

UMA VISÃO ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: CONTRATOS INTERNACIONAIS E AUTONOMIA DA VONTADE¹

Nadia de Araujo

Doutora em Direito Internacional, USP.

Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio.

Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aposentada.

Advogada.

O Direito Internacional Privado (DIPr) é disciplina que assusta tanto os alunos quanto os advogados e operadores jurídicos. Tida como complexa, exige de quem a ela se dedica não só conhecimentos do direito interno como também de outras culturas, através do direito comparado e da utilização de uma técnica específica, que é o método conflitual.² Cada país tem suas regras para regular os conflitos de leis no espaço, quando há situações conhecidas como multiconectadas, ou seja, situações jurídicas que ultrapassam as fronteiras de um Estado, incluindo um ou até mesmo mais Estados estrangeiros para completar a análise da situação jurídica.

No Brasil, a maioria das regras de direito internacional privado se encontra na atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LIN), Lei 12.376/2010, que substituiu tão somente a antiga denominação da Lei de Introdução ao Código Civil, a LICC. As normas da disciplina estão nos artigos 7^a a 17. Essas regras de conexão são aplicáveis aos vários temas do direito, como o direito de família, no artigo 7^o, e o relativo às obrigações, no artigo 9^o entre outros. Mas há outras normas que regulam questões de DIPr e se encontram dispersas em variados diplomas legais, como por exemplo, a regulamentação da competência internacional, no Código de Processo Civil (artigos 88 a 90) e na Resolução n. 9 do STJ, que cuida da cooperação jurídica internacional.

Uma das características do DIPr é possuir regras nascidas do labor de foros internacionais, que depois são internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro. São tratados e convenções, na sua maioria multilaterais, oriundos de organizações internacionais como a Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado, a Organização dos Estados Americanos, e a Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional.

A disciplina poderia ser definida pela resposta a três perguntas que bem demonstram as situações mais correntes em relação à conexão internacional: (i) onde acionar; (ii) que lei aplicar e, (iii) como resolver as questões processuais internacionais no curso do processo. Estudadas essas três questões consegue-se alinhar a maioria dos grandes problemas do

¹ ARAUJO, N. . Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: contratos internacionais e autonomia da vontade. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 1ed.São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, v. 1, p. 433-444.

² Veja-se ARAUJO, Nadia, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, 5^a. Ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.

DIP. No que diz respeito às áreas especializadas, poderíamos dividir os problemas entre aqueles que cuidam das questões atinentes à pessoa, como o direito de família internacional, e aqueles relativos aos negócios, como os contratos internacionais.

A primeira pergunta diz respeito à jurisdição internacional, e muitas vezes resolvido o problema quanto à competência do juiz nacional, pouco resta de internacional ao problema em discussão, passando o mérito da controvérsia a ser resolvido exclusivamente pelo direito interno.

A segunda pergunta, sobre a lei aplicável, poderia ser identificada como o coração do DIPr. Depois da determinação da jurisdição, e sendo o juiz nacional competente, o próximo passo é identificar qual a lei aplicável ao problema que está conectado a mais de um sistema. Esta tarefa que deverá ser exercida pelo juiz encarregado do julgamento da lide, exige a utilização do método conflitual. Exemplifica-se: se houver um litígio no Brasil a respeito de um contrato que fora celebrado com partes situadas em mais de um país, é preciso saber qual a lei a ele aplicável, se do país A ou do país B. Para saber qual das leis deve ser aplicável à situação, recorre-se à regra de conexão elencada no Artigo 9º da LIN vigente no Brasil, que tem como regra para as obrigações a lei do local de sua celebração. Assim, se o contrato foi assinado no Brasil, será aplicável a lei brasileira, mas se ao contrário fora ele assinado em Nova Iorque, o juiz brasileiro deverá utilizar a Lei de Nova Iorque. A LIN deve ser aplicada pelo juiz de ofício, ou seja, é obrigatória a aplicação do direito estrangeiro se a norma de conexão assim o determinar.

Cada situação jurídica tem uma norma própria para se chegar ao direito aplicável chamada de regra de conexão, que é uma norma indireta: para as questões de capacidade e de direito de família, a regra é a do domicílio; para os bens, a do local onde estão situados; para a responsabilidade civil, a do local onde o dano ocorreu; para os contratos, a do local de sua celebração, e para a sucessão, a do último domicílio do *de cuius*.

A terceira e última indagação diz respeito a uma situação em que, no curso de um processo judicial, há necessidade de se recorrer ao juiz estrangeiro, ou vice versa para o cumprimento de alguma medida. Há regras para que esses procedimentos possam ser levados a cabo. Além do mais, decisões proferidas no exterior podem ser aqui reconhecidas através da ação de homologação das sentenças estrangeiras. No caso de pedidos e decisões provenientes do exterior, é imperioso que antes de seu cumprimento haja um procedimento preliminar, que segundo a Constituição brasileira é de competência originária do STJ, desde o advento da EC 45/04. As regras que regulam a atuação do STJ na cooperação jurídica internacional passiva encontram-se na Resolução n. 9.³

Feita essa resumida apresentação da disciplina de DIPr, e considerando a proposta deste livro de ser um guia introdutório da análise econômica do direito, o que se pretende fazer a seguir é aplicar essa metodologia apenas à uma área específica: a dos negócios jurídicos internacionais.

³ Veja-se ARAUJO, Nadia, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, 5ª. Ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2011, p. 305.

Assim, a análise centrar-se-á no tema dos contratos internacionais e na determinação da lei aplicável a esses contratos. Enquanto no Brasil a matéria é regida pela LIN, artigo 9º -- que usa o critério do local da contratação para determinação da lei aplicável, com fundadas dúvidas se é possível às partes exercer a liberdade de escolher para regência do contrato uma lei de sua livre escolha, na Europa e nos Estados Unidos o princípio da autonomia da vontade reina absoluto.⁴ A pergunta que se faz é se o primado da autonomia da vontade está relacionado tão somente ao desenvolvimento da teoria jurídica nesse sentido, ou se há um aspecto econômico determinante para a escolha das partes em contratos internacionais.

Para essa resposta, é preciso trazer alguns dados históricos e comparativos sobre as regras de direito internacional privado aplicável aos contratos internacionais.

I. Breve histórico da regra de conexão do local de celebração do contrato

Os contratos internacionais no sentido que hoje conhecemos, ou seja, na qualidade de principais instrumentos para viabilizar o fluxo comercial expressivo e constante existente entre os países, só tomou esse formato em meados do século XIX. Isso porque até então, *internacional* era somente o transporte e a viagem das mercadorias. Naquela época, o produtor trazia sua mercadoria para o porto, e ali era realizada a transação com o comprador, que em geral exercia tanto as funções de dono do navio (armador) como o papel de comerciante. Ou seja, postava-se ao lado de seu navio, e ali comprava as mercadorias que lhe apresentavam os comerciantes locais ou vindos de outras localidades. Em seguida, transportava-as ao novo mundo e as vendia, fazendo o mesmo na volta. Somente com o advento do transporte marítimo a vapor, que exigiu um grande investimento dos armadores e profissionalizou o transporte de carga, surgiu a possibilidade de que compra e venda entre comerciantes de países diversos se desse diretamente, com a posterior contratação do transporte. Nesse momento, começaram a surgir as situações práticas que puseram em relevo a questão jurídica específica do contrato internacional, obrigando-os a uma análise da lei aplicável.

Um exemplo marcante dessa situação é o caso *Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*⁵, na Inglaterra, em que havia uma cláusula de escolha de lei, a lei inglesa, que foi respeitada pelo tribunal inglês, sem se recorrer à regra de conexão. Até então a regra de conexão oriunda da Idade Média era a *lex contractus*, ou seja havia a ideia de que o local da celebração era o fator preponderante na definição da lei aplicável à relação jurídica. O fator econômico que a sustentava dizia respeito ao poder de barganha da parte que não saía de seu local original, obrigando a parte mais fraca a ceder nesse sentido. Note-se que

⁴ Art. 3.1, Regulamento (CE) N.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 17 de Junho de 2008 e, *Restatement (Second) of Conflicts of Law § 187*, respectivamente. *Restatement* é uma compilação de normas jurídicas com comentários e casos hipotéticos ilustrativos das regras e sua aplicação, feitas pela American Law Institute, organização de carácter privado, muito respeitada nos meios jurídicos americanos.

⁵ A decisão judicial determinou que uma escolha expressa de lei aplicável a um contrato deveria ser obedecida se o contrato foi celebrado de boa-fé e não se mostrava contra a ordem pública. Como consequência, foi uma decisão pioneira no DIPr e privilegiou o primado da autonomia da vontade das partes na seleção da lei aplicável.

nessa época os contratos à distância eram praticamente desconhecidos. Por seu turno, foi a partir da formulação de Savigny, que uma nova regra de conexão surgiu, a da sede da relação jurídica, pois essa situação se inverteu e passou a ser mais importante para os contratantes o local da execução do contrato do que o de sua celebração.

No caso citado, o contrato de transporte era entre os Estados Unidos e o Canadá, mas como na época a Corte Inglesa era a última instância para as questões canadenses, e por isso acabou sendo feito o julgamento em Londres. Havia uma cláusula no contrato exonerando a responsabilidade do transportador, que era permitida pela lei inglesa, mas proibida pela lei americana, que recentemente havia sido modificada nesse sentido. O *Bill of lading* se referiu a outra lei expressamente para escapar daquela que lhe proibia a exoneração da responsabilidade desejada. E a Corte Inglesa preferiu aplicar a lei inglesa e impedir qualquer mudança nas regras do contrato para preservar a segurança jurídica, e o fez com base na autonomia da vontade.

II. Situação global no Século XX – plano interno e internacional e a consagração do princípio da autonomia da vontade

A partir dessas duas ideias (da lei da celebração da idade média e da lei do local da execução de Savigny) delinear-se as regras de DIPr para contratos internacionais que se desenvolveram no século XX. Nos Estados Unidos, o *First Restatement of Conflicts of Law* adotava a regra da lei do local da celebração. Somente em 1971, houve sua revisão, com a publicação do *Second Restatement*, quando adotou-se a teoria da autonomia da vontade de forma ampla. No que diz respeito a esta revisão, o *Second Restatement* introduziu importante modificação nas regras de conexão para a lei aplicável aos contratos internacionais, em caráter subsidiário na ausência de escolha pelas partes: estabeleceu como norma de conexão a ideia dos vínculos mais estreitos, hoje conhecido como princípio da proximidade. Na mesma época na Europa, a regra oscilava entre países que adotavam o sistema de Savigny e os que adotavam a lei do local da celebração. Isso mudou na década de oitenta do século XX, com o advento da Convenção de Roma (Convenção de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais), posteriormente transformada no Regulamento 593/2009. O novo diploma internacional adotou como regra principal a regra da autonomia da vontade, permitindo às partes escolher livremente a norma regente de seus contratos. Em caráter subsidiário, adotou a regra dos vínculos mais estreitos.

A expressiva mudança das regras seculares para essa nova fórmula, dos vínculos mais estreitos, na ausência de escolha, sempre fora criticada na Europa por seu caráter flexível, e por tender à aplicação da lei local. Mas uma das razões para o seu sucesso e consequente adoção na Europa se deve ao seu caráter econômico: abandona-se um critério aleatório diante do mundo cada vez mais sem fronteiras para se perquirir os verdadeiros vínculos entre os contratantes. Na maior parte das vezes esse vínculo é determinado por circunstâncias de caráter econômico, como local das tratativas, da execução do contrato e mesmo da sua celebração, mas que seriam sopesados no caso concreto para que a lei aplicável fosse a mais próxima da realidade das partes e não advinda de uma concepção jurídica rígida e imutável, muitas vezes tida como inadequada.

Interessante constatar que embora as regras de DIPr aplicáveis aos indivíduos nos Estados Unidos e na Europa sejam muitas vezes divergentes, havendo mesmo um cisma entre os dois sistemas, na área contratual constata-se uma convergência entre os fatores adotados para determinar a lei aplicável aos contratos internacionais. Pode-se dizer que a *american revolution*⁶ e as regras dali advindas foram importadas pelos negociadores da Convenção de Roma ao adotarem a norma dos vínculos mais estreitos.⁷ Parece-nos que essa convergência teve, entre outras razões, as de cunho econômico, já que a possibilidade de escolher a lei aplicável é uma decisão comercial que traz ganhos substanciais às partes envolvidas na transação, como se verá a seguir.

Enquanto novas ideias se desenvolviam nos Estados Unidos e na Europa, na maioria dos países da América Latina consolidou-se a regra da lei do local da celebração, e nos países do Prata (Argentina, Paraguai e Uruguai), a regra da lei do local da execução. Por seu turno, o princípio da autonomia da vontade foi muito criticado pela doutrina. Desde a codificação dos Tratados de Montevideu (1889-90/1939-40) houve manifestações contrárias à liberdade das partes de escolher livremente a lei aplicável. Novamente vislumbram-se em situações concretas as razões de cunho econômico para essa desaprovação: é que os países do cone sul, em especial o Uruguai, recebiam muitas importações de mercadorias e era comum a tentativa dos transportadores em incluir em seus contratos cláusulas de exclusão da responsabilidade em caso de danos, o que prejudicava os importadores pelos inúmeros acidentes que ocorriam no Porto, no momento do desembarque. E lei local era contrária a essas cláusulas, que aos que recebiam a mercadoria interessava aplicar. Consideravam-se também em desvantagem com relação aos transportadores e por isso não queriam permitir que esse tipo de cláusula prosperasse.

Tal situação repete-se nos dias de hoje com relação ao consumidor, considerado como parte mais fraca em uma contratação com um fornecedor, razão pela qual as principais codificações e convenções internacionais sobre o tema excepcionem essa categoria da norma que permite a autonomia da vontade⁸.

Somente nos anos noventa do século XX, através da OEA, que promoveu a V Conferência Interamericana sobre Direito Internacional Privado, CIDIP V,⁹ houve consenso entre os

⁶ Para maiores informações, ARAUJO, Nadia, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, 5ª. Ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2011, p. 49.

⁷ RUHL, Giesela, „Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective, 24 *Berkeley Journal of International Law*. 801, p. 29, 2006.

⁸ Arts. 6(1) e 6(2) do Regulamento (CE) Nº. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu: “1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 5.o e 7.o , os contratos celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade comercial ou profissional («o consumidor»), com outra pessoa que aja no quadro das suas actividades comerciais ou profissionais («o profissional»), são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual desde que o profissional: a) Exerça as suas actividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou b) Por qualquer meio, dirija essas actividades para este ou vários países, incluindo aquele país, e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas actividades.

2. Sem prejuízo do n.o 1, as partes podem escolher a lei aplicável a um contrato que observe os requisitos do n.o 1, nos termos do artigo 3.o. Esta escolha não pode, porém, ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável com base no n.o 1.”

⁹ Como resultado dessa CIDIP, foram estabelecidas a Convenção Interamericana sobre tráfico internacional de menores e a Convenção Internacional sobre direito aplicável aos contratos internacionais.

países latino-americanos de que a situação fática modificara-se e que agora era necessário também mudar a regulamentação. E entre os motivos estavam novamente as razões econômicas, já que os países da região queriam inserir-se no mercado internacional em igualdade de condições, e se deram conta da necessidade de ter regras de conexão em que a autonomia da vontade fosse plenamente contemplada, pois na legislação dos países parceiros essa possibilidade já era uma realidade. A Convenção Interamericana, além de estabelecer a faculdade de escolha da lei aplicável como principal regra de conexão sobre o direito aplicável no Artigo 7¹⁰, também inovou ao incluir como norma subsidiária para os casos de ausência de escolha da lei, a regra dos vínculos mais estreitos, segundo o Artigo 9¹¹. Essa última tem como motivação a necessidade de maior flexibilidade para as regras aplicáveis aos contratos internacionais, tendo em vista as novas circunstâncias do comércio internacional globalizado.

No entanto, apesar de seu sucesso entre os doutrinadores, a Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais não obteve o número de ratificações desejável e encontra-se hoje em vigor apenas no México e na Venezuela, aguardando que os países a adotem no plano interno.

Até que a Convenção do México se torne a regra de DIPr dos países da região, continuaram a coexistir diferentes regras nacionais sobre a lei aplicável aos contratos internacionais nos países da América Latina, o que não contribui para a melhora do comércio inter-regional¹².

A situação é especialmente crítica no Brasil, pois conforme dito no começo deste artigo, o país ainda utiliza o critério da época medieval do local da celebração. Tem havido tímidas mudanças no campo jurisprudencial e legislativo. Neste último, o melhor exemplo é a adoção plena do princípio da autonomia da vontade na Lei de Arbitragem (Lei Nº. 9.307/96) no artigo 2º, §§ 1º e 2º¹³. Essa situação que distancia a legislação interna brasileiras das regras adotadas pelos parceiros comerciais do país, em especial Estados Unidos e países europeus, adicionam elementos negativos ao chamado custo Brasil, o custo adicional que as operações com o país suportam em face da dificuldade de optar pela legislação mais adequada ao desejo das partes contratantes.

¹⁰ Art. 7 - "O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável."

¹¹ Art. 9 - "Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato rege-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado."

¹² ALBORNOZ, María Mercedes., *Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems. Journal of Private International Law*, Vol. 6, No. 1, pp. 23-58, April 2010.

¹³ Art. 2º - "A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio."

Ao menos em 2012 há a boa notícia de que o Senado afinal concluiu o processo de internalização da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional (CISG), já havendo inclusive ocorrido seu depósito por parte do Brasil no dia 4 de março de 2013. Esta convenção, calcada inteiramente no respeito ao princípio da autonomia da vontade, deve gerar frutos positivos para o comércio internacional brasileiro, e afinal modificar a situação anterior de reticência em relação ao desejo das partes contratantes de escolher a lei aplicável às suas transações que lhes seja mais conveniente. Mas seu objetivo não é uniformizar normas de DIPr, mas atingir a uniformidade de regras materiais de um determinado tema, o da compra e venda internacional. Desta forma, quando adotada no Brasil, este terá como parte de seu direito positivo as mesmas regras para a compra e venda internacional que os demais países contratantes, o que aos poucos elimina o problema relativo à lei aplicável, já que a sua determinação será irrelevante nas situações em que a convenção for utilizada.¹⁴

Ainda no sentido de que a autonomia da vontade é um princípio merecedor de atenção pelos organismos internacionais dedicados à uniformização do DIPr, ressalte-se o atual trabalho realizado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, que ciente da ausência de documento global com regras sobre contratos internacionais trabalha no sentido de elaborar princípios balizadores dessas obrigações contratuais nas relações jurídicas multiconectadas.¹⁵

III. Porque a possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais tem repercussão econômica relevante

A regulamentação dos contratos internacionais pode ser analisada pelas partes contratantes a partir de sua relevância econômica porque esta análise tem por objetivo obter a diminuição dos custos das transações¹⁶ internacionais.

Estar na situação de negociar um contrato internacional e não saber quais os custos e consequências de um futuro litígio em um tribunal nacional que julgará a questão baseado na lei obtida através da utilização do seu método de DIPr, certamente promove insegurança jurídica e pode até impedir que negócios internacionais se realizem. Daí porque o oposto desta situação é a faculdade de escolher a lei aplicável e evitar a incerteza advinda da aplicação das normas de DIPr no caso futuro.

No momento de fazer essa escolha, as partes podem levar em consideração características especiais de um determinado direito. Se este for mais flexível, ou mesmo mais adequado às transações comerciais, chega-se a uma solução mais eficiente em caso de litígio. Por exemplo, nos Estados Unidos, onde essas regras são de caráter estadual, a maioria dos

¹⁴ BASEDOW, Jürgen. Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG. *International Review of Law and Economics*, v. 25, 2005, pp. 487-500.

¹⁵ Para um exemplo dessa atuação, a Convenção da Haia sobre a cláusula de escolha de foro, de 2005, conforme se pode ver em ARAUJO, Nadia.; GAMA JR., Lauro; VARGAS, Daniela Trejos. Temas de Direito Internacional Privado no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, pp. 147-160,

¹⁶ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos, in TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 167-168.

contratos de financiamento contém cláusula de lei aplicável de Nova Iorque, já que a legislação desse Estado sempre teve a preocupação de adequar-se às necessidades do comércio e transformar Nova Iorque na capital dos negócios, com a adequada legislação.¹⁷

Uma nova possibilidade nos últimos anos tem sido a utilização da chamada *lex mercatoria*. Ou seja, ao invés de escolher um determinado sistema jurídico, as partes elegem determinadas regras que não fazem parte de nenhum sistema, como por exemplo, os *Princípios do UNIDROIT para os contratos comerciais internacionais*¹⁸. Os *Princípios* são um corpo jurídico que se adequa melhor ao comércio internacional do que normas nacionais. Aqui poder-se-ia dizer que o teorema de Coase¹⁹ se aplica: facilitam-se soluções mais eficientes e afastadas do direito estatal.

Nos dois tópicos acima se tratou do desenvolvimento dos critérios aplicáveis à determinação da lei aplicável aos contratos internacionais e superficialmente da adoção, no século XX, da autonomia da vontade como elemento de conexão primordial para a realização dessa operação tanto na Europa quanto nos Estados Unidos²⁰, apesar da reticência que sua adoção teve nos países da América Latina.

Resta explicar as razões pelas quais esse critério tem obtido a preferência dos contratantes àqueles rígidos preexistentes no século XIX, e especialmente de sua sobrevivência no século XXI.

Como talvez já antecipado pelo próprio tema deste manual, a razão é de cunho econômico. Isso porque ao dar às partes a possibilidade de anteciparem qualquer discussão a respeito da lei aplicável, que poderia resultar em uma decisão pelo juiz da causa imprevista por aquelas, promove a eficiência econômica ao reduzir os custos de entenderem as regras de DIPr do país do foro. Essas poderiam resultar na escolha de uma lei cujo conteúdo uma das partes desconhece. Uma das consequências desse desconhecimento pode ser uma tendência a adotar um preço mais elevado para a transação, pois na sua composição leva-se em consideração as disposições da lei aplicável escolhida. Saber de antemão a lei aplicável evita surpresas quanto a esta em um futuro litígio. Logo, pode ser evitado um gasto com relação aos estudos necessários para entender as questões de DIPr aplicáveis, bem como a jurisprudência a respeito do tribunal escolhido como fórum de um possível litígio quando se sabe de antemão a lei aplicável e suas disposições.

Assim, não surpreende que o princípio tenha sido adotado na Europa e nos Estados Unidos e que sua utilização tenha gerado inúmeros ganhos em eficiência econômica para as partes

¹⁷ Para um estudo que alinha essas questões, veja-se Eisenberg, Theodore and Miller, Geoffrey P., "The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts" (2008). New York University Law and Economics Working Papers. Paper 124. http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/124.

¹⁸ GAMA JR, Lauro. Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 8, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p.48.

¹⁹ COASE, Ronald. The problem of social cost. Journal of Law and Economic, v. 3, p. 1-44, 1960.

²⁰ RUHL, Giesela, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. CLPE Research Paper No. 4/2007; in GOTTSCHALK, Eckhart, MICHAELS, Ralf, RUHL, Giesela e VON HEIN, Jan (eds.) *Conflicts of Law in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007, p.4

envolvidas nas transações internacionais²¹. As partes contratantes em uma transação internacional adotam uma cláusula de lei aplicável porque isso lhes parece mais vantajoso por inúmeras razões: a lei escolhida pode ter dispositivos mais adequados a sua situação jurídica; há o desejo de escolher uma lei que pareça às partes mais neutra e, portanto que não traga vantagens excessivas a qualquer dos contratantes por não ser a lei nacional de nenhum deles. Dessa forma, ao permitir a escolha da lei, não se cria uma situação em que uma das partes esteja em posição privilegiada por ter mais conhecimento do que a outra da lei aplicável em razão da norma de conexão, o que ocorreria caso a escolha da lei não fosse permitida.

Ressalte-se, ainda, que a autonomia da vontade não é princípio sem limites da lei local. É comum excluir essa possibilidade nos contratos com consumidores, nos de trabalho, e de seguro, para evitar o aprofundamento de situações de desigualdade e a utilização oportunista da faculdade de escolher a lei, bem como a garantia de que todos terão acesso às informações imprescindíveis à realização do negócio. No entanto, mesmo nos contratos de consumo, há os que acreditam que a autonomia da vontade não deve ser restringida de forma absoluta, mas exercida em estreitos limites e com um balizamento que dê a proteção adequada à parte em desvantagem.

A comprovação de que os contratos internacionais realizados com partes localizadas no Brasil estão em situação de desvantagem do ponto de vista do conflito de leis, tendo em vista a ausência de norma expressa nesse sentido na LIN, é a observação de que as partes adotam a arbitragem como meio de solução de suas controvérsias, já que a Lei n. 9307/06 expressamente permite a escolha da lei aplicável.

Outro expediente utilizado por partes cautelosas na sua contratação internacional é o de concomitantemente à inclusão de uma cláusula de lei aplicável no contrato, celebrá-lo no local indicado como da lei aplicável. Isso ocorre amiúde com contratos celebrados com cláusula de lei aplicável americana, mormente a de Nova Iorque, em que o mesmo é lá assinado ou se entre ausentes, consta comprovação de que o proponente é residente no local da lei escolhida. Essa situação já aflorou em casos da jurisprudência brasileira.²²

A situação no Brasil é desconfortável e a reforma da LIN, na parte dos contratos internacionais tem sido objeto de grande discussão entre os doutrinadores e operadores jurídicos, que, todavia ainda não conseguiram sensibilizar o Congresso Nacional. Adiciona-se, neste momento, a todos os motivos que ensejam a sua reforma, os de cunho econômico, porque a adoção da autonomia da vontade significaria um ganho de eficiência nada desprezível para as partes contratantes aqui estabelecidas e atuantes no comércio internacional.

²¹ RUHL, Giesela, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. CLPE Research Paper No. 4/2007; in GOTTSCHALK, Eckhart, MICHAELS, Ralf, RUHL, Giesela e VON HEIN, Jan (eds.) *Conflicts of Law in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007, p. 32.

²² TJSP, Ap. Nº 9066155-90.2004.8.26.0000, rel. Luiz Antonio de Godoy, j. 22.11.2011.

Conclusão

O princípio da autonomia da vontade já foi incorporado pela legislação interna de países como Estados Unidos e Canadá, por tratados multilaterais de caráter regional, como na União Europeia, e iniciativas de regulamentação de contratos internacionais como a Convenção da UNCITRAL sobre a compra e venda internacional (CISG). Agora é objeto da recente negociação da Conferência da Haia que está elaborando uma *soft law*, os *Princípios da Conferência da Haia para a lei aplicável aos Contratos Internacionais*, que tem o princípio como vetor dos trabalhos. Tudo isso demonstra a sua grande penetração na regulamentação dos contratos internacionais, em nível nacional e mundial.

No entanto, as razões para a sua adoção transcendem a motivação de cunho eminentemente jurídica, calcada na proteção ao princípio da liberdade do indivíduo. A ela se agregam o princípio da eficiência econômica, já que além do respeito à sua liberdade de contratar, as partes também buscam realizar o melhor negócio possível, o que inclui fazê-lo com o menor custo possível para viabilizar suas transações comerciais, sempre procurando preservar a igualdade de condições.

De todo o exposto, constata-se com facilidade que o princípio de eficiência econômica, tão caro aos economistas na formulação de suas hipóteses, tem lugar cativo também no direito internacional privado, quando se analisam as razões pelas quais é desejável deixar às partes a liberdade de escolher a lei aplicável aos seus contratos internacionais.

Bibliografia

ALBORNOZ, María Mercedes., "Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems". *Journal of Private International Law*, Vol. 6, No. 1, pp. 23-58, April 2010.

ARAUJO, Nadia, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, 5ª. Ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2011.

ARAUJO, Nadia, *Contratos Internacionais*, 4ª. Ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2010.

ARAUJO, Nadia.; GAMA JR., Lauro; VARGAS, Daniela Trejos. "Temas de Direito Internacional Privado no Projeto de Novo Código de Processo Civil". *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, pp. 147-160.

ARAUJO, Nadia, E GAMA JR., Lauro, A escolha da lei aplicável aos contratos do comércio internacional: os futuros princípios da haia e perspectivas para o Brasil, *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 34 | p. 11 | Jul / 2012 | DTR\2012\450625.

BASEDOW, Jürgen. Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG. *International Review of Law and Economics*, v. 25, pp. 487-500, 2005.

BASEDOW, Jürgen; KONO, Toshiyuki. *An Economic Analysis of Private International Law*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2006.

COASE, Ronald. "The problem of social cost". *Journal of Law and Economic*, v. 3, p. 1-44, 1960.

EISENBERG, Theodore, e MILLER, Geoffrey P., "The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts" (2008). New York University Law and Economics Working Papers. Paper 124. http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/124.

GAMA JR, Lauro. "Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades". *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 8, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

GRECHENIG, Kristoffel R. and GELTER, Martin. "The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism". *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31, No. 1, 2008.

RUHL, Giesela, "Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective", 24 *Berkeley Journal of International Law*. 801, p. 29, 2006.

RUHL, Giesela, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency". CLPE Research Paper No. 4/2007; *in*

GOTTSCHALK, Eckhart,, MICHAELS, Ralf, RUHL, Giesela e VON HEIN, Jan (eds.) *Conflicts of Law in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007.

SNYDER, David V. "Contract Regulation, With and Without the State: Ruminations on Rules and Their Sources". *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 3, 2008; American University, WCL Research Paper No. 2008-54.

TIMM, Luciano Benetti. "Common law e contract law: introdução ao direito contratual norte-americano". *Revista dos Tribunais* (São Paulo), v. 97, 2008, p. 11-35.

TIMM, Luciano Benetti. "Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica". *Revista dos Tribunais* (São Paulo), v. 876, 2008, p. 11-43.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*, in TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TJSP, Ap. N° 9066155-90.2004.8.26.0000, rel. Luiz Antonio de Godoy, j. 22.11.2011.