acordo *inter partes*.

Por oponibilidade pode-se entender a possibilidade de aplicação dos efeitos dos contratos para além do interesse ou responsabilidade inter partes, entre os contratantes, ou que tenham formalizado vínculo, ainda que não seja parte, com uma determinada relação contratual. Assim, rompe-se o modelo de que o contrato apenas vincula as partes que emitiram a vontade essencial para a sua formação, projetando a citada relação efeitos diante de terceiros. (HARGREAVES. 2009. p. 16)

Não há como negar que qualquer negócio jurídico, por menor que seja, tem o condão de impactar a coletividade, pois gera efeitos na ordem econômica como um todo.

Seja nos meros contratos cotidianos de compra e venda de bem móvel de pequeno valor, seja na aquisição de propriedades ou em acordos comerciais multimilionários, toda ação que produz efeitos econômicos gera impactos sociais que extrapolam a mera relação contratual.

Gerado o efeito jurídico do negócio, surge a necessidade de tutela estatal do mesmo.

Neste ponto assevera Jussara Schmitt Sandri:

O objeto da autonomia privada desenvolve-se no plano social e a negação da autonomia viola os princípios do direito natural, servindo como proteção constitucional da atividade econômica e para promover o desenvolvimento social. Até porque, a autonomia privada é criadora de relações jurídicas, pelo exercício da própria vontade, ou seja, seria a regulação dos interesses da pessoa. Somente terá eficácia, a autonomia privada, se gerar efeitos jurídicos. (SANDRI. 2011. p.13)

Para a autora o negócio jurídico, como expressão da autonomia privada, difere da autonomia da vontade. Não se confundindo a liberdade contratual com a liberdade natural, que seria a liberdade pré-jurídica.

Desta forma, não há qualquer restrição a liberdade individual na celebração contratual, o que há na realidade é a busca pela obediência dos particulares a preceitos legais e sociais que regeriam não só aquela relação jurídica, mas todas as outras.

5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Como já exposto anteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, surge a noção da necessidade de institucionalização das garantias individuais e proteção do cidadão, frente aos horrores presenciados pelo regime nazista a parte dos cidadãos alemães.

Segundo Otávio Cançado Trindade (2008, p.277) como reação à predominância das teorias voluntaristas do direito internacional no início do século XX, parte da doutrina advogava, no entre guerras, a existência de uma constituição internacional ou de princípios constitucionais internacionais.

Continua o autor:

A escola germânica, de viés neonaturalista, recorreu a princípios constitucionais que traduzem ideais de justiça e de bem comum (Verdross, Simma, Mosler). A escola italiana, de viés sociológico, fundamentava a constituição na existência de uma comunidade internacional (Santi Romano). Tencionava-se dar uma resposta ao argumento de que a ausência de uma constituição compromete a unidade do direito internacional, transformando-o em mera coletânea de regras convencioneadas ao acaso. Postular uma constituição significava conferir ao direito internacional uma base objetiva, capaz de conciliar poder e direito. (TRINDADE. 2008, p. 277)

Bruno Simma, Verdross (1984) afirma que a Carta da ONU atingiu o status de constituição da comunidade universal de Estados. Sendo, portanto, identificada como uma constituição internacional.

Com o advento de uma visão cosmopolita de mundo, com uma maior integralização entre nações e acordos comerciais internacionais, restava a inquietação de saber como se regeriam estas relações entre agentes de países distintos e como se daria a aplicabilidade de tais princípios na prática.

Visando a maior integralidade internacional o legislador brasileiro buscou positivizar certas questões no que tange aos contratos no âmbito transnacional. O Código Civil brasileiro garante que as partes são livres para escolher a lei e o foro em vigor nos contratos internacionais. Não foi reconhecida pela legislação brasileira o *forum non conveniens*, prevalecendo a titularidade dos tribunais brasileiros para questões onde o Brasil tenha poder jurisdicional em razão da matéria ou por meio do acordo entre as partes.

Contudo, quando um contrato internacional contém uma escolha exclusiva de disposição do foro e uma das partes contesta a jurisdição do tribunal brasileiro por exemplo, o processo perante a justiça brasileira será suspenso, com exceção das matérias de cunho exclusivo.

Buscou-se, portanto, garantir às partes a faculdade de celebrar o local competente para definição das regras contratuais e o posterior julgamento em caso de litígio do contrato.

O Supremo Tribunal Federal corroborou esta definição legal através da Súmula 335, pela qual garantiu que: “É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.”

Assim sendo, compete as partes definirem a eleição do fórum competente para regular e julgar os termos do contrato, incluído aqueles de natureza internacional. Esta liberdade, entretanto, não é irrestrita, visto que existem matérias das quais não há possibilidade de inaplicabilidade da lei brasileira. Determina o artigo 23 do Código Civil que são matérias exclusivas da jurisdição brasileira:

Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

O artigo 24, por sua vez, deixa claro a possibilidade de jurisdição paralela entre os tribunais brasileiros e estrangeiros em litígios decorrentes de um contrato internacional.

Portanto, para fins de matéria de natureza empresarial, por exemplo, não há qualquer óbice para que as partes celebrem foro estrangeiro para regulação daquela relação comercial, mesmo que uma das partes seja uma empresa nacional.

No entanto, mesmo que celebrado foro alienígena para julgamento das relações contratuais, a justiça brasileira, ainda sim, será competente para análise da obediência daquela relação contratual aos preceitos determinados pela norma constitucional.

Por exemplo, caso um acordo internacional, que eleja outro país como competente para regular aquele ato, viole os princípios constitucionais que regem a relação contratual no Brasil, como o princípio da boa-fé ou da dignidade da pessoa humana, poderá a justiça brasileira intervir no mesmo e exercer a revisão contratual, pelo princípio da supremacia constitucional.

Além disso, a cláusula de eleição de foro pode ser considerada ineficaz se considerada abusiva pelo juiz, que pode determinar a jurisdição do domicílio do réu, mesmo que não seja um contrato de adesão. Por fim, a lei e os tribunais brasileiros também reconhecem, respeitam e aplicam as cláusulas arbitrais, independentemente de os procedimentos serem no Brasil ou no exterior. (CORREIA. 2018. p. 2)

Assim sendo, a legislação brasileira não criou impedimentos quanto a celebração de contratos internacionais com eleição de justiças estrangeiras para regulamento do contrato, desde que obedecidas as disposições constitucionais pelos contratantes.

A adoção de tratados internacionais também facilita na hora de determinar quais regras os particulares devem observar no momento da celebração do contrato.

A Convenção Interamericana sobre o direito aplicável às obrigações contratuais (Convenção do México), por exemplo, trata do direito que irá ser aplicado aos contratos internacionais em que Estados estrangeiros, entidades ou órgãos estatais figurem como partes na relação contratual.

Esta Convenção aplicar-se-á a contratos celebrados entre Estados ou em que forem partes Estados, entidades ou organismos estatais, a menos que as partes no contrato a excluam expressamente. Entretanto, qualquer Estado Parte poderá declarar, no momento de assinar ou ratificar esta Convenção, ou a ela aderir, que ela não se aplicará a todos os contratos ou a alguma categoria de contrato em que o Estado, as entidades ou organismos estatais forem partes. (VIEIRA. 2019)

Ocorrendo eventuais conflitos, existem, atualmente, mecanismos de solução além da jurisdição estatal, como por exemplo a mediação e a arbitragem. Sendo esta última o meio mais comumente utilizado para a solução de confrontos contratuais, onde as partes podem selecionar uma Câmara Arbitral, seus árbitros, bem como as regras procedimentais e, por fim, qual a legislação a ser aplicada naquele caso.

Para Isis de Angelis Pereira Sanches e Gustavo Assed Ferreira (2019, p. 175) deve-se destacar que há também a tendência nas sentenças arbitrais em reconhecer que uma lei nacional pode ser aplicada a contratos com o Estado, exceto se ela for contrária às normas do Direito Internacional.

Assim sendo, a lei nacional deve buscar formas de se adequar às regras do Direito Internacional.

Para os autores resta demonstrada uma evolução, visto que, apesar de nos contratos poder se aplicar a lei local de onde fora celebrado, esta deverá ser interpretada de forma ampla, não se isolando dos princípios gerais do Direito Internacional.

Desta forma, dada a complexidade da diversidade legislativa, cultural e sistêmica ao redor do mundo, busca-se sempre a uniformização dos meios e formas no que tange aos acordos internacionais.

Dentre essas tentativas de uniformização podemos relatar a *lex mercatoria*. As Convenções Internacionais, como a CISG – Convenção

das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, também conhecida como a Convenção de Viena, é a principal lei que regula o comércio internacional, referente a compra e venda internacional em procedimento arbitral. A CISG é o único documento com maior aceitabilidade mundial, uma vez que obriga os países signatários a ratificarem suas determinações, podendo ser utilizada somente quando o país de uma das partes é parte signatária desta Convenção. (VIEIRA. 2019. p.3)

Vieira ainda vem trazer outros mecanismos de uniformização das regras dos contratos internacionais como a UNCITRAL – The United Nations Commission on International Trade Law e a UNIDROIT – Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado, que é uma organização que visa a uniformidade da regulamentação do comércio internacional.

Diferentemente da UNCITRAL, o método principal de uniformização do direito contratual internacional utilizado pela UNIDROIT tem sido a tradicional forma de convenções internacionais multilaterais. Diante das naturais dificuldades de reunir um número razoável de Estados dispostos a implementar suas convenções, que vão desde tradições jurídicas divergentes, até a morosidade do processo de assinatura e ratificação por cada Estado, a UNIDROIT canalizou seus esforços para formas alternativas de unificação jurídica, particularmente nas áreas em que o instrumento vinculante parece não ser essencial (GAMA JR, 2006).

Com isto, percebe-se um esforço geral de compatibilização de regras internacionais com a legislação estatal dos países, bem como a tentativa de uniformização dos meios e regras que regem as relações comerciais internacionais.

Para José Cretella Neto (2016, p 87), todo contrato internacional estaria sujeito a aplicação de uma convenção internacional que pudesse lhe ser aplicável; não sendo este o caso então rege-se-ia pelo Direito nacional, do qual fosse

escolhido pelas partes ou determinado pela aplicação das normas de conflitos de leis, bem como pelos usos e costumes do comércio internacional, a título exclusivo, quando as partes puderem e quiserem descartar a aplicação de qualquer Direito nacional, ou, de forma subsidiária, para preencher as lacunas da convenção ou do direito nacional aplicáveis ao contrato.

Vale destacar ainda a existência de uma corrente minoritária que prega a total desnacionalização dos contratos internacionais, ou seja, devem as partes buscar distanciar-se o máximo possível das regras de direito privado interna dos países.

Para os defensores desta corrente, a lei que rege as relações de mercado internacional deve ser um sistema de direito independente dos sistemas nacionais. Segundo Adriana Noemi Pucci (2011) “percebemos que apesar da discordância da corrente minoritária, observa-se a tendência atual nas arbitragens em favor da consideração pelos árbitros, da atuação de um sistema jurídico autônomo dos usos do comércio internacional.”

Deve-se contudo, ter certo cuidado, visto que, os interesses particulares nem sempre estão alinhados com os interesses coletivos dos países que enfrentarão os efeitos econômicos daquele contrato, sendo problemático o afastamento total das regras e princípios constitucionais dos Estados em prol de uma legislação alie-nígena, que pode vir a se chocar com a lei interna, devendo neste caso se sobrepor a legislação pátria, principalmente quando feridos os princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana.

6 CONCLUSÃO

Como exposto ao longo do presente estudo, a constitucionalização do Direito Civil representa um marco de mudança na forma da interpretação do papel das Constituições e a sua influência no ordenamento jurídico e na interpretação da legislação ordinária.

Significa o rompimento com a visão liberal de separação do direito particular com o direito público e a abstenção estatal no que se refere às relações entre particulares.

Com isto, o Estado passa a se apresentar como um ente garantidor de direitos e garantias fundamentais do indivíduo que, por sua vez, se torna o principal ente objeto de proteção na relação jurídica, não podendo mais ser submetido a regras injustas ou abusivas.

Há aqui uma adequação das normas contratuais aos princípios constitucionais, não havendo mais a mera obediência irrestrita ao *Pacta Sunt Servanda* e permitido a análise do Poder Judiciário da adequação dos termos do contrato a tais princípios.

Com isto, gerou-se uma mudança na visão quanto a celebração dos contratos internacionais, os quais passaram a sujeitar-se também a revisão estatal de suas normas e cláusulas se aquela relação gerar efeitos econômicos no âmbito nacional.

Além disto, em um ambiente cada vez mais globalizado, esforços vêm surgindo com o objetivo de uniformização das regras regimentais dos contratos internacionais, buscando dar aos particulares uma maior segurança jurídica em caso de litígio.

O Brasil é signatário de acordos internacionais de comércio, visando justamente a adequação de tais regras internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, objetivando uma maior proteção daqueles que sofrem impactos diretos ou indiretos, neste último caso, a população, destes acordos firmados com agentes estrangeiros.

Resta garantida, asism, a proteção dos direitos individuais e coletivos, sem contudo, colocar entraves na capacidade contratual dos particulares, o que por fim acaba por ocasionar uma maior segurança jurídica para as partes.

Entende-se portanto, que a constitucionalização do direito privado e sua incidência nos contratos internacionais representa um avanço na proteção de direitos e torna os acordos comerciais mais eficazes e seguros.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Lucas Pessôa. **Constitucionalização do Direito Civil: considerações históricas, o manejo dos princípios e o sentido das normas no trabalho interpretativo**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55585/constitucionalizacao-do-direito-civilconsideraes-histricas-o-manejo-dos-prncipios-e-o-sentido-das-normas-notrabalho-interpretativo>. Acesso em: 07 fev 2024.

ANDRADE, Otávio Morato de. **A Constituição Mexicana de 1917 do Estado Liberal à Proteção Social**. Revista Direitos, trabalho e política social, CUIABÁ, V. 7, n. 12, p. 381-408 Jan./jun. 2021. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rdtps/article/view/10690#:~:text=A%20Carta%20Mexicana%20de%201917,in%C3%A9ditas%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20trabalho>. Acesso em 22 jan. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOLESINA, Iuri & GERVASONI, Tamiris Alessandra. **O Dever de Proteção aos Direitos Fundamentais no Direito Privado: Análise Concreta**. Revista da

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n. 2: 172-189, jun./dez. 2017. Disponível em: <https://revista.fdsdm.edu.br/index.php/revistafdsdm/article/view/136>. Acesso em 10 jan. 2024.

BARBOSA, Haroldo Camargo. **Princípios Contratuais na Teoria Clássica e na Pós-Modernidade**. Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 2. Disponível em: www.uel.br/revistas/direitoprivado. Acesso em 07 jan. 2024.

CRETELLA NETTO, José. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2ª edição, Editora Letz Total Media Creative Projects: São Paulo, ISBN 978-85-918168-2-8, 2016.

CORREIA, Lauro Chamma. **Contratos Internacionais no Brasil: Como as leis e tribunais brasileiros tratam dos contratos internacionais, com acordos firmados entre brasileiros e estrangeiros**. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/contratos-internacionais-no-brasil/560703414>. Acesso em 22 fev. 2024.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais

e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luis Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GAMA JR. Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 Soft Law, Arbitragem e Jurisdição**, Editora Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2006.

HARGREAVES, Venetia. **Constitucionalização do Direito Civil**. 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/VenetiaHargreaves.pdf. Acesso em 17 jan. 2024.

LEAL, Fernando. Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 1, n. 33, p.123-165. 2015. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24323/Seis_obje-coes_ao_direito_civil_constituc.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 fev. 2024.

MARTINS-COSTA, Judith. **Crise e modificação da noção de contrato no Direito Brasileiro**. Revista Direito do Consumidor, v. 3, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos**. Revista DireitoGV, v. 01. 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista Estado, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, vol. I, 1991.

PUCCI, Adriana Noemi. **Direito do Comércio Internacional Pragmática, Diversidade e inovação. Arbitragem comercial internacional – A lei aplicável**. 5ª reimp./Curitiba:Juruá, ISBN: 85-362-1085-0, 2011.

ROSENVALD, Nelson. Coleção Prof. Agostinho Alvim. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANCHES, Isis de Angelis Pereira. FERREIRA, Gustavo Assed. **Contratos Internacionais de Comércio Celebrados Pelos Estados Nacionais e seus Parâmetros Jurídicos**. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXIV, v. 28, n. 3, p. 156-181. 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1301>. Acesso em 22 fev. 2024.

SANTOS, Marcelo. **O Princípio da Função Social do Contrato**. Disponível em: <https://goldencursosjuridicos.com.br/wpcontent/uploads/2019/11/Afun%C3%A7%C3%A3o-social-do-contrato-Marcelo-Santos.pdf>. Acesso em 20 fev. 2024

SANDRI, Jussara Schmitt. **Função social do contrato. Conceito. Natureza jurídica e fundamentos.** Revista De Direito Público, Londrina, V. 6, N. 2, P. 120-14. 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 122. 22 GRIMM, Dieter. Constituição e política. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª edição, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

SIMMA, Bruno. **The contribution of Alfred Verdross to the theory of international law.** *European Journal of International Law*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 1-54, 1995.

TRINDADE, Otávio Cançado. **A constitucionalização do direito Internacional: Mito ou realidade?** Brasília a. 45 n. 178. 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O legado do Código Civil de 1916.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v.111, jan./dez.2016.

VIEIRA, Mariana. **Contratos Internacionais: Direito Contratual Internacional.** 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/contratos-internacionais/725777724>. Acesso em 12 de jan. 2024.

Submetido em 08.mar.2024

Aprovado em 27.mar.2024