

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

De volta à Bevilacqua: análise econômica da aplicação do art. 9º da LINDB às obrigações civis contratuais

Back to Bevilacqua: Economic Analysis of the Application of art. 9 of LINDB to Contractual Civil Obligations

Danielle Cristina Lanius

Ivo Teixeira Gico Jr.

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	1
<i>CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO</i>	3
A RESOLUÇÃO 2272 (2016) DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS – O POSICIONAMENTO DA ONU FACE ÀS ALEGAÇÕES DE ABUSO E EXPLORAÇÃO SEXUAL POR SUAS TROPAS DE PAZ	3
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima	
<i>CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....</i>	9
Nadia de Araujo, Marcelo De Nardi, Gustavo Ribeiro, Fabrício Polido e Inez Lopes	
I. ATOS E FATOS INTERNACIONAIS.....	9
CRÔNICA 1. NOVIDADES DE 2017 SOBRE CIRCULAÇÃO FACILITADA DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS	9
CRÔNICA 2: O DIREITO TRANSNACIONAL E OS EPISÓDIOS DAS CARNES.....	16
II. DECISÕES	20
CRÔNICA 3: A IRRESISTÍVEL FORÇA DA ORDEM PÚBLICA E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS PELO STJ	20
III. LEGISLAÇÃO DOMÉSTICA OU COMPARADA	26
CRÔNICA 4 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MUDANÇA DE PARADIGMA DA LEI DE MIGRAÇÃO NO BRASIL.....	26
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	35
NON-ADJUDICATORY STATE-STATE MECHANISMS IN INVESTMENT DISPUTE PREVENTION AND DISPUTE SETTLEMENT: JOINT INTERPRETATIONS, FILTERS AND FOCAL POINTS	37
Catharine Titi	

MAPPING THE DUTIES OF PRIVATE COMPANIES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW	50
Nitish Monebhurrun	
LA LÉGITIMITÉ DE L'INVESTISSEMENT DEVANT L'ARBITRE INTERNATIONAL: À LA RECHERCHE D'UN POINT D'ÉQUILIBRE	73
Hervé Ascensio	
HOST STATES AND STATE-STATE INVESTMENT ARBITRATION: STRATEGIES AND CHALLENGES.....	81
Murilo Otávio Lubamdo de Melo	
RIGHT TO REGULATE, MARGIN OF APPRECIATION AND PROPORTIONALITY: CURRENT STATUS IN INVESTMENT ARBITRATION IN LIGHT OF <i>PHILIP MORRIS V. URUGUAY</i>.....	95
Giovanni Zarra	
INVESTMENTS ON DISPUTED TERRITORY: INDISPENSABLE PARTIES AND INDISPENSABLE ISSUES....	122
Peter Tzeng	
THE INFLUENCE OF GENERAL EXCEPTIONS ON THE INTERPRETATION OF NATIONAL TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW	140
Louis-Marie Chauvel	
UMA PROPOSTA DE REFLEXÃO SOBRE OS ACFIS: ATÉ QUE PONTO O TRATAMENTO DE NAÇÃO MAIS FAVORECIDA PODE MINAR A ESTRATÉGIA POLÍTICA QUE OS EMBASA?	160
Michelle Ratton Sanchez Badin, Daniel Tavela Luis e Mario Alfredo de Oliveira	
ECUADOR'S 2017 TERMINATION OF TREATIES: HOW NOT TO EXIT THE INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME.....	179
Jose Gustavo Prieto Muñoz	
ONE BELT, ONE ROAD: NOVAS INTERFACES ENTRE O COMÉRCIO E OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS	193
Flávio Marcelo Rodrigues Bruno e Marilda Rosado de Sá Ribeiro	
III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS.....	214
TOLERÂNCIA E REFUGIO: UM ENSAIO A PARTIR DO ACORDO EU-TURQUIA	216
Flávia Cristina Piovesan e Ana Carolina Lopes Olsen	

O TRATAMENTO DO APÁTRIDA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS...	237
Jahyr-Philippe Bichara	
O CARÁTER HUMANISTA DA LEI DE MIGRAÇÕES: AVANÇOS DA LEI N. 13.445/2017 E OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO	254
Marcelo Dias Varella, Clarice G. Oliveira, Mariana S.C. Oliveira e Adriana P. Ligiero	
REFORM OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL: THE EMPEROR HAS NO CLOTHES.	268
Ljubo Runjic	
A IDEIA DE QUE OS LATINO-AMERICANOS PREFEREM O AUTORITARISMO À DEMOCRACIA À LUZ DA REINTERPRETAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO	286
Gina Marcilio Pompeu e Ana Araújo Ximenes Teixeira	
A PROTEÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO DIVERSAS NA CORTE PENAL INTERNACIONAL: ENTRE REALPOLITIKS E OS DIREITOS HUMANOS	313
Gustavo Bussmann Ferreira	
A DESNACIONALIZAÇÃO E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NA REPÚBLICA DOMINICANA.	331
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro e Rodrigo Ichikawa Claro Silva	
COMPETÊNCIA DO TPI NO CASO DO ATAQUE AO HOSPITAL DE KUNDUZ: UMA ANÁLISE ENVOLVENDO A JURISDIÇÃO DO TPI EM RELAÇÃO A NACIONAIS DE ESTADOS NÃO-PARTE DO ESTATUTO DE ROMA	349
Filipe Augusto Silva e Renata Mantovani de Lima	
A CRIMINALIZAÇÃO DOS IMIGRANTES EM SITUAÇÃO IRREGULAR NA ITÁLIA: BIOPOLÍTICA E DIREITO PENAL DO AUTOR.....	369
Maiquel Angelo Dezordi Wermuth e Jeannine Tonetto de Aguiar	
THE NEW RULES ON TRADE AND ENVIRONMENT LINKAGE IN PREFERENTIAL TRADE AGREEMENTS	389
Alberto do Amaral Júnior e Alebe Linhares Mesquita	
BEYOND THE BORDER BETWEEN THE NORTH AND THE SOUTH: TOWARDS A DECOLONIZATION OF EPISTEMOLOGIES AND FIELDS OF RESEARCH ON MERCOSUR.....	413
Karine de Souza Silva	

A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	430
Aziz Tuffi Saliba e Alexandre Rodrigues de Souza	
REGIME DE TRANSPARÊNCIA FISCAL NA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR (CFC RULES): LACUNAS E CONFLITOS NO DIREITO BRASILEIRO	450
Paulo Rosenblatt e Rodrigo Torres Pimenta Cabral	
AS REGRAS BRASILEIRAS DE TRIBUTAÇÃO DE CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR: VERDADEIRAS CONTROLLED FOREIGN COMPANY (CFC) RULES?	465
Melina de Souza Rocha Lukic e Amanda Almeida Muniz	
O RETORNO DE BENS CULTURAIS.....	490
Aziz Saliba e Alice Lopes Fabris	
DIREITOS CULTURAIS E NAÇÕES UNIDAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DECLARAÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE INTOLERÂNCIA E DISCRIMINAÇÃO BASEADAS NA RELIGIÃO OU NA CRENÇA	511
Leilane Serratine Grubba e Márcio Ricardo Staffen	
OS REFLEXOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA O DESENVOLVIMENTO INTERNO: UMA ANÁLISE SOBRE O SISTEMA PATENTÁRIO BRASILEIRO E A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA.....	525
Michele M. Segala e Isabel Christine S. De Gregori	
O CASO HIPOTÉTICO DA MORTE DO EMBAIXADOR FRANCÊS NA ESPANHA: DUAS ESPÉCIES DE IUS GENTIUM EM FRANCISCO DE VITORIA	537
Rafael Zelesco Barretto	
DE VOLTA À BEVILAQUA: ANÁLISE ECONÔMICA DA APLICAÇÃO DO ART. 9º DA LINDB ÀS OBRIGAÇÕES CIVIS CONTRATUAIS	566
Danielle Cristina Lanius e Ivo Teixeira Gico Jr	

De volta à Bevilaqua: análise econômica da aplicação do art. 9º da LINDB às obrigações civis contratuais*

Back to Bevilaqua: Economic Analysis of the Application of art. 9 of LINDB to Contractual Civil Obligations

Danielle Cristina Lanisus**

Ivo Teixeira Gico Jr***

RESUMO

Desde 1942, o art. 9º da LINDB impõe às partes de contratos internacionais que o direito aplicável a sua relação deverá ser o do local da celebração do contrato. O presente artigo pretende demonstrar que, na linha das legislações mais modernas e do ponto de vista juseconômico, a *lex loci celebrationis* não deve ser imposta, mas sim utilizada como norma supletiva, em caso de silêncio das partes, preservando a autonomia da vontade. A imposição da *lex loci celebrationis* limita a capacidade de os agentes se organizarem e dificulta a inserção no Brasil no comércio internacional, portanto, a regra deve ser alterada.

Palavras-chave: Conflito de Leis. Obrigações Civis Contratuais. Eficiência. LINDB.

ABSTRACT

Since 1942, Article 9 of The National Introductory Statute to Brazilian Law imposes on international contracting parties that the applicable law to their contracts should be the one of the place where the contract was signed. In accordance with most modern laws, this paper uses a law & economics approach to show that *lex loci celebrationis* should not be imposed, but used only as a supplementary rule in case the contract is silent. Parties' autonomy should be preserved. The principle *lex loci celebrationis* limits the parties' abilities to organize themselves and creates difficulties to Brazil's participation at world trade, hence, the applicable law rule should be changed.

keywords: Conflicts of Law. Contractual Obligation. Efficiency. NISB

1. INTRODUÇÃO

“O comércio internacional, de um lado, e, de outro, a diversidade das leis são o fundamento lógico e social deste ramo do direito”. Assim, Bevi-

* Recebido em 18/06/2017
Aprovado em 10/07/2017

** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito do UniCeUB. E-mail: dlanius@hotmail.com.

*** Doutor em Direito pela USP. Doutor em Economia pela UnB. Mestre com Honra Máxima (James Kent Scholar) pela Columbia Law School. E-mail: gico@ghdadogados.com.br.

laqua inaugurou sua obra “Princípios Elementares do Direito Internacional Privado”¹. Essa introdução parece apropriada quando se relembra que, no período que antecedeu o Código Civil de 1916, a lei brasileira não era precisa no que dizia respeito a regras aplicáveis a conflitos de leis. Aplicavam-se, ainda, as Ordenações do Reino², mas era das normas comerciais que se extraíam as regras de Direito Internacional Privado referentes às obrigações contratuais.

O Código Comercial de 1850 trazia, em seu art. 30, uma regra que valia “para a forma e para o fundo (substância) dos atos e obrigações realizadas no Brasil por negociantes aqui residentes”³: a *locus regit actum*. Essa mesma regra era aplicável no que diz respeito às formalidades extrínsecas dos contratos celebrados em país estrangeiro, nos termos do §2º, do art. 3º do Regulamento 737 de 1850. Também o art. 424 do Código Comercial, ao referir-se a contestações judiciais referentes a letras de câmbio, indicava que estas seriam “decididas segundo as Leis ou usos comerciais das Praças dos países, onde estes atos forem praticados”⁴. Na opinião de Bevilacqua⁵, generalizando o que dispunha esse artigo, teríamos “um princípio justo: a substância e o efeito das obrigações serão regulados pela lei do lugar onde forem contrahidas, salvo expressa convenção das partes contractantes”.

Tais regras de conexão, no entanto, não eram aplicadas de forma incontroversa. Valladolid⁶, por exemplo, afirmava que a melhor diretriz era aquela defendida por Teixeira de Freitas, segundo a qual, quanto à substância das obrigações comerciais, deveria ser aplicada a lei do

lugar da execução⁷, conforme disposto no art. 4º do Regulamento 737⁸.

Apesar dessas construções doutrinárias, o Brasil carecia de um corpo de regras de Direito Internacional Privado mais preciso e adequado às necessidades da época. Somente com a promulgação do Código Civil de 1916 é que foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, de forma mais sistemática, normas sobre a aplicação das leis, direito intertemporal e direito internacional privado⁹. Os 21 artigos que estruturavam a aplicação do Direito brasileiro ficaram conhecidos, originalmente, como a Introdução ao Código Civil de 1916.

O art. 13 da Introdução ao Código Civil de 1916 estabeleceu que as obrigações seriam reguladas, quanto à substância e aos seus efeitos, salvo estipulação em contrário, pela lei do lugar onde foram contraídas, excepcionando, no parágrafo único, as hipóteses em que necessariamente seriam regidas pela lei brasileira¹⁰. Observa-se que foi adotado o critério da lei do local da celebração (*lex loci celebrationis*), mas, em linha com as con-

1 BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Campinas: Red Livros, 2002. p. 11.

2 Sobre conflito de leis nas Ordenações vide POUSSADA, E. L. R. *Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. 2006. 263f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

3 VALLADÃO, H. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos: parte especial*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1978. v. 3. p. 24.

4 Esse artigo foi revogado pelo Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que, em seu art. 47, estipulou que “a substância, os efeitos, a forma extrínseca e os meios de prova da obrigação cambial são regulados pela Lei do lugar onde a obrigação foi firmada”, mantendo como elemento de conexão a *lex loci celebrationis*.

5 BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Campinas: Red Livros, 2002. p. 267.

6 VALLADÃO, H. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos: parte especial*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1978. v. 3. p. 24.

7 Esse princípio viria a sofrer atenuação com a adoção, no Código Comercial português de 1888 da lei do lugar da celebração, no que diz respeito à substância e efeitos, salvo convenção em contrário (autonomia da vontade) e do lugar da realização, no que diz respeito ao modo de cumprimento. Cfr. VALLADÃO, H. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos: parte especial*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1978. v. 3. p. 25.

8 O art. 4º dispunha que “os contratos comerciais, ajustados em Paiz estrangeiro mas exequíveis no Imperio, serão regulados e julgados pela Legislação Commercial do Brasil”. Entendia-se, pois, a *contrario sensu*, que as obrigações exequíveis no estrangeiro seriam regidas pela lei estrangeira, “embora pudessem ser julgadas pelos tribunais brasileiros”. VALLADÃO, H. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos: parte especial*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1978. v. 3. p. 25.

9 Nesse sentido, Araújo esclarece que “somente com a Introdução ao Código Civil de 1916, na era republicana, teve o país um conjunto de regras específicas” que, segundo ela, foram “fortemente influenciadas pela técnica europeia”. Cfr. ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 90.

10 As exceções eram os casos de contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil, as obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro, os atos relativos a imóveis situados no Brasil e os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

cepções econômicas¹¹ e políticas da época¹², foi incluída a possibilidade de que as partes pudessem escolher a lei aplicável ao contrato.

A Introdução ao Código Civil foi substituída pela Lei de Introdução do Código Civil (LICC)¹³, por meio do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, que, em matéria de obrigações, consagrou, em seu art. 9º, o princípio da *lex loci celebrationis*.

A alteração introduzida pelo art. 9º da LICC gerou uma série de controvérsias no que diz respeito à sua interpretação. Doutrinadores como Araújo¹⁴, Diniz¹⁵ e Basso¹⁶ entenderam que o legislador teria rejeitado o princípio da autonomia da vontade ao retirar a expressão “salvo estipulação em contrário”. Sua utilização estaria, portanto, restrita ante o caráter imperativo da norma, admitindo-se sua aplicação apenas na hipótese de a autonomia da vontade estar prevista pela lei do país em que a obrigação se constituiu. Outros, a exemplo de Dolinger¹⁷, não excluíram a possibilidade de aplicação do princípio da autonomia da vontade, pois advogam em favor da não obrigatoriedade da regra *locus regit actum*.

A despeito dessa discussão doutrinária, para fins deste artigo, considerar-se-á a interpretação dada pela primeira corrente, segundo a qual não há guarida para a autonomia da vontade no âmbito das obrigações internacionais, a menos que esteja prevista na lei do local da celebração.

Há que se reconhecer, no entanto, que a regra *lex loci celebrationis* não é absoluta no ordenamento jurídico brasileiro. Sua aplicação pode ser afastada “nas hipóteses de arbitragens sobre direitos obrigacionais (patrimoniais) disponíveis, conforme disposto na Lei n. 9.307/96”¹⁸. Ademais, com a aprovação pelo Congresso Nacional da adesão à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que entrou em vigor em abril de 2014, a autonomia da vontade passa a conviver, nas hipóteses reguladas pela Convenção, com a norma da LINDB.

Ressalta-se, ainda, que diversos tratados de Direito Internacional, tais como a Convenção de Roma de 1980 (hoje superada pelos Regulamentos¹⁹) e a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, ainda não ratificada pelo Brasil, passaram a adotar a autonomia da vontade como critério de escolha da lei aplicável. Quanto maior for a adesão a esses tratados, mais frequentemente a autonomia da vontade será utilizada como regra de conexão nos contratos internacionais.²⁰

Por essa razão, tanto a doutrina como o Estado brasileiro já reconheceram a necessidade de modernização das regras brasileiras de Direito Internacional Privado. Comissões de especialistas foram constituídas pelo Ministério da Justiça, projetos de lei foram encaminhados ao Congresso (como, por exemplo, o PL n. 4.905), mas, até a presente data, essas iniciativas não foram frutíferas. Nas palavras de Dolinger²¹,

[E]spera-se há anos que o Congresso aprove o projeto de Lei nº 269 do Senado, apresentado em 2004 pelo senador Pedro Simon, que cria uma nova, moderna legislação sob o título ‘Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas’, para substituir a Lei de Introdução, estabelecendo princípios e regras

11 Ao discorrer sobre a evolução histórica dos elementos de conexão do Direito Internacional Privado, Araújo demonstra a influência de questões de caráter econômico em sua adoção pelos Estados. Cfr. ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 437.

12 Amorim relaciona a redação do art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil, especificamente no que tange ao fato de que facultava às partes o direito de escolha da lei aplicável, com a “influência do Liberalismo ainda predominante na época da entrada em vigor do nosso Código”. Cfr. AMORIM, E. C. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 156.

13 A LICC foi alterada pela Lei nº 12.376, de 2010, que lhe modificou o nome para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), sem acrescentar qualquer outra mudança em seu conteúdo. A redação do art. 9º permanece vigente até a presente data.

14 ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 323.

15 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

16 BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 199.

17 DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 521.

18 BASSO, M. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 203.

19 Regulamento (CE) nº 593/2008, de 17 de junho de 2008 (Roma I) e Regulamento (CE) nº 864/2007, de 11 de julho de 2007 (Roma II).

20 Além disso, a realidade incontestável da adoção internacional do princípio da autonomia da vontade está cristalizada no *Second Restatement*. Segundo Ruhl, mesmo nos Estados americanos que ainda adotam o *First Restatement*, a jurisprudência dos tribunais aplica amplamente o parágrafo 187 do *Second Restatement*. Cfr. RÜHL, G. Party Autonomy in the Private International Law of Contrats: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper n. 4, v. 3, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>>.

21 DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 543.

conformes à legislação de praticamente todos os países. Basta dizer que a de 1942 não reconhece expressamente a liberdade dos contratantes em pactos internacionais de escolher a lei que será aplicada – a brasileira ou a estrangeira –, autonomia que é aceita por todas as legislações e convenções internacionais. Esta falha tem causado prejuízos na atuação internacional da empresa brasileira.

Dada a tendência internacional pela adoção do princípio da autonomia da vontade e as tentativas frustradas de modernização do Direito Internacional Privado brasileiro, surgem, inevitavelmente, os seguintes questionamentos: primeiro, a norma vigente, que estabelece a lei do lugar da celebração, é eficiente para reger e qualificar as obrigações contratuais? E, segundo, as mudanças legislativas poderiam ser efetuadas para melhor adequar a legislação brasileira às necessidades do comércio internacional?²²

A resposta a essas perguntas, enunciadas em termos de eficiência, exige a utilização de instrumentos analíticos da Economia, pois o Direito não fornece ao jurista as ferramentas necessárias para investigar a eficiência das normas jurídicas. Tal opção metodológica implicará o redirecionamento de uma abordagem tradicional, com foco jurídico-político, e, portanto, mais centrada nos Estados, para uma análise econômica, centrada no indivíduo.

Essa proposta é consistente com as ideias de Lehmann que defende a emancipação do indivíduo das disputas entre Estados e a criação de uma Teoria do Conflito de Leis na qual o indivíduo esteja no cerne da análise, justamente em razão de os conflitos se iniciarem com uma disputa entre particulares e por serem estes os mais diretamente afetados pela aplicação de uma determinada lei²³.

22 Segundo Gico Junior, “a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada”. Assim, um juseconomista normalmente se perguntaria “como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico)” e “como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos [...] na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose)”. Cfr. GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 21, jan./jun. 2010.

23 LEHMANN, M. From Conflict of Laws to Global Justice. *Columbia University Academic Commons*, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10022/AC:P:10223>>.

Essa “ética consequencialista”²⁴, expressa no pensamento de Lehmann, ajusta-se bem à perquirição da eficiência das normas de conflito de leis. Ademais, a opção por adotar ferramentas de análise econômica requer a aceitação de algumas premissas, entre elas, o individualismo metodológico, segundo o qual “a função do Estado é restrita pelas preferências de seus cidadãos”, não sendo ele “mais que o agregado das preferências individuais”²⁵.

Nesse contexto, é interessante examinar a regra de conflito de leis prevista no art. 9º da LINDB sob a ótica da eficiência, tendo o indivíduo como centro da análise.

2. METODOLOGIAS PARA AFERIÇÃO DA EFICIÊNCIA

2.1. Premissas do método econômico

O método a ser aplicado se baseia em alguns postulados fundamentais que, apesar de amplamente conhecidos, precisam ser pontuados, pois a análise econômica se sustenta e, também, é limitada em razão dessas premissas.

Em primeiro lugar, parte-se da ideia de que os recursos são limitados e, portanto, “a escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes”²⁶. Cada escolha presume “um custo, um trade off, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de custo de oportunidade”²⁷. Para fazer suas escolhas, “os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar”, ou seja, adotam uma conduta racional maximizadora²⁸.

24 SCHÄFER, H.; OTT, C. *The Economic Analysis of Civil Law*. Heidelberg: Springer-Verlag, 2004. p. 4.

25 SCHÄFER, H.; OTT, C. *The Economic Analysis of Civil Law*. Heidelberg: Springer-Verlag, 2004. p. 5.

26 GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 22, jan./jun. 2010.

27 GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 22, jan./jun. 2010.

28 GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 22, jan./jun. 2010.

Por fim, considerando-se a premissa de que os “agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir”, “uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a [...] realizar outra escolha.”²⁹. Em resumo, a ideia central da abordagem juseconômica é que os agentes são racionais e respondem a incentivos para tentar maximizar a sua utilidade, na busca de sua felicidade. Nesse contexto, regras jurídicas diferentes levam a comportamentos sociais diferentes, por sua vez, regras jurídicas diferentes sobre conflitos de leis no espaço geram comportamentos sociais diferentes. Com esses postulados em mente, passemos à questão da eficiência.

2.2. Conceito econômico de eficiência

Embora utilizado por juristas, muitas vezes de forma atécnica³⁰, o conceito de eficiência não é jurídico, mas econômico.³¹ No entanto, o termo eficiência pode ter mais de um significado, sendo mais correntes os conceitos de eficiência produtiva e de eficiência alocativa. A eficiência produtiva diz respeito ao aproveitamento ótimo dos recursos de produção, isto é, produzir mais (*output*) com os mesmos recursos (*input*) ou produzir o mesmo tanto com menos recursos. Isto é ser eficiente do ponto de vista produtivo.

Apesar de ser um desafio para juristas, o conceito de eficiência produtiva pouco varia entre os economistas. A ideia está, sempre, relacionada com “prover o máximo produto com os recursos e tecnologia disponível”³² e remete, portanto, à eliminação de desperdício e à obtenção do máximo de resultado com os recursos disponíveis (produzir mais dispondo da mesma quantidade

de recursos ou produzir o mesmo consumindo menos recursos).

A eficiência alocativa, por outro lado, está relacionada às finalidades a que determinados recursos estão alocados em uma determinada situação. Quando os recursos estão alocados para sua finalidade mais valiosa, se diz que há eficiência alocativa. Quando recursos que estão empregados para uma finalidade poderiam ser empregados para outra finalidade mais valiosa, diz-se que esta alocação é ineficiente e, portanto, não é alocativamente eficiente. Aqui há um julgamento em relação à alocação e uma pergunta se esta alocação reflete as preferências sociais. Assim, um mercado é eficiente, em termos alocativos, quando as empresas produzem até que o custo marginal de uma unidade produzida se iguale ao valor dado pelos consumidores àquela unidade. Conforme sintetizado por Mankiw³³, uma alocação é eficiente quando maximiza “o excedente total recebido por todos os membros da sociedade”³⁴

Quando se pensa em aferição de eficiências, o principal referencial teórico é o critério de Pareto³⁵. Um sistema será Pareto eficiente quando não houver nenhuma outra alternativa na qual o bem-estar de, pelo menos, uma pessoa seja maior, sem que seja reduzido o bem-estar de qualquer outra. É um estado em que não é possível melhorar a utilidade de um agente sem diminuir a utilidade de outro.

Embora seja uma construção teórica pouco suscetível a críticas de princípio, sua aplicabilidade prática é, no entanto, muito restrita, pois a objeção de um único indivíduo ou grupo é suficiente para bloquear uma decisão, ainda que esta seja a escolha mais vantajosa para todos os demais^{36,37}. Além disso, duas alocações Pareto

29 GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 22, jan./jun. 2010.

30 É recorrente, entre os juristas, uma confusão entre conceitos de eficiência, eficácia e efetividade. Esse problema está presente, por exemplo, em Bercovici que associa eficiência ao atingimento de resultados. BERCOVICI, G. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005

31 BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política*: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 201, em sua costureira lucidez, corrobora essa ideia ao afirmar que a eficiência é “um juízo técnico, e não moral”. Também SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 651 deixa claro seu entendimento de que se trata de uma categoria econômica, e não jurídica.

32 WONNACOTT, P.; WONNACOTT, R. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994. p. 808.

33 MANKIWI, N. G. *Introdução à Economia*: Princípios de Micro e Macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 153.

34 Excedente total em um mercado seria o resultado da diferença entre “o valor total atribuído pelos compradores dos bens, medido por sua disposição para pagar” e “os custos dos produtores que fornecem o bem”. Cfr. MANKIWI, N. G. *Introdução à Economia*: Princípios de Micro e Macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 153.

35 Segundo Buchanan, o princípio desenvolvido por Pareto é o conceito de eficiência mais amplamente aceito. Cfr. BUCHANAN, A. E. *Ethics, Efficiency and the Market*. Oxford: Clarendon Press, 1985. p. 4.

36 SCHÄFER, H.; OTT, C. *The Economic Analysis of Civil Law*. Heidelberg: Springer-Verlag, 2004. p. 22.

37 Não por outra razão, a ideia análoga à eficiência de Pareto no âmbito da Política é o consenso. Cfr. BUCHANAN, A. E. *Ethics, Efficiency and the Market*. Oxford: Clarendon Press, 1985. p. 12.

eficientes não podem ser comparadas exclusivamente com base nesse princípio³⁸.

Para fazer frente a essas limitações práticas, e ante ao “fato de que quase nunca as condições para a superioridade de Pareto são satisfeitas na vida real”³⁹ (POSNER, 2007, p. 13, tradução nossa), Nicholas Kaldor e John Hicks desenvolveram o critério da compensação. Uma mudança social é Kaldor-Hicks eficiente quando alguns indivíduos auferem um acréscimo em seu bem-estar e outros são indiferentes ou sofrem um decréscimo em relação ao estado social original, mas o ganho em bem-estar do primeiro grupo após a mudança é mais que suficiente para compensar as perdas do segundo, ainda que tal compensação não ocorra. Em outras palavras, uma transação será Kaldor-Hicks eficiente se redundar em um aumento do bem-estar social total⁴⁰.

Quando, então, pode-se dizer que as transações são eficientes? Em termos de eficiência produtiva, um contrato será eficiente quando permitir às partes a obtenção do máximo de resultado com os recursos disponíveis e haverá eficiência alocativa quando “cada recurso estiver alocado para a parte que mais o valorize e cada risco para a parte que possa suportá-lo com o menor custo”⁴¹. Spagnolo⁴², por sua vez, sintetiza a questão da seguinte forma:

Diz-se que as decisões tomadas pelas partes de uma negociação são racionalmente controladas pelo custo-benefício marginal das trocas. Custos de transação criam um atrito na alocação eficiente dos recursos [...]. Da mesma forma, assimetrias de informação distorcem as trocas de bens, assim como as externalidades. [...] Entende-se, convencionalmente, que essas barreiras inviabilizam que se obtenha um resultado Pareto ou Kaldor Hicks eficiente, pois resultam em uma alocação inferior à utilidade ótima. Isso leva a um importante princípio normativo que surge da análise econômica do Direito Contratual; que a lei deveria ser estruturada a fim de reduzir os custos de transação de forma a encorajar as trocas e, deste modo, facilitar uma alocação eficiente de recursos.

38 SCHÄFER, H.; OTT, C. *The Economic Analysis of Civil Law*. Heidelberg: Springer-Verlag, 2004. p. 28.

39 POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 13.

40 O critério envolve a possibilidade teórica do pagamento de compensação pelos ganhadores aos perdedores, embora não se exija que essa compensação seja efetivamente realizada daí também ser chamada de Pareto-Potencial.

41 Tradução livre de COOTER, R.; ULEN, T. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000. p. 206.

42 Tradução livre de SPAGNOLO, L. *CISG Exclusion and Legal Efficiency*. Holanda: Kluwer Law International, 2014. p. 26-27.

Em conclusão, se admitirmos que a eficiência pode ser promovida pela lei, ao reduzir ou remover custos de transação, é possível analisar a regra de conflito de leis prevista no art. 9º da LINB e perquirir se ela atende às necessidades dos indivíduos ou grupos a ela submetidos, nas perspectivas dos próprios grupos.

3. CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O ART. 9º DA LINDB

Para analisar a regra de conflito de leis prevista no art. 9º da LINB, nos termos propostos no item anterior, é necessário, preliminarmente, identificar quais são os objetivos do Direito Contratual e, na seqüência, levantar os aspectos em que a adoção do elemento de conexão *lex loci celebrationis* promove ou restringe a eficiência.

A função social do contrato e, portanto, o fim último buscado pelo Direito Contratual é (i) gerar um nível ótimo de confiança entre as pessoas que interagem e (ii) reduzir ao máximo os custos de transação dessa interação. A confiança é criada (iii) pela garantia legal de que, uma vez realizada a promessa juridicamente protegível (contrato), o Estado garantirá que as partes cumpram com sua palavra (vedação ao comportamento divergente) e (iv) pela intervenção estatal nos casos de falha de mercado, como nas hipóteses de vício de vontade, erro e coação. Já os custos são reduzidos (v) pela previsão de regras estruturantes que facilitam a negociação e (vi) regras-padrão que se aplicarão supletivamente na hipótese de as partes não terem acordado de forma diversa⁴³.

Assim, do ponto de vista contratual, a eficiência da regra contida no art. 9º da LINB deve ser vista à luz da função social do contrato e, portanto, à luz da razão pela qual as pessoas realizam contratos e como organizam suas vidas e interações sociais. Se a regra de conflito de leis no âmbito das obrigações prejudicar qualquer desses objetivos ou se levar a um aumento nos custos de transação, inferior aos benefícios que eventualmente promova, estar-se-á diante de uma regra ineficiente, pois estará a minar a própria razão da existência da lei substantiva aplicável.

A eficiência da regra de conexão pode ser analisada

43 GICO JUNIOR, I. T. *A Função Social dos Contratos*. Brasília, 2017. *Mimeo*.

a partir de seus efeitos nos diversos estágios da transação: 1) negociação; 2) elaboração; 3) cumprimento e 4) litígio.

3.1. Fase de negociação (pré-contratual)

Nessa fase, é relevante analisar tanto aspectos relacionados à assimetria de informação quanto questões que favorecem ou não o fechamento do contrato. Pela redação atual da LINDB, como visto anteriormente, a regra de conexão é a lei do local da celebração. Na hipótese de o contrato ser firmado entre ausentes, o § 2º do art. 9º determina que a obrigação resultante do contrato se reputa constituída no lugar onde residir o proponente.

A vantagem da norma vigente é que, ao estabelecer regras definidas quanto à lei aplicável, reduz os custos de negociação dos contratos, que poderão ser omissos sobre a questão da escolha da lei aplicável⁴⁴. Há situações em que a adoção da autonomia da vontade pode impedir a contratação, caso as partes não consigam chegar a um acordo no que diz respeito à lei aplicável. Além disso, as partes sabem, de antemão, qual será a lei aplicável, de forma que isso reduz a incerteza, diminuindo os riscos da transação e, portanto, favorecendo, em última análise, o comércio internacional.⁴⁵

Ademais, as partes, cientes da regra do art. 9º, podem escolher a norma aplicável ao contrato ao definir o local de sua celebração. Embora essa escolha possa implicar custos aos contratantes (custos com deslocamento, por exemplo), ela confere a eles alguma flexibilidade na escolha da lei aplicável, o que tende a ser mais eficiente. Isso porque, em tese, as partes teriam melhores condições de escolher a lei mais adequada para regular suas relações contratuais. E, tendo em vista a possibilidade do envio de procurações, mundo afora, via internet, os custos de transação dessa opção ficariam, significativamente, reduzidos. Embora aparentemente, a norma apresente benefícios, ela, também, gera certos custos. A primeira e mais forte objeção é concernente ao fato de

que nem sempre é tão simples definir qual foi o lugar da celebração⁴⁶. Essa dificuldade toma uma dimensão muito preocupante quando relacionada ao comércio eletrônico. No contexto das contratações *on-line*, a referência geográfica do lugar da contratação está cada vez mais esvaziada, ainda mais quando se considera a massiva utilização de dispositivos móveis. Schreiber⁴⁷ sintetiza a questão ao afirmar que, “o lugar da contratação passa, com o comércio eletrônico, a ser uma espécie de abstração, uma ficção que os juristas lutam com unhas e dentes para preservar, mas que se revela cada vez mais artificiosa e irreal”⁴⁸.

Além disso, Andrade⁴⁹ ressalta que “o lugar do contrato poderá ser meramente accidental, não sendo justo que as partes se vejam jungidas permanentemente a um ordenamento jurídico com o qual jamais terão contato”, caso em que a regra de conexão se mostra claramente ineficiente, pois nenhuma das partes terá qualquer ganho de bem-estar decorrente da adoção da regra.

Mais preocupante, porém, é a insegurança que a norma traz aos contratos celebrados entre ausentes. A discussão doutrinária em torno do tema, por si só, evidencia o grau de incerteza que esse dispositivo aporta às contratações internacionais. Alguns defendem que a norma, ao afirmar que a obrigação se encontra constituída no lugar onde residir o proponente, estabeleceu

44 COOTER, R.; ULEN, T. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000. p. 201.

45 Essa promessa de harmonia na aplicação da lei, uniformidade e segurança jurídica, apregoadas pelo método clássico, são desmistificadas por Juenger, tanto no âmbito extracontratual, como no âmbito contratual. Cfr. JUENGER, F. K. *General Course on Private International Law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, v. 193, 1985. p. 190 e 191.

46 Os exemplos tradicionais que expressam essa dificuldade são, em geral, pitorescos, como a possibilidade de contratar durante um voo internacional ou em águas internacionais.

47 SCHREIBER, A. *Contratos Eletrônicos e Consumo. Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 101, jul./set. 2014.

48 Schreiber alerta ainda que a aplicação da regra do lugar onde residir o proponente “resultaria em constante reenvio à lei do país do fornecedor, na medida em que os sites de varejo exibem propostas permanentes ao público que o consumidor simplesmente ‘aceita’ mediante o pressionar de um botão do seu teclado ou mouse”. Segundo ele, tais sites por vezes omitem a identidade do fornecedor e seu endereço físico de modo que “o consumidor brasileiro acabaria por se sujeitar à legislação de um país que, no ato da contratação, sequer sabe precisamente qual é, gerando uma situação de inequívoco desequilíbrio em seu desfavor”. Cfr. SCHREIBER, A. *Contratos Eletrônicos e Consumo. Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 103, jul./set. 2014.

49 ANDRADE, A. P. *Manual de Direito Internacional Privado*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978. p. 231.

o domicílio⁵⁰ como regra de conexão⁵¹. Para outros, “a regra encontra-se em descompasso com o art. 435 Código Civil de 2002”, ao estabelecer que o contrato se reputa celebrado no local em que tenha sido proposto e reafirma que o local da oferta é que “deve ser considerado como o local de constituição das obrigações, porque é do contrato que elas nascem”⁵². Por fim, há quem afaste o critério domiciliar e interprete o texto de forma literal, adotando o critério da residência, que seria mais flexível, considerando que muitos negócios se concretizam fora do domicílio dos contratantes⁵³.

Seja como for, a celeuma doutrinária demonstra, claramente, a ineficiência da norma e seu efeito deletério sobre a previsibilidade das regras, o que aumenta os custos de transação incidentes sobre a negociação. Nas palavras de Wagner⁵⁴, a insegurança jurídica “pode ser vista como uma barreira não-tarifária ao comércio” e “gera um nível inferior de atividade comercial e receitas”, pois algumas das transações “não poderão ser concretizadas, ou o serão de forma ineficiente, uma vez que os indivíduos precisam atuar sob crescente incerteza”.

Ainda na fase pré-contratual, é essencial avaliar os impactos da regra do art. 9º sobre as questões relacionadas a assimetria de informação. Nesse âmbito, porém, qualquer regra de conexão, incluindo a autonomia da vontade, terá potencial de gerar custos de transação, pois em uma negociação internacional é recorrente que uma, ou ambas as partes, não esteja familiarizada com o conteúdo da lei aplicável. Essa parte incorrerá em custos para obter informações se o investimento necessário for “inferior ao benefício esperado de ser informado”⁵⁵.

50 Castro pontua diversas situações em que o critério do domicílio pode se mostrar extremamente problemático, por exemplo na hipótese de haver mais de um proponente com domicílios diferentes, na situação em que o proponente não tiver domicílio conhecido ou na ocorrência de obrigações sinalagmáticas em que as partes são ao mesmo tempo credoras e devedoras, e têm domicílios diferentes. Cfr. CASTRO, A. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 433.

51 Cfr. DINIZ, M. H. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 67-68.

52 BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 209.

53 ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 317.

54 Tradução livre de WAGNER, H. *Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty: The Example of the European Union*. Outubro, 2004. Disponível em: <https://www.fernuni-hagen.de/hwagner/download/371-maastricht_181004_final_vers.pdf>. Acesso em: 21 set. 2016.

55 COOTER, R.; ULEN, T. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000. p. 209.

3.2. Fase de redação do contrato (*drafting*)

A adoção de qualquer regra de conexão (seja “vínculos mais próximos”, lugar da execução, lugar da celebração ou autonomia da vontade), que seja desconhecida por, pelo menos, uma das partes, gera custos de transação no momento da elaboração do contrato. Esses custos estão associados à língua, acessibilidade da legislação e ao conhecimento da jurisprudência.

No entanto, Ruhl⁵⁶ defende que assegurar às partes a liberdade de escolher a lei aplicável seria, em princípio, eficiente em termos econômicos. Subjacente à sua análise, está a premissa de que as partes atuam como agentes racionais maximizadores e que não escolheriam determinada lei aplicável ao contrato a menos que essa escolha lhes fosse vantajosa e mais adequada às suas necessidades. Haveria, portanto, fortes razões econômicas para a adoção da autonomia da vontade que poderia ser Pareto eficiente, na hipótese de que a escolha não reduza o bem-estar de terceiros ou Kaldor-Hicks eficiente quando a escolha das partes não reduzir o bem-estar de terceiros mais do que aumentar o bem-estar dos contratantes.

Uma outra vantagem da autonomia da vontade diz respeito ao fato de que, quanto mais diversidade houver nos contratos de uma determinada empresa quanto à definição da lei aplicável, maiores serão os custos de transação. A possibilidade que as partes escolham a lei aplicável pode ser benéfica às empresas que buscam reduzir seus custos, pois a escolha recorrente de determinada lei propicia o aprendizado e pode gerar economias de escala⁵⁷. A regra brasileira não propicia esse ganho, pois dependerá do lugar da celebração, que poderá variar de contrato para contrato.

A autonomia da vontade pode, ainda, facilitar a concretização dos contratos nas hipóteses em que as partes tenham restrições específicas a aplicação de determinada lei. Nesse caso, as partes podem escolher uma lei entendida por elas como “neutra”⁵⁸, o que poderá viabilizar a contratação.

56 RÜHL, G. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper n. 4, v. 3, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>>.

57 SPAGNOLO, L. *CISG Exclusion and Legal Efficiency*. Holanda: Kluwer Law International, 2014. p. 102-105.

58 Nem todos os ordenamentos jurídicos permitem que se escolha uma lei que não tenha qualquer relação com as partes ou o objeto da contratação, estabelecendo limites à autonomia da vontade, como ocorre, por exemplo, no caso do *Second Restatement* americano.

Apesar das suas evidentes vantagens, há que se reconhecer, em contrapartida, que a adoção do princípio da autonomia da vontade tende a levar o risco para a parte menos apta a prevê-lo ou evitá-lo.

3.3. Fase de cumprimento do contrato (performance)

A regra determinada no art. 9º da LINBD, conforme acima mencionado, pode levar a situações indesejáveis, nas quais a lei do local da celebração tem pouca relação com os interesses das partes. Apesar disso, no que diz respeito ao cumprimento do contrato, ela apresenta menores custos de transação do que, por exemplo, a “regra dos vínculos mais próximos”. A adoção dessa regra leva a problemas na definição *ex ante* da lei aplicável, o que pode reduzir a confiança dos contratantes.

Também pode-se dizer, no entanto, que a adoção da autonomia da vontade reduz custos de transação, pois as partes tenderão a escolher uma lei com a qual tenham familiaridade. Isso favorece a execução do contrato, pois terão maior clareza de suas obrigações e direitos e terão maior previsibilidade quanto ao desfecho de eventuais litígios, reduzindo, assim, o risco legal. Em resumo, como pontua Del’Olmo⁵⁹, “a principal virtude apontada à autonomia da vontade está em atender aos reais interesses das partes envolvidas na relação, o que, muitas vezes, as conexões objetivas [...] podem não realizar”.

3.4. Fase de litígio

Finalmente, na fase de litígios, tanto a regra do art. 9º da LINDB quanto a regra da autonomia da vontade têm o potencial de gerar incerteza, em especial, se a lei substancial aplicável não for a mesma da lei do foro. Os juízes, muitas vezes, resistem em aplicar a lei estrangeira e, quando o fazem, interpretam-na sob a ótica no direito pátrio.

O levantamento promovido por Ribeiro e Lupi⁶⁰ (2014) concernente à aplicação do direito material es-

trangeiro em contratos pelos Tribunais de Justiça brasileiros, de 2004 a 2013, reforça essa percepção. Embora em alguns casos se tenha reconhecido o direito aplicável como o direito estrangeiro, não foram encontradas decisões com “análise de dispositivos aplicados à espécie”⁶¹. A aplicação, segundo a pesquisa, restringia-se, em diversos casos, à “presunção de regularidade dos atos praticados no exterior” ou à “refutação da aplicação do direito doméstico”. Em outros casos, a aplicação da lei estrangeira foi afastada por questões de ordem pública ou de falta de prova do direito estrangeiro⁶².

Outras regras mais flexíveis, que permitem que o juiz defina discricionariamente a lei aplicável ao caso, em geral, com fundamento “nos vínculos mais estreitos”, implicam riscos elevados para as partes, que só saberão, *ex post*, a lei que regerá suas obrigações.

Além disso, via de regra, os magistrados não têm disponibilidade de tempo e recursos para, primeiro, definir a lei aplicável ao contrato e, depois, ainda ter que, muitas vezes, estudar a lei para aplicá-la. Essa situação aumenta os incentivos para que o magistrado aplique a lei do foro, ainda que essa decisão possa não ser a melhor para as partes.

A adoção do princípio da autonomia da vontade, no entanto, aporta um aspecto interessante levantado por Ruhl⁶³: a possibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes incentiva a competição entre os sistemas jurídicos e preserva as vantagens regulatórias das jurisdições estrangeiras. Note-se que a adoção da autonomia da vontade não impede a existência de regra especial para consumidores, em caso de relação de consumo, tampouco impõe às partes que aceitem este ou aquele ordenamento jurídico. Ela, apenas, liberta o indivíduo para que realize a sua escolha, de acordo com suas preferências.

61 RIBEIRO, G. F.; LUPI, A. L. P. B. A Aplicação do Direito Material Estrangeiro em Contratos pelos Tribunais de Justiça Brasileiros: uma análise sobre dez anos de jurisprudência (2004-2013). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34, n. 1, p. 81, jan./jun. 2014.

62 RIBEIRO, G. F.; LUPI, A. L. P. B. A Aplicação do Direito Material Estrangeiro em Contratos pelos Tribunais de Justiça Brasileiros: uma análise sobre dez anos de jurisprudência (2004-2013). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34, n. 1, p. 104, jan./jun. 2014.

63 RÜHL, G. Party Autonomy in the Private International Law of Contrats: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper n. 4, v. 3, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>>.

59 DEL’OLMO, F. S. *Curso de Direito Internacional Privado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 158.

60 RIBEIRO, G. F.; LUPI, A. L. P. B. A Aplicação do Direito Material Estrangeiro em Contratos pelos Tribunais de Justiça Brasileiros: uma análise sobre dez anos de jurisprudência (2004-2013). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34, n. 1, p. 81-107, jan./jun. 2014.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional Privado brasileiro “continua regulado pelas noções clássicas do século XIX, utilizando o sistema de regras de conexão bilaterais rígidas”⁶⁴. Há, no entanto, uma tendência internacional no sentido de se adotarem regras mais flexíveis, notadamente a autonomia da vontade.

O Brasil, apesar de não ter aprovado, até a presente data, modificações nas regras de conflito de leis que incorporem essa tendência de modernização, abriu caminho para a adoção da regra da autonomia da vontade pela aprovação dada Lei de Arbitragem e pela adesão à CISG, hipóteses nas quais a regra da autonomia da vontade passou a conviver com a norma da LINDB. Eventual decisão de modernizar as normas brasileiras de Direito Internacional Privado, no entanto, não deve descartar os relevantes aspectos pragmáticos que a análise econômica do Direito pode aportar, afinal, como visto, a legislação desempenha um papel relevante na estrutura de incentivos das partes no âmbito do comércio internacional.

Muito embora as regras clássicas de conflito de leis possam passar uma impressão de maior segurança jurídica, foi possível demonstrar que essa percepção pode ser ilusória. Na maioria das situações, a opção pela autonomia da vontade parece prevalecer em termos de custo-benefício.

Essa conclusão é consistente com as ideias de Juenger⁶⁵ para quem a aplicação do método clássico gera um custo muito superior a seus eventuais benefícios, além de não conseguir “sequer atingir seu modesto objetivo de harmonização”. A autonomia das partes na definição da lei aplicável parece ser, em sua opinião, a melhor solução, porém, é limitada pelas situações em que as partes não expressaram tal definição, o que nos remeteria novamente à adoção de algum dos métodos tradicionais de solução de conflito de leis no espaço.

Da mesma forma, Ruhl⁶⁶ aponta fortes razões eco-

nômicas para a adoção da autonomia da vontade que poderá ser Pareto eficiente, na hipótese de que a escolha não reduza o bem-estar de terceiros ou Kaldor-Hicks eficiente quando a escolha das partes não reduzir o bem-estar de terceiros mais do que aumentar seu bem-estar.

A adoção da autonomia da vontade tem o potencial de, sempre que as partes tiverem acesso à informação e não houver grande assimetria de poder entre elas, gerar situações eficientes em termos econômicos. E, se a opção for Pareto-eficiente, deveria, nas palavras de Cooter e Ulen⁶⁷, ser adotada. Além disso, por definição, quando as partes forem poderosas, certamente, negociarão a escolha da lei aplicável⁶⁸. Assim, a vedação à autonomia da vontade gera prejuízos, apenas, aos mais fracos, sendo, portanto, Pareto-ineficiente.

No entanto, dados os problemas advindos da recorrente omissão das partes em promover a escolha da lei aplicável e das dificuldades que muitas vezes terão em fazê-lo, em razão da ignorância, inexperiência ou dos custos financeiros envolvidos, parece que a melhor linha de ação é manter a regra de conexão atual, abrindo a possibilidade de as partes escolherem a lei aplicável, se assim convencionarem.

De repente, estamos de volta a 1916, sugerindo a adoção das regras já sugeridas há cem anos por Bevilacqua⁶⁹. Para ele, a vontade era fonte geradora de obrigações e, conseqüentemente, deveria ser permitido às partes escolher a lei a que seriam subordinadas as obrigações contraídas livremente. Assim, a substância e o efeito das obrigações contratuais deveriam ser reguladas pela lei do lugar onde foram celebrados os atos que as originaram, salvo estipulação em contrário ou ofensa a normas de ordem pública.

Cumpre-nos, por fim, reconhecer o caráter Pareto-eficiente da proposta de Bevilacqua, pois voltar a incluir no texto do art. 9º da LINDB a expressão “salvo disposição em contrário” não traria prejuízo a ninguém, mas poderia aumentar o bem-estar de alguns sujeitos, refletindo em menores custos de transação e, conseqüentemente, em incentivo ao comércio exterior do Brasil.

64 ARAÚJO, N. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 90-91.

65 JUENGER, F. K. General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, v. 193, p. 190, 1985.

66 RÜHL, G. Party Autonomy in the Private International Law of Contrats: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper n. 4, v. 3, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>>.

67 COOTER, R.; ULEN, T. *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000. p. 184.

68 SPAGNOLO, L. *CISG Exclusion and Legal Efficiency*. Holanda: Kluwer Law International, 2014. p. 140.

69 BEVILAQUA, C. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Campinas: Red Livros, 2002. p. 259-260.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Edgar Carlos. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ANDRADE, A. P. *Manual de Direito Internacional Privado*. 2 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.
- ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARAÚJO, Nádia. Uma Visão Econômica do Direito Internacional Privado: Contratos Internacionais e Autonomia da Vontade. In: TIMM, L. B (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 433-444.
- BASSO, M. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BERCOVICI, G. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Campinas: Red Livros, 2002.
- BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BUCHANAN, A. E. *Ethics, Efficiency and the Market*. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- CASTRO, A. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas *Law and Economics*. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000.
- DEL'OLMO, F. S. *Curso de Direito Internacional Privado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2.
- DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- DOLINGER, J.; TIBURCIO, C. O DIP no Brasil no Século XXI. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número especial, p. 79-95, 2000.
- GICO JUNIOR, Ivo T. *A Função Social dos Contratos*. Brasília, 2017. *Mimeo*.
- GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.
- JUENGER, F. K. General Course on Private International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Boston, v. 193, 1985.
- LEHMANN, M. From Conflict of Laws to Global Justice. *Columbia University Academic Commons*, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10022/AC:P:10223>>.
- MANKIW, N. G. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2007.
- POUSADA, E. L. R. *Preservação da Tradição Jurídica Luso-Brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. 2006. 263f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- RIBEIRO, G. F.; LUPI, A. L. P. B. A Aplicação do Direito Material Estrangeiro em Contratos pelos Tribunais de Justiça Brasileiros: uma análise sobre dez anos de jurisprudência (2004-2013). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34, n. 1, p. 81-107, jan./jun. 2014.
- RÜHL, G. Party Autonomy in the Private International Law of Contrats: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research paper n. 4, v. 3, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>>.
- SCHÄFER, H.; OTT, C. *The Economic Analysis of Civil Law*. Heidelberg: Springer-Verlag, 2004.
- SCHREIBER, A. Contratos Eletrônicos e Consumo. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 95-119, jul./set. 2014.
- SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SPAGNOLO, L. *CISG Exclusion and Legal Efficiency*. Holanda: Kluwer Law International, 2014.
- TENORIO, O. *Direito Internacional Privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1976. v. 2.
- VALLADÃO, H. *Direito Internacional Privado: em base*

histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos: parte especial. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1978. v. 3

WAGNER, H. *Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty: The Exemple of the European Union*. Ou-

tubro, 2004. Disponível em: <https://www.fernuni-hagen.de/hwagner/download/371-maastricht_181004_final_vers.pdf>. Acesso em: 21 set. 2016.

WONNACOTT, P.; WONNACOTT, R. *Economia*. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.