7. Globalização e Novas Tendências em Filosofia do Direito Internacional: a Dicotomia entre Público e Privado da Cláusula de Estabilização

Fabio Morosini[1]

I — INTRODUÇÃO

Independentemente de gostarmos ou não, a globalização veio para ficar e está moldando o direito enquanto falamos. Seus efeitos há muito tempo deixaram de ser uma preocupação puramente acadêmica, para se tornar, se me permitem dizer, a nova ordem legal internacional. Sob a influência dessa postulação, sinto-me compelido a analisar alguns de seus impactos na arena legal. Ao mesmo tempo em que a globalização lidera a aproximação de culturas jurídicas, culturas legais *per se* estão sendo influenciadas por forças internas, tais como o impacto de elementos pós-modernos no direito. Caso se puder argumentar que essas duas forças motoras, motores das mudanças legais, não estão relacionadas, não vejo

---

1 Formado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000; Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2001; Mestre em Direito pela University of Texas at Austin, Estados Unidos da América, 2002; candidato a DESS *Droit et globalisation économique*, Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) e Institute d'études politiques de Paris; doutorando (Ph.D.) da University of Texas at Austin; bolsista CAPES de doutorado pleno 2000-2004.
O autor gostaria de agradecer, pela contribuição, às Professoras Horatia Muir Watt (Université de Paris 1) e Claudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), dada às versões anteriores deste artigo. Todos os eventuais erros constantes deste artigo são de inteira responsabilidade do autor. Título original em inglês: Globalization and New Trends in International Jurisprudence: the Public and Private Dichotomy of Stabilization Clause. Trabalho apresentado na disciplina de Comparative Conflicts of Law, cursada no semestre do outono de 2003 da University of Texas at Austin School of Law, sob a orientação da Professora Horatia Muir Watt. O autor gostaria de agradecer pela tradução para o português de Antonia Espíndola Longoni Klee, formada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2003; mestranda em Direito Privado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tradução livre realizada pela tradutora, revisada e autorizada pelo autor do presente artigo.

local exato para desenhar a linha divisora. Com a globalização, mas ainda mais tão diretamente ligada à pós-modernidade, vejo a emergência dos estudos interdisciplinares como uma maneira de sair da crise, ou simplesmente de alcançar linhas menos imprecisas, para ser menos dramático. Neste caso, a utilização de outras ciências, como a economia, serve para legitimar o discurso jurídico/legal.

A Parte II, subparte A examina os elementos que refletem os impactos do movimento pós-moderno no direito e como se relacionam com o assunto do presente artigo. A subparte B examina o argumento central do trabalho, nomeadamente a utilização da análise econômica como uma ferramenta para legitimar o discurso legal *vis-à-vis* o direito internacional. A Parte III identifica o debate central de direito internacional, que versa a respeito dos novos contornos do debate acerca do direito internacional público e do privado. A subparte A examina o passado histórico da dicotomia entre público e privado, externaliza os argumentos principais para a continuidade do tabu de direito público e, finalmente, lança algumas soluções possíveis. A subparte B versa sobre um exemplo concreto do debate entre direito internacional público e privado, mais precisamente as cláusulas de estabilização. A Parte IV conclui o artigo.

GLOBALIZAÇÃO: DIREITO E CULTURA

A globalização no direito é traduzida pela aproximação de culturas legais internacionais. Tal aproximação harmoniza as legislações nacionais, mas pode, em um nível mais adiantado, até mesmo as unificar. Com o crescimento da globalização, alguns juristas, europeus em particular, observaram o fenômeno paralelo da emergência de movimentos sociofilosóficos para reformular internamente o direito. A pós-modernidade aparece no contexto para implementar os novos contornos do direito, com um olhar mais direto em favor de estudos interdisciplinares.

A. O crescimento dos movimentos pós-modernos e seu impacto no direito[2]

Para plenamente se entender o fenômeno da pós-modernidade[3], é

2 Esta subparte do trabalho (descrição dos reflexos da pós-modernidade no direito) é uma versão revisada de um trabalho anterior. Veja MOROSINI, Fábio C. *Visões acerca do Novo Direito da Comunicação de Massa* (arquivado com o autor).

3 Veja LYOTARD, Jean-François [Ricardo Correa Barbosa, trad.], O *Pós-Moderno* (1988), p. XV ("*A palavra pós-moderna designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX.*)"

preciso, inevitavelmente, encarar seu antecessor, a modernidade[4]. A modernidade, na tradição ocidental, foi definida pelo triunfo progressivo da razão sobre as tradições e como a expressão historicista da razão objetiva. Como um movimento, emergiu em tempos de disputa da credibilidade das normas que prescreviam comportamentos de acordo com a vontade de Deus, e oferecendo utilidade social e funcionalidade como seus substitutos. O movimento em si carrega a ideologia iluminista, compromissada com os ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e solidariedade, em que a razão e a lógica ocupam um ponto central. Tal movimento sempre foi aplicado com a idéia oposta de irracionalidade, funcionando, na realidade, como uma ferramenta aquiescente das categorias irracionais (minorias, tais como as de trabalhadores, mulheres e crianças) em favor de uma elite culta, masculina e burguesa.

O tempo passou e a sociedade evoluiu, trazendo novos ideais e valores. O movimento moderno, baseado na idéia de racionalidade, tornou-se um paradigma insuficiente para o contexto cultural-filosófico contemporâneo. É precisamente nesse panorama que o que Kuhn chamou de Revolução Científica[5] tomou lugar, muito típica de um *momentum* de crise de valores, seguida da inabilidade dos mecanismos existentes de efetuar a moderna metanarrativa[6]. Ao mesmo tempo, a proliferação das versões do paradigma moderno e o recurso à filosofia são observados como fatores indicando a transição. Nesse momento, a falência de normas modernas é em si evidente; mostrando que a hora para mudanças chegou.

Sob essas circunstâncias, a tão chamada era pós-moderna começa, tentando responder às incertezas deixadas pela racionalidade e pela funcionalidade, vetores típicos da era anterior. O termo pós-modernidade tem sido utilizado desde os movimentos literários da década de 1930, posteriormente espalhando-se pela História, pela arquitetura, para finalmente culminar num poderoso movimento cultural-filosófico[7]. Para os presentes objetivos, maior interesse depende do estudo dos reflexos desse fenômeno contemporâneo à sociedade pós-industrial do direito, que segue imediatamente a seguir na presente análise.

---

4 A definição de pós-modernidade, distintamente da definição de modernidade, é nada mais do que pacífica. Veja, por exemplo, TOURAINE, Alain. Uma Visão Crítica da Modernidade, in *A Modernidade* (Cadernos de Sociologia da UFRGS, Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: Editora da Universidade, 1993), p. 37 (classificando o movimento pós-moderno mais como uma crise dos intelectuais (acadêmicos) do que uma crise de valores da sociedade).

5 Veja KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 1978, p. 125.

6 Veja MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 91.

7 Veja CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 1991, p. 120.

Professor Erik Jayme[8] ensina que há quatro elementos característicos da pós-modernidade no direito: o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno aos sentimentos (*le retour des sentiments*).

O primeiro elemento que caracteriza os reflexos da pós-modernidade no direito é o pluralismo; pluralismo de estilos e valores, antes nunca visto, somado a um senso de tolerância entre as pessoas[9], na clara tradução da capacidade pós-moderna de tolerar o incomensurável.[10] Pluralismo que é também traduzido na diversidade de fontes legislativas para regular o mesmo fato[11]; pluralismo de partes a serem protegidas nos vários tipos de relacionamentos, assim como no caso daqueles que se beneficiam das externalidades da proteção ambiental[12]. O *droit à la difference* aparece como uma conseqüência do pluralismo, significando respeito pelas diferentes culturas que coexistem em tempos de globalização[13] — *double coding*[14]. Pluralismo que gera antinomias legislativas que, de acordo com Professor Jayme, serão resolvidas dando maior peso e, por isso, preferindo a legislação que mais respeita os direitos humanos, ou com os direitos fundamentais, como é preferido por outros[15].

Professor Jayme adverte que o *droit à la difference* pode, à primeira vista, parecer ser contrário ao princípio fundamental da igualdade — igualdade para não ser discriminado entre raça, sexo, religião; igualdade de tratamento. Entretanto, o contraste é meramente aparente[16], porque, argumenta ele, o princípio da igualdade requer que situações diferentes sejam tratadas diferentemente, e apenas então se atingindo a igualdade[17].

---

8 Veja JAYME, Erik. Identité Culturelle et Integration: Le Droit International Privé Postmoderne, 251. *Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haye*, 33, 1995, p. 247.

9 *Id.*, p. 251.

10 LYOTARD, *supra* nota 2, p. XV.

11 A respeito da experiência européia, veja JOERGES, Christian. *Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example*, European Review of Private Law 15: 1-16 (2000) (concluindo que "[n]ós não devemos colocar as nossas esperanças em soluções legislativas compreensivas; não apenas porque sabemos demais sobre as falhas da codificação nos sistemas jurídicos nacionais, mas, mais relevantemente, porque devemos ser incapazes de identificar um legislador com o *Kompetenz-Kompetenz* para unificar a pluralidade de ordens legais no sistema europeu de governo.")

12 MARQUES, *supra* nota 5, p. 93.

13 Como conceitua JAYME, *supra* nota 7, p. 251, a identidade européia em si mesma é baseada no respeito pelas diferentes culturas.

14 *Id.*, p. 33.

15 Veja MARQUES, Claudia Lima. Apresentação à obra de LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 37.

16 JAYME, *supra* nota 7, p. 251.

17 Veja SARLET, Ingo W. *Os Direitos Fundamentais*. 1998, p. 105 (contra-argumentando que se atinge a moderna metanarrativa de liberdade através da superação das desigualdades).

Ao mesmo tempo, no mundo pós-moderno plural, o revigoramento do subjetivismo nos direitos fundamentais é observado, em que apenas um singular é presente: o indivíduo em si mesmo. Indivíduo que, em vez de projetar mundos, congrega fenômenos e sistemas, assistindo a tudo como um mero telespectador dos acontecimentos[18].

O segundo elemento que caracteriza a pós-modernidade no direito é a comunicação intelectual, associada à integração. Comunicação seria um valor máximo na era pós-moderna[19]. Professor Jayme aprofunda o argumento de que não só a rapidez da transmissão de informação impressiona, mas especialmente a vontade de se comunicar com outras culturas e sistemas, quebrando as molduras tradicionais de um mundo categoricamente dividido[20]. Nesse sentido, há uma crescente troca nas idéias culturais, tais como a colaboração entre juízes de diferentes países, a especial importância conferida à informação correta e o "diálogo das autoridades, das fontes".[21] Comunicação como um elemento caracterizador do movimento pós-moderno no direito ocupa um papel de liderança que Lyotard[22] preferiu classificar como um mecanismo que deslegitima as ciências[23].

O terceiro elemento característico da pós-modernidade é a narração. Professor Jayme ensina que as belas-artes aderem à pintura figurativa e adicionam à arquitetura valores humanos em suas construções técnicas[24]. A moderna narrativa racional é substituída por estruturas simbólicas e mitos[25]. No direito, testemunha-se o surgimento de normas narrativas, normas que não obrigam, que simplesmente descrevem valores. Espera-se que textos legais sejam interpretados de acordo com o que estabelece a sua declaração de vontade, porque, o legislador, quando elabora normas narrativas, esclarece os objetivos almejados[26]. Nesse momento, nos é exi-

---

18 Veja CANOTILHO, *supra* nota 6, p. 19.

19 MARQUES, *supra* nota 5, p. 93.

20 JAYME, *supra* nota 7, p. 257.

21 *Id.*, p. 257-259: ("[L]a solution des conflits de lois emerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constituitions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles parlent l'une à l'autre".) Assim no original.

22 Veja LYOTARD, *supra* nota 2, p. 16 ("Quando este metadiscurso recorre explicitamente a algum grande relato, como a dialética do espírito, a hermenêutica do sentido, a emancipação do sujeito racional ou trabalhador, o desenvolvimento da riqueza, decide-se chamar moderna a ciência que a isso se refere para se legitimar").

23 Deslegitimador, porque dado o desenvolvimento das comunicações, há muitas verdades sobre o mesmo fato, tornando-se difícil perpetuar verdades em tempos de constantes renovações, acessíveis a todos. *Id.*, p. XV.

24 Veja JAYME, *supra* nota 7, p. 259.

25 CANOTILHO, *supra* nota 6, p. 19.

26 Veja JAYME, *supra* nota 7, p. 259-260.

gido dar maior valor às partes das legislações que abordam princípios. As normas narrativas, por outro lado, são mais bem colocadas num sistema menos rígido e mais aberto, porque substituem regras imutáveis e doutrinas por estruturas mais flexíveis[27].

O quarto elemento caracterizador da pós-modernidade no direito é o retorno aos sentimentos (*le retour des sentiments*)[28]. A idéia de que a economia dita a velocidade e o modo do comportamento humano está agora sob exame, e os valores que emanam da alma assumem um papel de vanguarda. Nas decisões judiciais, a fundamentação puramente legal não é mais suficiente, porque elementos estranhos ao mundo jurídico aparecem com respostas inovadoras que reformulam o direito existente. Em face do caos legislativo e desregulamentador, Professor Jayme escolhe confiar nos direitos humanos.

Sem entrar nos méritos da abordagem pós-moderna do direito realizada pelo Professor Jayme, penso que o que ela reflete é a abertura do direito e a inabilidade dos juízes ao redor do mundo de lidarem com elementos que residem fora do mundo jurídico. Concordo com o Professor Jayme que os elementos cruciais da visão pós-moderna do direito, com exceção do segundo, são todos, unanimemente, velhos conceitos que sempre existiram, subordinados à definição mais ampla de moralidade, no sentido de tratar os outros com igual preocupação e respeito. Tratar pessoas diferentemente, porque são diferentes externamente, como Professor Jayme sugere no componente pós-moderno do pluralismo, é, há muito tempo, relacionado com o conceito de moralidade. Ademais, a condição peculiar do *retour des sentiments* significa dizer, em outras palavras, que valores sociais que podem, de alguma forma, estar implícitos no sistema devem ser explicitados, e juízes estão começando a fazer isso para externalizar os valores morais sempre implícitos ao sistema. Na minha opinião, uma das maiores contribuições de Professor Jayme, com a introdução da pós-modernidade no direito, foi no campo da globalização e seu impacto na forma como o direito é tratado mundialmente. Assim, concordo com ele no sentido de que a importância do elemento da comunicação é ser o motor integrador de culturas jurídicas, encorajando a troca de idéias entre juízes, no que alguns definem como negociação judicial[29]. E, claro, em tal cenário globalizado, recorrer às

---

27 Veja Christian Joerges, *Editorial and Acknowledgements*, 8 European Review of Private Law, vii-x, viii (2000).

28 Veja JAYME, *supra* nota 7, p. 261.

29 Veja artigo ainda a ser publicado do Professor Jay Westbrook, in *Texas International Law Journal*. Veja, também, JOERGES, *supra* nota 10, p. viii (afirmando que a interação judicial e a cooperação são o ator legal central no processo de europeização); e GUZMAN, Andrew T. *International Regulatory Harmonization*, 3 Chi. J. Int'l L. 271, 272 ("[s]e a escolha unilateral de regras jurídicas não dá preferência a um regime regulatório internacio-

normas narrativas parece ser uma opção sábia em tempos de conflitos de leis.

Por outro lado, não concordo com Professor Jayme, quanto aos efeitos reduzidos que as ciências tradicionais têm no discurso jurídico. Pelo contrário, acredito que o direito em si está passando por uma crise em que o recurso à filosofia — o movimento usual — tem sido ineficiente para providenciar respostas corretas. Ao mesmo tempo, tem havido uma "americanização" do direito, e isto significa uma mudança no discurso tradicional do sistema jurídico romano-germânico em áreas antes não relacionadas à profissão jurídica. Mudança no sentido de que o discurso jurídico baseado nas ferramentas tradicionais, desconecto de outras ciências, está perdendo espaço e sendo substituído por um direito que incorpora áreas interdisciplinares para legitimar a si mesmo em um sentido mais amplo. Por outro lado, a utilização da análise econômica no direito incorpora esta linha de argumentação.

B. A utilização da análise econômica do direito

A economia tem sido, há muito tempo, familiar ao direito, mas nunca em nível tão íntimo como atualmente. Tradicionalmente, a economia tem sido usada em estudos jurídicos e na prática de áreas tais como direito tributário, mas nunca antes foi incorporada tão-somente como elemento secundário do direito. Não era conectada a lógica jurídica, nem internamente iria influenciar o resultado. Esta situação permaneceu presente na maioria dos países do sistema romano-germânico — e ainda permanece na maioria dos países latino-americanos — até pouco tempo atrás. Há uma resistência do sistema romano-germânico de aceitar a economia enquanto um argumento legítimo no discurso jurídico. É, em minha opinião, uma questão de ignorância e de insegurança de se abrir espaço para a renovação. Ou, talvez, seja apenas uma questão de entender os benefícios de estudos interdisciplinares.

A verdade é que a percepção da economia e, especialmente, do movimento da análise econômica do direito está mudando em um passo acelerado. A influência do direito norte-americano na Europa e em outras partes do mundo é talvez a maior força por trás dessa mudança. O direito norte-americano tem a tradição de incorporar ao direito áreas não necessária e diretamente conectadas a ele, para fortificar a argumentação jurídica. E, por outro lado, a influência do direito norte-americano foi forte em outros países nas décadas passadas, especialmente no campo do direi-

---

nal eficiente, os estados podem ser aptos a concordar numa melhor escolha do sistema jurídico por meio de negociação").

to constitucional, e, mais recentemente, no moderno direito da responsabilidade pelo produto, recentemente incorporado ao direito europeu por meio de uma diretiva[30]. Parece-me lógico que a crescente influência do direito norte-americano nos países de sistema romano-germânico, acentuada pela globalização, irá em breve modificar a forma com que lidamos com a economia e o direito em nível mundial.

Nos Estados Unidos da América, o movimento da análise econômica do direito começou anteriormente à década de 1960, mas naquele momento, era quase sinônimo de análise econômica do direito de antitruste[31]. Foi apenas depois de 1960 que os efeitos da análise econômica do direito começaram a ser sentidos em áreas previamente desconectas da economia. A partir de então, houve numerosos trabalhos acadêmicos e decisões judiciais aplicando a argumentação econômica nos contratos, nos ilícitos civis, no direito penal — teoria dos jogos, responsabilidade pelo produto e, mais recentemente, direito internacional. A visão tradicional que a análise econômica traz para o direito é a que tenta legitimar o discurso jurídico por meio de encontrar a solução mais eficiente.

O movimento da análise econômica do direito — direito consuetudinário especificamente — veio para ficar, provando que não é apenas um modismo, como era o caso do realismo jurídico, mas é uma questão de eficiência. Consigo entender a maioria da crítica acadêmica[32] e a relutância em se aceitar a legitimidade do uso da economia para se alcançar resultados jurídicos. Como pode um modelo econômico abstrato delinear e questionar a validade de um direito de acidentes, por exemplo? Por que deveríamos confiar em que a análise econômica fornece o resultado mais justo para as disputas sociais? Entendo que para os juristas tradicionais é difícil aceitar a correlação intrínseca entre eficiência econômica e justiça. Inquieta-me dizer que estou inclinado a temer o mesmo em muitas ocasiões, mas o que tem que ser percebido é que a economia de nenhuma forma substitui o direito. Ela fornece medidas objetivas, e é preciso assumir a economia enquanto uma aliada ao direito, e não enquanto sua substituta. O direito não é compelido a ceder para as lógicas econômicas, ao mesmo tempo em que não é compelido a ceder para a biologia ou para a medicina nos casos de direito biotecnológico. Isto tudo pode ser adjacente a minha opinião em favor do argumento de que a análise econômica do

---

30 Veja MATTEI, Ugo; PARDOLESI, Roberto. *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, 11 Int'l Rev. L. & Econ. 265, 270 (1991). A Diretiva a qual o autor se refere é a de n. 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros da União Européia em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos.

31 Veja POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 1981, p. 25.

32 Veja MATTEI, Ugo. *Efficiency as Equity: Insights from Comparative Law and Economics*, 18 Hastings Int'l & Comp. L. Rev., 157, 157 (1994).

direito legitima o discurso jurídico, especialmente em tempos em que a aceitação de verdades tem uma existência curta. Apenas para ilustrar a importância da utilização da economia no direito, mencionarei alguns casos que legitimam o meu argumento[33]:

O já mencionado exemplo da contribuição da economia para a criação interna de respostas corretas para os casos de direito de antitruste. Esse campo do direito claramente operacionaliza conceitos microeconômicos, tais como as barreiras para entrar no mercado competitivo, o monopólio e outras teorias do preço em geral;

Outros campos do direito não são explicitamente relacionados com a economia, mas a melhor maneira para os interpretar é utilizando a análise econômica. Esse é o caso do direito de acidentes, em que a culpa é traduzida em comportamento economicamente ineficiente. Nesses contextos, doutrinas tradicionais, tais como a fórmula "Hand" para a culpa são criticadas sob a visão econômica;

A análise econômica também pode ajudar o advogado a encontrar uma regra mais satisfatória de direito internacional privado, escolhendo a regra que irá alcançar o resultado mais eficiente;

A utilização da teoria dos jogos em casos de direito penal é outra aplicação comum da análise econômica;

A lista pode direcionar-se para muitas outras áreas do direito, mas até agora sinto que já falei o bastante sobre a ligação entre a análise econômica e a eficiência, sem realmente dizer o que é eficiência e do que ela se trata. Deixe-me primeiro afirmar que o conceito não é tão claro, e que os economistas parecem discordar acerca do significado exato da alocação da eficiência econômica.

Eficiência econômica foi primeiramente definida pelo sociólogo-economista italiano Pareto, que veio a ser conhecida como o conceito de Superioridade de Pareto. Segundo o conceito de superioridade de Pareto de eficiência econômica, uma política pública ou uma escolha privada é eficiente, se trouxer benefício a alguém sem causar prejuízo a ninguém. Entretanto, quase nenhuma escolha ou política irá respeitar esse parâmetro, porque praticamente toda a escolha/política irá originar perdedores. A política que está beneficiando A e B irá sempre prejudicar um terceiro na relação. Por isso, o conceito de superioridade de Pareto de eficiência econômica falhou em plenamente convencer sobre o que é eficiência realmente. Por outro lado, abriu espaço para futuros debates e conceitua-

33 Alguns dos exemplos foram extraídos da aula do Professor Richard Markovitz sobre as contribuições da economia na definição de direito e sua avaliação para internamente produzir respostas corretas, na University of Texas at Austin School of Law, Estados Unidos da América, outono de 2002.

ções de eficiência. De acordo com a definição de Kaldor-Hicks de um crescimento na eficiência alocativa, "*uma escolha privada ou governamental aumenta a eficiência alocativa se o número máximo de dólares que seus beneficiários podem lucrativamente oferecer para assegurar a escolha em questão exceder o número mínimo de dólares com o qual suas vítimas poderiam lucrativamente consentir na escolha em questão*".[34] Entretanto, uma escola minoritária de pensamento argumenta que a operacionalização da eficiência econômica feita por Kaldor-Hicks implicitamente subestima o tamanho do ganho equivalente em dólar que a política impõe a seus beneficiários e superestima o tamanho da perda equivalente em dólar a mesma escolha impõe a suas vítimas[35]. Pelas razões acima explicitadas, sempre que me refiro ao conceito de um crescimento na eficiência alocativa, estou adotando a definição monetarizada do Professor Richard Markovitz de que uma escolha é considerada eficientemente alocativa, se proporcionar a seus beneficiários uma quantidade equivalente a mais dólares do que a quantidade que retira de suas vítimas[36].

III. O DEBATE SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO

Tradicionalmente, o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado não têm em comum mais do que a ligação a jurisdições internacionais. Em outras palavras, foram concebidos para lidarem com diferentes esferas do direito, e muitos juristas parecem ainda advogar em favor dessa idéia. De um lado do mundo, tem-se o Direito Internacional Público encarregado de resolver disputas entre Estados e outras instituições tradicionais de direito público que os países de sistema romano-germânico têm constante e categoricamente definido. No centro do direito internacional público está o direito público puro, definido como sendo a soma do direito constitucional — "o direito segundo o qual a estrutura governamental é constituída[37]" — e do direito administrativo — "o direito que governa a administração pública e suas relações com indivíduos privados[38]". De outro lado do mundo, há disputas entre partes privadas,

---

34 MARKOVITZ, Richard. *A Constructive Critique of the Traditional Definition and Use of the Concept of "The Effects of a Choice on Allocative (Economic) Efficiency": Why the Kaldor-Hicks Test, the Coase Theorem, and Virtually All Law-and-Economics Welfare Arguments Are Wrong*, 3 U. ILL. L. REV. 485, 494 (1993).

35 *Id.*, p. 504.

36 *Id.*, p. 491.

37 Veja MERRYMAN, John Henry. *The Public Law — Private Law Distinction in European and American Law*, 17 Journal of Public Law 12, 3-19 (1968).

38 *Id.*, p. 12-13.

questões relativas à capacidade e outras relações privadas em geral. Este último aspecto do direito internacional é para ser resolvido por regras de Direito Internacional Privado, porque a matéria de Direito Privado é precisamente o reconhecimento e o cumprimento de direitos privados[39].

O mundo atualmente, entretanto, evoluiu para ser menos categoricamente segmentado e, por isso, a linha divisora entre direito internacional público e privado é um tanto imprecisa. Está nas mãos dos juristas da geração atual e daqueles que venham a definir em que ponto desenhar a linha divisora entre público e privado, se é para ter uma, em primeiro lugar.

Nesta segunda parte do presente artigo, defendo que, em um mundo crescentemente globalizado, o direito internacional precisa ser concebido como um único corpo, e que a velha distinção entre o que é público e o que é privado é obsoleta. Minha tese é a de que a utilização de estudos interdisciplinares pode nos ajudar a resolver esse dilema, e que a economia assume sua importância como a rainha das ciências para legitimar a caracterização de não-divisão do direito internacional.

O Debate entre Direito Público e Privado

Assim como mencionei na introdução, a globalização está reformulando o direito um tanto rapidamente[40]. Por conseguinte, para legitimar o direito como um corpo único que irá coordenar a disputa entre entidades públicas e pessoas privadas e organizações, evitando-se, assim, sua substituição por forças puramente orientadas pelo mercado; o direito deve moldar-se à nova organização dos Estados e da sociedade em geral. O primeiro passo cabível é aquele que volta às lições de pós-modernidade do Professor Jayme, a questão de se evitar classificações puramente racionais — típicas dos tempos modernos — e contar com fontes múltiplas que regulem o mesmo fato jurídico. Em direito internacional, isso será traduzido em uma abertura para conciliar ambos direito internacional público e privado, deixando de lado as disputas em que um segmento do direito internacional é mais bem adaptado para dissolver as disputas.

A força motora mais importante por trás dessa reconfiguração do direito internacional é, neste ponto já nossa velha amiga, a globalização. Como, então? A globalização demandou a reestruturação de uma varieda-

---

39 *Id.*, p. 11.

40 Veja, também, SAMUEL, Geofrey. English Private Law in the Context of the Codes 49, in *The Harmonization of European Law* (Hoecke and Ost eds.) (2000) (apoiando-se em Joerges e Teubner a retratarem a destruição da divisão entre direito público e direito privado no contexto da operacionalização do direito europeu).

de de setores na sociedade, para permitir sua sobrevivência. Por um lado, observamos as empresas nacionais implementarem novas políticas para competir com empresas estrangeiras; mas não é menos verdade que isto também ocorra com áreas intocáveis, tais como a educação, sob a crescente internacionalização dos movimentos de educação superior e sua perspectiva de trazê-la ao GATS (*General Agreement on Trade and Services* — Acordo Geral sobre Negócios e Serviços), assim como qualquer outro serviço incluído em tal acordo. Meu ponto de vista é claro: as instituições precisam ser remodeladas para não se tornarem obsoletas. Sob esses auspícios, as empresas têm tentado ser mais competitivas,assim como as instituições de ensino superior. Ao mesmo tempo muito tem se falado e escrito sobre competição regulatória, a qual, colocada de um modo simples, é a questão de quem determinará as regras para o setor[41]. O direito está envolvido em todo esse processo, e um grande passo para a sua modernização, no meu ponto de vista, é a harmonização do direito internacional público e do privado[42]. Penso que essas duas áreas distantes do direito deveriam ser aproximadas uma à outra, em um processo de familiarização mútua de suas diferenças e dos pontos que têm em comum[43].

Para um advogado norte-americano, essa distinção entre o público e direito privado parece bastante sem sentido, uma vez que o direito norte-americano não prioriza essa dupla classificação[44]. Neste sentido, as raízes de tal distinção nos países de sistema romano-germânico, europeus em particular, é que seus predecessores a utilizaram por mais de oito séculos, e o reverso é que os juristas anglo-americanos viveram sem essa distinção por nove séculos[45].

John Merryman, em seu marcante estudo comparado sobre a distinção entre Direito Público e Direito Privado, pontua oito *rationales* diferentes para a obsolescência da dicotomia, e algumas delas merecem ser

---

41 Veja, em geral, WAI, Robert. *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: the Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*, 40 Colum. J. Transnat'l L. 209 (2002).

42 O autor propositalmente utiliza a palavra harmonização para contrastar com a palavra unificação. A harmonização compõe as diferenças e as reúne, sem anular as peculiaridades de cada campo, seja ele público, ou privado. A unificação, por outro lado, combina o direito internacional público com o privado para formar um corpo inteiramente novo. Para mais referências, veja MARQUES, Claudia Lima. Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. In Revista de Direito do Consumidor, vol. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

43 Mas veja SAMUEL, *supra* nota 39, p. 59 (chamando a atenção, no contexto da harmonização do direito privado da União Européia, para argumentos sugerindo a fragmentação enquanto uma maneira de superar limitações culturais dentro dos Estados-Membros da União Européia).

44 Veja MERRYMAN, John Henry, *supra* nota 36, p. 4.

45 *Id.*, p. 7.

mencionadas neste momento[46]. O raciocínio que oferece aplica-se ao argumento que estou sustentando aqui:

Países de sistema romano-germânico aprenderam a apreciar o direito anglo-americano. Os advogados dos países de sistema romano-germânico perceberam que, apesar dos métodos de se chegar a uma solução sobre o mesmo fato ser diferente quanto à forma, a substância é, em essência, a mesma. Juristas treinados no sistema romano-germânico perceberam que os estudos comparados de direito anglo-americano podem em muito enriquecer o sistema romano-germânico, e isso terminou com o preconceito infundado de que o direito consuetudinário anglo-americano é menos sensível e menos eficiente do que o direito do sistema romano-germânico[47].

Os regimes nazista e fascista na Alemanha e na Itália, respectivamente, e o desenvolvimento da legalidade socialista na Europa Oriental provaram que as concepções do sistema romano-germânico, quanto ao direito público e ao direito privado, não são ideologicamente neutras, e que esses termos *per se* não importam nenhum sentido prévio, sugerindo que devem ser aplicados a contento pela cultura de um dado lugar em um certo tempo.

A mudança do papel do Estado nos países de direito civilista também conta para a falácia da dicotomia entre público e privado. O Estado Individualista do século XIX foi suplantado pelo Estado Social do século XX, o qual implicou na redução da autonomia das partes nas relações privadas, fazendo nascer termos tais quais "socialização" ou "publicização" do direito privado. Essa hipótese não é inteiramente verdade atualmente, uma vez que o papel do Estado está novamente sendo remodelado para incorporar a abordagem orientada pelo mercado no alvorecer do século XXI[48]. Ainda, isto reflete o impacto das forças externas no tradicional enigma do direito público e do direito privado.

Do lado reverso, a intervenção do Estado nas atividades privadas do último século implicaram o gerenciamento público das corporações, utilizando as formas legais do direito privado. Isso ficou conhecido como a privatização do direito público[49].

Não obstante as *rationales* oferecidas por Merryman tenham sido concebidas para o debate entre a dicotomia entre o direito público e o direito privado domésticos, não é preciso estender muito para aplicar suas lições ao cenário internacional. De acordo com o primeiro argumen-

---

46 Merryman reflete nos impactos da dicotomia no direito ocidental europeu e no direito anglo-americano. Da maneira como visualizo suas conclusões aplicadas aos países de direito civilista em geral, utilizarei o termo países ocidentais europeus e países de sistema romano-germâncio sem nenhuma diferença. Veja *id.*, p. 14.

47 Veja *id.*, p. 14-15.

48 *Id.*, p. 15-16.

49 *Id.*, p. 16.

to — a influência crescente do direito anglo-americano nos países de sistema romano-germânico — provou ser um argumento forte. Não apenas provou ser verdade, mas sua força cresceu nas últimas décadas. O direito anglo-americano desenvolveu um inovador direito de casos e, ainda que a dicotomia não receba o mesmo peso no direito costumeiro — quando não é inexistente —, seus impactos nos países de sistema romano-germâncio são, de forma alguma menosprezados por essa divisão pedagógica. A santidade do sistema de direito romano-germânico foi colocada à prova, e o direito passou a ser associado a um instrumento do forte sobre o fraco oprimido. Isso abre espaço para a implementação de técnicas novas, talvez mais neutras.

A terceira e a quarta *rationales* em favor da obsolescência da dicotomia entre direito público e direito privado podem ser tratadas conjuntamente, porque são complementares. Para esse debate, um importante elemento precisa ser adicionado, a globalização. Em nosso atual *state-of-the-art* — estado da ciência e da técnica — do direito internacional público e privado, não se pode mais ignorar os impactos da globalização nos contornos do novo corpo de direito internacional. A globalização, e aqui me refiro essencialmente à experiência da União Européia, tocou as fundações dos direitos internacionais público e privado. A aproximação dos países e das culturas jurídicas em uma única comunidade implicou em se repensar os princípios de direito anteriormente estabelecidos. Não estou questionando os benefícios da cultura jurídica global, mas apenas a analisando enquanto uma fotografia congelada no tempo. Nesse contexto, é evidente que houve uma mudança do direito internacional público para o direito internacional privado e vice-versa. Conceitos tais como a soberania de um país, pedra-angular de qualquer ordem jurídica internacional, foram desafiados por delimitações menos rígidas de espaço, tais como o conceito impreciso de Estado como região. Talvez seja o fim do direito internacional público e do direito internacional privado dentro da região. Talvez seja apenas uma nova configuração da dicotomia, e o tempo irá desenhar a linha divisora para nós. Mas, finalmente, talvez não haja razão para uma dicotomia. Vejo o argumento em favor de nenhuma dicotomia um tanto plausível, uma vez que os vetores de sua existência estão lentamente desaparecendo.

E, se países de tradição romano-germânica perceberam que as molduras antigas devem ser quebradas e o elemento comunicação da pós-modernidade ser encorajado, através do diálogo entre os direitos internacionais público e privado, o senso de correção na posição adotada séculos atrás pelos sistemas de direito anglo-americano aparentemente foram reforçados através do tempo[50]. Existem argumentos que sustentam a dis-

---

50 Veja HARLOW, Carol. *"Public" and "Private" Law: Definition without Distinction*, 241-65 MOD. L. REV. (1980).

tinção entre direito público e direito privado, no sentido de que um grupo autônomo de regras seja ultrapassado e indesejável em princípio[51], de que seja absolutamente incompatível com a tradição inglesa e, por isso, improvável de contribuir na composição de uma disputa de algum modo significativa[52].

Defendendo o tabu do direito público

Em tempos de caos legislativo, está havendo um *revival* de juristas de direito público, na direção de realçar a aplicabilidade do tabu do direito público. Este é um *term of art* criado pelo Professor Lowenfeld[53] para designar a esfera intocável do direito público, superior a todo e qualquer argumento entre partes privadas, ou talvez, mais precisamente definido como "a recusa geral de reconhecer o direito público estrangeiro em procedimentos de execução"[54]. Argumenta-se que o tabu tem sido longamente menos visível, na medida em que Estados caminham em busca de uma comunidade global exeqüível. Em um recente artigo numa revista jurídica, Philip J. McConnaughay[55] sustenta um *revival* do tabu do direito público e em favor de um não deslocamento do direito público para os princípios da eleição contratual e da escolha da lei. Baseia sua conclusão nos termos de que uma imprecisa distinção entre direito internacional público e privado tem sido mais prejudicial do que benéfica para as transações internacionais e que o deslocamento do fórum do direito público por eleições contratuais privadas acentua o problema de insuficiente regulamentação ou regulamentação nula[56]. Embora esta não seja a direção em que aparentemente estejamos caminhando, em 1993, um tribunal norte-americano decidiu, no caso *Hartford Fire Insurance Co. v. Ca-*

---

51 *Id.*, p. 242.

52 Veja HARLOW, *supra* nota 51, p. 242. Veja também HILLMAN, Robert W. 55-*AUT and Contemp. Probs.* 331 (1992) (revisando o argumento sustentado por Prof. Lowenfeld no final da década de 1970, da aproximação do direito público com o direito internacional privado, no contexto do direito de sociedades comerciais. Hillman desafia o conceito legislação comercial enquanto direito público não sujeito à escolha da lei aplicável. *Id.*, p. 354.

53 Veja LOWENFELD, Andreas F. Public Law in the International Arena: Conflicts of Laws, International Law, and Some Suggestions for Their Interactions, *163 Recueil des Cours 311* (1979-II).

54 Veja DODGE, William S. *Breaking the Public Law Taboo*, 43 HARV. INT'L. L. J. 161, 235 n. 4 (2002).

55 Veja McCONNAUGHAY, Philip. J. Reviving the "Public Law Taboo" in International Conflicts of Laws, 35 STAN. J. INT'L L., 255 (1999).

56 *Id.*, p. 257.

lifornia[57], *no sentido de que as partes de transações internacionais precisam se contentar com regulação sobreposta, e por vezes inconsistente, por muitas jurisdições nacionais diferentes*[58].

Deve-se dar crédito aos argumentos apresentados por McConnaughay, mas não posso concordar com ele em que o revival do tabu do direito público é a melhor maneira de "tocar o barco". Com a nova configuração das relações entre os Estados, que estão mais próximas, a informação é mais acessível e a circulação de bens e de capital humano é facilitada, argumentar em favor de reviver o tabu de direito público seria dar um passo atrás na direção do desenvolvimento global socioeconômico. Para mim é inaceitável defender argumentos tais quais o da soberania estática, contra toda a tendência integração econômica baseada nos motores da harmonização jurídica e cultural. Até mesmo o autor aponta as forças mais significativas por trás do movimento em favor de uma abordagem "privada" do direito internacional: "deferência (comity) entre nações através do reconhecimento dos atos e decisões tomadas por cada uma e a facilitação do direito internacional"[59]. Em tempos de encorajamento do comércio inter-regional e internacional, é natural esperar um comportamento mais diplomático e flexível dos países comerciantes, se querem negociar no mercado internacional. Nessa linha de argumentação, não há nada mais lógico do que esperar que as leis ocupem-se da facilitação do comércio internacional, leis que substituam as preocupações ultrapassadas e estáticas do direito público por argumentos privados mais dinâmicos. Não é menos verdade que os princípios de política pública devem ser respeitados, mas eles também sofreram um tipo de amortização, se é que posso dizer isso. Se os países optam por se juntarem à comunidade internacional — e aqui estou me referindo aos aspectos econômicos — inevitavelmente, devem cooperar[60]. Deve-se pesar os benefícios de ser uma economia voltada para dentro, ao contrário de uma economia mais liberal, orientada para o mercado internacional. Se o país optar pela última, a flexibilização de suas leis, por meio de infusões dos princípios de direito internacional privado nos *standards* que tradicionalmente têm sido governados pelo direito público[61], torna-se imperativa.

---

57 509 U.S. 764 (1993).

58 McCONNAUGHAY, p. 258.

59 *Id.*, p. 274.

60 Note-se que no original foi utilizada a palavra "compromise" na conotação gramatical inglesa, e não no sentido norte-americano da palavra.

61 Veja McConnaughay, *supra* nota 54, p. 276.

Em favor de uma globalização funcional: quebrando o tabu do direito público e outras sugestões

Para superar o caos legislativo da globalização, soluções devem ser encontradas para que se restabeleçam a paz e a ordem entre os países. Se as relações privadas entre partes internacionais vieram para ficar, soluções possíveis que não envolvam a violação de regras de aplicação imediata dos países envolvidos devem ser alcançadas[62].

Não estou defendendo ignorar a soberania de Estado cada vez que ela entre em conflito com o interesse privado, mas penso que os Tribunais precisam ser menos favoráveis ao tabu do direito público, quando tratando com demandas envolvendo direito estrangeiro[63]. Interessantemente, foram os Estados Unidos da América que julgaram o caso-líder (*leading case*) *Richard v. Lloyds of London*[64], *decidindo em favor do deslocamento do tabu de direito público, e favorecendo a escolha privada das partes de uma transação comercial internacional para optarem contratualmente pela não aplicação do direito público. O caso Lloyds envolveu um acordo com a escolha da cláusula de eleição de foro, requerendo que toda e qualquer disputa envolvendo o acordo fosse resolvida na Inglaterra. É claro que os Estados Unidos da América não decidiram contra seus nacionais, estes últimos sustentando o tabu do direito público e a conseqüente aplicação do American Securities Act*, como forma de respeito pela Inglaterra. Ocorre que os Estados Unidos da América são, provavelmente, o parceiro comercial número um, e o país não quis iniciar um precedente que desloca a aplicação do direito estrangeiro (futuramente direito norte-americano) em favor das leis da parte contrária ou de qualquer país terceiro à relação, em sendo o caso. Sem se considerar as forças que governaram a decisão do tribunal norte-americano, foi uma decisão positiva para a comunidade internacional, *vis-à-vis* regras mais flexíveis de direito internacional. Com o tempo, o caso Lloyds será "direito bom" a suportar a preferência contratada de uma escolha particular por uma lei ou foro aplicável à transação.

William S. Dogde, entretanto, argumenta que a quebra do tabu do direito público não pode tomar lugar sem nenhum tipo de orientação ou supervisão. Em sua opinião, tratados multilaterais ou bilaterais teriam

---

62 Mas veja WHINCOP, Michael; KEYES, Mary. *Putting the "Private" into Private International Law: Default Rules and the Proper Law of the Contract*, 21 Melb. U. L. Rev. 515, 516 (1997) (argumentando que "o empurrão normativo da pesquisa em direito e em economia tem sido a defesa de regras defeituosas, e a rejeição de regras de aplicação imediata/mandatórias[.]"

63 Para uma proposição concreta no contexto de direito securitário, veja em geral Hillman, *supra* nota 51.

64 135 F. 3d 1289 (9th Cir. 1998).

que oferecer cumprimento recíproco, removendo os limites vigentes na habilidade dos governos de transnacionalmente regular e tributar[65]. A confiança nos tratados em lugar dos acordos "de boa vizinhança" estabelecidos pelos tribunais é preferida, por que apenas os governos estão na posição de assegurar a reciprocidade[66]. Entretanto, William S. Dodge sugeriu que pode ser difícil de se alcançar os requisitos pelas partes contratantes, pelas mudanças políticas envolvidas não menos difíceis de conciliar. Conseqüentemente, depositar confiança no direito privado parece mais eficiente se o objetivo almejado é o de aumentar o fluxo de investimento internacional[67].

B. Colocando à prova a dicotomia entre público e privado: o caso das cláusulas de estabilização nos contratos internacionais

Devido ao escopo limitado desse artigo, não pude explorar todos os impactos do deslocamento da dicotomia entre direito internacional público e direito internacional privado. Mas pude, como fiz, sublinhar o principal conjunto de argumentos que cabem na tese de quebrar o tabu do direito público em diferentes campos do direito. Para avaliar os impactos concretos dessa mudança em uma área do direito, escolho reservar esta última parte do trabalho para tratar da questão da dicotomia em contratos internacionais e, mais especificamente, no caso das cláusulas de estabilização.

As cláusulas de estabilização passaram a existir em contratos de investimento[68] e podem ser definidas como "a obrigação específica na parte do Estado contratante de não alterar os termos da concessão, por legislação ou por qualquer outro meio, sem o consentimento da outra parte contratante."[69] A justificativa das cláusulas de estabilização é, de fato, a instabilidade política presente nos países emergentes, que encoraja investidores a implementarem tais provisões no contrato, para garantir o cumprimento do país investido com os termos do contrato. É, em suma, uma maneira de mitigar o risco político nos países em desenvolvimento.

Cláusulas de estabilização nos países da América Latina, por exemplo, estavam em baixa demanda nas décadas mais recentes, antecedendo

---

65 Dodge, *supra* nota 53, p. 235.

66 *Id.*

67 Veja Hillman, *supra* nota 51, p. 343 (convocando a privatização de alguns importantes aspectos da regulação de sociedades comerciais).

68 O caso de Lena Goldfields, Ltd. v. U.S.S.R. (1930) foi a primeira arbitragem a utilizar a cláusula de estabilização. Veja GARCIA-AMADOR, F. V. *State Responsability in Case of "Stabilization" Clauses*, 2 TRANSNAT'L L. & POL'Y 23, 37 (1993).

69 *Id.*, p. 23.

o final da década de 1980 e a década de 1990, devido à política econômica, orientada internamente, de industrialização baseanda na substituição das importações (*Import-substituting industrialization*)[70]. Com a implementação do Consenso de Washington[71] nas principais economias latino-americanas, o que foi sentido foi um *boom* na privatização de setores tradicionalmente pertencentes ao Estado e as conseqüentes boas-vindas ao capital estrangeiro.

Com investimento estrangeiro no país, surgiu a preocupação dos investidores internacionais com o futuro do capital investido nas indústrias recentemente privatizadas. Por isso, as cláusulas de estabilização tornaram-se comuns em tais contratos de investimento, porque podiam, sob o olhar dos investidores, vincular o Governo dos países emergentes à promessa de que os termos do contrato não seriam modificados em nenhuma circunstância, a menos que assim fosse contratado entre ambas as partes. Para encurtar a história, muitos países terminaram não cumprindo o contrato e, em certos casos, recursos externos foram nacionalizados e confiscados dos investidores. Não entrarei nos méritos das infrações contratuais e restringir-me-ei aos aspectos de direito internacional das cláusulas de estabilização.

De um lado da moeda, tem-se um investidor avesso ao risco que, consciente da instabilidade política dos países latino-americanos, confia na cláusula de estabilização como sendo seu porto-seguro. Do outro lado, tem-se o Governo, amarrado a um compromisso de não modificar os termos do contrato, a menos que a outra parte concorde com a mudança. No caso de uma quebra do contrato, têm-se duas linhas principais de argumentação. O investidor sustentará os princípios de direito internacional privado e alegará que o não-cumprimento do contrato viola as regras de direito internacional privado. O Governo do país em desenvolvimento sustentará que a soberania da nação não pode estar sujeita a um contrato com uma parte privada e, por isso, a quebra contratual não é ilegal, porque tal cláusula não tem validade em primeiro lugar.

Enfim, analisando a questão apenas de acordo com o direito internacional puro, tem-se um conflito entre direito internacional público e direito internacional privado. Deveria um(a) juiz(a) ou um(a) árbitro(a) obedecer aos termos do contrato, ou deveria ele/ela seguir um *approach* de direito público e considerar o ato do país em desenvolvimento como

---

70 Veja em geral THORP, Rosemay. *Progress Poverty and Exclusion: an Economic History of Latin America in the 20th Century* (1998); EDWARDS, Sebastian. *Crisis and Reform in Latin America, from Despair to Hope*, (1995).

71 O Consenso de Washington é sinônimo de políticas neoliberais baseadas na liberalização do comércio, estrutura regulatória clara e privatização.

sendo um de exercício de sua soberania? A pergunta não é fácil de ser respondida, como decisões arbitrais prévias podem falar por mim[72].

Atualmente, o Direito aponta a conclusão de que as cláusulas de estabilização estão no mesmo nível da soberania do Estado em direito internacional. Uma vez o Governo tenha concordado com um acordo de concessão contendo uma cláusula de estabilização, e o contrato contém uma cláusula de eleição de lei — internacionalizando uma relação contratual — aquelas obrigações são consideradas internacionalmente válidas e a quebra do contrato está sujeita à responsabilização do Estado[73].

O cerne da discussão, *vis-à-vis* cláusulas de estabilização em acordos de investimentos internacionais concentram-se no binômio obrigação contratual *versus* soberania de estado. Obrigações contratuais implicam em conceitos de direito privado assim como na noção de santidade do contrato, e o princípio *pacta sunt servanda*, que é a pedra-de-toque do sistema. Por outro lado, o conceito auto-explicativo de soberania do Estado traduz na liberdade "superior" de uma nação para livremente escolher o caminho que irá tomar. O cruzamento contribuiu para elevar o argumento da soberania, no sentido de que a responsabilidade internacional do Estado não pode ser colocada em risco por obrigações contratuais domésticas, ligando o acordo de concessão ao princípio localizado da *pacta sunt servanda*. Tudo isso mudou depois da decisão arbitral do Juiz Depuy, no caso *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic (TOPCO)*:

> "[O] reconhecimento pelo direito internacional do direito de nacionalizar não é suficiente para autorizar o Estado a desconsiderar suas obrigações, porque o mesmo direito reconhece o poder de um Estado de se obrigar internacionalmente, especialmente aceitando a inclusão de cláusulas de estabilização em um contrato assinado com uma parte privada internacional"[74].

Em virtude da decisão arbitral do Juiz Depuy, a visão geralmente aceita sobre a disputa entre a soberania do Estado/obrigação contratual é a de que a existência de cláusulas de eleição do direito aplicável em

---

72 De uma seleção ao acaso de arbitragens prévias envolvendo cláusulas de estabilização, veja BP Exploration Company (Libya) v. Government of the Libyan Arab Republic (53 I.L.R. 297 (1973-74)); Texaxo Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic (TOPCO) (17 I.L.M. p. 25 (1978)); Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic (20 I.L.M. 1 (1977)).

73 Veja Garcia-Amador, *supra* nota 67, p. 30.

74 17 I.L.M. p. 24-25, para 71.

acordos de concessão tem o efeito de "internalizar" ou "deslocalizar" a relação contratual[75].

Minha tese é a de que transações internacionais envolvendo cláusulas de estabilização podem ser bem mais eficientes se abordagens pós-modernas ao direito e à análise econômica são utilizadas.

Começando pela abordagem pós-moderna, acredito que a negociação entre as partes deve ocorrer mais seguidamente. Penso que a maioria dos problemas que decorrem do não-cumprimento das cláusulas de estabilização em contratos internacionais têm suas raízes na subestimação do papel da informação. Falta de informação entre as partes origina litígios desnecessários que podem facilmente ser prevenidos através de medidas alternativas. A negociação em direito internacional, com a aproximação de culturas jurídicas em uma comunidade global parece caminhar em favor de soluções viáveis. Soluções que envolvam partes que dialoguem mais antes de demandarem, partes que pareçam tolerar mais a cultura jurídica de seus parceiros, e, acima de tudo, partes que percebem que a unificação das legislações e de outras alternativas jurídicas não é a melhor maneira de se alcançar algum acordo. Gostaria de acreditar em que os países que atualmente atuam desconsiderando os costumes de seus parceiros contratuais percebam que estão afastando o entendimento mútuo e a cooperação. Ao mesmo tempo, uma vez passado o estágio preventivo e as partes decidirem levar o caso a corpos jurídicos, juízes sejam mais flexíveis para negociar com o Poder Judiciário de outros Estados envolvidos no conflito. O comportamento unilateral parece estar dando lugar à negociação judicial[76]. Com o crescimento da troca de informação, a profissão jurídica, por meio de se tornar mais bem informada sobre as culturas jurídicas de outros países, está mais bem equipada para tomar decisões mais racionais.

Por outro lado, a utilização da interdisciplinaridade na profissão jurídica desempenha um papel crescente no direito internacional. Na área da escolha do direito, objetivamente falando, e em questões abordadas no direito comercial internacional, o uso da análise econômica está na vanguarda. Por causa da americanização do direito romano-germânico — ou o crescente papel do direito comparado, para ser menos radical — o discurso jurídico precisa encontrar ferramentas legitimadoras fora do discurso tradicional. Existe uma perda de prestígio pelos juristas enciclopédicos, e conceitos tais quais eficiência, que até recentemente não tocariam o processo de tomada de decisão, estão ganhando espaço. Independentemente de eu concordar ou não que a análise quantitativa é me-

---

75 Veja Garcia-Amador, *supra* nota 67, p. 30.

76 Veja a aula de Prof. Wesbrook, a ser publicada na seção de simpósios de 2002 da Texas International Law Journal (TILJ).

lhor do que a análise legal qualitativa pura, a verdade é que a profissão jurídica, em cada país segundo seu próprio ritmo, está começando a perceber que os números podem contribuir significativamente no alcance da justiça. Se concordarmos que estatísticas são confiáveis e que os dados numéricos não são parciais, a utilização de estatísticas no direito é algo bom[77].

Entretanto, as estatísticas são uma das facetas da utilização da economia no direito, talvez minoritária. Análises econômicas *vis-à-vis* o alcance da melhor alocação de recursos em transações internacionais não foram tratadas extensivamente em recentes trabalhos acadêmicos[78]. No campo das cláusulas de estabilização, direito e economia não foram utilizados profundamente[79]. Walde e Ndi, quando tratam do assunto, concluem que a eficiência não seria alcançada, confiando-se unicamente no cumprimento das obrigações contratuais, nem em favor da abordagem que considera as cláusulas de estabilização inválidas, pois contrárias ao *jus cogens* internacional da soberania permanente[80]. Por um lado, o *approach* estritamente contratual e internacionalista, sustentando garantias completas de estabilização, encorajaria o comportamento ineficiente oportunista, porque os investidores "poderiam, efetivamente, utilizar a absoluta inalterabilidade dos termos e das condições do investimento em um projeto em longo prazo para fazer um governo refém da volumosa pressão política em favor da adaptação."[81] No outro extremo, a confiança completa no argumento de direito público da soberania do Estado e a conseqüente desconsideração das obrigações internacionais poderiam solapar a confiança da obrigação contratual governamental[82], a qual, em longo prazo, é

---

77 O Juiz Posner sustentou que a informação é subjetiva e que as estatísticas podem ser manipuladas para sustentarem o argumento que se está fazendo. Manifestação do Juiz Richard Posner em The University of Texas Law School Faculty Colloquium (outubro de 2001).

78 Trabalhos acadêmicos dedicados ao direito e à economia em direito internacional são em um número limitado. Há, provavelmente, algo em torno de sete pessoas escrevendo sobre isso na geração presente. Veja, por exemplo, os trabalhos de Joel Trachtman, *Conflicts of Laws and the Accuracy in the Allocation of Government Responsability*, 26 Vand. Transnt'l L. 975 (1994); Michael E. Solimine, *An Economic and Empirical Analysis of Choice of Law*, 24 Ga. L. Rev. 49 (1989); Erin A. O'Hara and Larry E. Ribstein, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, 67 U. Chi. L. Rev. 1151 (2000); Michael J. Whincop & Mary Keyes, *Policy and Pragmatism in The Conflicts of Laws* (2001).

79 Durante minha pesquisa, fui capaz de localizar apenas um artigo abordando diretamente com direito e economia com relação às cláusulas de estabilização. Veja Thomas W. Walde e Georg Ndi. *Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation*, 36 Tex. Int'l L. J. 216 (1996).

80 *Id.*, p. 259-260.

81 *Id.*, p. 259.

82 *Id.*

prejudicial para todo e qualquer Estado, especialmente para os em desenvolvimento, que dependem de investimento internacional para alcançarem o crescimento econômico.

Walde e Ndi acreditam que o resultado mais eficiente seria um que é imprevisível:

> "Nosso argumento é o de que uma situação na qual uma decisão específica do processo de solução de controvérsia não é totalmente previsível, mas depende de circunstâncias específicas e de um *approach* equilibrado, iria provavelmente impelir as partes a alcançar um consenso."[83]

Em minha opinião, companhias investidoras em Estados investidos estariam melhor, em termos de eficiência econômica, confiando no cumprimento das obrigações contratuais[84]. Defender a posição da soberania do Estado e não considerar a validade das cláusulas de estabilização parece sem sentido, pelas razões apresentadas por Walde e Ndi; mas esperar o cumprimento dos termos do contrato parece mais do que razoável para mim. Primeiro, dissipa-se o efeito "esfriador" (*chilling effect*) do não cumprimento que o contrato tem para futuros investimentos no país hospedeiro. Mais relevantemente sustenta-se a responsabilidade do Estado, *vis-à-vis* obrigações internacionais. Em tempos de globalização, Estados e partes privadas procuram soluções mais seguras, porque elas solidificam a aproximação do diferente, e dão um sentido de objetivos comuns, fazendo parceiros contratuais sentirem-se aceitos na comunidade global.

CONCLUSÃO

A globalização tem dado novos contornos ao direito internacional. Em tempos de crises judicial e legislativa, juristas enciclopédicos provaram ser incapazes de responder à maioria das mais recentes tendências emergentes em direito internacional. Com o propósito de desenvolver novos traços para corretamente tratar das questões postas no cenário internacional, a utilização de outras ciências, tais como a economia, surge como uma luz no final do túnel. Ao longo desse artigo, tentei argumentar que a globalização não é necessariamente má para o direito em longo

---

83 *Id.*, p. 260.

84 Para uma contribuição elaborada de direito e economia em questões contratuais internacionais, veja em geral Whincop & Keyes, *supra* nota 61 (argumentando que o não-cumprimento dos termos contratuais e o conseqüente recurso a regras defeituosas é o cenário mais eficiente, porque, nos termos do Teorema de Coase, isto em troca reduz os custos da transação).

prazo, mas métodos alternativos de solução de controvérsia precisam ser desenvolvidos para legitimar o discurso jurídico no alvorecer do século XXI. A economia surge como uma forma decente de trazer de volta a credibilidade que o direito internacional está condenado a perder, se não se adaptar à nova configuração dos Estados em tempos de globalização. Por outro lado, a cooperação internacional, a utilização da comunicação mais intensamente entre as partes e os tomadores-de-decisão parecem atenuar o aparecimento de potenciais conflitos[85]. Atualmente, o futuro do direito internacional público e do direito internacional privado é incerto: devemos sustentar o *revival* do tabu do direito público? Devemos responder ao chamado de "colocar o privado de volta ao direito internacional privado"?[86] Mas, talvez, o que simplesmente devemos fazer é conformarmo-nos com as divisões menos rígidas do direito internacional público e privado e talvez dar as boas-vindas ao surgimento de um único corpo de direito internacional. A resposta será conhecida na medida em que assistimos à comunidade global ajustar-se ao mundo sem fronteiras.

85 Veja Andrew T. Guzman, *Choice of Law: New Foundations*, 90 Geo. L. J. 883, 932 (2002).

86 A terminologia é de Whincop & Keyes, veja *supra* nota 61, p. 515.

Claudia Lima Marques
Nadia de Araujo
Organizadoras

O Novo Direito Internacional — Estudos em Homenagem a Erik Jayme

RENOVAR
Rio de Janeiro • São Paulo • Recife
2005

ABPDEA
Associação Brasileira para a Proteção dos Direitos Editoriais e Autorais
Respeite o Autor
Não Faça Cópia

REFERÊNCIA:

MOROSINI, Fabio Costa. Globalização e novas tendências em filosofia do direito internacional: a dicotomia entre o público e o privado da cláusula de estabilização. Tradução de Antonia Espíndola Longoni Klee. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia (Org.). **O novo direito internacional**: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 549-572.