

Fernando José Breda Pessoa

**A Consolidação da *Lex mercatoria* como
forma de harmonização do Direito Privado**

Dissertação de Mestrado

Programa de Pós-Graduação em Direito

Curitiba, fevereiro de 2006

CCJS – centro de ciências jurídicas e sociais

Fernando José Breda Pessôa

A Consolidação da *Lex mercatoria* como forma de
harmonização do Direito Privado

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da PUCPR como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Bosco Lee

Curitiba
Fevereiro de 2006

Fernando José Breda Pessôa

**A Consolidação da *Lex mercatoria* como
forma de harmonização do Direito Privado**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. João Bosco Lee
Orientador
PUCPR

_____ .

_____ .

Curitiba, ____ de _____ de 2006.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Fernando José Breda Pessôa

Graduou-se em Direito na PUCPR (Pontifícia Universidade Católica do Paraná) em 2003. Foi coordenador discente do Grupo de Pesquisas de Direito do Comércio Internacional da PUCPR em 2005.

Ficha Catalográfica

	Pessôa, Fernando José Breda
P475 2006	A consolidação da <i>Lex mercatoria</i> como forma de harmonização do direito privado / Fernando José Breda Pessôa ; orientador, João Bosco Lee. – 2006. xii, 255 f. ; 30 cm
	Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006 Inclui bibliografia
	1. Direito privado. 2. Lex mercatória. 3. Contratos. I. Lee, João Bosco. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
	Dóris 4. ed. – 342 342.24

Aos meus pais, Donatila e Oscar e aos meus irmãos André e Fábio, por terem participado de todos os momentos felizes de minha existência e por sempre serem o meu apoio nos momentos difíceis da vida.

Agradecimentos

Ao meu orientador Professor Dr. João Bosco Lee, pelo estímulo e parceria na realização deste trabalho, e por estes mais de três anos de convivência.

À CAPES e a PUCPR, pelos auxílios concedidos, sem os quais este trabalho não poderia ter sido realizado.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR, por terem tornado os meus dois últimos anos extremamente enriquecedores e proveitosos do ponto de vista acadêmico e pessoal.

À Eva e Isabel, pela amizade e companhia junto à Secretaria deste Programa de Mestrado e inestimável ajuda e atenção ao longo da realização deste trabalho.

A todos meus amigos, que durante a minha vida e em especial nestes dois últimos anos foram fontes inesgotáveis de incentivo, apoio, paciência, compreensão e camaradagem.

Aos meus colegas da PUCPR.

Aos professores que participam da Comissão Examinadora.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, de forma substancial ou singela, contribuíram para que este trabalho fosse realizado.

Resumo

Pessôa, Fernando José Breda; Lee, João Bosco. **A Consolidação da *Lex mercatoria* como forma de harmonização do Direito Privado**. Curitiba, 2006, 267p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A Consolidação da *Lex mercatoria* como forma de harmonização do Direito Privado estuda como o fenômeno jurídico conhecido como *Lex mercatoria*, que tem como uma das formas de sua evolução histórica a criação de dispositivos harmonizadores do Direito, mediante o estabelecimento de princípios contratuais, traçando perspectivas para uma integração sócio-econômica, tanto em esfera regional como internacional. Neste contexto, são os Princípios Contratuais Europeus (Princípios Lando), em âmbito regional, e os Princípios Unidroit, em âmbito global, as principais referências no estudo deste ramo do comércio internacional e na busca da harmonização do Direito Internacional Privado neste início de século XXI. Tem este trabalho o objetivo de analisar o fenômeno contratual contemporâneo, em uma concepção internacional, mediante o confronto de diferenças e similitudes destes dois grandes grupos de princípios contratuais, substanciados na ponderação das realidades européias e mundiais, verificando benefícios e desvantagens do binômio “harmonização/uniformização”, em sua experiência comunitária e internacional.

Palavras-chave

Lex mercatoria; harmonização; Direito Privado; Princípios Contratuais Europeus; Princípios Unidroit; contratos internacionais.

Abstract

Pessôa, Fernando José Breda; Lee, João Bosco (Advisor). **The Consolidation of the *Lex mercatoria* as a way for harmonization of Private Law.** Curitiba, 2006. 267p. MSc. Dissertation – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The Consolidation of *Lex mercatoria* as a way for harmonization of Private Law analyses the juridical phenomenon called *Lex mercatoria*, which has one of their historical evolutions on the creation of harmonization methods of Law by the establishment of contractual principles, drawing perspectives for a social-economic integration, including regional sphere and also the international one. On this context, The European Principles of Contract Law (Lando Principles), in the regional ambit, and Unidroit Principles, in the global commerce, are the main references on the studies of this branch of international trade and looking for the International Private Law harmonization on the beginning of this 21st century. This research has the mission of scrutinize the contemporary contractual phenomenon, inside of an international conception, using the confrontation between the differences and similarities of these two relevant contractual principles groups, working on pondering the European and World-wide realities, verifying the benefits and disadvantages of binomial “harmonization/uniformization”, in the global and European experience.

Keywords

Lex mercatoria; harmonization; Private Law; Principles of European Contract Law; Unidroit Principles; international contracts.

Sumário

1. Introdução.....	13
2. Natureza jurídica das regras privadas.....	17
2.1. Conceitos introdutórios.....	17
2.2. O <i>Ius commune</i> europeu.....	21
2.3. Unificação do Direito.....	25
2.3.1 Direito Comparado.....	27
2.3.2. Harmonização.....	31
2.3.3. Uniformização.....	34
2.3.4. Codificação.....	37
2.4. Um novo referencial: a <i>Lex mercatoria</i>	40
3. <i>Lex mercatoria</i> e sua essência unificadora.....	42
3.1. Redescoberta histórica.....	42
3.2. A <i>Lex mercatoria</i> enquanto sistema jurídico.....	51
3.3. A <i>Lex mercatoria</i> enquanto um sistema harmonizado.....	67
3.4. A busca da harmonização por parte dos ordenamentos jurídicos.....	69
4. Viabilidade da consolidação da <i>Lex mercatoria</i>	73
4.1. O diálogo entre <i>Lex mercatoria</i> e globalização.....	73
4.2. O fenômeno de consolidação enquanto fórmula jurídica (“ <i>creeping codification</i> ”.....)	79
4.3. <i>Europeanisation</i> do Direito Privado.....	85
4.3.1. Convergência da <i>common</i> e <i>civil law</i>	97
4.3.2. Iniciativas da União Européia.....	104

4.3.3. Relação das leis internas e diretivas comunitárias com a <i>Lex mercatoria</i>	108
5. Âmbitos da consolidação.....	118
5.1. Introdução.....	118
5.1.1. Âmbito internacional – Princípios Unidroit.....	119
5.1.2. Âmbito regional – Princípios Contratuais Europeus.....	122
5.2. Estrutura das consolidações.....	126
5.2.1. Objetivos.....	127
5.2.2. Disposições gerais.....	130
5.2.3. Formação.....	134
5.2.4. Validade.....	137
5.2.5. Interpretação.....	140
5.2.6. Conteúdo.....	142
5.2.7. Adimplemento.....	144
5.2.8. Inadimplemento.....	147
5.2.9. Cessão de direitos e transferência de contratos.....	150
5.2.10. Compensação.....	153
5.2.11. Prescrição.....	154
5.2.12. Demais aspectos contratuais.....	156
6. <i>Lex mercatoria</i> consolidada.....	159
6.1. Possibilidade de alcance e estrutura das consolidações.....	159
6.2. Perspectivas futuras das consolidações.....	163
6.2.1. Estabelecimento da consolidação como prática jurídica.....	164
6.2.2. Recodificação do Direito Privado.....	167
7. Conclusão.....	180
8. Referências bibliográficas.....	183

9. Anexos.....	207
9.1. Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais (UPICC) – 2004.....	207
9.2. Princípios Contratuais Europeus (PECL).....	236

Abreviaturas e siglas

CJE – Corte de Justiça Européia

PECL – *Principles on European Contract Law*

UE – União Européia

Uncitral – *United Nations Commission on International Trade Law*

Unidroit – *International Institute for the Unification of Private Law*

U PICC – *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*

1 Introdução

Nos últimos cinquenta anos, o comércio internacional vem passando por um constante processo de transformação, que foi motivado por uma série de fatores em cadeia, como o fim da Segunda Guerra Mundial, o estabelecimento de novas relações internacionais, desenvolvimento de novas tecnologias e etc. Neste contexto de transformações, o ponto de contato entre o Direito e comércio internacional foi o ressurgimento da *Lex mercatoria*, havido no início da década de 60¹.

A utilização desta expressão histórica que remonta aos tempos medievais para designar um fenômeno em curso em pleno século XX se deve ao fato de uma similitude de comportamentos, no qual tanto na Idade Média quanto na contemporaneidade, com suas devidas ressalvas, um conjunto de usos e costumes decorrentes de práticas comerciais e de grande respeitabilidade perante os agentes deste comércio internacional é ponderado e levado a fio em suas condutas como se força de lei tivessem. É a evolução destes usos e costumes, desta *Lex mercatoria*, o tema central que se pretende desenvolver neste trabalho.

Em um primeiro momento de sua evolução doutrinária, a *Lex mercatoria* consistia no reconhecimento e identificação de que certas práticas e hábitos dentro de um determinado meio profissional no comércio internacional, e que eram quase por si só reguladores de toda uma atividade em nível mundial. Essa unificação dos parâmetros mercantis internacionais, que começou como o clássico exemplo da London Corn Trade Association, em 1886², expandiu-se aos demais contratos que integram o comércio internacional.

¹ Em que pese o “*International Business Law: A New Law Merchant*” de Clive Schmitthoff ser anterior (1961), o artigo de Berthold Goldman intitulado “*Frontières du droit et Lex Mercatoria*”, de 1964, foi efetivamente o grande marco teórico para o desenvolvimento atual do estudo da *Lex mercatoria*.

² GOLDMAN, B., *Frontières du droit et Lex Mercatoria*, p. 179.

A partir de então, uma grande discussão se formou dentro do cenário jurídico internacional: seria a *Lex mercatoria* um sistema jurídico independente? Um mero conjunto de regras e costumes internacionalmente aceitos não disporia da mesma complexidade que os ordenamentos jurídicos estatais apresentavam? Discussões como essa surgiram de reflexões sobre o primeiro texto de Berthold Goldman a respeito da *Lex mercatoria*³, que acabou por produzir diversas contestações e reflexões dentro da doutrina, como aquelas formuladas por Paul Lagarde⁴ e Lord Mustill⁵, críticas essas que levaram o próprio Goldman a respondê-las na continuidade.

A *Lex mercatoria* enquanto prática jurídica, não se restringe única e exclusivamente ao reconhecimento da existência de certas práticas tidas como usuais e costumeiras por uma dada categoria profissional no comércio internacional. O estudo da *Lex mercatoria* é, de certa forma, um retorno às origens do Direito Privado, pois substancia os atos de seus agentes em princípios basilares deste último, como por exemplo, a liberdade das partes para contratar e autonomia das partes, bem como é uma fonte inesgotável de exercício de Direito comparado. Porém, enquanto conceitualmente a *Lex mercatoria* possa representar um retorno ao passado, o mesmo não pode ser dito de suas formas de desenvolvimento, que serão amplamente debatidas neste trabalho.

Ao longo de todas essas décadas dedicadas ao estudo da *Lex mercatoria*, notáveis avanços e contribuições ao Direito Internacional podem ser aferidos, dentre os quais o extremamente atual processo chamado de “consolidação da *Lex mercatoria*”, ou como Klaus Peter Berger denomina, a “*creeping codification*”⁶, que seria um processo informal de codificação, oriundo de esforços acadêmicos e da prática legal de cunho privado, que leva o Direito gradualmente a uma outra forma de codificação, sendo este um processo que está sempre em constante evolução.

Este processo de consolidação da *Lex mercatoria* não se desenvolve despido de outros questionamentos quanto a sua viabilidade e coerência. O processo de consolidação das práticas comerciais internacionais privadas por si só

³ GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 177-192.

⁴ LAGARDE, P., *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 125-150.

⁵ MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 87-119.

⁶ BERGER, K. P., *The Principles of European Contract Law and the concept of “Creeping Codification” of the law*, p. 23.

se constitui em um grande esforço comparatista, podendo ser considerado como o maior que se desenvolve na atualidade. A discussão desta consolidação revitaliza conceitos como o de harmonização, uniformização e unificação dentro do âmbito do Direito Privado, em uma perspectiva mundial e regional.

É justamente sob essa dualidade de perspectivas que a consolidação da *Lex mercatoria* se desenvolve atualmente. Em sua perspectiva mundial, ocupa a posição principal os Princípios Unidroit⁷ sobre contratos comerciais internacionais, editados primeiramente em 1994 e reeditados em 2004, que tem como escopo oferecer aos operadores do comércio internacional, através de um conjunto de princípios e regras privados, uma síntese das práticas contratuais universalmente aceitas, pretendendo ser um verdadeiro referencial na matéria.

Já em uma perspectiva mais restrita, que é aquela regional, o mais notável exemplo de que dispomos são os Princípios Contratuais Europeus, elaborados por uma comissão de estudiosos europeus liderados pelo professor dinamarquês Ole Lando, comissão esta que desenvolveu seus trabalhos desde o início da década de 80 até 1998, com o lançamento da primeira edição destes princípios. Assim como os da Unidroit, visam estes princípios reunir em um único corpo as práticas contratuais mais comuns entre todos os países europeus, como também, em um momento futuro, poder servir de base para a elaboração de um Código Civil Europeu.

Porém, quando se trabalha a questão da consolidação da *Lex mercatoria* enquanto tentativa de harmonização do Direito Privado, a discussão definitivamente não se esgota na compreensão na sua redescoberta por parte dos internacionalistas durante a década de 1960 ou com uma mera exposição sintética do que seria este processo através da abordagem deste ou daquele grupo de princípios contratuais.

A questão ganha redobrada importância ao se refletir efetivamente quais são as relações da *Lex mercatoria* com estas consolidações de princípios. A reflexão vai além daquela clássica que questiona se a *Lex mercatoria* se constitui em um sistema jurídico, mas se este conjunto de regras e costumes do comércio internacional por si só já não se constituiria em um conjunto harmonizado, sendo dispensáveis essas posteriores consolidações.

⁷ Para mais informações a respeito do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit), vide p. 119.

Outra questão que segue esta mesma vertente seria se os próprios ordenamentos jurídicos nacionais, em virtude da expansão das relações internacionais, já não acabam por trabalhar em uma harmonização indireta ou mesmo inconsciente de seus diplomas legais, não necessitando da mesma forma destas elaborações contratuais internacionais que viriam a aprimorar os mais diversos segmentos do Direito Contratual.

Não bastassem essas questões, imperioso se mostra também ponderar sobre qual conteúdo poderiam suportar tais consolidações e, principalmente, até quais são os limites, qual o verdadeiro raio de alcance da *Lex mercatoria* nesta perspectiva, até onde esta é passível de ser consolidada ou mesmo codificada.

Por estas razões é que o estudo da consolidação da *Lex mercatoria* enquanto tentativa de harmonização do Direito Privado se constitui em algo de extrema relevância e de indiscutível atualidade, conforme veremos na seqüência deste trabalho.

2 A natureza jurídica das regras privadas

2.1. Conceitos introdutórios

Para que a análise do fenômeno da consolidação da *Lex mercatoria* reste abrangente ao final deste trabalho, importante se mostra verificar, mesmo que rapidamente, qual é a formação jurídica das regras de Direito Privado.

A noção de Direito Privado surgiu concomitantemente com a ascensão do Estado Moderno, sendo igualmente uma conquista burguesa, representando o revestimento legal desejado pela nova elite dominante, que era justamente a burguesia. Adota-se a partir de então uma estrutura monista na sociedade, em que o Estado traz para si todos os poderes, dentre os quais o da emanção do Direito. Por não se contentar apenas em criá-lo, mas sim criá-lo com exclusividade, através de sua legislação, é que se afirma que o Estado Moderno representou um processo monopolização da produção jurídica. Da mesma forma, impunha-se aos juízes a obrigatoriedade da aplicação exclusiva das normas elaboradas pelo Estado, impedindo-o de fazer uso de outras normas sociais para regulação de um dado litígio⁸.

Era o Direito Privado uma espécie de proteção legal conferida às atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares da ação do Estado. Executava o Direito Privado, tendo como principal ícone de seu tempo a figura do contrato, uma função de circulação de propriedade e riquezas em geral. Como

⁸ BOBBIO, N., *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, p. 27-29.

marco histórico deste tempo, pode-se apontar o Código Napoleônico de 1804, que representou um novo tempo na história do Direito, que foi a era das codificações.

Nesta sociedade burguesa, nítido e reinante era o seu caráter liberal e capitalista, os quais acabam por moldar as relações sociais das mais diversas ordens sob as bases do individualismo e do patrimonialismo, em que o ser humano só era aceito enquanto ser social a partir do momento em que este era detentor de riquezas e a fazia circular através de sua atividade profissional. Por este liberalismo surgia como verdadeiro dínamo social o contrato, o qual tinha seus princípios basilares arraigados na liberdade e na autonomia da vontade das partes. Como Grant Gilmore assinala, o contrato é a lei para aquilo que a Revolução Industrial empreendeu⁹.

O contrato assumiu a partir de então o papel de núcleo fundamental do Direito Privado, vivendo-se uma situação de quase “centralidade” no sistema¹⁰, onde era o código¹¹ o centro do universo e onde gravitavam ao seu redor todas as relações entre os indivíduos.

Dentro do Direito Privado, o código napoleônico representou o mais relevante marco em sua história. Foi este código, o impulso inicial para a codificação do direito ao redor do mundo, um verdadeiro símbolo de ruptura com todas as tradições jurídicas que se tinha até o momento. Representou a substituição de um direito variado, embasado nas tradições romanas e consuetudinárias por um código único que tinha o objetivo de ser claro e auto-suficiente¹².

Sob o desígnio de Napoleão, uma comissão formada por quatro juristas em 1800, Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu e Maleville, acabou por produzir o referido código, aprovado em 1804. Este código único era uma síntese do direito consuetudinário e erudito francês. Em que pese trazer muitos elementos que remetiam ao regime antigo de posto, o Código de Napoleão era uma representação viva de todas as conquistas da Revolução Francesa e do Iluminismo.

⁹ GILMORE, G., *The Death of Contract*, p. 09.

¹⁰ SCHLESINGER, P., *Codice civile e sistema civilistico: il núcleo codicistico ed i suoi satelliti*, p. 404.

¹¹ Por “código”, assim entende PERLINGIERI, P., *Perfis do direito civil*, p. 03-04: “Por ‘código’, em geral, entende-se o documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma idéia de coerência e sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor”.

¹² VAN CAENEGEM, R. C., *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 01-02.

A codificação napoleônica enquanto construção jurídico-filosófica encontra respaldo no pensamento kantiano, que afirmava peremptoriamente ser a vontade individual o único fundamento de todas as obrigações jurídicas. Qualquer coisa que fugisse deste estratagema, seria necessariamente injusta. Sobre as manifestações jurídico-filosóficas deste período, assim pontua Jacques Ghestin:

“Os filósofos do século XVIII afirmavam os direitos dos indivíduos, não somente contra o Estado, mas também contra todos os grupamentos propensos a reduzirem a liberdade individual, notadamente contra o sistema de corporações que regia a atividade profissional. A sociedade não deve ser constituída senão por indivíduos entre os quais as relações sociais possam ser organizadas sob um fundamento voluntário, que é o contratual.¹³”

Porém, a efetivação do Código Civil francês de 1804 é um verdadeiro desenlace de uma história começada séculos atrás. A história dessa ruptura nos remete ao século XII, período este onde as compilações romanas, como o código de Justiniano, e as leis bárbaras eram responsáveis pela regulação jurídica em uma Europa medieval. Porém, devido ao fato de o Império Romano ter caído ainda no século V, essas compilações, que correspondiam a uma forma erudita de direito, foram gradualmente sendo substituídas por um direito “vulgar”, que era aplicado espontaneamente pelas populações, com um alcance eminentemente local, sem qualquer preocupação de reduzi-las por escrito.

À época, as regulações que mais se aproximavam ao conceito atual de regra jurídica eram essencialmente aquelas elaboradas pelos soberanos e endereçadas única e exclusivamente aos seus súditos, tanto no mundo latino quanto no mundo bárbaro, em que o Direito enquanto forma de regulação social era colocado em segundo plano em detrimento de decisões que prevaleciam o interesse do mais forte, ou que a razão residia na figura arbitrária de um chefe, exercendo uma função quase divina na Terra¹⁴.

É justamente entre os séculos XII e XIII que o Direito começou a renascer na sociedade européia, como uma consequência direta do ressurgimento das

¹³ GHESTIN, J., *Traité de droit civil: la formation du contrat*, p. 28: « Les philosophes du XVIIIe siècle affirment les droits des individus, non seulement contre l'État, mais aussi contre tout groupement susceptible de réduire la liberté individuelle, notamment contre le système des corporations qui régit l'activité professionnelle. La société ne doit plus être constituée que d'individus entre lesquels les relations sociales ne peuvent être organisées que sur un fondement volontaire, c'est à dire contractuel ».

¹⁴ DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 30.

cidades e principalmente do comércio, sob a forma de compilações oficiais ou privadas. Foi neste período que boa parte da Europa adotou o sistema romano-germânico. Diferentemente do sistema da *common law*, que se moldou de forma centralizada na figura soberana, o sistema romano-germânico se formou em uma época em que todos os esforços de reunificação em torno de algo semelhante ao que foi a unidade do Império Romano não lograram êxito. Como bem afirma René David: o “*sistema de direito romano-germânico foi fundado sobre uma comunidade de cultura. Ele surgiu e continuou a existir, independente de qualquer intenção política...*”¹⁵.

Do século XII até o XV, aconteceu um processo de redescoberta do Direito Romano, substituindo em quase todo o continente o direito consuetudinário. Mesmo nos países que não se submeteram à esta recepção, o Direito Romano foi útil através da suplementação da interpretação dos costumes antigos¹⁶. Segundo R. C. Van Caenegem, esta recepção foi fruto do renascimento do Direito Romano no século XII, constituindo-se em uma das formas de interação entre o direito consuetudinário, originariamente germânico, e o direito “erudito” romano, processo esse desenvolvido ao longo de vários anos na Europa. A causa deste processo de recepção foi a inaptidão cada vez maior do direito consuetudinário responder aos anseios da sociedade, necessitando a população de uma estrutura jurídica mais moderna, e esse incremento na estrutura jurídica se deu através da recepção destes elementos de origem romana¹⁷.

Segundo Norberto Bobbio, o fundamento de validade do Direito Romano se devia ao fato de este ser concebido como um conjunto de regras racionalmente fundado, representando a própria essência da razão jurídica, estando desta forma habilitado a reger todos os litígios e controvérsias. Poderia também fazer uso de algumas técnicas hermenêuticas para que esta regulação seja plenamente alcançada diante de um caso concreto¹⁸.

A formação deste direito “erudito”, elaborado como decorrência direta do renascimento das universidades, em que o estudo e ensino do Direito fora retomado. Em que pese usarem o Direito Romano como base, em especial o *Corpus iuris civilis*, os glosadores à época modificaram em parte sua forma de

¹⁵ DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 32.

¹⁶ VAN CAENEGEM, R. C., *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 03.

¹⁷ *Ibid.*, p. 47-48.

¹⁸ BOBBIO, N., *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, p. 31.

aplicação, se caracterizaram por introduzirem elementos filosóficos cristãos em sua interpretação, mais adequados à época..

O direito erudito que se formava era uma sistematização eminentemente teórica, que de acordo com John Gilissen, apresentava as seguintes vantagens: a) era um direito escrito, enquanto o direito utilizado na Europa era predominantemente consuetudinário, eliminando incertezas que os costumes poderiam trazer em alguns casos; b) mais completo, pois além de reafirmar aquilo que era usual em sua práxis jurídica, continha institutos que representaram uma evolução para o Direito enquanto ciência, colmatando as lacunas deixadas pelo direito consuetudinário da época; c) era mais evoluído, pois era de grande inspiração romana, sendo proveniente de uma sociedade mais evoluída do que aquela que caracterizava a Idade Média européia e; d) era um direito comum, de conhecimento de todos os mestres, dando origem ao *Ius commune*¹⁹.

Esta integração propiciada pelo estudo do Direito Romano, através dos glosadores, comentadores e posteriormente pela escola humanista, acabou por resultar em uma união do continente europeu através do Direito, respeitando a diversidade dos povos nos demais setores da sociedade. Este ressurgimento do Direito Romano, ocorrido primeiramente nos meios acadêmicos, acabou por construir o já referido *Ius commune* europeu. É, nas palavras de René David, “*um monumento, edificado por uma ciência européia, que visa, ao fornecer juristas modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça*”²⁰.

2.2

O *Ius Commune* europeu.

¹⁹ GILISSEN, J., *Introdução histórica ao direito*, p. 203.

²⁰ DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 35.

Complementando a idéia alinhavada por David, R. C. Van Caenegem salienta que o *Ius commune* é o direito supranacional por excelência. Com base no *Corpus iuris civilis*, redescoberto pelo Ocidente por volta de 1100, e no latim como língua de referência, o Direito Romano revigorado se tornou direito comum para todos os acadêmicos²¹. Com o trabalho dos glosadores, formou-se o “Neo-direito Romano”, extremamente cosmopolita, que acabou ganhando relevância quando deixou os limites da academia e passou a influenciar instituições até então notadamente feudais, como as cortes e outros segmentos sociais²².

Foi o “*Ius Commune*” a expressão escolhida para designar, principalmente a partir do século XVI, o referido direito erudito, que guardava uma conotação romana e servia supletivamente às leis e costumes de cada país²³. Vale ressaltar, como bem lembra Roy Goode, que o *Ius commune* foi elaborado por estudiosos do Direito, e não por legisladores²⁴.

Como já mencionado de forma passageira anteriormente, concomitante à formação do *Ius commune* continental²⁵, formou-se o sistema jurídico anglo-saxão, conhecido como *common law*. A expressão “*common*” é historicamente utilizada para designar este sistema em virtude de ter se formado com base em uma figura administrativa centralizada, diferente do *Ius commune*, o qual justamente prezava pela diversidade. O *common law* é um direito jurisprudencial, elaborado por juízes e fundamentado em uma autoridade decisiva concedida aos

²¹ VAN CAENEGEM, R. C., *European Law in the past and the future: Unity and Diversity over Two Millennia*, p. 13.

²² *Ibid.*, p. 16-17.

²³ GILISSEN, J., *Introdução histórica ao direito*, p. 208

²⁴ GOODE, R., *Contract and Commercial Law: The Logic and Limits of Harmonisation*, p. 02.

²⁵ Em que pese a maioria da doutrina defender a existência deste *Ius commune*, muito autores não entendem dessa maneira. CHAMBOREDON, A., *Form v Substance? An Ideological Venture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract*, p. 246, opina: “*Lessons of legal history seem clear enough to admit that there has never been a ‘jus commune’ conceived as one single legal system. Instead, the ‘jus commune’ was a legal tradition which was scattered and divided by privileges and diverse jurisdictions in Europe*”. Com posições semelhantes, podemos ainda destacar HEIRBAUT, D., *Feudal Law: The Real Ius Commune of Property in Europe, or: Should we Reintroduce Duplex Dominium?*, p. 304 e HESSELINK, M. W., *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission*, p. 57.

precedentes judiciários. Conforme John Gilissen salienta, a lei só desempenhou um papel dentro de sua evolução no momento de sua formação²⁶.

Retornando ao *Ius commune*, este pode ser sintetizado pela combinação do Direito Romano medieval com o Direito canônico, tendo maior relevância indiscutivelmente o primeiro, pois o segundo o tomava como fonte de inspiração. O *Ius commune* veio em contraposição ao chamado *Ius proprium*, que era a denominação utilizada para designar aquele direito de origem consuetudinária que se desenvolvia com base no particularismo de cada região da Europa²⁷.

Esta “romanização” do Direito europeu atingiu a todos os países europeus, uns em maior outros em menor grau. Países como França e Itália, já no século XIII, se mostravam totalmente adaptados ao então novel *Ius commune*. Em países como Espanha, Alemanha e Escócia, esse processo se deu de forma mais tardia. A Alemanha adotou por volta de 1500, através da recepção, pelo trabalho dos pandecistas. Já na Escócia a introdução do *Ius commune* em seu *common law* se deu em decorrência de ter entrado em guerra com a Inglaterra, utilizando os ensinamentos romanistas para o preenchimento das lacunas que eram constatadas em seu direito consuetudinário²⁸. Sobre este período de expansão do *Ius commune*, R. C. Van Caenegem conclui como sendo “*um autêntico direito europeu que transcendia os limites geográficos*”²⁹.

Mesmo que à época esta “romanização³⁰” do Direito pudesse ser considerada uma verdadeira modernização dos institutos jurídicos europeus, as diferenças de grau influência do *Ius commune* nas legislações nacionais se devem ao fato de sua aceitação não ter sido unânime. Como em toda a modificação que se pretenda proceder em qualquer sociedade e em qualquer época, aqueles que se encontravam como beneficiados pelo *status quo* do Direito consuetudinário, como aqueles ainda oriundos do sistema feudal, se sentiram ameaçados por esta

²⁶ GILISSEN, J., *Introdução histórica ao direito*, p. 208.

²⁷ VAN CAENEGEM, R. C., *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 65.

²⁸ *Ibid.*, p. 97-98.

²⁹ *Ibid.*, p. 100.

³⁰ Sobre a “romanização”, assim descreve GILISSEN, J., *op. cit.*, p. 351: “... *uma fase de infiltração que, muitas vezes, durou três a quatro séculos, do século XII ao XV, sucedeu-se em vários países o reconhecimento legal do ius commune – o direito romano tal como era ensinado nas universidades – como direito supletivo das leis e costumes; servia para preencher as lacunas do direito em vigor. Deu-se, geralmente, o nome de <recepção> do direito romano a esse fenômeno de adoção dum direito estrangeiro; talvez sem razão, porque quase em nenhum lugar o ius commune suplantou o direito nacional ou local. Aliás, os diversos países reagiram diferentemente, face à penetração do direito romano*”.

renovada formulação jurídica que, a guisa de exemplo, em muito alteraria a relação do homem com a propriedade³¹.

Devido ao conservadorismo do Direito consuetudinário, regiões marcadamente regidas por esse sistema, como é o caso da Inglaterra, desenvolveram uma verdadeira aversão ao direito erudito de uma forma geral, razão esta que explica a conservação das características do *common law* por longos anos.

Outro fator que contribuiu para esta rejeição ao *Ius commune* foi o particularismo local de certas regiões, as quais valorizavam em muito costumes e tradições locais. Consoante a esta idéia, Van Caenegem afirma que esta oposição ao Direito Romano pode ter sido influenciada por questões relativas à política nacional, pois considerando que este período de retomada romanista corresponde ao século XIII em diante, a recepção de um novo direito, totalmente diferente daquele habitualmente emanado pela figura do soberano, por si só já representava uma ameaça³².

Associando a questão do *Ius commune* com o desenvolvimento do comércio internacional, em que pese ambos tenham se dado no mesmo momento histórico, esses dois ramos surgiram de forma independente. O Direito Comercial foi um dos raros exemplos de criação jurídica advindas da Idade Média, em que usos e costumes atendiam as necessidades comerciais internacionais. Mesmo ambos sendo fenômenos internacionais, um se desenvolvia perfeitamente entre os comerciantes mediante o manejo dos referidos usos e costumes internacionais, o *Ius commune* constituía uma teoria formulada com base em categorias e conceitos gerais. Este isolamento dicotômico passou a ser flexibilizado a partir do momento que práticas eminentemente comerciais passaram a ser aceitas em relações internas, com é o que se verifica no caso das letras de câmbio, possibilitando um direito comercial europeu também mais homogêneo³³.

Como encerramento do período de “vigência” do *Ius commune* pode-se indicar o século XIX, o qual foi substituído pelas codificações nacionais³⁴. Atualmente, diante da formulação dos Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais e dos Princípios Contratuais Europeus, da lavra da

³¹ VAN CAENEGEM, R. C., *Uma introdução histórica ao direito privado*, p. 114.

³² *Ibid.*, p. 116.

³³ *Ibid.*, p. 118-120.

³⁴ DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 02.

Comissão Lando, esta discussão foi reavivada e pergunta-se se com estas consolidações, estaríamos atualmente diante de um “novo *Ius commune*”³⁵. Questão esta que buscaremos responder na seqüência deste trabalho.

2.3

Unificação do Direito

Dentro da história do Direito, constantes tem sido os intentos de torná-lo unificado, algo de maior certeza e previsibilidade, conferindo a todo sistema uma maior segurança jurídica. A discussão dessa questão exerce transcendental importância diante do tema trabalhado, o que acaba por demandar uma especificação nas formas e métodos utilizados no intento de tornar o Direito um sistema racionalmente unificado. É esta tarefa uma das mais importantes de nossa época³⁶.

Historicamente, as primeiras tentativas que visaram à unificação do Direito nos remetem à segunda metade do século XIX, impulsionados pelo desenvolvimento do comércio e das relações internacionais, onde Leone Levi em 1850 promoveu uma primeira comparação entre o Direito Comercial da Grã-Bretanha com o Direito Romano e com as legislações de mais cinquenta países³⁷.

Este ideal de unificação, que se expande com maior força no cenário internacional, pode ser conceitualmente dividido em dois aspectos: harmonização

³⁵ VAN CAENEGEM, R. C., *European Law in the past and the future: Unity and Diversity over Two Millennia*, p. 26.

³⁶ DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 09.

³⁷ ANCEL, M., *Utilidade e métodos do direito comparado*, p. 90.

e uniformização, que serão trabalhados especificamente na seqüência. Tanto um quanto outro processo só pode ser corretamente procedido mediante a comparação³⁸.

Como Marc Ancel corretamente aponta, a unificação pode ser regional ou universal. A unificação regional seria aquela realizada entre países fronteiriços ou ainda que integrem o mesmo bloco político-econômico. Já a universal se destina a todos os países, sem que nenhuma particularidade em especial venha a ser posta como requisito essencial para a unificação, sendo inclusive regidos por sistemas jurídicos diferentes³⁹.

Sempre que o assunto da unificação é abordado, deve-se ter em mente que a solução deve ser buscada mediante um exercício de Direito comparado, devendo este ser o mais completo e atualizado possível, sendo exigido na contemporaneidade que a utilização da comparação não se restrinja apenas à uma mera confrontação de sistemas, mas que seja algo realmente produtivo, buscando identificar as diferenças, aquilo que divide⁴⁰, para que efetivamente possa se obter um resultado construtivo para a ciência do Direito⁴¹.

Destarte, importante para o prosseguimento deste trabalho delinear sob quais formas e condições o Direito comparado contribui para que este ideal/objetivo da unificação se tornar algo possível, examinando os métodos existentes para essa viabilização e suas principais características, compreendendo virtudes e defeitos, e sua combinação com a *Lex mercatoria*.

³⁸ Para efeitos desta abordagem, conceitualmente trabalharemos a unificação com um conceito amplo e geral, o qual comporta duas especificações: a uniformização, pela qual diversos entes adotam um único texto e; a harmonização, pela qual entes, inspirados em um modelo com diretrizes comum, elaboram cada um o seu texto.

³⁹ ANCEL, M., *Utilidade e métodos do direito comparado*, p. 95.

⁴⁰ JAYME, E., *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, p. 25.

⁴¹ Em que pese a indiscutível ligação entre unificação e Direito comparado, BLANC-JOUVAN, X., *Reflections on "The Common Core of European Private Law" Project*, p. 04, faz a seguinte ressalva: "First of all, I think we should avoid the current mistake to confuse the science of comparative law with the process of unification. Comparative law may be useful for unification, to the extent that it provide information and permits better understanding of foreign laws: but it is not really necessary and certainly not sufficient; in fact it has many conditions and it has long-term implications. This is not the task of comparativists, who are under no obligation to be militants of a particular cause. The progress of comparative law cannot be assessed only in terms of progress towards unification."

2.3.1

Direito Comparado

A ciência comparatista, no entender de Rodolfo Sacco, deve sempre buscar a pesquisa de um modelo melhor, através da análise de um modelo estrangeiro⁴². Deve o Direito comparado “*desempenhar uma grande função de renovação da ciência do direito, na elaboração de um novo direito internacional que corresponda às condições do mundo moderno*”⁴³.

Aliás, utiliza este professor italiano a palavra “ciência” quando a comparação é voltada para o desenvolvimento jurídico e não simplesmente “método”⁴⁴, que aí poderia ser destinado às especulações sem objetivo a respeito de diversos modelos jurídicos apenas como uma demonstração de erudição. René David, na mesma linha que Sacco, entende o Direito comparado como uma verdadeira ciência, um ramo autônomo do conhecimento do direito⁴⁵.

Em que pese diversas notícias históricas nos reportarem que a comparação de direitos seja uma prática tão longínqua que exista desde a Antiguidade, o Direito comparado concebido enquanto ciência, isto é, tendo seus métodos e objetivos sistematizados, possui um pouco mais de um século de existência.

A razão desta juventude da ciência comparatista é o fato do Direito ter passado séculos e séculos acreditando que a solução de seus problemas seria encontrada na vontade de Deus, na natureza e na razão humana. As próprias universidades, durante um longo período, restringiam seus ensinamentos jurídicos ao estritamente consignado pelo Direito Romano e Canônico. Somente com o surgimento das codificações nacionais e com a derrocada do *Ius commune*

⁴² SACCO, R., *Introdução ao direito comparado*, p. 26.

⁴³ DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 09.

⁴⁴ Assim afirma SACCO, R., op. cit., p. 34, sobre esta questão: “*Quem diz que a comparação é método, tem uma visão limitada do método de comparação (porque não observa que se podem usar mais métodos para comparar, e que não existe o método puro de comparar), quando não tem uma visão limitada dos seus escopos e do seu objeto (porque não observa, ou não conhece, o seu específico, e já desenvolvido, campo de indagação)*”.

⁴⁵ DAVID, R., op. cit., p. 09-10.

medieval é que a comparação ganhou corpo nas letras jurídicas, podendo até mesmo ser considerada uma resposta à nacionalização que o Direito sofreu por conta do movimento codificador⁴⁶.

O Direito comparado, para René David, oferece seus benefícios em três vertentes básicas, sendo estas: investigações históricas ou filosóficas do Direito; para conhecimento e aperfeiçoamento do Direito nacional e; para compreensão das relações internacionais⁴⁷.

Para as investigações históricas ou filosóficas, em que pese esta não seja a tendência mais seguida atualmente, sua contribuição para o referido comparatista francês é indiscutível. No caso em tela, esta modalidade se mostra interessante ao se confrontar o antigo *Ius commune* com o suposto novo *Ius commune*, que será trabalhado na seqüência. Sobre o tema, René David assim pontua:

“Com a condição de se tomarem todas as precauções devidas, podem-se utilizar os dados fornecidos pela observação de certas tribos primitivas para tentar compreender as origens da noção de direito, ou aprofundar o sentido de certas instituições ou regras de direito da antiguidade. O antigo direito romano, o antigo direito germânico, o direito feudal foram, deste modo, melhor entendidos em vários de seus aspectos pelo recurso ao direito comparado⁴⁸”.

O Direito comparado quando utilizado para o aperfeiçoamento nacional apareceu concomitante com o surgimento das codificações e com o desenvolvimento das legislações em diversos países, e era aquele estudo comparado de uma legislação estrangeira com a legislação nacional, obviamente sobre um mesmo assunto, verificando quais institutos e instrumentos, com as devidas adaptações à realidade nacional, poderia ser trazido enquanto evolução.

A partir do momento que se conferiu esta finalidade à ciência da comparação, esta passou a ser um verdadeiro instrumento transformador das legislações, passando a repercutir também na doutrina e jurisprudência, concedendo pela primeira vez um caráter transnacional.

Adquirindo este caráter transnacional, o Direito comparado possibilitou um estreitamento das relações internacionais, aproximando os Estados e demais organismos e entes internacionais, tolerando um comportamento mais diversificado em âmbito global. Devido a este indiscutível caráter, verifica-se já

⁴⁶ DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 01-02.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 03.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 04.

de longa data uma crescente internacionalização dos conceitos jurídicos. Esta internacionalização de conceitos não somente aproximam juristas acostumados a sistemas diferentes, como é o clássico exemplo da *civil law* versus *common law*, mas também cria conceitos jurídicos internacionais já em sua concepção⁴⁹.

Para que neste começo de século XXI o Direito comparado possa cumprir a sua missão, isto é, viabilizar uma possibilidade para que a ciência jurídica possa evoluir, se faz mister que se conceba um Direito comparado adaptados às vicissitudes do mundo atual, um Direito comparado pós-moderno⁵⁰. Como diferencial da tradicional concepção comparatista, entende Erik Jayme que enquanto o Direito comparado moderno buscava determinar o que era comum, ou o igual que poderia ser percebido de forma diversa, a idéia pós-moderna deve evidenciar aquilo que divide, aquilo que é diferente⁵¹. Substitui-se a presunção de similitude pela presunção da diferença⁵².

Segundo Rodolfo Sacco, o fato de o Direito comparado moderno buscar nas legislações “dados comuns”, isto é, a unidade, uma concordância entre dados legais se deve ao fato de o Direito como um todo encontrar suas bases ainda no direito comum (“*Ius commune*”), destituído de qualquer base pluralística como forma de contestação desta unidade⁵³.

Esta é uma das grandes críticas que podem ser feitas a respeito da comparação moderna, pois a comparação “*pressupõe a pluralidade de modelos jurídicos*”⁵⁴. Ao se considerar a pluralidade como um dos valores básicos da Pós-modernidade, torna possível aceitar uma pluralidade de estilos de vida e refuta pretensões de cunho universal⁵⁵.

O reconhecimento do pluralismo, cujo núcleo reside no direito à diferença, é de essencial importância para que a noção do quão multicultural é a sociedade contemporânea, quão multicultural deve ser o Direito nos dias atuais. Adequado para esta sociedade multicultural é que o Direito ofereça uma regulação que

⁴⁹ ANCEL, M., *Utilidade e métodos do direito comparado*, p. 130.

⁵⁰ Como conceito “provisório”, define JAYME, E., *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, p. 29: “o direito comparado pós-moderno pesquisa as diferenças entre as ordens jurídicas, tendo em vista especialmente as diferentes posturas e condutas como forma contemporânea de valores (*Werten*) e estilos de pensar (*Denkstilen*)”.

⁵¹ *Ibid.*, p. 25

⁵² *Id.*, *Langue et Droit*, p. 05.

⁵³ SACCO, R., *Introdução ao direito comparado*, p. 29.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁵ JAYME, E., *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, p. 29-30.

atenda a suas mais diversas necessidades, ofertando alternativas e flexibilidade. Jayme assim descreve como o Direito se comporta diante destas novas necessidades:

“... o direito mesmo está em um processo de profundas mudanças. Uma característica típica da normal legal, que é sua força cogente, não é necessariamente uma parte integrante da regras legais geradas atualmente: normas ‘narrativas’ como princípios ou *standards* oriundos de entidades não-governamentais ou da prática estão se tornando a cada dia mais importantes⁵⁶”.

Deve também o Direito comparado pós-moderno direcionar seu vetor de análise para o atual, para o contemporâneo, e não ficar preso a um conteúdo delimitado severamente pelo tempo e espaço, pois a comparação só poderá ser realmente útil ao ser trabalhada sobre o que é incerto.

Ainda nas premissas de Erik Jayme, ou como ele mesmo denomina, a “terceira tese” é o caráter interdisciplinar da comparação, tendo como objeto a análise das reações dos sistemas de direito e ordenamentos jurídicos em relação ao pensamento pós-moderno⁵⁷.

Esta perspectiva dentro do Direito comparado de se buscar o comum, o “*common core*”, preocupava-se mais em observar como sistemas jurídicos trabalhavam do que observar o Direito em transformação. O Direito comparado não deve somente identificar a diferença, mas também respeitá-la, ou ainda “*medir as diferenças que existem entre uma multiplicidade de sistemas jurídicos*”⁵⁸. A uniformidade absoluta não é um objetivo que deve ser almejado, pois a premissa deste Direito comparado pós-moderno é a diversidade de regras nos mais diversos sistemas legais. Não existe “a melhor solução”. Cada sistema dispõe de dispositivos que interagem com fatores jurídicos, sociais e culturais na busca da solução mais adequada para uma dada situação⁵⁹.

Diferentemente da proposta comparatista (epistemologicamente) moderna, não se deve buscar através da ciência comparada a eliminação dos paradoxos e

⁵⁶ JAYME, E., *Multicultural Society and Private Law: German Experiences*, p. 06: “... the law itself is undergoing a profound change. The one typical feature of a legal norm, its mandatory force, is not necessarily an integral part of legal rules generated by today’s legislation: ‘Narrative’ norms such as principles and standards derived from non-governmental entities or practice are becoming increasingly important”.

⁵⁷ Id., *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, p. 25

⁵⁸ SACCO, R., *Introdução ao direito comparado*, p. 34.

⁵⁹ JAYME, E., *Multicultural Society and Private Law: German Experiences*, p. 09-10.

das dificuldades, mas deve a comparação pós-moderna considerar todos esses paradoxos e dificuldades como uma condição inescapável do pensamento intelectual contemporâneo. O grande aspecto a ser observado é que o Direito não pode ser considerado pelo comparatista como um mundo separado do mundo real, em que todos os esforços são no sentido de se tirarem conclusões apenas com base em regras formais. Deve o comparatista ter consciência das diferenças sociais, culturais, econômicas e ideológicas relativas a cada sistema⁶⁰.

Atribuir ao Direito comparado o papel de instrumento útil e necessário apenas para tornar uma unificação do Direito possível é equivocado, mesmo porque já houve uma unificação anterior, que foi justamente o período do *Ius commune*, e à época de sua formulação inexistia tal idéia. Por essa razão, Rodolfo Sacco afirma que o desenvolvimento da ciência comparatista não é condição suficiente nem necessária para a uniformização do Direito⁶¹.

Neste início de século XXI, tem a ciência comparatista a função de promover o desenvolvimento do Direito como um todo, fazendo uso das experiências vividas por uma coletividade de sistemas jurídicos. Da mesma forma, estende a amplitude do Direito, tornando-o em termos práticos mais fácil de ser trabalhado em um nível internacional⁶².

2.3.2

Harmonização

⁶⁰ VAN ERP, S., *European Private Law: Postmodern Dilemmas and Choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis*.

⁶¹ SACCO, R., *Introdução ao direito comparado*, p. 32.

⁶² DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 14.

Para os propósitos deste trabalho, considera-se harmonização o ato de aproximar a legislação de diversos países de forma flexível, nos limites do necessário para a consecução de determinados fins. A harmonização é o procedimento que permite o reconhecimento e coordenação das diferenças existentes entre os países, e justamente mediante o estabelecimento de um objetivo em comum, propiciar a redução gradativa destas diferenças. A harmonização é implementada através da proposição de normas básicas, exercendo um caráter referencial, sendo sua incorporação flexível, exemplificada em normas modelos, anexos exemplificativos ou até mesmo normas unificadas, porém, não sendo estas últimas obrigatórias, facultando a cada um a adoção desses dispositivos segundo seus critérios de oportunidade e conveniência⁶³.

Verifica-se prontamente que este modelo se coaduna perfeitamente à idéia de se trabalhar com um Direito comparado pós-moderno, pois seu núcleo está fundamentado no respeito à diferença na diversidade cultural dos povos. Como se pode perceber, a harmonização dentro do Direito Privado pauta pelo estabelecimento de diretrizes básicas que devem ser seguidas e incorporadas gradativamente por aqueles que estejam envolvidos.

Um dos exemplos históricos mais representativos da harmonização foi a criação nos Estados Unidos do chamado *Restatement of Contracts*, elaborado pelo *American Law Institute*, em 1932⁶⁴, motivado pela vontade de sistematização da matéria contratual já declinada na jurisprudência norte-americana. Era um texto especializado que reunia os princípios mais importantes consagrados pela práxis norte-americana no tocante às transações comerciais de forma clara e precisa, contando também com comentários, ilustrações e casos hipotéticos para dirimir ao máximo as dúvidas que porventura venham a surgir, sob o formato “*black-letter-law*”. O *Restatement of Contracts* representou uma espécie de “teoria dos contratos⁶⁵”. Ou como Edwin Patterson afirma, o *Restatement* reflete o Direito como ele é, não como ele deveria ser⁶⁶.

⁶³ MARQUES, C. L., *Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor*, p. 60.

⁶⁴ Há que se ressaltar que a elaboração do *Restatement* não foi primeira tentativa de sistematização da matéria contratual nos Estados Unidos. GILMORE, G., *The Death of Contract*, p. 10, nos conta que já em 1837 Joseph Story encaminhou ao governo de Massachusetts o *Report on the Codification of the Common Law*, o qual reduzia por escrito, e em um código, toda a prática desenvolvida em torno dos contratos nos Estados Unidos.

⁶⁵ *Ibid.*, passim.

⁶⁶ *Apud* BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 120.

Para Grant Gilmore, a necessidade ou o desejo de consolidar (“*restating*”) o direito contratual produzido pela aplicação do sistema da *common law* dentro da comunidade jurídica norte-americana decorreu de uma resposta à falaciosa unidade doutrinária do “*pure case law system*”⁶⁷. Para o ilustre professor norte-americano, o revolucionário *Restatement of Contracts*⁶⁸ não foi somente a melhor consolidação já produzida nos Estados Unidos, mas foi também uma das grandes realizações jurídicas de todos os tempos⁶⁹.

Durante décadas, o *Restatement of Contracts* representou um avanço ao dismantelar toda uma teoria contratual clássica norte-americana, porém também apresentou algumas falhas. Além de algumas situações imprevistas, o que em 1932 representava os princípios fundamentais da *common law*, com o tempo foram se mostrando que não eram eternos e muito menos imutáveis. Os princípios pediam uma atualização, cujo conteúdo seria proveniente de um repertório jurisprudencial mais recente, sendo a *common law* trabalhada sob um enfoque analítico, crítico e construtivo⁷⁰. Estas falhas foram corrigidas por ocasião do *Second Restatement of Contracts*, de 1980, cujos trabalhos preparatórios foram iniciados em 1952.

A elaboração destes *restatements* representou um avanço indiscutível em termos de Direito comparado, por superar, na matéria contratual, muitos dos antagonismos existentes entre os sistemas da *civil law* e *common law*. Os contratos foram consolidados no começo do século passado nos Estados Unidos e a proposta de codificação de Story quase cem anos antes também confirma esta hipótese, como um reflexo comparatista da experiência continental européia.

Este método possui a vantagem de possibilitar o desenvolvimento jurídico de alguns sistemas, que é objetivo principal do Direito comparado, sem que outros ordenamentos retrocedam em seu desenvolvimento científico. Dentro deste

⁶⁷ GILMORE, G., *The Death of Contract*, p. 65-66.

⁶⁸ Assim Ibid., p. 72, avalia o *Restatement of Contracts* no seguinte sentido: “*The Restatement, we might say, ended up uneasily poised between past and future, which is no doubt the best thing that could have been done.*”

⁶⁹ Sobre a relação entre *common law* e as codificações, assim opinam BLAIR, W; BRENT, R., *A Single European Law of Contract?*, p. 05: “*Codification is not, as is sometimes supposed, inimical to the common law process. England had its own 19th century codes, with a distinctly mercantile tendency, covering for example sales of goods and payment instruments. Indeed, the law of contract was itself codified, though not for England, in the form of Indian Contract of 1872. Nevertheless, the common law systems have never had the kind of overreaching codifications that are found in continental Europe, and this remains one of the primary distinctions with the civil law.*”

⁷⁰ BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 122.

“*comparative law-making technique*”⁷¹, os *restatements* são capazes de tornar visíveis a existência de valores legais e de princípios que já são compartilhados, aclarando peculiaridades nacionais e desenvolvendo uma terminologia comum para os juristas que transcende suas fronteiras jurisdicionais⁷². Desempenha, destarte, papel destacado neste movimento de harmonização, influenciando pelo seu formato às legislações nacionais a se modificarem seguindo um único sentido, como é o caso dos países europeus.

Geralmente, esta função de harmonização e característica de não obrigatoriedade de adesão é algo característico de regulamentos privados, como o *Restatement* norte americano, os Princípios da Unidroit sobre contratos comerciais internacionais e os Princípios Contratuais Europeus⁷³, que por sua maior acuidade no trato de certos assuntos, acabam se tornando referência para aprimoramentos tanto de legislações nacionais quanto de diretivas comunitárias.

2.3.3

Uniformização

Entender-se-á uniformização como aquele ato de reunir em um único corpo coisas ou elementos que anteriormente eram distintos ou separados.

⁷¹ BERGER, K. P., *Harmonisation of European Contract Law: The Influence of Comparative Law*, p. 893.

⁷² LANDO, O; BAR, C. V., *Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, p. 33.

⁷³ Pertinentemente GEBAUER, M., *Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation*, p. 693, afirma que em que pese se chamem “princípios”, tecnicamente, estes textos privados contêm não somente princípios, mas também regras.

Juridicamente, significa transformar dois ou mais textos distintos, sobre a mesma matéria, em um texto único, válido para todos. Uma norma uniforme é aquela que tenta reunir dispositivos e culturas diversas sob a égide de um único instrumento, que se impõe para todos. Este conteúdo uniforme pode ser se apresentar através de um tratado internacional ou regulamento único, tendo caráter exaustivo⁷⁴.

A uniformização, dentro do Direito comparado, talvez tenha representado o maior foco de discussões em toda a sua histórica. Até a Segunda Guerra Mundial, foi essa a tendência dominante nos meios acadêmicos comparatistas, posicionando a uniformização como fim último da comparação⁷⁵.

A lei uniforme, que por muito tempo representou o modelo ideal para muito internacionalistas, é opção legislativa de difícil utilização prática. Sobre as modalidades de unificação, Marc Ancel distingue a uniformização nacional da internacional. A uniformização nacional seria aquela procedida entre vários regimes dentro de um Estado, como foi o Código napoleônico e tantos outros que o seguiram. Já a uniformização internacional é aquela que se dá entre países independentes que abdicam de suas respectivas legislações e adotam a lei uniforme⁷⁶.

A uniformização é sempre almejada toda vez que um determinado sistema de direito internacional privado se mostra impotente diante de uma situação conflituosa e de difícil resolução. É a uniformização a primeira hipótese a ser suscitada para que esta situação seja evitada no futuro, pois elimina estas contradições criadas pelo conflito de normas no espaço⁷⁷.

Verifica-se ao longo dos anos uma modificação de postura ao se tratar da uniformização. No início do século XX, a uniformização era o grande objetivo dos comparatistas, vislumbrando inclusive a possibilidade de um Direito mundialmente uniformizado. Porém, após a Segunda Guerra Mundial, as dificuldades e a propensão ao fracasso ao se introduzir este tipo de uniformização restou latente, devido à divisão do mundo em bloco capitalista e socialista. Além

⁷⁴ MARQUES, C. L., *Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor*, p. 58.

⁷⁵ ANCEL, M., *Utilidade e métodos do direito comparado*, p. 89.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 92-93.

⁷⁷ SACCO, R., *Introdução ao direito comparado*, p. 192.

destes fatores, matérias como o estatuto pessoal se mostraram impossíveis de serem uniformizadas⁷⁸.

Uma crítica colocada ao processo de uniformização é a limitação das possibilidades de evolução de um modelo jurídico. Quanto maior a diversidade de modelos, maiores são as possibilidades de evolução dentro da ciência jurídica, justamente através da comparação. Essa verdadeira troca de experiências entre os ordenamentos ficaria praticamente reduzida a zero com uma uniformidade de legislação

Na mesma toada, afirma-se que esses processos uniformizadores legais e convencionais aumentam o controle normativo sobre a liberdade individual. A *Lex mercatoria*, que será amplamente abordada na seqüência, é o exemplo mais claro da unificação com base no exercício da liberdade⁷⁹.

Como bem salienta Jürgen Basedow, a uniformização foi um modelo que ao longo do século XX entrou em crise⁸⁰. Por mais que centenas de países assinem uma convenção internacional ou uma lei uniforme, para que o objetivo desta realmente se efetive, necessário se faz que todos estes países a ratifiquem no âmbito interno de suas legislações. Pelo fato de nesta fase as atenções internacionais sobre a questão debatida já terem se dissipado, o processo de ratificação em muitos países é interrompido ou nem mesmo iniciado, impondo a derrota a qualquer tentativa internacional de uniformização. Outros fatores que também contribuem para este insucesso é o grande número de reservas que neles são possibilitadas, que acaba por desnaturar o ideal da uniformização.

Há décadas, a tendência mundial no atinente à unificação dos sistemas jurídicos pende com muito mais força para o campo da harmonização do que para a uniformização propriamente dita. A uniformidade, por conta de sua impossibilidade real de ser alcançada, somando-se à realização de reservas pelos países na incorporação das leis uniformes ao seu ordenamento, perdeu o seu espaço. Antes de se empreender qualquer esforço uniformizador, deve a ciência jurídica relativizar e posteriormente eliminar as discrepâncias conceituais

⁷⁸ ANCEL, M., *Utilidade e métodos do direito comparado*, p. 96-100.

⁷⁹ SACCO, R., *Introdução ao direito comparado*, p. 195-196.

⁸⁰ BASEDOW, J., *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and German Law*, p. 01.

existentes nos inúmeros ordenamentos jurídicos, processo esse efetuado sob a égide da comparação⁸¹.

A harmonização mostrou-se muito mais profícua no intento de unificar o Direito, tanto regional quanto mundialmente, através do estabelecimento de *standards*, que não são leis, mas princípios que oferecem normas gerais para a confecção de leis, conforme já se verificou nas searas dos Direitos Humanos e do Direito do Comércio Internacional⁸².

2.3.4

Codificação

Como bem afirma John Gilissen, os códigos constituem “*um dos mais notáveis esforços de sistematização de regras jurídicas de toda a história*”⁸³. Retomando este raciocínio acerca das codificações, já trabalhadas previamente no primeiro item, é importante ressaltar que anteriormente ao código, que foi o símbolo da instauração do Estado Moderno, a sociedade era regida por consolidações. Esta formatação jurídica prezava pela manutenção de um “*continuum histórico*”⁸⁴, melhorando sem modificá-lo em sua essência, apenas compilando as regras jurídicas da época.

⁸¹ SACCO, R., *Introdução ao direito comparado*, p. 205.

⁸² ANCEL, M., *Utilidade e métodos do direito comparado*, p. 102-103.

⁸³ GILISSEN, J., *Introdução histórica ao direito*, p. 448.

⁸⁴ LORENZETTI, R. L., *Fundamentos do direito privado*, p. 42.

Neste cenário, exerceu o código um verdadeiro papel de ruptura dentro do Direito Privado, constituindo um novo modelo de ordem jurídica⁸⁵. Com o advento das codificações, imaginava-se que um maior grau de segurança seria trazido para as relações jurídicas, coordenando regras e princípios sob o formato de artigos. O código foi concebido sob uma lógica dedutiva, com axiomas fundantes, delimitando especificamente o espaço para os atos jurídicos, sendo ele auto-suficiente, o elemento único e necessário para regulação de todas as atividades existentes na sociedade e como referencial contrastante entre esta última e o Estado⁸⁶. Como Bentham afirmava: “*Tudo aquilo que não estiver no corpo das leis não será lei*”⁸⁷.

Como bem relembra Ole Lando, a Alemanha, o último país a se render ao processo de codificação, sediou uma discussão doutrinária muito interessante no começo do século XIX⁸⁸. Em 1814, Anton Friedrich Justus Thibaut defendeu a necessidade da elaboração de um código civil alemão. Em resposta à manifestação de Thibaut, Friedrich Carl von Savigny publicou o manifesto “*Das gemeine recht*”, onde refutava as idéias codificadoras de Thibaut realçando os benefícios trazidos pelo direito comum de origem romana. Em termos mais simples, propunha Thibaut um processo de unificação “de cima para baixo”, enquanto Savigny idealizava a unificação “de baixo para cima”.

Esta discussão confrontou a doutrina da escola histórica (Savigny) e da escola positivista (Thibaut). Thibaut⁸⁹ era favorável que a Alemanha aderisse ao processo de codificação que tinha se alastrado por toda a Europa, pois o direito consuetudinário defendido pela escola histórica representava uma herança indesejada da Idade Média e prezava pelo fator irracional presente em toda

⁸⁵ MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 171.

⁸⁶ LORENZETTI, R. L., *Fundamentos do direito privado*, p. 42-43.

⁸⁷ *Apud* GILISSEN, J., *Introdução histórica ao direito*, p. 449.

⁸⁸ LANDO, O., *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, p. 359.

⁸⁹ Segundo BERGER, K. P., *The Principles of European Contract Law and the concept of “Creeping Codification” of law*, p. 25, Thibaut não era defensor de uma completa codificação do direito alemão. Na realidade, a sua percepção sobre a questão era muito mais de uma comparação do que uma codificação propriamente dita. Neste mesmo sentido, BOBBIO, N., *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, p. 56-57, afirma que o que Thibaut buscava era por em evidência o raciocínio lógico-sistemático na interpretação do direito. A análise lógica de uma norma pressupunha enquadrá-la sistematicamente junto às demais normas existentes. Assim, a interpretação lógico-sistemática defendida não se contrapunha à interpretação histórica do Direito, mas a integra.

tradição, relegando a razão para um segundo plano⁹⁰. Savigny entendia que o Direito deveria ser baseado no passado vivido pelo país, como resultado natural e direto de sua história, representando dinamicamente a vida social, e que qualquer forma que “cristalizasse” o Direito retiraria deste toda a sua funcionalidade. Divergindo do racionalismo, a escola histórica não acreditava na imutabilidade dos ordenamentos jurídicos, sendo que a atualização desses sistemas emanaria diretamente do povo, em consonância às elaboradas pelos doutores⁹¹.

Os postulados básicos da escola histórica do Direito prezavam pela individualidade e diversidade do homem, pelas quais inexistiria um direito único, igual em todos os lugares, momentos e situações. Por essa idéia, era as raízes históricas uma expressão mais confiável para se obter um senso de justiça do que qualquer outra aproximação obtida por uma racionalidade pré-definida⁹².

Para a escola histórica, a codificação era um processo de imposição de cunho ideológico promovido por um tirano que implantava seu modelo de regulação civil como um modelo universal. Deveria sim o Direito ser fruto da consciência popular e da jurisprudência, específicas de cada povo, não como um produto universal e abstrato. Da mesma forma que a língua, para a escola histórica, o Direito possui dentro de suas origens um particularismo histórico, cultural, e nacional indissociável de seu povo⁹³.

Esta sociedade extremamente individualista que caracterizou o período em que a regulação jurídica proveniente do código civil permaneceu incontestável até meados do século XIX, onde essa concepção passou a ser mitigada por um processo chamado “publicização” do Direito Privado, pelo qual valores de cunho social, mediante a intervenção estatal na autonomia privada, acabaram por serem introduzidos nos conteúdos contratuais, com a criação da figura da função social⁹⁴.

Após a publicização, seguiu o processo de descodificação do Direito Civil, em que a imagem unitária do código civil foi superada pela dinâmica das transformações que foram encampadas nas mais diversas sociedades. Neste

⁹⁰ BOBBIO, N., *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, p. 54-55.

⁹¹ SACCO, R., *Introdução ao direito comparado*, p. 280-281.

⁹² BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 51.

⁹³ CAMPANA, M., *Vers un language juridique commun en Europe ?*, p. 35. No mesmo sentido, CARUSO, D., *Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property*, p. 762.

⁹⁴ TEPEDINO, G., *Temas de direito civil*, p. 07.

processo, muitas matérias tradicionalmente constantes nos códigos civis foram desmembradas passando a serem tratadas legalmente por leis especiais ou específicas.

Esse processo de descodificação não significou a perda de uma figura central e unificadora no ordenamento jurídico, mas sim sua transmutação para a constituição, em processo denominado constitucionalização do Direito Civil⁹⁵. Dentro deste processo, passam a ser os princípios constitucionais os mais importantes cânones interpretativos da relação contratual, movendo definitivamente o centro das atenções de uma relação privada da circulação de riquezas, do patrimônio para a figura humana e seu desenvolvimento.

Mesmo tendo passado ao longo do século XX pelo desmanche da idéia de unidade do Direito Privado, com as diversas transformações implementadas na figura clássica do código, as vertentes codificadoras do Direito ainda sobrevivem e muitas discussões contemporâneas, que abordarem na seqüência, refletem acerca de sua viabilidade em um novo contexto, podendo este ser regional ou internacional.

2.4

Um novo referencial: a *Lex mercatoria*

Desenvolver toda esta narrativa em torno do Direito Privado não se dá apenas a título de notícia histórica. É uma recapitulação extremamente rica e

⁹⁵ Neste sentido, TEPEDINO, G., *Temas de direito civil*, p. 07, afirma que o código civil perdeu sua condição de “Constituição do Direito Privado”.

profícua dentro dos propósitos colocados desde início para este trabalho, que é verificar como a consolidação de práticas consuetudinárias podem nos ser úteis na harmonização do Direito Privado.

Instigante é perceber que, com as devidas ressalvas e adaptações, atualmente estamos a repetir uma construção histórico-jurídica de séculos atrás, ou como R. C. Van Caenegem literalmente refere: “... *no século vinte e um, desempenha a função de elaboração de uma ciência do direito privado comum européia, sendo esta uma questão que naturalmente surge do estudo do passado*⁹⁶”.

O fato inovador nas relações privadas internacionais nas últimas décadas, foi, indiscutivelmente, a *Lex mercatoria*. E esta *Lex mercatoria*, assim como o Direito consuetudinário medieval, representam a síntese de usos e costumes que gozam de tal respeitabilidade nos meios sócio-econômicos que são praticados e que exercem influência como se diplomas legais fossem.

Da mesma forma que há quase quinhentos anos atrás esses usos e costumes foram submetidos ao formato das consolidações, a *Lex mercatoria* vem hodiernamente sendo objeto desse mesmo processo, como se verifica nos já clássicos exemplos dos Princípios Unidroit para contratos comerciais internacionais e dos Princípios Contratuais Europeus.

Assim como na seqüência das consolidações veio o paradigmático processo de codificação do Direito Privado, atualmente cogita-se fortemente que a consolidação de usos e costumes do comércio internacional não seria a última etapa a ser percorrida, podendo em seu âmbito regional, comportar mais uma onda codificadora. Codificação esta não mais nacional, mas sim continental. As diversas formas e discussões acerca da consolidação da *Lex mercatoria* e seu desmembramentos futuros continuarão a serem abordados ao longo deste trabalho.

⁹⁶ VAN CAENEGEM, R. C., *European Law in the past and the future: Unity and Diversity over Two Millennia*, p. 19: “... *in the twenty-first century, play a role in the elaboration of a common European science of private law is a question that naturally arises from the study of the past*”.

3 ***Lex mercatoria* e sua essência unificadora**

3.1 **Redescoberta histórica**

A história do comércio internacional nos remete à Idade Média, em uma Europa que dispunha de Estados-nações praticamente feudais e sem qualquer tipo de tecnologia no campo do Direito Comercial. Foi neste cenário que, por volta do século XI, um direito próprio dos mercadores, o *Ius mercatorum*, formou-se e se expandiu por toda a Europa, em função da grande mobilidade que sua atividade demandava. O passo inicial para a formação deste *Ius mercatorum* foi a partir do momento que comerciantes juntaram-se em comunidades com o objetivo de viajarem juntos para negociarem suas mercadorias, constituindo-se por si só em uma verdadeira revolução nas relações comerciais. Essas comunidades, denominadas “associações” (“*guilds*”), funcionavam como uma cooperativa que lhes propiciaria proteção em seus negócios⁹⁷. A formação deste direito específico teria sido obra da ação de uma cooperação voluntária, seguindo a mesma sorte a sua aplicação e cumprimento. Era uma espécie de sistema auto-regulável, desprovido de qualquer interferência estatal, surgido antes da ascensão dos Estados Modernos.

Essas associações, além de se constituírem mediante relação de mútua confiança, eram organizações mercantes que objetivavam fornecer maior segurança aos comerciantes em suas viagens. Ao longo destas jornadas, como ponto característico dessas companhias, suas transações já eram regidas pelos costumes comerciais de todos os membros desta cooperativa mercante,

⁹⁷ VOLCKART, O; MANGELS, A., *Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?*, p. 437.

independente do local onde estivessem. Esse *modus operandi* se constituía como importante, pois como o passar dos tempos, essas práticas comerciais iam alterando os usos e costumes das comunidades pelas quais passavam como também os da própria associação⁹⁸.

Porém, era extremamente dificultoso para esses mercadores estabelecer alguma regulação entre eles e os membros das comunidades com que negociavam. Com o crescimento das cidades, concomitante ao declínio do poder eclesiástico e feudal, entre os séculos XI e XII, e outras medidas de cunho social e político⁹⁹, favoreceram um maior intercâmbio entre os povos e, por conseqüência, com os comerciantes. Dessa forma, a sistemática mercante das associações foi sendo substituída por regras de comércio consuetudinariamente estabelecidas. Com a difusão destas práticas pelas cidades européias, formou-se o *Ius mercatorum*, sendo inclusive incorporado ao direito local a possibilidade do cidadão submeter sua transação a estes usos e costumes do comércio. Vendo sob o prisma da expansão das relações comerciais, o *Ius mercatorum* foi algo muito significativo, pois além de estabelecer um ponto de contato entre mercadores e população, contribui sensivelmente para a dinamização e redução dos custos das relações comerciais¹⁰⁰.

Em tempos medievais, praticamente todo o Direito Privado era essencialmente costumeiro, o qual era representado pela figura dos estatutos. As poucas disposições que versavam sobre o comércio tinham a preocupação de regular as atividades internas, mostrando-se totalmente inaptas para o comércio internacional, pois além da diferença geográfica das relações, a mentalidade do Estado era contrastante com a dos comerciantes¹⁰¹. Com esta base e resumindo a idéia do *Ius mercatorum*, eram os comerciantes livres para desenvolver suas próprias instituições legais, de acordo com as necessidades impostas pelo comércio¹⁰².

Em que pese existir um certo padrão que era seguido pelos comerciantes europeus, não se pode afirmar que esta uniformidade era universal. Os mercadores

⁹⁸ VOLCKART, O; MANGELS, A., *Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?*, p. 437-442.

⁹⁹ Ibid., p. 442, nos contam que uma dessas medidas era a concessão de uma ordem denominada “*king’s peace*”, pela qual os comerciantes recebiam uma proteção especial para que negociassem dentro de um determinado reino.

¹⁰⁰ Ibid., p. 442-444.

¹⁰¹ STOECKER, C. W. O., *The Lex Mercatoria: To what Extend does it Exist?*, p. 102.

¹⁰² MEDWIG, M. T., *The new law merchant: Legal rhetoric and commercial reality*, p. 589-616.

eram pessoas que passavam por diferentes países, feiras e portos, objetivando negociar suas mercadorias. As transações comerciais à época geralmente seguiam as tendências das grandes cidades mercantes européias, se disseminando como uso comum em toda a Europa. Obviamente, este caráter uniforme do *Ius mercatorum* era relativizado em pequena escala devido a influência dos costumes de cada região. Cada cidade possuía suas especificidades sobre a *merchant law*, mas todas em conjunto seguiam os mesmos princípios e a regras, constituindo por isso o *Ius mercatorum*¹⁰³.

Esta difusão de usos e costumes unificados no Direito comercial europeu durante a Idade Média foi, segundo Michael Medwig, obtida de forma quase inconsciente¹⁰⁴. Por inexistirem à época tratados ou convenções internacionais, a expansão e reconhecimento destes usos e costumes acompanhou o crescimento do próprio comércio. Houve uma cooperação por parte dos mercadores em se respeitar essas práticas rotineiras, mas sem qualquer possibilidade de se tornar um ideal a ser seguido por um grupo de comerciantes objetivando uma uniformização progressiva, priorizando essencialmente o estabelecimento de relações mais prósperas entre eles.

Neste processo de crescimento do comércio e do Direito por toda a Europa, o comerciante sabia como se comportar mas não exatamente como definir o seu comportamento¹⁰⁵. Portanto, alguém deveria intermediar estas relações comerciais, e esta tarefa ficava a cargo do jurista (“*merchant jurist*”), que tinha como missão articular previamente como estes usos e costumes seguidos deveriam ser aplicados. Era habitual que este jurista mercante informasse ao comerciante qual seria o procedimento que deveria ser seguido naquela região em que situava, qual era o costume local. Tinha como objetivo de apenas levar ao conhecimento do mercador como a relação ali se estabelecia, para que este consentisse com esta prática.

Existia ainda a figura do juiz mercante (“*merchant judge*”), que a semelhança da figura do árbitro na atualidade, resolvia as disputas que surgissem desta relações comerciais na Idade Média como base no seu conhecimento sobre os costumes comerciais e sua familiaridade com as necessidades do comércio.

¹⁰³ MEDWIG, M. T., *The new law merchant: Legal rhetoric and commercial reality*, p. 589-616.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 589-616.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 589-616: “*One must begin by observing the merchants are guided by rules that they know how to follow but are unable to state*”.

Integravam estes as chamadas cortes mercantes, que eram as encarregadas de conferir uma conotação legal ao comércio à época existente, e que se tornaram viáveis a partir do momento que as cidades elaboravam mecanismos para cumprimento de suas decisões¹⁰⁶. Cortes mercantes às vezes requisitavam a assistência do governo local para executar as decisões, pois na maioria dos casos as disposições privadas (usos e costumes) se mostravam suficientes apenas para regular o litígio¹⁰⁷. Destarte, novos costumes eram gradualmente incorporados às práticas comerciais das cidades, com a condição de se mostrarem harmoniosos com os costumes locais e principalmente com o desenvolvimento comercial.

Os governos, de uma forma geral, contribuíam se mantendo afastados dos usos e costumes comerciais, entendendo que a melhor forma para contribuir para o seu crescimento seria não interferirem nestas atividades privadas. Em nada se opunham quanto a aplicação de um direito “não-nacional” nas relações travadas dos mercadores com sua população, pois esta atividade era também lucrativa para os Estados, auferindo renda sob a forma de novas receitas fiscais e acesso a novas mercadorias¹⁰⁸. Assumiam os governos, desta forma, apenas a responsabilidade em manter a ordem nas praças de comércio e feiras, como também protegendo as rotas comerciais.

Este estado de coisas durou até aproximadamente o começo do século XVI, quando os governos nacionais buscaram incorporar as práticas comerciais mais relevantes aos seus respectivos ordenamentos jurídicos, processo este que perdurou até os séculos XVIII e XIX. Este processo de “nacionalização” do *Ius mercatorum* foi em muito representado pelas posteriores codificações. A partir do século XVII, o termo “mercador” deixou de ser uma descrição de um status da pessoa para ser a designação específica daquela pessoa que tirava o sustento da compra e venda de mercadorias¹⁰⁹.

Porém, as discussões quanto à forma antecessora da atual *Lex mercatoria* não restam pacificadas, nos seus mais diversos aspectos. O período de seu surgimento é controverso. Em que pese a historiografia jurídica predominante afirmar que as primeiras organizações em torno da atividade comercial firmarem o

¹⁰⁶ VOLCKART, O; MANGELS, A., *Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?*, p. 444.

¹⁰⁷ MEDWIG, M. T., *The new law merchant: Legal rhetoric and commercial reality*, p. 589-616

¹⁰⁸ STOECKER, C. W. O., *The Lex Mercatoria: To what Extend does it Exist?*, p. 102-103.

¹⁰⁹ KADENS, E., *Order within Law, Variety with Custom: The Character of the Medieval Merchant Law*, p. 46.

século XI como marco inicial, Emily Kadens contesta essa assertiva, pois afirma que os primeiros documentos que versam sobre uma lei mercante substantiva são apenas a partir de 1100. A importância das feiras no processo de expansão do comércio na Europa também não passa incólume, tendo em vista que a mais importante delas, a de Champagne, só se tornou um centro internacional para o comércio a partir de 1150. Somando-se a isto, tantos os instrumentos monetários quanto a formação de cortes para resolução de possíveis litígios só se efetivaram no início do século XIII¹¹⁰.

A própria idéia de uniformidade que o *Ius mercatorum* pode em um primeiro momento passar é questionável. Sobre este aspecto, assim opina Emily Kadens:

“a *lex mercatoria* histórica não foi essencialmente um sistema legal privado único e uniforme, mas mais um *iura mercatorum*, a lei dos mercadores: pacotes de privilégios públicos e práticas privadas, regimentos públicos e costumes privados abrigados dentro do alcance do conceito de lei mercante por sua associação com um tipo particular de comércio supra-local que pessoas desempenhavam. Algumas normas costumeiras eram similares em grande extensão; muitas eram locais ou regionais ou mesmo específicas de grupo determinado do comércio. Em adição, não se tratava de um regime puro e independente da lei e cortes locais, mas sim uma criação híbrida dependente e derivada da legislação e intimamente ligada às leis da comunidade¹¹¹”.

Ao concluir sobre essa idéia, afirma Emily Kadens que esta lei mercante proveniente da Idade Média tenha sido o primeiro exemplo de “simbiose” envolvendo prática e legislação¹¹². Mesmo em uma sociedade tipicamente caracterizada pelos costumes como a sociedade europeia no fim da Idade Média, e dotada da flexibilidade que uma regulação costumeira proporciona, isto seria insuficiente como regulador exclusivo do comércio.

¹¹⁰ KADENS, E., *Order within Law, Variety with Custom: The Character of the Medieval Merchant Law*, p. 40-41.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 42: “the historical *lex mercatoria* was not a single, uniform, essentially private legal system, but rather *iura mercatorum*, the law of merchants: bundles of public privileges and private practices, public statutes and private customs sheltered under the umbrella concept of merchant law by their association with a particular sort of supra-local trade and the people who carried out. Some customary norms were similar in large areas; many were local or regional or even specific to particular trade groups. In addition, this was not a purely customary regime independent of local law and local courts but a hybrid creation dependent upon a scaffolding of legislation and intimately tied to local municipal and guild law”.

¹¹² *Ibid.*, p. 63.

Trazendo esta abordagem para o século XX, com o acelerado crescimento da internacionalização do comércio bem como devido à novas formas de transportes e comunicação, o Direito Comercial viu a necessidade de adaptar seus dispositivos às demandas do agora já estabelecido comércio internacional. Uma dessas novas formulações no âmbito acadêmico do Direito do comércio internacional foi a redescoberta da *Lex mercatoria*.

A *Lex mercatoria* adentrou aos debates dos círculos acadêmicos do Direito Internacional Privado no século XX, no final da década de 40, através de um comentário de Berthold Goldman publicado no jornal *Le Monde*, que tratava sobre a nacionalização do canal de Suez¹¹³. Em termos doutrinários, a idéia verdadeiramente ganhou força mediante a publicação de um artigo em 1964 pelo mesmo Goldman, denominado “*Frontières du Droit et Lex Mercatoria*”¹¹⁴. Além do pioneirismo, a relevância deste artigo reside no fato de associar algumas práticas do comércio internacional que ao longo dos anos se repetiam sistematicamente e que já se verificavam desde o fim do século XIX às práticas mercantes do fim da Idade Média, entre cidadãos e peregrinos, ou *Ius mercatorum*. Afirmava ainda que estas relações econômicas internacionais acabariam por operar modificações nas fronteiras do Direito e representavam um retorno ao conceito romano de *commercium*, pela qual pelos menos um dos participantes da relação comercial era um agente privado, podendo o outro ser também privado ou ainda uma pessoa jurídica de direito público, uma organização internacional, um Estado ou ainda qualquer coletividade pública subordinada¹¹⁵.

Neste cenário delineado, o qual encontrava repercussão em outros nomes como Philippe Kahn, Philippe Fouchard e Clive Schmitthoff, verificava-se internacionalmente uma repetição de alguns usos e costumes, sendo estes respeitados por seus agentes como se força de lei tivessem. O respeito a essas “normas” e o surgimento deste “Direito espontâneo”, fez com que Goldman elaborasse a primeira de suas indagações sobre a então novel *Lex mercatoria*:

¹¹³ KAHN, P., *La lex mercatoria: point de vue français après quarante ans de controverses*, p. 414.

¹¹⁴ GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 177-192.

¹¹⁵ Para KAHN, P., op. cit., p. 416, esta correlação efetuada entre o medieval *Ius mercatorum* e a moderna *Lex mercatoria* acontece porque em ambos os casos verificam-se a presença de sistemas jurídicos totalmente inaptos ou mesmo inexistente quanto ao oferecimento de um regramento específico que em nada satisfaziam os seus destinatários.

Seriam estas normas profissionais normas jurídicas? Estes usos e costumes comerciais integrariam o domínio do Direito?¹¹⁶

Como razões para a adoção destes usos e costumes e a configuração da *Lex mercatoria*, aponta o professor franco-romeno a inaptidão das leis comerciais nacionais em lidar com as necessidades do comércio internacional, bem como as incertezas das designações advindas dos diversos sistemas de direito internacional privado¹¹⁷. Sob a mesma linha de raciocínio, Philippe Kahn entende que o aparecimento do fenômeno *Lex mercatoria* acabou sendo uma resposta instintiva de uma comunidade profissional à problemas deixados sem uma solução satisfatória pela autoridades competentes para tanto e que, irremediavelmente, produz efeitos sobre seus agentes, que são os operadores do comércio internacional¹¹⁸.

A difusão destes contratos-tipo entre os comerciantes foi tão bem sucedida que esta fórmula não ficou adstrita apenas aos mercados ingleses muito menos apenas ao comércio de cereais. Todos aqueles que estavam inseridos no comércio internacional de cereais passaram a adotar estes contratos-tipo como referência para suas transações comerciais, independente de serem ingleses ou não, como também expandiram esta prática para outros setores do comércio internacional, como produtos agrícolas, minérios, petróleo, siderurgia, têxtil e etc.¹¹⁹.

Verificou-se a partir de então uma formação espontânea do fenômeno *Lex mercatoria*. Sem uma idéia pré-definida e um controle concretamente visualizado, o comércio internacional passou a ser regido pelos próprios contratos-tipo oriundos de costumes e práticas comerciais, passando as leis nacionais e as convenções internacionais celebradas por Estados ao largo destas regulações. É importante salientar que esta atuação de usos e costumes do comércio internacional só se tornou possível por se desenvolverem justamente em um espaço de liberdade contratual concedido pelos regimes jurídicos estatais, o que sob uma perspectiva kelseniana podemos afirmar tratar-se de normas jurídicas “individuais”¹²⁰.

¹¹⁶ GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 178.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 179.

¹¹⁸ KAHN, P., *La lex mercatoria: point de vue français après quarante ans de controverses*, p. 415.

¹¹⁹ GOLDMAN, B., *op. cit.*, p. 179.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 180.

Há que se constatar que dentro dessas formulações com base na difusão destes inúmeros contratos-tipo pode ocorrer algumas distorções, como, por exemplo, de representarem somente o interesse do agente do comércio mais poderoso, em que pese obedeça em regra os interesses comuns do comércio internacional. Sobre este aspecto, Paul Lagarde comenta que aquilo que é intitulado “direito espontâneo” pode acabar se tornando “direito dos fortes”¹²¹.

Porém, corroborando com a idéia de que a *Lex mercatoria* não oferece um gerenciamento concreto do comércio internacional, também as partes não buscam a criação de relações jurídicas individuais, pois visam estes agentes ao submeterem o seu litígio aos ditames da *Lex mercatoria* oferecer uma regulação geral e abstrata a operações particulares e concretas. É o que se verifica no caso das *Incoterms*, que é um glossário de regras atinentes à transferências de riscos¹²².

Sob essa mesma lógica, muitas outras relações se desenvolvem no comércio internacional, como é o caso do crédito documentário, na qual a costumeira triangulação ocorrida entre importador, banco e exportador, sendo inclusive codificadas posteriormente, e que em termos práticos, fornece as normas necessárias para as operações de créditos, independente do reconhecimento estatal e de seu status de norma jurídica ou não. O transporte internacional é outro exemplo de uma atividade regida por normas profissionais, em que suas principais operações seguem os modelos estabelecidos pelos contratos-tipos da IATA (*International Air Transportation Association*), os quais reiteram a lógica de que estes agentes trabalham internacionalmente dentro da liberdade contratual concedida pelos sistemas jurídicos estatais¹²³.

O que sustenta a utilização destes estatutos profissionais internacionais é a existência de princípios comuns dos ordenamentos jurídicos envolvidos em uma dada questão, os quais preenchem as eventuais lacunas deixadas por estes estatutos, facilitando inclusive a tarefa de interpretar o contrato sobre o qual se formou o litígio¹²⁴. Através destes princípios comuns, pode a arbitragem internacional interpretar ou complementar a interpretação de normas constantes

¹²¹ LAGARDE, P. *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 126.

¹²² GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 180-181.

¹²³ *Ibid.*, p. 181-182.

¹²⁴ Para avaliar suas ponderações, citou *Ibid.*, p. 182-183, os exemplos da *Union charbonnière Sarro-Lorraine*, *Air Afrique* e *Scandinavian Airlines System*.

em contratos-tipo sem precisar fazer referência a um instrumento propriamente jurídico¹²⁵.

A constatação da utilidade destes usos e costume consagrados internacionalmente não partiu somente dos agentes do comércio internacional, mas da própria arbitragem comercial internacional, que é em última análise, o grande aplicador da *Lex mercatoria*. É a arbitragem o meio jurisdicional mais adequado para resolução de conflitos advindos da esfera comercial internacional, pois dispõe de meios mais eficazes de suprir as lacunas do Direito Internacional que se verificaria em um determinado caso. Tem como predicado a arbitragem, além de solucionar o litígio presente, restaurar a harmonia de interesses entre os litigantes para que novas relações possam ser constituídas no futuro¹²⁶.

Em muitos casos submetidos à arbitragem, verificou-se que as formas de resolução de um conflito oferecidas pelos ordenamentos jurídicos das partes eram incompatíveis com os instrumentos e mecanismos do comércio internacional, o que levou irremediavelmente à aplicação da *Lex mercatoria* como meio de solucionar o conflito¹²⁷.

Esta incapacidade das leis estatais em reger determinados conflitos e a maior conveniência de aplicação destes usos e costumes internacionais de uma dada categoria industrial levou os árbitros a constatarem a existência de um verdadeiro direito transnacional, capaz de comportar os princípios comuns aos direito nacionais que porventura possam estar envolvidos bem como regras específicas do comércio internacional¹²⁸.

Com esta constatação da *Lex mercatoria*, como verdadeiro instrumento catalisador da internacionalização do comércio e das repercussões que isto trás nos demais ordenamentos jurídicos, conveniente após a verificação de sua existência é averiguar se estes usos e costumes do comércio internacional constituem por si só, um ordenamento jurídico.

¹²⁵ GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 183.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 186, nos seguintes termos : « ...et s'il est vrai qu'après l'intervention des arbitres, les adversaires renouent (ou poursuivent) leur relations commerciales plus souvent qu'ils ne le font après celle d'un tribunal, c'est d'abord parce que dans le commerce international l'amour-propre joue un rôle moindre que dans certains des rapports dont le juges étatiques ont a connaître, et aussi parce que l'absence de publicité de la sentence accélère la guérison des blessures qu'il en peut recevoir ».

¹²⁷ *Ibid.*, p. 183-184.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 184.

3.2.

A *Lex mercatoria* enquanto sistema jurídico

A principal questão surgida com a redescoberta da *Lex mercatoria* foi se esses usos e costumes do comércio reconhecidos internacionalmente por uma dada categoria profissional e respeitados como se força de lei tivessem seriam suficientes para se constituírem em um sistema jurídico, diferenciado de todos os demais sistemas nacionais, funcionando em virtude do comércio internacional, mas ainda pertencendo ao domínio do Direito.

Para Berthold Goldman, o fato de existirem estruturas internacionais que trabalhem quase que independentemente de ordens jurídicas estatais ocorre por conta de esses estatutos profissionais estarem mais próximos do cotidiano das empresas do que suas própria lei de constituição de seu país de origem, pois estas últimas se mostram desatualizadas e estão “cristalizadas” no momento de constituição da empresa, não acompanhando seus posteriores desenvolvimentos¹²⁹.

Como a *Lex mercatoria* não se trata apenas de uma discussão teórica, mas de algo com grande repercussão prática, indiscutível é a importância da arbitragem comercial internacional no manuseio da *Lex mercatoria*. É missão dos árbitros por conta deste direito transnacional, em especial para os denominados “contratos sem lei”, encontrar dentro destas normas profissionais regras adequadas e princípios gerais que possam ir além das fronteiras nacionais. É para Berthold Goldman, em seu texto de 1964, um momento que merece especial atenção, pois apenas o desenvolvimento em cima de sua comprovada existência material e sua influência psicológica nos agentes do comércio é que poderá qualificar a *Lex mercatoria* como uma verdadeira regra de direito¹³⁰.

¹²⁹ GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 182.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 185.

Antes de se abordar a *Lex mercatoria* enquanto sistema, algumas diferenças terminológicas podem ser notadas no tratamento doutrinário dedicado a ela. Basicamente, existem três significados possíveis para o termo “*Lex mercatoria*”. Segundo Klaus Peter Berger, uma primeira corrente entende *Lex mercatoria* como sendo uma mera “massa legal”, sem consistência interna ou forma de sistematização, que deriva dos princípios da autonomia das partes. Um segundo entendimento compreende a *Lex mercatoria* como sendo a totalidade dos usos comerciais que seriam depurados segundo as necessidades do comércio internacional, sendo esta uma representação do *Ius commune*, às vezes concebida como a “lei autônoma do comércio internacional”. O terceiro e último dos significados é aquele que reporta a *Lex mercatoria* como sendo um sistema jurídico supranacional que se justifica ao considerar o princípio da autonomia das partes como uma regra meta-legal (“*meta-legal rule*”), posicionando este Direito transnacional entre os sistemas jurídicos nacionais e o Direito Internacional Público¹³¹.

As duas primeiras versões não compreendem a *Lex mercatoria* como um sistema jurídico autônomo, diferentemente da terceira, que a considera como um “Direito”. Estas ponderações, segundo Klaus Peter Berger, implicam em diferenciações quanto a doutrina do Direito Internacional Privado, pela qual segundo a última corrente a *Lex mercatoria* seria perfeitamente aplicável como fundo do contrato, enquanto pelas outras a transnacionalização das disputas comerciais internacionais restaria incompleta¹³².

Na busca de configurar a *Lex mercatoria* como sistema jurídico, Berthold Goldman trabalha com uma interessante distinção conceitual entre regra e regra jurídica¹³³, e entre aquilo que pertence ao domínio do Direito e ao domínio do “não-Direito”. Nesta última distinção, pondera o referido mestre que o Direito é composto de regras que integram o jogo econômico, e todas as regras jurídicas que tratam da questão patrimonial, ao menos indiretamente guarda alguma relação com a seara econômica (não-Direito). Devido a esta grande mobilidade existente entre os domínios do Direito e do “não-Direito”, Berthold Goldman pontua dessa

¹³¹ BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 39.

¹³² *Ibid.*, p. 42.

¹³³ Assim GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 185, define “regras”: “*c’est a dire qui ne sont pas suivies de manière seulement spontanée, mais quel’on doit suivre*”, e assim “regras jurídicas”: “*...toutes les règles que l’homme considère comme s’imposant à lui, et qu’il traite effectivement comme telles*”.

maneira: “... os princípios, disposições de contratos-tipo e usos seguidos dentro do comércio internacional se situam, sem contestação, dentro do domínio econômico, mas mereceriam, por esse ponto de vista, ser considerados como jurídicos¹³⁴”.

Ole Lando listou quais seriam no seu entender as fontes da *Lex mercatoria*. São elas: Direito Internacional Público, leis uniformes, princípios gerais do Direito, as regras das organizações internacionais, usos e costumes, modelos de contratos, e publicação/publicidade de sentenças arbitrais¹³⁵. Ao comentar a referida lista, Michael J. Mustill acrescenta ainda a ordem pública do país onde a sentença deva ser executada¹³⁶. Há que se ressaltar que esta listagem está longe de ser algo unânime, da mesma forma que não é exaustiva quanto aos elementos que compõe uma lei mercante. Ao comentar em 1993, por ocasião do artigo ‘Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria*’, esta lista de fontes da *Lex mercatoria*, ressalta Berthold Goldman que esse tipo de formulação doutrinária tem uma importância parcial, pois a determinação das fontes da *Lex mercatoria* pode ser feita a partir dos mais diversos critérios, muitos desses controversos, e que nenhum proveito renderá para a jurisprudência arbitral. Deve a doutrina se propor a deduzir a natureza e o espírito da *Lex mercatoria*, propondo soluções concretas para as questões suscitadas na prática das relações comerciais internacionais¹³⁷.

O objeto da *Lex mercatoria*, delimitado por Berthold Goldman em 1979, não é simplesmente o conjunto de regras materiais aptas a governar as relações econômicas internacionais, pois muitas dessas regras não guardam origem nos usos e costumes, sendo provenientes de textos legislativos nacionais e convenções internacionais¹³⁸. Indo mais além dentro desta mesma idéia, Paul Lagarde entende que ao se conceber a *Lex mercatoria* devem-se excluir as regras de direito material internacional de natureza estatal ou interestatal, pois tanto o direito internacional quanto o direito estatal são representações do Direito positivado, e

¹³⁴ GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 185 : « ... les principes, dispositions de contrats-type et usage suivis dans le commerce international se situent sans conteste dans le domaine économique, si bien qu'ils mériteraient, de ce point de vue, d'être considérés comme juridiques ».

¹³⁵ Apud MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 109.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 109.

¹³⁷ GOLDMAN, B., *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, p. 243.

¹³⁸ *Id.*, *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, p. 477-478.

esta “anexação” de regras e princípios colidiria totalmente com a natureza autônoma das normas da *Lex mercatoria*¹³⁹.

Em resposta à Lagarde, Berthold Goldman argumenta que as relações comerciais internacionais são governadas, parcial ou totalmente, tanto por usos e costumes transnacionais de origem não estatal como por regras de origem estatal, razão pela qual alguns princípios não podem simplesmente ser eliminados do repertório da *Lex mercatoria*, sendo mais razoável trabalhar com uma idéia de “coabitação” de princípios, conforme verificado na jurisprudência nos casos *Fougerolle e Ticaret Pabalk Vs. Norsolor*¹⁴⁰, método este que se mostra inclusive como tendência para ordens jurídicas internacionais, como a União Européia¹⁴¹.

Para Berthold Goldman, as críticas de Paul Lagarde à *Lex mercatoria* se concentram na idéia de que uma ordem jurídica autônoma não poderia “anexar” princípios gerais do Direito ao seu corpo normativo¹⁴². Isto se deve ao fato de considerar que certos tipos de regras, apesar de pertencem a uma mesma família, são distintas e separadas, por serem editadas por um ente destituído de uma autoridade (classicamente concebida) e de poder de comando que assegure, mediante sanção, que medidas sejam executadas ou ainda que a *Lex mercatoria* é composta de práticas comerciais destituídas de um conjunto, não reciprocamente coordenadas. Ou muito menos concorde com a existência de uma *societas mercatorum* global e coerente que comporte a edição de normas comuns a todos os seus participantes.

Em contrapartida, entende Berthold Goldman que a *Lex mercatoria* é suficientemente dotada de acessibilidade, generalidade e previsibilidade para que possa receber o status de ordem jurídica, sendo esta sancionada por uma categoria profissional e acompanhada e executada tanto pela jurisdição arbitral quanto

¹³⁹ LAGARDE, P. *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 128-132.

¹⁴⁰ No caso *Société Fougerolle Vs. Société Procofrance*, a Corte de Apelação de Paris se posicionou favoravelmente à conferir um *exequatur* para uma sentença em que os árbitros formularam seu veredito com base nos “princípios gerais das obrigações geralmente aplicáveis dentro do comércio internacional”, por estes gozarem de força semelhante à regras de direito, sendo, portanto, dotados de juridicidade. Já no caso *Ticaret Pabalk Vs. Norsolor*, também manifestou sua concordância com a concessão de *exequatur* para sentença arbitral do referido litígio pelo fato de considerarem que se dentro da regra de conflito aplicável pelos árbitros esta indicou a aplicação da *Lex mercatoria*, devendo desta forma ser executada. Concomitantemente, a parte executada buscou anulação da referida sentença também junto ao Tribunal de comércio de Viena, mas não obteve êxito, pois afirmou este último tribunal que a utilização da *Lex mercatoria* estaria balizada nos princípios da boa fé e da lealdade.

¹⁴¹ GOLDMAN, B., *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, p. 244-250.

¹⁴² *Ibid.*, p. 247.

estatal. Usando como base o caso *Valenciana*, afirma que a *Lex mercatoria* constitui sim um “sistema de regras de direito”, e não um mero caleidoscópio de usos esparsos¹⁴³.

Outro fator a ser considerado é que legislações modernas dos países que notadamente possui alguma tradição dentro da arbitragem comercial internacional concedem aos árbitros a prerrogativa de não decidir apenas com base em textos legais, mas também lançar mão das “regras de direito” (“*règles de droit*”) de cunho eminentemente transnacional. Da mesma sorte, inequívoca é a existência nos tempos atuais de uma sociedade global de operadores do comércio internacional, que obviamente exige um paradigma de comportamento neste cenário, configurando a referida *societas mercatorum*.

O objeto, por consequência, são aquelas regras e princípios consagrados dentro da jurisprudencial arbitral com referência direta aos costumes do comércio internacional, os usos profissionais codificados, cláusulas contratuais específicas, enfim, uma regulação que efetivamente surja de forma espontânea. É justamente esse direito espontâneo que confere um caráter de originalidade à *Lex mercatoria*, advinda da *societas mercatorum*¹⁴⁴. As regras que exerçam influência no comércio e sejam dotadas de certa unanimidade, mas que sejam de origem estatal, por exemplo, estariam enquadrados na idéia de “direito comum das nações”¹⁴⁵ de Philippe Fouchard.

Diante da idéia de que seria a *Lex mercatoria* um sistema jurídico “anacional”, por buscar ao se constituir um distanciamento dos mais diversos sistemas jurídicos, entende Michael J. Mustill que ela foi obtida por uma espécie de método de derivação, pelo qual suas regras foram depuradas de diversos ordenamentos jurídicos nacionais, fato este que representaria no futuro algumas dificuldades práticas¹⁴⁶. Deveriam estes usos e costumes do comércio internacional, enquanto sistema jurídico, ser adotados por absolutamente todos os

¹⁴³ GOLDMAN, B., *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, p. 248.

¹⁴⁴ LAGARDE, P. *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 128. Em que pese utilizar a idéia de formação espontânea da *Lex mercatoria*, Lagarde se mostra um tanto contrariado com esta denominação, pelo que se verificar no seguinte trecho: “*Relevons que l’adjectif ‘spontané’ peut prêter à équivoque. En effet, s’il y a bien spontanéité au stade de la formation de ces règles, en ces sens que les ‘marchants’ le adoptent sans y être contraints par les Etats, autre chose est de savoir si, une fois ces règles formées, c’est encore ‘spontanément’, par un libre choix, que les sujets de droit se voient contraints de les respecter.*”

¹⁴⁵ Apud GOLDMAN, B., *La lex mercatoria dans le contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, p. 476.

¹⁴⁶ MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 92.

países que estiverem engajados no comércio internacional. As dificuldades para o professor inglês atingiriam também o tribunal arbitral, que por mais poliglota e cosmopolita que fosse, não estaria suficientemente preparado para trabalhar com nuances jurídicas às vezes tão dispares.

A *Lex mercatoria*, no campo da práxis internacional, se manifesta sob duas formas básicas, que são pelos contratos internacionais e pelas sentenças arbitrais internacionais¹⁴⁷. Ambos, diante do fenômeno da *Lex mercatoria*, trabalham conjuntamente, sendo a arbitragem o principal instrumento de internacionalização do contrato, levando a certos avanços como a aplicação da *Lex mercatoria* pela chamada “via direta” na arbitragem comercial internacional. Esta via direta aplicada pelos árbitros, caracterizada pela dispensa de qualquer regra de conflito ou mecanismo legislativo estatal para se apontar a lei aplicável ao fundo do litígio, no caso, os usos e costumes do comércio internacional, acabou por constituir uma ordem pública internacional, que não é aquela ordem pública alinhavada por um dado país, mas sim aquela condizente com os objetivos e desígnios das relações internacionais¹⁴⁸.

A partir destes mecanismos de aplicação, contratos internacionais e jurisprudência arbitral, pode-se extrair qual é o conteúdo concreto da *Lex mercatoria*. Essencialmente, Berthold Goldman entende a *Lex mercatoria* como um conceito¹⁴⁹ sempre passível de enriquecimento. Esse enriquecimento é propiciado através da inserção de novos princípios gerais, das construções lógicas das sentenças arbitrais, da atualização dos modelos existentes no comércio internacional através da combinação de diversas figuras contratuais e, principalmente, da formatação de maneira cada vez mais satisfatória das relações em que os agentes façam uso dessas práticas comerciais segundo os interesses do comércio internacional.

A definição do conteúdo desta lei mercante é, para Michael J. Mustill, algo de extrema importância e dificuldade de ser feito. Esta determinação da regulação

¹⁴⁷ GOLDMAN, B., *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, p. 479.

¹⁴⁸ Para um aprofundamento na questão da ordem jurídica internacional (também conhecida como “transnacional”), ver LALIVE, P., *Ordre Public Transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, p. 329-374.

¹⁴⁹ GOLDMAN, B., op. cit., p. 487, conceitua *Lex mercatoria* como : «... est précisément un ensemble de principes, d'institutions et de règles, puisés à toutes les sources qui ont progressivement alimenté et continuent d'alimenter les structures et fonctionnement juridiques propres à la collectivité des opérateurs du commerce international ».

substantiva vem acompanhada de uma outra questão, que é determinar quando um entendimento firmado em uma sentença arbitral e reiterado por outras posteriormente pode ser considerado como incorporado aos usos e costumes do comércio internacional, ou seja, elemento integrante da *Lex mercatoria*¹⁵⁰.

Aliás, é a *Lex mercatoria* um importante fator de atualização/desenvolvimento da matéria contratual em todo o mundo. Construções lógicas como “força maior” e “*hardship*” só se tornaram possíveis através da prática contratual internacional¹⁵¹. Neste sentido, ressalta Berthold Goldman que a *Lex mercatoria* é uma fonte de combinações e novas figuras contratuais¹⁵². Essa combinação de diversos tipos, categorias e regimes contratuais, que muitas vezes o cenário do comércio internacional demanda, acaba por formar novos tipos contratuais que englobam diversas funções em um único instrumento, que são os chamados contratos complexos.

O contrato desempenha um papel de transcendental importância dentro do comércio internacional e da *Lex mercatoria*, por ser o verdadeiro ponto de contato existente entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas não estatais. Se não ponto de contato, é o contrato a porta de acesso a uma dessas jurisdições não estatais.

Em contraposição a este pensamento, Paul Lagarde contesta a idéia de Goldman de que a repetição e efetividade resultariam na aparição de um sistema jurídico novo e transnacional¹⁵³. Para ele, esta repetição e efetivação prática de certos usos e costumes do comércio internacional não seriam por si só suficientes para a constituição de regras materiais, podendo muitas vezes se resumir a uma simples prática contratual. Keith Hight combatte essa idéia neste mesmo sentido, nos seguintes termos:

“O fato de a *lex mercatoria* estar teoricamente disponível como uma fonte de interpretação ou amplificação de cláusulas contratuais não significa que aquela seja uma lei. Na minha visão, ela não é um sistema de direito, sendo – no máximo – um conjunto de *principia mercatoria*. O conceito de *principia mercatoria* reflete

¹⁵⁰ MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 114.

¹⁵¹ A associação entre o surgimento do *hardship* e a *Lex mercatoria* não é unânime dentro da doutrina, correspondendo a idéia aqui referida àquela comentada por Berthold Goldman. Para um maior detalhamento sobre essa questão, ver PRADO, M. C. A. *Novas Perspectivas do Reconhecimento e Aplicação do Hardship na Jurisprudência Arbitral Internacional*, p. 32-60.

¹⁵² GOLDMAN, B., *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, p. 489.

¹⁵³ LAGARDE, P. *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 129-130.

de maneira mais correta a natureza, a aplicação e o conteúdo do direito mercante do que qualquer outra idéia que sugira uma soma de elementos que acabem por resultar em um sistema jurídico não descoberto ou em desenvolvimento que exista fora das jurisdições nacionais”¹⁵⁴.

A arbitragem é, por sua vez, nas palavras do mestre franco-romeno, “*révélatrice de l’esprit de la lex mercatoria*”¹⁵⁵. Este caráter revelador que a arbitragem internacional exerce em relação à *Lex mercatoria* só se torna possível em virtude da autonomia que a primeira goza enquanto forma de resolução de conflitos para a designação do direito aplicável ao mérito do litígio. Como forma de melhor representar esta situação, cita Berthold Goldman uma sentença arbitral¹⁵⁶ em que os árbitros, diante da inexistência de um contrato formal entre as partes, entenderam como conveniente para interpretar a vontade das partes os princípios gerais do Direito e a equidade aplicáveis às transações comerciais internacionais. Destarte, acabou por concluir o tribunal arbitral que toda transação comercial é fundada sob o equilíbrio das prestações recíprocas, as convenções entre as partes devem sempre ser interpretadas sob o enfoque da boa fé e deve estas partes agirem de forma razoável na defesa de seus interesses.

Através desta decisão e de outras que a sucederam, demonstra-se a materialidade da *Lex mercatoria*. A revisão contratual, a possibilidade de renegociar um contrato internacional, mesmo na ausência de cláusula de revisão, ou mesmo de revisão de perdas, decorre diretamente da importância desempenhada pela boa fé dentro da *Lex mercatoria*¹⁵⁷. Berthold Goldman assim encerra a abordagem sobre a importância de contratos e sentenças arbitrais para os usos e costumes do comércio internacional: “*clauses ou types contractuels nouveaux et sentences arbitrales fournissent à la lex mercatoria, dont de multiples mécanismes entraînent l’application, un contenu concret que l’on ne saurait objectivement ignorer.*”¹⁵⁸”

¹⁵⁴ HIGHET, K., *The Enigma of the Lex Mercatoria*, p. 134: “Just because the *lex mercatoria* is theoretically available as a source of interpretation or amplification of contractual clauses does not make it law. In my view, it is not a system of law, but rather – at most – a set of *principia mercatoria*. The concept of *principia mercatoria* more correctly reflects the nature, application, and content of the law merchant than any suggestion that it amounts to an inchoate or undiscovered legal system that exists outside national jurisdictions”.

¹⁵⁵ GOLDMAN, B., *La lex mercatoria dans le contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, p. 491

¹⁵⁶ Sentença CCI n. 2291 de 1975.

¹⁵⁷ GOLDMAN, B., *op. cit.*, p. 495.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 497.

A aplicação da *Lex mercatoria* por parte dos órgãos jurisdicionais também nos reporta algumas diferenças. No tocante ao árbitro, quando as partes assim dispuserem como aplicável, não restam dúvidas quanto a certeza de sua aplicação. Já em uma situação em que as partes nada dispuserem sobre qual o direito aplicável, recomenda-se prudência aos árbitros na forma e viabilidade de utilização destas disposições dentro do procedimento. Em relação aos juízes estatais, a situação se transporta, pois estes últimos estão adstritos ao foro que pertencem, sendo a aplicação da *Lex mercatoria* por sua parte apenas viável nos limites que o seu ordenamento jurídico permita para cada situação específica, pois via de regra os ordenamentos jurídicos nacionais permitem uma aplicação ponderada de usos e costumes, como é o caso dos usos e costumes do comércio internacional.

Lord Mustill reconhece a intrínseca ligação entre a *Lex mercatoria* e a arbitragem comercial internacional, porém com menor entusiasmo¹⁵⁹. Reconhecendo dois pontos de contato essenciais, sendo o primeiro o fato de que por mais que a arbitragem esteja situada fisicamente em um determinado lugar, legalmente não guarda relação com lugar nenhum. O segundo seria a tendência do direito transnacional de afastar da apreciação das cortes locais o mérito do litígio, o que acabaria por promover a *Lex mercatoria*. Porém, se mostra como algo praticamente impossível afastar totalmente a arbitragem comercial internacional dos direitos nacionais. Com uma precaução semelhante à de Lord Mustill, Philippe Kahn afirma que todo contencioso jurisdicional, seja ele arbitral ou estatal, é meritório por diagnosticar aquilo que acontece de patológico em uma relação comercial, mas encobre os casos onde tudo se passa dentro de uma normalidade. Acaba por reproduzir, dessa forma, uma “fotografia” limitada de um vasto campo de aplicação da *Lex mercatoria*, retratando o ocorrido apenas naquele instante¹⁶⁰.

Como contraponto à clássica idéia de que lei seria uma regra editada por uma autoridade e que necessariamente comporta uma sanção, Berthold Goldman faz uso dos ensinamentos de Henri Battifol, que define “regra” no seguinte sentido: “*c’est une prescription de caractère general, formulée avec une précision*

¹⁵⁹ MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 89-91.

¹⁶⁰ KAHN, P., *La lex mercatoria: point de vue français après quarante ans de controverses*, p. 423.

suffisante pour que les intéressés puissent la connaître avant d'agir"¹⁶¹. Deve-se refletir como essas definições são aplicáveis às referidas regras costumeiras do comércio internacional, e se considerar esses costumes como prescrições, implicaria em dizer que o seu conteúdo possui um caráter de comando.

Em contraposição a idéia de que todos os agentes ao participarem do comércio internacional acabam por receber como regra comum esses usos e costumes, sob a lógica do *pacta sunt servanda*, constata-se que ao se ponderar a definição clássica apontada por Berthold Goldman é que se encontra a principal objeção à elevação da *Lex mercatoria* à condição de regra jurídica, pelo fato de não possuir a sanção, elemento imprescindível por esta concepção¹⁶².

Essa crítica é reforçada pela idéia de que mesmo que as regras e costumes do comércio internacional se constituam em um objeto comum de seus operadores, seriam insuficientes para conferir uma completude entre todas elas, não formando por si um sistema jurídico. Não teriam essas regras costumeiras o condão de conferir previsibilidade e a segurança jurídica que a regra de Direito possui. Uma outra crítica consignada é a confusão entre os conceitos "força" e "autoridade" que a *Lex mercatoria* pode causar, pois verifica-se a existência de uma força dentro das relações, isto é, a concretização da vontade do agente que impõe um determinado tipo contratual, mas que não corresponde ao conceito de autoridade juridicamente dito, o revestimento legal necessário para a imposição de regras e normas a membros de uma sociedade. Ao se considerar uma regra do comércio internacional de maneira isolada, poder-se-ia até mesmo considerá-la como integrante de um sistema, mas o mesmo não pode ser dita sobre o seu conjunto¹⁶³.

Em seu segundo artigo, de 1979, Berthold Goldman já fazia um resumo das críticas sofridas por sua tentativa de sistematização da *Lex mercatoria*, que são a inaptidão em fornecer verdadeiras regras de direito à sociedade econômica internacional, resistência muito forte em seu reconhecimento por parte de inúmeros países e que estas regras não surgiram com o intuito de regulamentar o

¹⁶¹ GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 187-188.

¹⁶² *Ibid.*, p. 188-189.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 188-190.

comércio internacional, mas sim como expressão da vontade de alguns agentes, através da proposição dos contratos-tipo¹⁶⁴.

Para Lord Mustill, a discussão acerca da *Lex mercatoria* enquanto sistema jurídico é algo um tanto nebuloso, pois este conjunto de regras e princípios só será um sistema na hipótese de ser adequado e atender às expectativas de um contrato, e não como um sistema previamente constituído como todos os sistemas legais¹⁶⁵. Esta seria a razão pela qual até mesmo os mais ardorosos defensores da *Lex mercatoria* ainda não a concebem como um sistema jurídico totalmente autônomo. Porém, pondera que embora imperfeita, é uma lei¹⁶⁶. A crítica também se estende ao seu aspecto jurisdicional, por entender que a origem do poder normativo da *Lex mercatoria* ser algo extremamente questionável e pelo fato de a própria doutrina não ter tornado algo explícito as fundações teóricas dela.

Keith Hight vai ainda mais além, ao conceituar *Lex mercatoria* como um mito enigmático, concebida mediante pressões para desnacionalizar contratos que envolviam países em desenvolvimento, evitando dessa forma medidas unilaterais destes países receptores¹⁶⁷. Como solução, optou-se pela enunciação de princípios gerais, que seriam insuficientes para retirar da *Lex mercatoria* seu caráter de preenchimento de lacunas deixadas pelos ordenamentos jurídicos nacionais e, talvez, inserir alguma flexibilidade aos métodos de resolução de conflitos do comércio internacional.

Em seu conhecido artigo “*The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*”, Michael J. Mustill dedica um tópico inteiro para um ponto dentro da doutrina da *Lex mercatoria* o qual reputa ainda pouco trabalhado, que são os critérios de aplicação da *Lex mercatoria*¹⁶⁸. Para ele, a sua aplicação decorre de fatores como a diferente nacionalidade das partes, a natureza e o objeto da transação. Aponta ainda Lord Mustill algumas falhas na estruturação da *Lex mercatoria*, como por exemplo a ineficácia perante os casos em que se envolva delito, consentimento ou fraude ou ainda questões comerciais que envolvam terceiros¹⁶⁹. Na mesma linha, Paul Lagarde coloca que estas questões passam de

¹⁶⁴ GOLDMAN, B., *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, p. 475-505.

¹⁶⁵ MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 96.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 103.

¹⁶⁷ HIGHT, K., *The Enigma of the Lex Mercatoria*, p. 142.

¹⁶⁸ MUSTILL, M. J., *op. cit.*, p. 98.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 102.

forma despercebida pela *Lex mercatoria* são conhecidas com grande interesse pelas jurisdições estatais¹⁷⁰. Em resposta a estas críticas, entende Berthold Goldman que questões envolvendo vício de consentimento, capacidade ou ainda poder de representação não são fatores que passam ao largo da *Lex mercatoria*, mas serão absorvidas no futuro com o seu desenvolvimento¹⁷¹.

Com base nas críticas previamente formuladas por Michael J. Mustill, Jan Paulsson assinala que a *Lex mercatoria* passou a comportar três concepções teóricas: a primeira, de que seria uma ordem jurídica autônoma, a segunda de que seria um corpo de regras suficientes para reger um contrato e a terceira de que seria um reflexo de um “*corpus*” de usos ou princípios gerais do comércio internacional^{172 173}.

Mesmo não configurando um sistema completo, sendo uma “coleção” de regras de direito, era indiscutível provar a importância, a função da *Lex mercatoria* perante o comércio internacional. No momento em que a *Lex mercatoria* deixar de ser esta mera coleção de regras e passar a ser um conjunto de regras sistematicamente concebido, será certa a existência de princípios gerais da *Lex mercatoria*, tomados de empréstimo do Direito Internacional, passando a partir de então a se configurar efetivamente como uma ordem jurídica¹⁷⁴. Ao buscar oferecer parâmetros mais precisos para a regulação do comércio internacional, a *Lex mercatoria* não busca a exclusão da incidência da lei estatal neste âmbito internacional, mas sim a coexistência de ambas, sob a égide da referida ordem pública transnacional.

Em termos etimológicos, o nome *Lex mercatoria* utilizado no singular, pode demonstrar também um equívoco. A *Lex mercatoria*, segundo Paul Lagarde, não é uma ordem jurídica única¹⁷⁵. Esta unicidade é utilizada em decorrência de que estas diversas ordens jurídicas transnacionais guardam um ponto em comum, que é o fato de todas serem normas não estatais. Porém, o simples fato de

¹⁷⁰ LAGARDE, P. *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 141.

¹⁷¹ GOLDMAN, B., *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, p. 249.

¹⁷² PAULSSON, J., *La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I.*, p. 57.

¹⁷³ Em uma abordagem semelhante, ver BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 39.

¹⁷⁴ LAGARDE, P. *op. cit.*, p. 133.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 135.

existirem diversas normas não estatais não seria suficiente para provar a existência de uma ordem jurídica mercante¹⁷⁶.

Sobre esta questão, Paul Lagarde entende que quando Berthold Goldman delimitou a concepção de ordem jurídica a um conjunto de regras, com mais intensidade em seu artigo de 1979, acabou este último por associar a *Lex mercatoria* à uma concepção institucional de ordem jurídica^{177 178}. Com efeito, uma ordem jurídica não se resume exclusivamente a um conjunto de regras, devendo também abranger um elemento de organização, de estrutura, exterior e anterior às normas que produz. Resta como grande questão, na abordagem efetuada por Paul Lagarde, verificar se a *Lex mercatoria* constitui uma estrutura social capaz de produzir suas próprias normas.

A concepção institucional de ordem jurídica a qual se faz referência é aquela elaborada por Santi Romano. Por esta idéia, o Direito não é somente a coleção de normas que se impõe indistintamente sobre um domínio social, mas também algo dotado de uma unidade¹⁷⁹. O Direito, e por conseqüência os ordenamentos jurídicos, não é a norma efetivada, mas a entidade que a torna efetiva. Sobre o tema, assim comenta o referido professor italiano:

¹⁷⁶ Outra questão de ascendência terminológica é aquela referente à diferenciação entre “princípios”, “regras” e “usos”. Ao abordar esta discussão, GOLDMAN, B., *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, p. 246-247, pontua que estes três elementos não possuem a mesma natureza e que se deve buscar sempre distingui-los. Porém, o que se verificou na jurisprudência foi uma unificação destas categorias, o que em termos práticos foi mais proveitoso, conferindo uma noção única e considerando todos como elementos constitutivos da *Lex mercatoria*.

¹⁷⁷ LAGARDE, P. *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 127-133.

¹⁷⁸ O trecho que Lagarde entende melhor como expressão da concepção institucional se encontra em GOLDMAN, B., *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, p. 499, nos seguintes termos: « *La règle de droit est une norme qui gouverne effectivement une collectivité, parce que les membres de celle-ci ont conscience qu'en la transgressant, ils entrent en conflit non seulement avec le bien (comme lorsqu'il s'agit d'une règle morale), mais aussi avec l'organisation, les structures et le fonctionnement de cette collectivité; de même, une institution juridique est celle qui fournit le cadre de relations - ici économiques - qui se déroulent conformément à des normes ainsi définies* ».

¹⁷⁹ Assim ROMANO, S., *Princípios de direito constitucional geral*, p. 72 compreende a teoria institucional do Direito: “*Ela afirma que toda instituição – enquanto é um ente que tem uma própria estrutura e organização e, portanto, uma ordem mais ou menos estável e permanente que reduz à unidade os indivíduos, assim como os demais elementos que compõem, adquirindo perante eles uma vida própria e formando um corpo – constitui uma ‘ordenação jurídica’*. Com efeito, a própria existência destes entes, corpos sociais ou instituições por si mesma já determina a posição, a função e uma determinada linha de comportamento para os mesmos entes.

Por outras palavras, toda instituição é uma ordenação jurídica e toda ordenação jurídica é uma instituição, uma vez que, onde não haja esta, podem existir relações sociais, mas não relações que, como as jurídicas, sejam formal, objetiva e estavelmente ordenadas. Ubi societas ibi ius, e, invertendo, ubi ius ibi societas”.

“Porém, é mais exato considerar que uma ordenação, em sentido objetivo, não se reduz apenas a normas, as quais, com efeito, pressupõem a instituição compreensiva e unitariamente considerada, mas são um seu aspecto e uma sua manifestação; dela derivam o caráter que as diferencia das normas não jurídicas, a sua eficácia e a sua garantia, que não são dadas pelos caracteres intrínsecos de toda norma, nem pela sua conexão com outras normas que a tutelam, mas, pelo contrário, apóiam sobre todas as engrenagens e sobre toda a estrutura da instituição. O direito é também norma, mas, além de norma e, mesmo antes de ser norma, é organização ou corpo social, e é este que à norma comunica, como um produto seu ou derivação, a natureza jurídica e não o contrário”¹⁸⁰.

Evidentemente, o modelo mais corriqueiro de “entidade que a torna efetiva” é indiscutivelmente o Estado, mas não se resume a ele. O Estado é uma das formas de ordenação existente no mundo jurídico. Santi Romano se recusa a reduzir o Direito à formatação estatal, sendo este um pensamento mais aberto à aceitação de uma ordem jurídica do comércio internacional, pois a comprovação não demandaria sistematizar elementos esparsos da *Lex mercatoria*, mas simplesmente constatar a existência de uma *societas mercatorum*. A guisa de exemplo, o Direito Internacional enquanto organizador da comunidade internacional ou o Direito canônico como ordenação da Igreja podem ser considerados como sistemas jurídicos. Até mesmo organizações como um grupo revolucionário paramilitar podem ser consideradas como jurídicas, por mais que não sejam reconhecidas ou tidas como ilícitas pelas ordens jurídicas estatais¹⁸¹.

Comentando a concepção institucionalista de Santi Romano, Filali Osman pondera que as normas anacionais, que comporiam a *Lex mercatoria*, não poderiam existir no vácuo. Desta forma, são essas normas justamente advindas da chamada *societas mercatorum*¹⁸². Este regramento trazido pela *Lex mercatoria* não tem meramente um caráter convencional, sendo de tal forma intenso que acaba por constituir verdadeiras regras de direito, em que pese as inúmeras tentativas de minimização de sua importância tentem reduzir estas regras anacionais à categoria de meros usos convencionais¹⁸³.

Ao se referir à concepção institucionalista de ordem jurídica de Santi Romano, Paul Lagarde adota uma postura bem crítica, ao indagar se é possível

¹⁸⁰ ROMANO, S., *Princípios de direito constitucional geral*, p. 73.

¹⁸¹ LAGARDE, P. *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 134-135.

¹⁸² OSMAN, F., *Les principes généraux de la Lex Mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, p. 406-407.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 413-416.

considerar a ordem internacional como uma ordem jurídica¹⁸⁴. É necessário refletir se a existência de uma instituição seria um sistema jurídico mesmo com a falta de organização que é característica da comunidade internacional, a falta de uma estrutura hierárquica e conscientemente concebida. A existência de núcleos (“*îlots*”) de organização no Direito Internacional não pressupõe uma organização única neste mesmo Direito Internacional. Pressupor a *Lex mercatoria* como ordem jurídica, para Paul Lagarde, seria pressupor algo além do que a experiência pode comprovar.

Retomando a idéia de Filali Osman, a tentativa de diferenciação entre os usos que são verdadeiramente regras e os usos que são meras convenções entre as partes apenas distorce o conteúdo da *Lex mercatoria*, além do fato de esta distinção ser absolutamente irrelevante em termos práticos. Esta distinção é algo típico de uma percepção estatal de Direito, e com uma finalidade eminentemente utilitária¹⁸⁵.

O traço jurídico presente na *Lex mercatoria* é dotado de extrema heterogeneidade, passando ao largo do relativismo estatal que é marcante nos textos legais. Não bastasse o fato de suas regras serem tratados como lei estrangeira pelo juiz estatal e como norma pelo árbitro internacional, o fator juridicidade dos usos e costumes do comércio internacional ganha ainda mais lógica através de sua difusão e repetição, o que acaba por lhe conferir efetividade.

Configura ainda o manuseio de um sistema jurídico verdadeiro a presença da *opinio necessitatis*, que é o elemento psicológico presentes nos agentes do comércio internacional pelo qual estes têm consciência da juridicidade dos usos e costumes aos quais estão aderindo. Amalgamando todos estes elementos, verifica-se que a generalidade de suas disposições e a constância de sua aplicação resultará na consagração deste elemento psicológico e na convicção de toda a comunidade internacional de que a *Lex mercatoria* realmente se trata de um sistema jurídico¹⁸⁶.

Em que pese a falta de elementos que confirmam o grau de sistema jurídico indiscutivelmente autônomo, entendia Berthold Goldman já em 1964 que a existência da *Lex mercatoria* seria inegável, bem como sua constituição se alicerçou nas bases da liberdade contratual conferida pelas ordens jurídicas

¹⁸⁴ LAGARDE, P., *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 138-139.

¹⁸⁵ OSMAN, F., *Les principes généraux de la Lex Mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, p. 416.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 417-418.

internas. Inobstante as questões relativas à autoridade, a *Lex mercatoria* encontra respaldo na já referida escola histórica do Direito, que entende sistema jurídico como um fenômeno espontâneo, proveniente do “espírito do povo”, como também na escola sociológica que sintetiza o Direito como um fato social. Quanto à sanção¹⁸⁷, ela é substituída pelo respeito às normas do comércio internacional, sob o argumento de que as sentenças arbitrais seriam em sua maioria espontaneamente cumpridas, e que o meio profissional oferecia uma represália de ordem moral pelo descumprimento de um determinado preceito, funcionando como um “meio indireto” de cumprimento da sentença arbitral e, por conseqüência, da *Lex mercatoria*. Ole Lando, no mesmo sentido, afirma que a força da *Lex mercatoria* não decorre de ter sido promulgada por autoridades estatais, mas sim por ser reconhecida como um sistema normativo pela comunidade internacional e pelos Estados¹⁸⁸. Para Thomas Carbonneau, é um equívoco pressupor que toda a regulação jurídica (“*law-making*”) em âmbito internacional é uma primazia de modelos jurídicos nacionais¹⁸⁹.

Diagnosticava assim a *Lex mercatoria* como um sistema jurídico incompleto, por estar ela destituída de uma coletividade politicamente organizada e de uma força coercitiva irresistível, mas dotado de um movimento evolutivo norteado para uma sistematização sempre incompleta, mas em franco crescimento. Poucos dentro da doutrina sentenciaram totalmente a sua inviabilidade como sistema jurídico¹⁹⁰. Até mesmo Paul Lagarde, crítico da idéia de considerar a *Lex mercatoria* um sistema jurídico, pondera que seu posicionamento é algo provisório, com possibilidades de mudança para o futuro¹⁹¹. Uma outra demonstração da transitoriedade deste conceito se encontra nas primeiras decisões proferidas pela jurisprudência francesa, que não decidiu expressamente se a *Lex mercatoria* é ou não uma ordem jurídica autônoma¹⁹².

¹⁸⁷ GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 191-192.

¹⁸⁸ Apud LOWENFELD, A. F., *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*, p. 136.

¹⁸⁹ CARBONNEAU, T., *A Definition of and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate*, p. 14.

¹⁹⁰ PAULSSON, J., *La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I.*, p. 64 : « ... il paraît inéluctable que la lex mercatoria, quel que soit son devenir, sera toujours incomplète ».

¹⁹¹ LAGARDE, P. *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 139.

¹⁹² GOLDMAN, B., *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, p. 247.

3.3.

A *Lex mercatoria* enquanto um sistema harmonizado

Somando-se à relevância da discussão sobre a viabilidade de se considerar a *Lex mercatoria* um sistema jurídico autônomo e completo, há que se verificar uma outra característica. É a *Lex mercatoria* um sistema harmonizado ou não, estão estes usos e costumes do comércio internacional difundidos de tal forma pela qual torne possível considerá-los, no mínimo, como um conjunto de regras harmônicas entre si?

O primeiro exemplo que nos fornece indícios da conotação harmônica da *Lex mercatoria* é justamente o clássico exemplo trazido por Berthold Goldman da *London Corn Trade Association*¹⁹³. Neste caso, ocorreu uma harmonização de uma categoria profissional do comércio internacional (comércio de cereais) de uma forma relativamente não planejada e espontânea. Era o objetivo da *LCTA* promover uma unificação contratual em matéria de compra e venda de cereais apenas para aqueles agentes ligados ao mercado inglês. Porém, justamente por essa tendência inerente da *Lex mercatoria* de possibilitar a harmonização das práticas comerciais mediante a reiteração de usos e costumes mercantes, é que os contratos-tipos formulados para os membros da associação ganharam repercussão e eco no âmbito das necessidades do comércio internacional de cereais, passando rapidamente de uma mera tentativa de harmonização contratual inglesa à uma difundida prática comercial internacional. Os contratos tipo da *LCTA* haviam alçado a condição de “elemento comum” entre todos os comerciantes, possibilitado por essa característica da *Lex mercatoria*.

Outros exemplos históricos denotam como a *Lex mercatoria* trabalha enquanto sistema, senão ainda jurídico, mas harmonizado. Cita Berthold Goldman os casos dos contratos “*clés en main*”, “*produit en main*” e os “*euro-émissions*”

¹⁹³ GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, p. 179.

¹⁹⁴. Nos dois primeiros modelos, uma empresa ou um conjunto de empresas se responsabilizava pela construção e entrega à outra parte contratante de um complexo industrial já em estágio de funcionamento, mas podendo explorar inicialmente, por um período determinado e sob certas condições, a atividade industrial dentro do referido complexo construído. Já os *euro-émissions*, pertencente à seara das ciências financeiras, eram uma modalidade de empréstimo bancário existente na Europa.

Estes exemplos referidos por Berthold Goldman são exemplos de contratos complexos, que são a combinação em um único instrumento de diversos tipos contratuais. Estas novas formulações contratuais são decorrências diretas do condão harmonizador que a *Lex mercatoria* desempenha nas práticas jurídicas e comerciais. Devido a inaptidão das disposições contratuais nacionais em reger situações eminentemente internacionais, a práxis do comércio internacional busca conjugar diversos modelos contratuais na busca de oferecer aos seus agentes uma disciplina contratual eficiente e plenamente adaptada às suas necessidades, uma regulação contratual transnacional moldada pela *Lex mercatoria*.

Há que se ressaltar que o fenômeno dos contratos complexos passa a integrar a *Lex mercatoria* como um novo tipo contratual específico a partir do momento que este contrato complexo ganha efetividade e é reiterado na práxis como um instrumento transnacional, desprendido de ordenamentos jurídicos nacionais¹⁹⁵.

Além da expansão espontânea dos contratos-tipo e da formação de tipos contratuais transnacionais através da combinação de modelos nacionais, a demonstração da *Lex mercatoria* enquanto sistema harmonizado pode ser executada de outras formas. Michael J. Mustill, após analisar a doutrina da *Lex mercatoria* e o repertório jurisprudencial embasado nela ou que em um outro ponto nela se substanciou, conclui pela existência de uma lista com vinte e cinco itens (regras e princípios) que seriam a constituição efetiva da *Lex mercatoria*, ou aquilo que realmente pode ser chamado de harmonizado e difundido no Direito do comércio internacional¹⁹⁶.

¹⁹⁴ GOLDMAN, B., *La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, p. 489.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 491.

¹⁹⁶ MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 110.

Lord Mustill elenca como primeiro e mais importante princípio a *pacta sunt servanda*, entendendo ser este fundamental dentro da *Lex mercatoria* enquanto sistema. Elenca na seqüência princípio gerais como o da *rebus sic standibus*, o abuso de direito, a *culpa in contrahendo*, a execução do contrato segundo a boa fé, inexecução do contrato celebrado mediante fraude ou ainda que tiver por objeto algo ilícito, impossibilidade de escusas por parte do Estado ou entidade estatal para que esta não participe de procedimento arbitral, dentre outras¹⁹⁷. Segundo Philippe Kahn, a lista elaborada por Lord Mustill tem seus méritos por reproduzir algumas práticas que se constituem em um excelente balanço entre a abordagem mercante da questão somado a uma síntese da produção jurisprudencial¹⁹⁸.

Porém, a concepção alinhavada por Lord Mustill não é imune às críticas. Criticada por Andreas Lowenfeld por pretender ser uma espécie de *Bill of Rights* da *Lex mercatoria*, ela também possui seus méritos por suas disposições não contrariarem princípios basilares que foram verificados na prática, em que pese muito outros importantes tenham sido omitidos¹⁹⁹. Berthold Goldman, ao se referir ironicamente à lista chamando-a de “modesta”, segue a mesma linha de Lowenfeld afirmando que nela se encontram a solução das maiorias dos conflitos advindos do comércio internacional²⁰⁰.

3.4.

A busca da harmonização por parte dos ordenamentos jurídicos

¹⁹⁷ MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 110-114.

¹⁹⁸ KAHN, P., *La lex mercatoria: point de vue français après quarante ans de controverses*, p. 421.

¹⁹⁹ LOWENFELD, A. F., *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*, p. 147.

²⁰⁰ GOLDMAN, B., *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, p. 243.

O ideal de harmonização propiciado pela *Lex mercatoria*, exemplificado anteriormente, não é a única perspectiva de análise para o fenômeno de harmonização do Direito Privado ao redor do mundo. Para muitos, independente dos esforços privados para a harmonização da matéria contratual, que é justamente o caso da *Lex mercatoria*, os próprios ordenamentos jurídicos nacionais, as convenções e tratados internacionais buscariam eles mesmos unificar entre eles determinadas matérias e procedimentos.

A harmonização dentro dos próprios ordenamentos jurídicos ao longo do século XX foi incentivada/propiciada pelas primeiras grandes codificações privadas sobre as formas gerais de compra e venda internacional, como é o caso das *Incoterms*, que teve sua primeira edição em 1935, tendo em foco o comércio de artigos minerais, cereais, têxteis²⁰¹. Com isso, foram os Estados assimilando melhor o que compreendia o comércio internacional, bem como todas as suas práticas singulares. Além de terem em mente as necessidades do comércio internacional quando da execução de sua função legislativa, os Estados foram se tornando menos radicais com estas categorias profissionais e seus interesses, representados em boa parte por seus usos e costumes.

Desta forma, puderam os próprios Estados absorver a “riqueza inventiva” do comércio internacional na matéria contratual, incorporando às suas disposições legais aquilo que as mais diversas categorias profissionais elaboraram como forma de colmatar as lacunas deixadas pelos ordenamentos jurídicos estatais e que representavam verdadeiros obstáculos para o comércio internacional²⁰².

Relacionando a harmonização viabilizada pela *Lex mercatoria* como os demais ordenamentos jurídicos existentes, Ole Lando cunhou as expressões “micro *Lex mercatoria*” e “macro *Lex mercatoria*”²⁰³. Para o professor norueguês, “macro *Lex mercatoria*” designaria a *Lex mercatoria* classicamente conhecida por todos, ou seja, o conjunto de usos e costumes do comércio internacional que são respeitados e seguidos por seus agentes como se força de lei

²⁰¹ KAHN, P., *La lex mercatoria: point de vue français après quarante ans de controverses*, p. 418.

²⁰² *Ibid.*, p. 419.

²⁰³ *Apud* MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 93.

tivessem. Já a “micro *Lex mercatoria*”, diferentemente da primeira, que possui um caráter eminentemente universal, é uma *Lex mercatoria* voltada para um campo de aplicação mais restrito, que pode ser um bloco regional ou um pequeno grupo de sistemas jurídicos, como por exemplo, a União Européia.

Michael J. Mustill critica o caráter universal da “macro *Lex mercatoria*”, pois este representa quase uma inviabilidade prática da *Lex mercatoria*. Por esta razão e por trabalhar com uma “parcial internacionalização do Direito Privado”, a “micro *Lex mercatoria*” seria um objetivo com maior plausibilidade de ser realizado no cenário internacional. No entanto, esta facilidade por haver uma maior proximidade entre os sistemas jurídicos, para o referido professor inglês, é a sua melhor qualidade e também o seu pior defeito, pois a partir do momento que restringe seu campo de abrangência para que confira maior eficácia em sua aplicação, a “micro *Lex mercatoria*” acaba se distanciando da teoria clássica da *Lex mercatoria*²⁰⁴.

Em resposta a Lord Mustill, Andreas Lowenfeld afirma que a *Lex mercatoria* dispensa essa aspiração à universalidade, por ser efetivamente um fator/força que direciona para a obtenção de um Direito Internacional Privado em todo o mundo²⁰⁵. Tem os ordenamentos jurídicos nacionais buscado enormemente nos últimos vinte anos adaptar suas disposições às necessidades da comunidade comercial internacional, mas este é sempre um processo que ocorre com um certo atraso, pois o Direito não acompanha a velocidade dos fatos.²⁰⁶

Dentro desta idéia de convergência dos ordenamentos jurídicos, Paul Lagarde, ao comentar a abertura cada vez maior dos sistemas jurídicos nacionais para a aplicação dos usos e costumes do comércio internacional, estabelece seu pensamento no seguinte sentido:

“Então se existem os usos internacionais em vigor dentro do meio jurídico pelo qual as partes operam um mesmo contrato internacional, é possível fazer alusão a estes usos, por delegação do direito estatal competente e conduzir assim a uma solução conforme às necessidades do comércio internacional e materialmente próximas (quando não idênticas) àquelas que se teria chegado através da aplicação direta da *lex mercatoria*”²⁰⁷.

²⁰⁴ MUSTILL, M. J., *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, p. 93.

²⁰⁵ LOWENFELD, A. F., *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*, p. 145.

²⁰⁶ STOECKER, C. W. O., *The Lex Mercatoria: To what Extend does it Exist?*, p. 123.

²⁰⁷ LAGARDE, P. *Approche critique de la lex mercatoria*, p. 143 : « *Donc s'il existe des usages internationaux en vigueur dans le milieu juridique dans lequel opèrent les parties à un même contrat international, il sera possible de faire appel à ces usages, par délégation du droit étatique*

Destarte, verifica-se uma relação de coexistência entre as ordens jurídicas estatais e a *Lex mercatoria*, sendo esta aplicável à relação jurídica quando assim as partes dispuserem ou quando o contrato guardar íntimas ligações com a sociedade internacional dos mercadores.

Após refletir sobre todos esses elementos encontrados tanto na doutrina quanto na jurisprudência sobre a *Lex mercatoria*, importante é descobrir quais serão as evoluções que o estudo dos usos e costumes do comércio internacional irá sofrer. Berthold Goldman, em seu último artigo sobre o tema, coloca que a etapa futura no aprofundamento do estudo da *Lex mercatoria* seria justamente sua consolidação²⁰⁸, o que veio a se confirmar anos depois, confirmação esta é o tema dos próximos capítulos.

compétent, et d'aboutir ainsi à une solution conforme aux besoins du commerce international et matériellement proche de (sinon identique à) celle à laquelle on serait parvenu par une application directe de la lex mercatoria ».

²⁰⁸ GOLDMAN, B., *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, p. 255.

4 **Viabilidade da consolidação da *Lex mercatoria***

4.1 **O diálogo entre *Lex mercatoria* e globalização**

O resgate da *Lex mercatoria* efetuado por parte da doutrina internacionalista em meados do século XX não é algo que aconteceu aleatoriamente no decorrer dos tempos ou ainda sem uma forte razão histórica que a acompanhasse. Foi a *Lex mercatoria* uma tentativa de responder às novas necessidades de uma comunidade mundial que presenciava um esplendoroso desenvolvimento tecnológico e internacional, nos mais diversos segmentos da sociedade.

Após a Segunda Guerra Mundial, a expansão do comércio internacional tornou-se evidente e os mecanismos que até então se encontravam disponíveis para a regulação das atividades em âmbito transnacional foram cada vez mais se mostrando insuficientes. O tratamento jurídico dedicado pelos sistemas jurídicos nacionais e convenções internacionais, por mais zelosos que tentassem ser, se tornaram incipientes perante a dimensão que as relações comerciais haviam adquirido.

Foi justamente neste período pós-Segunda Guerra Mundial que se formou a Comunidade Européia, que anos mais tarde evoluiu para a atual União Européia. Como bem relembra Friedrich Blase, esta evolução da Comunidade para União foi marcada pela extensão desta forma de organização regional aos países do Leste Europeu, que acabavam de se livrar das amarras do antigo bloco

comunista²⁰⁹. Seguindo esta união política, ficou demonstrado os inúmeros obstáculos que representavam a existência dos mais diversos ordenamentos jurídicos regulando realidades muitas vezes díspares, o que tornava os objetivos da União Européia cada vez mais distantes de serem realizados. Foi a Convenção de Roma sobre o direito aplicável às obrigações contratuais de 1980 um primeiro passo para a remoção desses obstáculos.

O crescimento dos estudos a respeito da *Lex mercatoria*, seu desenvolvimento teórico, sua experimentação prática e sua afirmação enquanto elemento jurídico foram se desenvolvendo concomitantemente ao processo de globalização econômica, dentro do qual cada vez os agentes do comércio internacional intensificavam suas atividades e conseguiam que suas relações comerciais, ou ao menos que o modelo de suas relações comerciais, atingissem os mais diversos rincões do planeta. Impõe-se como necessário também um aprimoramento não somente dos moldes jurídicos e regulações disponíveis internacionalmente, mas também devido à dinâmica de suas atividades exigia que este novo panorama internacional, o qual *Lex mercatoria* faz parte, buscasse também um desenvolvimento²¹⁰.

Nesta verdadeira “agenda dos desenvolvimentos”, passaram os países a se organizarem em blocos, para que desta forma alçassem uma condição de maior competitividade no comércio internacional e que na toada de uma integração comercial regional, atendendo aos anseios de uma Pós-modernidade, pudessem promover um incremento no desenvolvimento humano de uma forma harmônica no bloco ou na estrutura paraestatal que estiver sendo objeto de análise.

As transações comerciais relevantes passaram a se desenvolver sob o domínio do mercado global, tendo a globalização a missão de integrar o funcionamento de mercados nacionais que anteriormente desenvolviam suas atividades de forma isolada, tendo como principais agentes comerciais grandes empresas transnacionais. Toda esta revolução nos meios comerciais foi substanciada ao longo dos anos por uma acelerada evolução tecnológica, uma

²⁰⁹ BLASE, F., *Leaving the Shadow for the Test of Practice – On the Future of the Principles of European Contract Law*, p. 02.

²¹⁰ Sobre a importância dos estudos sobre a *Lex mercatoria*, assim ZUMBANSEN, P., *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, p. 429-430, a define: “Thus the debate over *lex mercatoria* is not simply an extension of what we are ordinarily accustomed to recognise as law. Instead it is about the social function of law against the background of largely differentiated world of States and societies”.

transformação nos meios de comunicação e uma plena inserção de todas as atividades humanas sob a égide da era digital.

Destarte, com o advento da globalização eliminou-se aquela concepção tradicional de mundo única e exclusivamente delimitada por fronteiras nacionais, tornando-as cada vez mais irrelevantes, pois os mercados não mais trabalham com delimitações territoriais. Em relação ao Direito, o fenômeno não foi diferente. Aquele modelo westphaliano de Direito Internacional se mostrou desatualizado para suprir as necessidades deste mundo globalizado. Como afirma Klaus Peter Berger, a globalização significou o fim da geografia²¹¹.

Com estas profundas modificações sócio-políticas, as relações que anteriormente eram submetidas à regulação jurídica exclusivamente nacional passaram também a demandar uma tutela mais complexa, que fosse também além dos limites nacionais. Demandava o comércio internacional por um direito transnacional.

Neste direito transnacional, em que o contrato é sua fonte principal, aparece como seu principal protagonista a *Lex mercatoria*, uma regulação jurídica adequada a um modelo de economia que trabalha com mercados globais plenamente integrados, safando-se da incerta aplicação de um direito estrangeiro, considerada uma das “armadilhas” ainda existentes neste processo de globalização²¹².

Seguindo a mesma idéia de Berthold Goldman, Mathias Albert coloca que para o Direito da contemporaneidade não é relevante saber qual a sua natureza ou substância, mas sim quais são as suas fronteiras²¹³. Historicamente, os sistemas jurídicos modernos trabalhavam sob uma lógica dicotômica que estabelecia aquilo que era “legal” e aquilo que era “ilegal”, sem conceder espaços para questões que fossem além desta divisão. Com conseqüência, tudo aquilo que fosse “legal” seria “direito”, e tudo aquilo que fosse “ilegal” integraria o campo do “não-direito”. Esta idéia de Direito não dirime conflitos, mas sim contorna situações que sejam passíveis de configuração legal²¹⁴.

²¹¹ BERGER, K. P., *Transnational Commercial Law in the Age of Globalization*, p. 02.

²¹² *Ibid.*, p. 03.

²¹³ ALBERT, M., *Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society*, p. 03.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 05.

Da mesma forma, sob esta tendência, inexistia qualquer possibilidade de existir Direito onde não houvesse um Estado soberano. Contrastando esta idéia com a realidade das comunidades internacionais atuais, verifica-se que esta independência de direitos nacionais só se comprova em termos operacionais, pois os acontecimentos sociais demandam uma constante comunicação entre os sistemas jurídicos, ignorando fronteiras muitas vezes ²¹⁵. Como bem relembra Peer Zumbansen, a globalização apenas nos alertou que a lógica “Estado e sociedade” estaria desatualizada na missão de regular a política e o mercado, pois a crítica a esta visão bipolar de Direito (direito/não-direito) é anterior a todo este processo²¹⁶.

Para Günther Teubner, o positivismo é uma modalidade jurídica para definição de elementos e sistemas ou mesmo estabelecimento de fronteiras, pois desconsidera a possibilidade de formação de qualquer fenômeno jurídico entre ou além dos sistemas jurídicos tradicionalmente concebidos²¹⁷. Fenômenos como a *Lex mercatoria* ou qualquer outro advindo da pós-modernidade que não são rigidamente sistematizados ou delimitados são imediatamente remetidos ao plano do “não-direito”, em que pese exercerem uma função de regulamentação e inspirarem respeito em um dado segmento social ou classe profissional.

Dentro da mesma linha crítica, tem-se em conta que a unidade do Direito é um paradigma ultrapassado dentro das letras jurídicas, e é a *Lex mercatoria* uma espécie de lei do mercado organizado de maneira descentralizada, onde a econômica não é uma política de Estado, mas algo que os interpenetra²¹⁸.

Requisitando uma fórmula jurídica mais gradual, o fenômeno *Lex mercatoria* extravasa indiscutivelmente as limitações da concepção jurídica moderna. Não sem razão, as discussões acerca da normatividade da *Lex mercatoria* surgiram em concomitância com os Estados pós-industriais e as sociedades pluralistas²¹⁹. Como Gidon Gottlieb afirma, é justamente a complexidade social que impede uma teoria jurídica unitária²²⁰. Causam esta complexidade a conjugação de fatores como a *Lex mercatoria* e a globalização,

²¹⁵ ALBERT, M., *Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society*, p. 05.

²¹⁶ ZUMBANSEN, P., *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, p. 402.

²¹⁷ TEUBNER, G., *Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria*, p. 208.

²¹⁸ ZUMBANSEN, P., op. cit., p. 413-416.

²¹⁹ Ibid, p. 412.

²²⁰ Apud ALBERT, M., op. cit., p. 06.

resultando na existência de um pluralismo jurídico. Esta relação estabelecida entre a globalização e o Direito é algo notadamente pós-moderno, em que o Direito, representado pela *Lex mercatoria*, esta sempre em movimento, realizando o “jogo das diferenças”²²¹.

Fazendo uso das idéias de Jacques Derrida, pode-se afirmar que o Direito não inicia sua regulação do nada absoluto. Antes de ele vir a existir, um outro fenômeno social ocorreu anteriormente, uma regra foi demandada, por isso é que ele foi criado. O Direito é, por esta razão, algo naturalmente em curso, ou que acompanha algo em andamento²²².

Por esses motivos, representa a *Lex mercatoria* um verdadeiro momento de ruptura (“*breaking the frames*”) com positivismo jurídico vigente. Esta quebra de paradigma acontece também em outras áreas, como por exemplo os regimes internos de empresas multinacionais; a combinação da globalização, trabalho e informalidade que resultou na constituição de uma verdadeira *Lex laboris internationalis*; auto-regulação de certos ramos profissionais em âmbito mundial e; o maior exemplo de todos, que é a ascensão de um Direito Internacional dos Direitos Humanos²²³.

Assim, diante da quebra das molduras jurídicas modernas, com o *law-making power* de posições periféricas e a ascensão de regramentos privados com um caráter eminentemente público, passa a *Lex mercatoria* a integrar essa nova moldura jurídica contemporânea, como também o rol dos sistemas jurídicos mundialmente reconhecidos. Para Günther Teubner, muito desta preocupação privada com uma certa destinação pública, neste caso, destinada à *Lex mercatoria*, se deve ao processo de constitucionalização do Direito Privado²²⁴.

Por isso, essas novas realidades da vida cotidiana não podem se encontrar substanciadas em um direito nacional, ou ainda serem remetidas ao “não-direito”. A crítica ao positivismo jurídico não se justifica simplesmente por excluir a *Lex mercatoria* do “mundo jurídico”, mas sim por se mostrar inapto à regular a estas novas realidades sociais. A globalização provocou, efetivamente, uma descentralização do poder de emanar normas jurídicas dos Estados para outros

²²¹ TEUBNER, G., *Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria*, p. 203.

²²² *Ibid.*, p. 211.

²²³ *Ibid.*, p. 206.

²²⁴ *Ibid.*, p. 207-208: “*That seems to me the liberating move that the paradox of global law without the state has actually provoked: an expansion of constitutionalism into private law production which would take into account that ‘private’ governments are ‘public’ governments*”.

ramos da sociedade, o que por certo acaba por abalar a estrutura hierárquica advinda do positivismo. No mesmo sentido, Filali Osman coloca que a *Lex mercatoria* trabalha sob uma teoria pluralista das fontes jurídicas, e que por mais diversas que sejam estas fontes, não impedem que haja uma tendência de complementaridade entre as fontes jurídicas nacionais e anacionais²²⁵. Este é um exemplo do “Direito em movimento”, saindo do centro e buscando sua periferia, que encontra no surgimento de diversos regulamentos jurídicos privados o principal sintoma desta transição. Sobre esta discussão, assim opina Peer Zumbansen:

“É questionável se o Estado-Nação poderia ser entendido como a única estrutura possível, presumível e desejável para conceituação do direito e da governança, da autonomia e controle. Porém, o surgimento de instituições transnacionais e e supranacionais significam o fim do Estado (-Nação) e suas formas regulatórias, ou devemos nós, ao contrário, começarmos a assumir uma mudança fundamental nos próprios poderes emanados do Estados? Uma compreensão dessas mudanças e seus efeitos e sobre as atitudes a serem adotadas em direção à globalização do direito requerem um reconhecimento crítico das heranças históricas e políticas dos Estados-Nação e do direito”²²⁶.

É a *Lex mercatoria* um sistema jurídico e esta ela plenamente integrada ao sistema jurídico global. Como consequência da ruptura promovida, as fronteiras entre os fatos jurídicos e os fatos meramente sociais muitas vezes são de difícil percepção. É este processo de redefinição das fronteiras do Direito (“*framing process*”), por seus próprios elementos, um processo interminável²²⁷. Seguindo a mesma lógica, essas novas molduras estabelecidas com a *Lex mercatoria*, que marcam a ascensão deste direito anacional, serão também objetos de renovação e quebradas posteriormente por esta mesma sociedade²²⁸.

Como resultado direto desta onda de transformações de magnitude global, elenca Klaus Peter Berger diversas consequências jurídicas decorrentes da

²²⁵ OSMAN, F., *Les principes généraux de la Lex Mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, p. 303.

²²⁶ ZUMBANSEN, P., *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, p. 404: “It is questionable whether the nation State can be understood as the sole possible and presumably solely desirable framework for conceptualising law and governance, autonomy and control. But, does the rise of transnational and supranational institutions mean the end of the (Nation) State and the regulatory forms associated with it, or ought we, instead, start by assuming a fundamental change in statehood itself? An understanding of these changes and their effects on the attitude to be adopted towards the globalisation of law requires a critical recognition of the historical and political heritages of the Nation States and its law”.

²²⁷ TEUBNER, G., *Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria*, p. 210.

²²⁸ *Ibid.*, p. 214.

globalização, sendo estas as de maior destaque: a) fortalecimento da doutrina da autonomia das partes; b) incompatibilidade dos direitos nacionais perante os conflitos oriundos do comércio internacional; c) privatização ou natureza informal (“*informal nature*”) do *law-making power* dentro do Direito Internacional, ou o sucesso de convenções como a de Viena de 1980 sobre compra e venda de mercadorias internacionais; d) aceitação do Direito Comparado como ciência jurídica independente; e) convergência gradual da *civil e common law*; f) transnacionalização de áreas predominantemente de responsabilidade nacional, como antitruste e Direito falimentar; g) crescimento surpreendente da arbitragem comercial internacional e de outros mecanismos de resolução privados (ADR) dentro do comércio internacional; h) adequação das legislações nacionais aos procedimentos arbitrais, consagrando uma cultura arbitral; i) desenvolvimento de estudos acerca da formação de um novo *Ius commune* em território europeu, bem como a discussão sobre a viabilidade futura de um código civil europeu único²²⁹.

Ao conciliar a *Lex mercatoria* com muitos destes itens que refletem os efeitos da globalização, chegamos a um fenômeno do comércio internacional que acaba por amalgamar todos essas características, que é justamente a consolidação da *Lex mercatoria*. É este o fenômeno que será objeto de análise no decorrer deste capítulo.

4.2

O fenômeno de consolidação enquanto fórmula jurídica (“*creeping codification*”)

²²⁹ BERGER, K. P., *Transnational Commercial Law in the Age of Globalization*, p. 04-05.

O surgimento das consolidações da *Lex mercatoria*, conhecido também como *creeping codification*²³⁰, foi resultado de um fenômeno acontecido dentro do Direito Comercial Internacional, que foi a privatização da formação do direito (“*law-making power*”). Dentro desta mudança de paradigma, duas características lhe são típicas, que são a elaboração e implementação de *restatements* internacionais sobre Direito Contratual e a tendência de cada vez mais se reconhecer a criação de um sistema jurídico independente do Direito transnacional, que é justamente esta nova *Lex mercatoria* (“*creeping codification*”)²³¹.

A explicação para a aparição desta nova modalidade de redação de dispositivos jurídicos em uma esfera global pode ser encontrada no pensamento de René David, que afirmava que todas as tentativas encampadas no tocante à unificação acabavam por não lograr êxito ou por produzir poucos resultados práticos satisfatórios, pois os princípios gerais de Direito que iriam nortear a aplicação desta lei uniforme, não residiria nela, mas sim no Direito estatal que a recepcionou, o que acaba por limitar, às vezes drasticamente, o ideal de sua elaboração²³².

Este método teve como marco inicial desta tendência a edição em 1994 dos Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais (UPICC). Esses *restatements*, concebido sob o formato “*black-letter-law*”, são sistemas jurídicos privados, desprovidos de qualquer poder de coerção, além de seus princípios, contém comentários, notas e ilustrações para melhor esclarecer acerca de suas disposições.

Assim como no item anteriormente trabalhado, esse método de consolidação da *Lex mercatoria* se formou indiscutivelmente em um período de ruptura com uma realidade anterior. Por esta novel tendência, a emanação do Direito, no campo do Direito do Comércio Internacional, não é mais realizada única e exclusivamente por uma autoridade legislativa constituída em um Estado

²³⁰ Expressão cunhada por Klaus Peter Berger no intento designar este fenômeno de consolidação da *Lex mercatoria*.

²³¹ BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 26-27.

²³² *Apud* BONELL, M. J., *A “restatement” of principles for international commercial contracts: an academic exercise or a practical need?*, p. 228.

soberano. Essa produção de normas e regras, bem como a harmonização, pode ser concebida pelos mais diversos métodos, indo muito além do alcance do referido direito local. Esta nova realidade, isto é, o fortalecimento de um direito transnacional, acaba por exigir um tratamento diferenciado pelo Direito Internacional (Público e Privado), pois se trata da criação de um direito “paralegal” ou ainda “extra-estatal”. Modificação esta que abrange também o Direito Comparado, devendo sua teoria e prática ir além dos limites positivistas delimitados pelos direitos nacionais²³³.

Evidentemente, este processo de consolidação da *Lex mercatoria* representa uma crítica ao positivismo jurídico. Günther Teubner questiona qual seria a resposta oferecida pelo positivismo jurídico ao Direito transnacional. Qual seria a *grundnorm* em uma escala global, à qual norma superior a *Lex mercatoria* estaria sujeita? Quais seriam as regras primárias? E as secundárias? Desde quando seu poder estaria instituído²³⁴?

Nessa mesma toada, defende Filali Osman que o Direito anacional deve rejeitar energicamente este tipo de positivismo legalista, que conforme já salientado anteriormente, busca de todas as maneiras em submeter o reconhecimento da *Lex mercatoria* enquanto regra de direito aos desígnios do direito estatal²³⁵. Aliás, reverte ele toda uma tradição de produção de diplomas legais, pois estas consolidações são manifestações tangíveis do que realmente é a *Lex mercatoria*²³⁶.

Deste método não podem ser extraídas apenas críticas a um *status quo* jurídico, mas também vantagens e contribuições para o desenvolvimento do Direito transnacional. Os textos elaborados sob este procedimento geralmente são concebidos por especialistas na matéria, desenvolvendo longos debates sobre conceitos e considerações técnicas, o que eleva seu grau de acuidade jurídica em relação aos diplomas legais elaborados pelos Poderes Legislativos em todo o mundo.

Como corretamente Michael Joachim Bonell pondera, o fato de estes corpos de princípios e regras sintetizadoras da *Lex mercatoria* serem desprovidos

²³³ BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 27-30.

²³⁴ TEUBNER, G., *Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria*, p. 201.

²³⁵ OSMAN, F., *Les principes généraux de la Lex Mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, p. 299

²³⁶ *Ibid.*, p. 261.

de coercitividade é muito mais uma qualidade deste tipo de produção jurídica do que uma fraqueza, como *a priori* poder-se-ia imaginar²³⁷. A sua utilidade decorre justamente do fato de não serem instrumentos legislativos que visem unificar direitos nacionais. No período de sua redação, os dispositivos jurídicos na matéria dos países envolvidos podem ser ponderados, mas nunca serão de observância obrigatória ou ainda balizadores do referido trabalho.

Em que pese este processo em curso seja denominado “europeanização” do Direito Privado, tema este que será abordado na seqüência deste trabalho, verifica-se da mesma forma uma “americanização” dos institutos jurídicos, e a adoção do formato *restatement* é a prova viva deste fenômeno. Segundo H. Patrick Glenn, a adoção de um modelo anglo-saxão como referencial em um ideal harmonizador se deve ao fato de este direito ser historicamente mais propenso a promover a “reconciliação dos opostos”, tendo uma concepção jurídico-transnacional inerente, primando pela diversidade e pelo diálogo na construção da ciência jurídica. Destarte, a presunção de harmonia não elimina determinado conflito inteiramente²³⁸.

Essa maior flexibilidade de adoção conferidos pelos mais diversos corpos de princípios permitem que todos os países e agentes do comércio internacional possam ir se adequando gradualmente a certos conceitos, ao mesmo tempo em que respeita a diversidade de seus participantes. Por não ser um tratado ou convenção internacional, é imune às reservas por parte de países que por conta de sua adoção posterior acabam por minimizar sua eficácia, o que indiscutivelmente apenas contribui para o fortalecimento do Direito transnacional²³⁹. Além de ser um método de Direito comparado ambicioso, a adoção de “*soft-laws*”, como é o caso das consolidações da *Lex mercatoria*, indica uma maior sensibilidade perante a diversidade cultural e um respeito pelas diferenças²⁴⁰.

Sua utilização também não decorre do fato de ter sido ratificado por um determinado número de países, mas sim de como suas regras e princípios se coadunam com as necessidades do comércio internacional. Somando-se a isso, podem estas regras e princípios oferecerem inovadoras soluções para os tribunais

²³⁷ BONELL, M. J., *Is it feasible to codify European Contract Law?*, p. 05.

²³⁸ GLENN, H. P., *Harmony of Laws in the Americas*, p. 223 et seq.

²³⁹ BERGER, K. P., *The Principles of European Contract Law and the concept of “Creeping Codification” of law*, p. 24.

²⁴⁰ MATTEI, U. DI ROBILANT, A., *The Art and the Science of the Critical Scholarship. Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, p. 56.

estatais, quando suas legislações locais sobre a matéria contratual se mostrarem omissas ou incapazes de prover uma solução para um litígio²⁴¹.

Muitas dessas vantagens decorrem, direta ou indiretamente, da formatação escolhida pelos redatores para materializar a consolidação da *Lex mercatoria*, que é realizada segundo o modelo dos *restatements* norte-americanos. Há que se ressaltar que os *restatements* foram a grande inspiração para as consolidações, mas não são cópias do precursor norte-americano²⁴². No caso norte-americano não se visava uma unificação da matéria, pois esta já era realizada pelos tribunais, apenas uma forma de sistematizar e facilitar o acesso ao Direito. A grande vantagem da adoção deste modelo não foi buscar estabelecer um denominador mínimo entre todos os interessados, mas sim buscar oferecer a melhor solução para problemas que em regra atingia a todos²⁴³.

A técnica do *restatement* representa um marco inicial para estudos comparatistas na busca do reconhecimento da existência de regras e princípios que integraram um Direito Comercial transnacional, conferindo, inclusive, maior credibilidade para a doutrina da *Lex mercatoria*. Esta técnica se mostra adequada tendo em vista a verdadeira dinamicidade de conceitos trabalhados na abordagem do assunto contratos. Despertou também a atenção daqueles envolvidos na prática do comércio internacional sobre a necessidade de uma maior previsibilidade e certeza no decorrer de suas atividades comerciais²⁴⁴.

Porém, algumas deficiências na utilização deste método foram apontadas pela doutrina. Klaus Peter Berger afirmar que em todos os processos de consolidação dos usos e costumes do comércio internacional, nenhum dos projetos assumiu uma conduta explícita em relação a existência ou não da *Lex mercatoria*, por mais que estes consistam em sua consolidação, com o temor de

²⁴¹ LANDO, O., *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, p. 360.

²⁴² Ao comentar as diferenças existentes entre os *restatements* originais e estes concebidos em virtude do processo de consolidação da *Lex mercatoria*, HESSELINK, M. W., *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission*, p. 04, comenta que os *restatements* norte-americanos não representam uma codificação do Direito anglo-saxão, mas sim uma compilação de vasta produção jurisprudencial (essência da *common law*) sobre um ramo do Direito, neste caso Direito Contratual, simplificando-a, adequando às necessidades sociais e uma melhor administração da justiça. Não sendo lei em sentido estrito, os tribunais não eram obrigados a segui-los, mas possuíam indiscutivelmente uma reconhecida importância na cena jurídica dos Estados Unidos. Aponta este autor o *Uniform Commercial Code* como uma segunda fonte de inspiração para estas consolidações.

²⁴³ GOODE, R., *Insularity or Leadership? The Role of United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law*, p. 763.

²⁴⁴ BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 207.

que uma ou outra posição sendo claramente assumida pudesse resultar que estes projetos fossem mal sucedidos no futuro²⁴⁵.

Uma outra crítica passível de ser feita é que ao se consolidar os usos e costumes da comunidade comercial internacional, estar-se-ia incorrendo nos mesmos erros que anteriores codificações incorreram. Seriam estes *restatements* uma espécie de “recortes comparativos” (“*comparative snapshot*”), em que seus redatores retratariam uma dada realidade do comércio internacional e as manteriam paralisadas nos seus anos seguintes. Seria um “aprisionamento” da *Lex mercatoria*, o que não corresponderia à dinâmica e a flexibilidade que lhe são tão características^{246 247}.

Apesar destas críticas, este método busca ser um meio termo entre o “desenvolvimento progressivo” do Direito e a codificação. Afinal, o objetivo destas consolidações é o mesmo que aquele almejado pelas leis uniformes, só que se busca de uma maneira progressiva, reunindo regras e princípios que são comuns a todos os sistemas jurídicos, de uma forma muito mais coerente com os interesses do comércio internacional²⁴⁸. Além deste aspecto metodológico, conjuga de uma maneira extremamente interessante elementos da jurisprudência arbitral e da práxis contratual, sob um enfoque comparatista e com inúmeras utilidades práticas²⁴⁹.

Com efeito, apresentam uma vantagem em relação às codificações, que é o fato de nunca se apresentar como algo terminado, sendo passível de atualizações posteriores (“*open-end character*”), que sempre representarão um avanço para obtenção de dispositivos melhores e mais justos. Destarte, possibilita que estes corpos de princípios e regras possam ser devidamente atualizados seguindo as

²⁴⁵ BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 207.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 208.

²⁴⁷ Um outro risco apontado por *Ibid.*, p. 212 é a possibilidade das partes fundamentarem seus argumentos, dentro de uma arbitragem comercial, em consolidações diferentes, que podem eventualmente trazerem disposições conflitantes, configurando a ‘guerra das listas’. A possibilidade existe pois todas as regras privadas consolidadoras são reportadas como parte integrante da *Lex mercatoria*.

²⁴⁸ *Id.*, *The Principles of European Contract Law and the concept of “Creeping Codification” of law*, p. 26. Para posicionamento semelhante, ver BONELL, M. J., *A “restatement” of principles for international commercial contracts: an academic exercise or a practical need?*, p. 234.

²⁴⁹ *Id.*, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 210-211: “*The list unifies the various sources that have fostered the evolution of transnational commercial legal system into one single, open-end set of rules and principles: The reception of general principles of law, the codification of international trade by ‘formulating agencies’, the case law of international arbitral tribunals, the law-making forces of international model contract forms and general conditions of trade, and finally the analysis of comparative legal science*”.

necessidades e tendências do comércio internacional, o que já se verificou na prática e será objeto de análise posteriormente, preservando a dinâmica (“*law in action*”) que é peculiar à *Lex mercatoria*. Como pertinentemente pontua Klaus Peter Berger, a *creeping codification* é uma forma de se buscar a unidade através do respeito pela multiplicidade²⁵⁰.

Pode-se afirmar que este método de consolidação da *Lex mercatoria*, em que pese seja um fenômeno com características bem definidas, isto é, método de elaboração, formato, destinação, apresenta algumas diferenças quanto ao seu campo de aplicação. Os universos em que até o presente momento se mostraram possíveis de consolidar a *Lex mercatoria* será objeto de análise na seqüência deste trabalho.

4.3

***Europeanisation* do Direito Privado**

Diante destas consolidações da *Lex mercatoria* e dos âmbitos possíveis para que estas possam ser desenvolvidas, que são o regional e o internacional, que serão exploradas mais detidamente na seqüência, questiona-se se todas as funções delineadas tanto pelos Princípios Unidroit quanto pelos Princípios Contratuais Europeus, isto é, a harmonização de todo o Direito Privado, levaria a formação de um novo *Ius commune*, ou se estabeleceria o fenômeno conhecido com a “*europianização*” (“*europeanisation*”) do Direito.

²⁵⁰ BERGER, K. P., *The Principles of European Contract Law and the concept of “Creeping Codification” of law*, p. 27.

Esta “europeanização” do Direito ocorreria com o passar dos anos, em que todos os diplomas legais nacionais europeus fossem evoluindo em um único sentido, isto é, o referencial para estas modificações seria o mesmo, podendo ser, por exemplo, os PECL, o que acabaria por construir um sistema jurídico europeu na matéria contratual unificado em seus aspectos vitais, respeitando uma incongruência ou outra entre eles devido à diversidade jurídico-cultural. Mesmo fenômeno, só que com outro nome, poderia ser verificador em âmbito global, com os UPICC, consagrando uma internacionalização do Direito no tocante aos contratos comerciais internacionais.

A unidade jurídica européia supranacional almejada só se tornará realidade, por essas bases citadas, se efetivamente a *Lex mercatoria*, no formato consolidado, funcionar como um vetor de harmonização do Direito Privado. A mesma importância que teve o Direito Romano séculos atrás ao atribuir um molde à ciência jurídica européia pode ter a *Lex mercatoria*, mais especificamente sua versão micro, que seria uma síntese de usos e costumes contratuais encontrados por todo o continente e que acabaria por sintetizar toda a diversidade encontrada nos ordenamentos jurídicos dentro da União Européia.

Esta europeização das ciências jurídicas seria apenas uma parte do processo de plena integração almejado pela União Européia, sendo desta forma de fundamental importância para que um mercado comum se concretize e que a integração econômica possa ser completa. Aliás, é a harmonização do Direito Privado voltada essencialmente para a realização do mercado comum, dentro do qual o Direito Contratual exerce fundamental importância²⁵¹. Neste processo, as diretivas que abordam as questões contratuais bem como as demais ações comunitárias neste sentido são de grande relevância para que esta unificação se realize.

O movimento que deu origem a esta tendência de europeização do Direito surgiu no começo da década de 90, com o surgimento de diversos grupos e produções acadêmicas²⁵². Era senso comum na comunidade jurídica européia que os esforços para a harmonização ou unificação do Direito Privado seriam um

²⁵¹ BASEDOW, J., *A Common Contract Law for the Common Market*, p. 1174-1181.

²⁵² Além dos Princípios Contratuais Europeus, que sem dúvida alguma merece um local de destaque em relação aos demais, são merecedores de nota os Grupos *Common Core*, o da Academia de Pavia, o *Acquis Group*, o *Social Justice Group*, e o Grupo de Estudos para o Código Civil Europeu.

projeto a ser trabalhado a longo prazo. Para a concretização deste processo, necessária é a reunião de esforços privados e comunitários para que a europeização se complete.

Em 2001, a Comissão Européia lançou o *Communication on European Contract Law*. Era objetivo desta comunicação acender o debate acerca de qual o formato de integração contratual deveria ser adotada pela União Européia. O documento continha quatro proposições: a) sem intervenção da Comissão, na aposta de que o próprio mercado se auto-regularia; b) promoção e desenvolvimento de princípios contratuais, que guiariam o Direito europeu para uma convergência; c) melhoria na qualidade da legislação contratual vigente e; d) adoção de uma nova legislação contratual para toda a Europa, representada na figura de um código civil europeu²⁵³.

Esta Comunicação mencionava expressamente os contratos de venda e prestação de serviços, mas também continha disposições gerais sobre interpretação, validade, adimplemento e inadimplemento. Em regra, as críticas formuladas pela doutrina eram de que o seu campo de abrangência era muito extenso e que isto poderia retirar sua utilidade no futuro²⁵⁴.

Em 2003, esta mesma Comissão elaborou um plano de ação intitulado “*Action Plan on a more coherent European Contract Law*”. Este Plano de Ação, segundo Stephen Weatherill, foi a resposta dada pela Comissão à repercussão da comunicação de 2001 perante à crítica jurídica européia, já demonstrando sua preferência em relação às quatro opções propostas dois anos antes²⁵⁵. Optou o *Action Plan* por uma combinação entre a segunda e a terceira hipótese. Desta forma, entendia a Comissão como a maneira mais conveniente de se formar o “Quadro Comum de Referência” (“*common frame of reference*”), que seria uma espécie de base contratual comum para toda a Europa, abordando regras e terminologia, contendo disposições sobre conclusão, validade, interpretação, adimplemento, inadimplemento dentre outros, certos parâmetros regulatórios e não-regulatórios que balizariam os contratos em todo o continente, eliminando ambigüidades no trato da matéria.

²⁵³ WEATHERILL, S., *Reflections on the EC's Competence to Develop a 'European Contract Law'*, p. 407.

²⁵⁴ STAUDENMAYER, D., *The Commission Communication on European Contract Law and the Future Prospects*, p. 673-674.

²⁵⁵ WEATHERILL, S., *op. cit.*, p. 408.

Em adição, propunha o Plano de Ação ainda a padronização de certos termos contratuais técnicos dentro da União Europeia e o esboço de um instrumento opcional destinado a facilitar a contratação entre fronteiras. Esta proposta de instrumento opcional é que se encaixa na discussão em tela. Dirk Staudemayer comenta que o Plano de Ação deixou em aberto qual deveria ser o conteúdo desse instrumento contratual opcional, e se deveria conter regras gerais ou recomendações a contratos específicos²⁵⁶.

Porém, o principal questionamento que este *Action Plan* produziu seria verificar qual seria o caráter deste instrumento (“*opt-out* ou *opt-in*”). Por um primeiro entendimento, o instrumento teria aplicabilidade imediata em todas as transações ocorridas entre fronteiras, podendo, no entanto, as partes escolherem pela aplicação de um direito nacional. Já pela segunda tendência, este instrumento só seria aplicável às relações contratuais se assim as partes entendessem como conveniente, em substituição às regras de Direito Internacional Privado. Esse instrumento, desta forma, não substituiria os direitos nacionais, mas sim manteria uma relação de coexistência²⁵⁷. Esta disposição do Plano de Ação abre espaço para uma total aplicabilidade de uma lista de princípios com é o caso dos Princípios Contratuais Europeus, que tendo um caráter *opt-in* poderá chegar à constituição do Quadro Comum de Referência nos termos do Plano de Ação.

Ressaltam Jens Karsten e Ali R. Sinai que uma das grandes funções do Plano de Ação foi conferir aos Princípios Contratuais Europeus um grau de credibilidade institucional, pois só assim a formação de uma Quadro Comum de Referência poderia ser alcançado²⁵⁸.

Segundo Ole Lando, a base para a utilização deste instrumento opcional seria justamente esse Quadro Comum de Referência²⁵⁹. A existência paralela deste instrumento e sua utilização vinculada à expressa menção pelas partes, tanto em um litígio submetido à jurisdição estatal quanto arbitral, constituir-se-á numa forte

²⁵⁶ STAUDENMAYER, D., *The Commission Action Plan on European Contract Law*, p. 125.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 125-126.

²⁵⁸ KARSTEN, J; SINAI, A. R., *The Action Plano on European Contract Law: Perspectives for the Future of European Contract Law and EC Consumer Law*, p. 165.

²⁵⁹ LANDO, O., *Contract law in the EU – The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*, p. 10.

manifestação da liberdade contratual, que é a idéia mestra da concepção deste instrumento²⁶⁰.

Uma crítica constante à adoção deste instrumento opcional seria que a comunidade jurídica européia teria dificuldades em se adaptar a um novo corpo de regras, por entenderem que a preferência por dispositivos nacionais encontra razões culturais, em que o desenvolvimento do Direito não pode ser dissociado das raízes que os prendem ao passado. Para esta proposição, Ole Lando responde que o Direito contratual tem seus valores culturais, mas não é uma espécie de folclore, tendo suas fontes na ética, na economia e na técnica jurídica, que são valores inerentes a todos os povos²⁶¹. Se a Convenção de Viena de 1980, por exemplo, conseguiu contornar disparidades jurídico-culturais ainda maiores por conta da compra e venda internacional de mercadorias, a Europa conseguiria conjugar esforços em torno de elementos jurídicos, políticos, econômicos e culturais comuns para desenvolver suas relações comerciais embasadas sob um mesmo corpo de princípios contratuais.

Após absorver a repercussão deste Plano de Ação, a Comissão Européia elaborou um terceiro documento relativo aos contratos, em outubro de 2004, o qual denominou “*European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*”. Esta comunicação ratificou o teor das comunicações anteriores no sentido de que o conjunto das diretivas européias sobre a parte contratual deveria ser melhorado, para que em 2009 possam todas essas diretivas serem reunidas de forma sistemática dentro do Quadro Comum de Referência.

Este *common frame* consistiria em uma espécie de guia para a aplicação dos princípios contratuais, auxiliando sua aplicação com a determinação prévia de conceitos e critérios. A prática contratual, através de “*standard terms*”, poderia ser em termos mais específicos reguladas por instrumentos privados, de adesão facultativa que coexistiria com os sistemas jurídicos nacionais. Ele seria concebido mediante um exercício de Direito Comparado, com o fim de obter uma maior coerência dentro do Direito Contratual europeu.

Ao se buscar um Direito contratual relativamente comum em todo o território europeu, há que se ressaltar a necessidade de se buscar uma

²⁶⁰ Para um posicionamento semelhante, ver SCHULZE, R., *European Private Law and Existing EC Law*, p. 15.

²⁶¹ LANDO, O., *Contract law in the EU – The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*, p. 12.

harmonização no trato da matéria contratual, na escolha e definição de seus termos técnicos. Neste sentido a utilização cada vez maior de diretivas comunitárias e trabalhos privados como as consolidações da *Lex mercatoria* contribuem imensamente para uma maior padronização dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais e comunitários²⁶².

Porém, esta proposição de europeização do Direito Contratual Europeu não é unânime, e este método de conjugação de esforços comunitários e privados para a funcionalização da “micro” *Lex mercatoria* europeia recebeu críticas das mais diversas ordens. Uma das principais críticas é que esse modelo de reestruturação do Direito Privado europeu não poderia ser uma repetição da construção do Direito Privado no século XIX. A construção deste sistema deve colaborar para a aproximação dos povos, das culturas e dos valores. A harmonização contratual deve ser uma tentativa das pessoas compartilharem suas identidades, e não receberem uma nova.

Não pode o mercado, em estrutura supra-estatal como a União Européia, ser compreendida como simplesmente um meio para a circulação de mercadorias, deve ter também como parâmetro uma justiça social. Um Direito unificado só alcançará êxito se conseguir balancear valores contratuais como a autonomia das partes e a liberdade contratual com a justiça social, em que necessariamente a cidadania acompanhe o desenvolvimento econômico²⁶³.

A elaboração de uma nova base de Direito Privado para toda a Europa é um processo deveras complexo, devendo buscar a confirmação de um mercado comum sem perder de vista valores como aqueles consagrados na novel Constituição para a União Européia, como a liberdade, a democracia, o respeito aos Direitos Humanos, bem como as diversidades nacionais e as tradições culturais regionais²⁶⁴.

Na busca da constituição de um mercado comum, discute-se muito o que seria mais benéfico, se iniciar um processo de unificação ou continuar trabalhando mediante a “competição” dos ordenamentos jurídicos. Para Jan Smits, este é o método mais indicado para a criação de um novo *Ius commune* na Europa,

²⁶² Para exemplos práticos sobre esta questão terminológica, ver POZZO, B., *Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology*, p. 754-767.

²⁶³ Study Group on Social Justice in European Private Law. *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, p. 656.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 656-657.

contendo três benefícios²⁶⁵. Em termos práticos, o primeiro seria que aqueles que militam no meio jurídico europeu automaticamente selecionaram quais as regras ou quais combinações delas melhor se adaptam à sua atividade econômica.

Um segundo benefício, segundo este mesmo autor, seria que, em decorrência da competição desses sistemas jurídicos, uma futura lei uniforme no tocante ao Direito Privado só seria adotada em casos absolutamente necessários, inexistindo aquele caráter de imposição. O terceiro e último benefício seria que esta combinação de sistemas legais dentro da União Européia acabaria por facilitar a recepção de modificações decorrentes da prática contratual, pois inexistiria a intervenção de uma autoridade alterando ou acrescentando determinado dispositivo de lei. Ocorreria um intercâmbio jurídico espontaneamente.

Jürgen Basedow afirma que tanto os malefícios que poderiam ser produzidos por uma unificação quanto os benefícios decorrentes da competição de legislações são superestimados²⁶⁶. Muitas relações contratuais combinam elementos de ambas as naturezas, isto é, fazem uso tanto de disposições comunitárias ou supra-estatais como também de legislações nacionais que julguem adequadas para o contrato em questão. Finalizando sua idéia, Jürgen Basedow afirma que esta competição entre legislações é um método interessante quando se trata de Direito Tributário, Trabalhista ou atinente às regulações do mercado, mas não é o método mais adequado quando se trata de questões em que se envolva a liberdade dos indivíduos de contratar.

A legitimidade desta europeanização passa necessariamente por um processo em que se deve buscar balancear a tentativa de estabelecimento de uma unidade entre os cidadãos da União Européia e o respeito à diversidade e às culturas locais que formam este complexo cenário. Essa ponderação entre unidade e diversidade é de fundamental importância também em termos de Direito Privado europeu, sendo este o meio mais viável para que este último possa adquirir sua legitimidade²⁶⁷.

²⁶⁵ SMITS, J., *How to Mix Legal Systems in a Fruitful Way? Some Remarks on the Development of a Ius Commune Europaeum through Competition of Legal Rules*, p. 06-08.

²⁶⁶ BASEDOW, J., *A Common Contract Law for the Common Market*, p. 1185-1186.

²⁶⁷ Study Group on Social Justice in European Private Law. *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, p. 669.

Ole Lando, ao lembrar as experiências de ter comandado o grupo que elaborou os princípios contratuais europeus, comenta que mesmo em uma comissão com quinze juristas com formação totalmente diversa, conseguiu-se encontrar valores comuns que poderiam ser compartilhados entre os sistemas jurídicos nacionais²⁶⁸. Hipoteticamente, um mesmo caso seria submetido à apreciação de diversos tribunais locais e teria chegado aos mesmos resultados práticos, o que de certa forma simula a atuação da Corte de Justiça da Comunidade Européia, que também possuem membros provenientes de todos os países. Constatava-se aí a existência da chamada *acquis communautaire*²⁶⁹.

Esta harmonia verificada entre os mais diversos sistemas jurídicos europeus pode ser explicada, segundo Ole Lando, pela estrutura política e econômica similar entre os países-membros; a existência de uma herança cultural comum; a grande influência da ética cristã e do Direito Romano; uma semelhança na formação filosófica e de classe social de juízes e demais juristas europeus.

A similitude encontrada tanto em sua ideologia quanto nos resultados produzidos, em que muitas vezes um jurista lendo uma sentença estrangeira verificava que regras aparentemente diferentes conduziam a resultados semelhantes levou a Rudolf Schlesinger a constituir seu grupo “*Common core of the legal systems*”, que será explorado mais detidamente posteriormente.

Esta europeização implementada dentro de uma perspectiva atualizada de Direito Comparado poderá resultar na constituição de um sistema europeu de precedentes. A grande diferença é que este sistema seria formado através da coexistência de diversas ordens jurídicas, e não por um isolamento jurídico, pois uma integração européia ou a formação de um mercado comum não podem estarem embasadas somente pela ação de órgãos ou grupos ligados à União Européia ou ainda o trabalho acadêmico de grupos privados, mas também por um intenso ativismo das cortes locais neste sentido²⁷⁰.

É esta uma etapa extremamente importante dentro do processo de harmonização do Direito Privado, pois a acolhida de princípios contratuais regionais e internacionais se dá de forma mais rápida e efetiva quando esta se dá

²⁶⁸ LANDO, O., *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*, p. 65.

²⁶⁹ *Acquis communautaire* seria o plexo normativo fundamental que constitui o Direito Europeu já na atualidade, o que inclui tratados, regulações, diretivas emitidos pelas autoridades comunitárias bem como as decisões proferidas pela Corte de Justiça Européia.

²⁷⁰ BERGER, K. P., *Harmonisation of European Contract Law: the Influence of Comparative Law*, p. 887.

pelos tribunais. Estas incorporações de valores comuns aos ordenamentos jurídicos é um claro demonstrativo do que é o Direito Comparado em ação. Sobre o tema, assim opina Klaus Peter Berger:

“Uma doutrina europeia de precedentes poderia possibilitar que os tribunais se apercebessem da mudança de realidade que presenciamos atualmente e a qual devem estas cortes reagir através de seu poder decisório. Foi enfatizado, em conexão com a teoria da construção comparativa do direito nacional dentro da perspectiva destas realidades, que a clássica tarefa da ciência jurídica está gradualmente se modificando: a coordenação e harmonização do direito em relação às outras jurisdições devem pôr em pé de igualdade com a também clássica tarefa de preservação e desenvolvimento do sistema jurídico nacional. Se a clássica idéia de unidade e completude das legislações e dos sistemas legais em geral está sendo gradualmente destruída pela crescente pressão em torno da europeização do direito, a qual vai além de uma mera harmonização proposta pela Comissão da União Europeia, as cortes locais não deveriam mais permanecer isoladas em seu reduto nacional sob o pretexto da longa tradição de seu sistema jurídico. Ao invés, deveriam estes tribunais ponderarem a solução descoberta para certos problemas por tribunais de outras jurisdições da União Europeia, mesmo se o caso envolver uma situação legal ainda não harmonizada pela Comissão”²⁷¹.

Esta doutrina dos precedentes reconstruirá os sistemas jurídicos nacionais de acordo com as exigências comunitárias e internacionais, em especial na matéria contratual, que é o presente objeto de discussão. Todos esses elementos, isto é, diretivas comunitárias, regulamentos privados, *Lex mercatoria*, sistemas jurídicos nacionais e construções jurisprudenciais são importantes peças de um quebra-cabeça chamado harmonização²⁷².

Ao comentar sobre a relação existente entre o Plano de Ação e a Europeanização do Direito Contratual europeu, Antonio Gambaro ressalta o papel importante que consolidações como os PECL exercem no seu desenvolvimento

²⁷¹ BERGER, K. P., *Harmonisation of European Contract Law: the Influence of Comparative Law*, p. 887: “A European doctrine of precedents would enable the courts to take account of the changing reality which they are facing today and to which they have to react in their decision-making. It has been emphasised in connection with the theory of comparative construction of domestic law that in view of these realities, the classical task of legal science is gradually changing: the co-ordination and harmonisation of the law with the other jurisdictions must be put on an equal footing with the classical task to preserve and develop the domestic legal system. If the classical idea of the unity and completeness of the major statutes and of legal systems in general is gradually been destroyed under the increasing pressure of the Europeanisation of the law, which goes well beyond the mere harmonisation by the EU Commission, then the domestic courts may no longer remain in domestic isolation by referring to the long standing tradition of their legal system. Instead, they have to take into account the solution found for certain problems by the courts of other EU jurisdictions, even if the case before them involves a legal problem that has not been harmonised by the EU Commission.”

²⁷² LANDO, O., *Contract law in the EU – The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law*, p. 08.

futuro, propiciando: a) correção de incoerências existentes no Direito Contratual europeu; b) simplificação e esclarecimento sobre a legislação vigente; c) adaptação da legislação a um novo cenário econômico e ao desenvolvimento comercial e; d) preenchimento das lacunas deixadas pela legislação comunitária e demonstradas dentro da prática contratual. A europeização não busca estabelecer uma interpretação uniforme do Direito contratual em território europeu, mas sim uma interpretação uniforme sobre termos técnicos e específicos que regularam a atividade contratual²⁷³.

Porém, a utilização de conjuntos de regras e princípios privados na busca da integração europeia não goza de unanimidade dentro da doutrina. Anthony Chamboredon afirma que além de nunca ter existido qualquer forma parecida de *Ius commune*, impossível seria a recriação de qualquer forma de “paraíso jurídico” (“*legal heaven*”) dentro da Europa. Ele reconhece que a Europa é atualmente composta por sistemas jurídicos pluralistas, que se desenvolvem por um sistema em perpétua construção, mas que este processo jamais seria fortalecido mediante a utilização de regras abertas como aquelas produzidas por meio de consolidações da *Lex mercatoria*. Para este autor, sem um sistema judicial unificado, esta tentativa de unificação empreendida levará apenas à desintegração jurídica europeia, e uma competição entre as jurisdições estatais e privadas dentro da União Europeia²⁷⁴.

Éric Descheemaeker vai ainda mais além em suas críticas. Para ele, o argumento de que diversas sociedades ocidentais pós-industriais comungam de valores semelhantes e que interagem de uma maneira permanente, e por isso obtém muitas vezes a mesma resposta para o mesmo problema ou ainda que condições sócio-econômicas similares são as responsáveis pela produção de problemas jurídicos semelhantes não são suficientes ou são superficiais na justificação desse empreendimento. Não entende este autor que haja uma convergência dos ordenamentos jurídicos rumo à europeização e que, portanto, a premissa de que um Direito europeu substancialmente comum foi construído por vias diferentes é igualmente falsa²⁷⁵. Este processo compreenderia apenas algumas regras e métodos que comporiam um sistema, alguns fruto de uma combinação

²⁷³ GAMBARO, A., *The Plan d'Action of the European Commission – A Comment*, p. 770.

²⁷⁴ CHAMBOREDON, A., *Form v Substance? An Ideological Venture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract*, p. 246.

²⁷⁵ DESCHEEMAEKER, E., *Fault-il codifier le droit privé européenne des contracts ?*, p. 820-821.

entre diversos ordenamentos e outras verdadeiramente europeias, desprendidas dos sistemas nacionais²⁷⁶.

Jan Smits não entende que o processo de europeização possa ser estimulado através do uso de regulamentos privados como os Princípios Contratuais Europeus, aliás, os entende como um eco do universalismo. Para este professor, além do caráter abstrato dos PECL, este último ignora a importância do reconhecimento das diferenças entre os ordenamentos jurídicos, bem como sua função harmonizadora seria dispensável, pois esta função já é desempenhada há anos pelas diretivas comunitárias. Aponta ainda que a adoção dos PECL provocaria uma fissura na estrutura do Direito Contratual, eliminando divisões conceituais e generalizando tratamento tanto para relações de consumo como para o comércio entre profissionais. Atentaria ainda contra a diversidade de fontes do Direito Contratual e contra o multiculturalismo europeu²⁷⁷.

Demonstrando um entendimento diferenciado, Christian Joerges entende que o processo de europeização não possui a complexidade necessária para ser considerado ainda como um sistema, entendendo se tratar mais especificamente de um conjunto de *case law*. Para tanto, cita exemplos práticos de europeização já ocorridos. Destes exemplos, pode-se citar aqueles referentes à responsabilidade do produto, o qual veio à baila através da Diretiva da Comunidade Europeia sobre responsabilidade sobre o produto, de 25 de julho de 1985, que posteriormente constituiu um verdadeiro ícone no Direito do Consumidor europeu e pioneiro deste processo de europeização. Durante muito tempo, esta Diretiva representou pouquíssimos avanços em termos de proteção, conseguindo estabelecer apenas padrões mínimos²⁷⁸.

Já a partir de 2002, a Corte de Justiça Europeia (CJE) modificou drasticamente esse entendimento. A partir de casos como o *María Victoria González Sánchez Vs. Medicina Asturiana S/A*.²⁷⁹, para a surpresa de muitos,

²⁷⁶ Para um outro posicionamento crítico em relação a europeização, ver NIGLIA, L., *The Non-Europeanisation of Private Law*, p. 575-599.

²⁷⁷ SMITS, J., *The Future of European Contract Law: on Diversity and the Temptation of Elegance*, p. 09.

²⁷⁸ JOERGES, C., *Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law*, p. 72.

²⁷⁹ No referido caso, a senhora González Sánchez fez uma transfusão de sangue em um hospital sob a administração da Requerida e acabou por contrair o vírus da hepatite C. Ela embasou sua ação na lei espanhola que recepcionou o conteúdo da Diretiva Europeia sobre responsabilidade do produto, combinada com disposições gerais sobre responsabilidade civil presentes em lei civil espanhola e também na Lei Geral de proteção de consumidores e usuários de 1984. Por este último

adotou-se o entendimento que o que estava consignado na referida diretiva de 1985 não eram apenas padrões mínimos de proteção ao consumidor, mas sim algo superior às legislações nacionais, maximizador das proteções e com um eminente caráter harmonizador, compelindo os tribunais a seguirem o entendimento da CJEU.

Com efeito, Christian Joerges aponta para a necessidade de jurisdicionalizar o processo de europeização, pois sem a criação de um “Poder Judiciário europeu”, inexistem elementos que confirmem legitimidade e validade efetiva para este remodelado Direito²⁸⁰. Para que esta jurisdicionalização se torne possível, se faz necessário da mesma forma superar o clássico modelo de supranacionalismo ortodoxo. Este modelo tem se mostrado em termos práticos inconveniente, pois a União Europeia não é uma espécie de federação e seus centros de poder e forças políticas encontram-se distribuídas em diversos níveis de sua constituição, sob vários domínios, mutuamente dependentes.

A estrutura jurídica da União Europeia não está em busca da criação de um Estado Europeu mediante a garantia de liberdades fundamentais, mas sim criar um espaço onde todas as suas vertentes políticas possam interagir em um modelo quase deliberativo de política. É função da Corte de Justiça Europeia através de sua jurisprudência não apenas promover uma integração continental, mas principalmente garantir a integridade normativa deste processo de integração. A jurisdicionalização não deve atingir meramente a idéia de europeização, mas sim as modificações e inovações decorrentes desse projeto²⁸¹.

diploma legal, se faz necessário apenas que o Requerente prove o dano e o nexos causal. A justiça espanhola questionou a CJEU se a Diretiva em questão não acabaria por restringir os direitos previstos na legislação espanhola, ocasião tal que a citada Corte Europeia modificou seu entendimento sobre a diretiva e por consequência sobre a responsabilidade pelo fornecimento de serviço.

²⁸⁰ JOERGES, C., *Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law*, p. 80-83.

²⁸¹ Id., *On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Justice-making Law for the EU Multi-level System*, p. 17-23.

4.3.1

Convergência da *common law* e *civil law*

Dentro das discussões acerca da europeianização do Direito Privado, que em síntese é a harmonização da matéria contratual, é consenso dentro da doutrina que o principal empecilho seria a existência de dois sistemas jurídicos diferentes, que são a *civil law* e a *common law*. Se dentro da própria cultura jurídica civilista é difícil de se chegar a um consenso acerca de tão dinâmica matéria que é os contratos, é de se imaginar o quão problemático é buscar uma harmonização que envolva países de sistemas jurídicos diversos.

A *civil law* é o sistema jurídico derivado do Direito Romano e que teve como seu marco histórico inicial o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, ganhando o formato codificado a partir do Código de Napoleão em 1804, traço que se tornou característico dessa família jurídica²⁸². É um sistema extremamente estruturado e abstrato, fazendo uso de princípios e conceitos gerais.

A *common law* é um sistema jurídico que começou a se desenvolver a partir do século XI na Inglaterra, e sua justificação esta fundada na produção jurisprudencial dos tribunais, decorrendo daí os princípios basilares de seu ordenamento jurídico. Sua área de abrangência se restringe aos países anglo-saxônicos e algumas ex-colônias britânicas²⁸³.

Porém, é justamente a missão do Direito Comparado aproximar realidades ou sistemas jurídicos díspares, para que contribua para a evolução de ambos. Como relembra Guy Canivet, exerce o Direito Comparado uma função paradoxal,

²⁸² Há exceções a esta regra, em que se verificam sistemas jurídicos civilistas porém não codificados, como é o caso da Escócia, da África do Sul, do Estado da Louisiana (EUA) e dos países escandinavos.

²⁸³ TETLEY, W., *Mixed jurisdictions: common law vs. civil law (codified and uncoded)* (Part I), p. 591-619.

porque busca acomodar elementos diversos em uma perspectiva de convergência²⁸⁴.

Convém ressaltar que apesar de serem atualmente sistemas jurídicos diferentes, a civilização ocidental não possui dois sistemas jurídicos verdadeiramente originais, com fontes diversas e inconciliáveis. Tanto em sua origem como em seu estado atual, os dois sistemas se influenciaram e ambos apresentam características originárias do outro²⁸⁵. Equívoco também é imaginar que a suposta dicotomia entre *civil* e *common law* é delimitada pelo Canal da Mancha. Deve-se recordar que em que pese estar localizada na Grã-Bretanha, a Escócia não faz parte da *common law*, bem como os países escandinavos, em que pese serem de tradição romano-germânica, não apresentam codificações em seus ordenamentos jurídicos²⁸⁶.

Com relação às diferenças básicas, pode-se apontar a mais elementar de todas, que é a tradição dos países civilistas via de regra formatarem seu ordenamento jurídico em códigos, enquanto nos países anglo-saxônicos o normal é inexistir qualquer tipo de codificação, estando seu ordenamento jurídico submetido ao regime do *case law*.

Enquanto historicamente há uma divisão dicotômica, embora cada vez mais enfraquecida, entre Direito Público e Direito Privado nos países de tradição jurídica romano-germânica, nos países da *common law* essa diferenciação não é possível de ser verificada, inexistindo uma ala privatista e outra publicista como se tem no direito continental. A proeminência do saber jurídico, enquanto na *civil law* reside na academia, personificada na figura do jurista-professor, onde a doutrina possui destacada importância nos rumos das ciências jurídicas, na *common law* a notoriedade do conhecimento é instalada nos tribunais, na qual os juízes condicionam a prática jurídica mediante a produção jurisprudencial, sendo verdadeiros “oráculos do Direito”²⁸⁷.

Um outro aspecto diferenciador entre os dois sistemas é a clara distinção existente no direito continental entre direito material e direito processual, enquanto na *common law* tanto um quanto outro constitui um único procedimento,

²⁸⁴ CANIVET, G, *La Convergence des Systèmes Juridiques du Point de Vue du Droit Privé Français*, p. 50.

²⁸⁵ DESCHEEMAER, E., *Fault-il codifier le droit privé européenne des contracts ?*, p. 805.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 808.

²⁸⁷ VAN CAENEGEM, R. C., *European Law in the past and the future: Unity and Diversity over Two Millennia*, p. 46.

indissociáveis, sob a orientação dos *writs*. Relacionado ainda com o caráter procedimental do Direito, verifica-se a opção pelo sistema inquisitorial na *civil law*, muito em decorrência de sua origem romano-canônica, pelo qual o juiz é a figura destacada, presidente do procedimento, ditando efetivamente os rumos do andamento processual. Já na *common law* trabalha-se sob a égide do sistema adversarial, no qual o papel desempenhado pelo juiz é absolutamente secundário, apenas supervisionando a participação das partes, que são as grandes protagonistas do procedimento²⁸⁸.

Neste sentido, pode-se afirmar que ambos os sistemas jurídicos comungam os mesmos valores como a democracia, o liberalismo, as liberdades e garantias individuais e etc., só ocorrendo uma inversão de prioridades entre os sistemas, o que acaba por produzir algumas diferenças²⁸⁹.

Em que pese estas sensíveis diferenças, a aproximação entre esses dois sistemas não é algo impossível de acontecer. Como o advento do mercado comum europeu e por último da União Européia, a aproximação entre a *common law* e a *civil law* se dá quase de forma natural. Guy Canivet nos explica que existem duas modalidades de convergência de sistema jurídico: uma de forma imposta, como acontece no caso das diretivas comunitárias ou; de forma espontânea, quando a aproximação entre dois sistemas jurídicos ocorre independente de uma vontade normativa superior, em que problemas semelhantes assolam diferentes sistemas, que por influência de uma mesma variável, que pode ser, por exemplo, uma lógica econômica, faz com que estes sistemas convirjam na busca da solução desejada²⁹⁰.

Um grande exemplo de convergência espontânea por conta de uma solução é justamente a existência de princípios gerais de Direito. Destarte, acabam os Princípios Contratuais Europeus e os Princípios Unidroit exercendo esta função de convergência entre os dois sistemas jurídicos, pois ao serem trabalhados as duas famílias jurídicas estarão incorporando à sua prática jurídica um mesmo referencial para contratos, constituindo-se em um elemento comum para ambos,

²⁸⁸ VAN CAENEGEM, R. C., *European Law in the past and the future: Unity and Diversity over Two Millennia*, p. 38-53.

²⁸⁹ TETLEY, W., *Mixed jurisdictions: common law vs. civil law (codified and uncoded) (Part I)*, p. 591-619.

²⁹⁰ CANIVET, G., *La Convergence des Systèmes Juridiques du Point de Vue du Droit Privé Français*, p. 52.

iniciando, sem impulso governamental, a aproximação da *common* e da *civil law*²⁹¹.

Aliás, os Princípios Contratuais Europeus fazem constar na introdução de suas partes I e II que um dos seus objetivos é especialmente “construir uma ponte” entre a *civil* e a *common law*²⁹². As diferenças que ainda remanescem no Direito Contratual dos dois sistemas são verdadeiras inimigas da constituição do mercado comum europeu, e tenta os PECL configurarem uma forma de conciliação entre essas duas filosofias jurídicas. Pondera Martijn Hesselink que a escolha efetuada pelo Grupo Lando, de não pender para nenhum dos dois lados, é a mais difícil de ser realizada, pois além de tentar agrupar duas culturas diversas mantém em foco a criação de uma nova, que seria cultura jurídica comum europeia²⁹³.

Retornado à fase embrionária dos PECL, que é a própria existência da *Lex mercatoria*, Thomas Carbonneau comenta que não sem razão os defensores da utilização dos usos e costumes do comércio internacional como parâmetro para resolução de litígios sejam oriundos de um país de tradição civilista (França), pois justamente nesses países os princípios gerais exercem função preponderante dentro do Direito. Da mesma forma, as críticas mais severas à *Lex mercatoria* foram proferidas por juristas originários de países da *common law*, por estarem acostumados à jurisprudência influenciar o estabelecimento de princípios gerais, e não o contrário²⁹⁴.

Nos PECL, em muitos aspectos podemos verificar a influência da *common law*. A primeira e mais perceptível de todas é o formato que eles foram concebidos, que são os *restatements*, indiscutivelmente criação de culturas jurídicas anglo-saxônicas. Outro ponto que resulta diretamente dessa influência é a atenção destinadas às medidas (“*remedies*”) contra o inadimplemento contratual. A idéia de “termo implícito” (“*implied terms*”)²⁹⁵ na relação contratual também provém de terras britânicas²⁹⁶.

²⁹¹ CANIVET, G., *La Convergence des Systèmes Juridiques du Point de Vue du Droit Privé Français*, p. 57.

²⁹² LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. xxii-xxiii.

²⁹³ HESSELINK, M. W., *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission*, p. 44.

²⁹⁴ Apud TETLEY, W., *Mixed jurisdictions: common law vs. civil law (codified and uncoded)* (Part II), p. 877-906.

²⁹⁵ Os “*implied terms*”, previsto nos PECL no artigo 6:102, é definido por LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 305 nos seguintes termos: “The phrase ‘*implied terms*’ derives from the COMMON LAW, and refers to the process by which the ENGLISH and IRISH courts supply terms to fill lacunae in the contract. (...) This is particularly

Já em relação à *civil law*, outras características podem ser vislumbradas. Uma delas é a referência em muitas de suas disposições ao conceito de boa fé. Decorrentes desta primeira aparecem a responsabilidade por negociações que contrariem a boa fé²⁹⁷ e o dever pré-contratual de informação das partes²⁹⁸. Pode-se ainda citar a irrevocabilidade da oferta que contém prazo explícito para a aceitação, a executoriedade da cláusula penal e a diferença entre representação direta e indireta²⁹⁹.

Um fator que se faz presente em muitas dessas diferenças entre *civil* e *common law* é a atuação dos magistrados, que acaba por constituir em um dos grandes empecilhos para a formação de uma linguagem jurídica comum para a Europa. Pode-se constituir em uma tarefa trabalhosa apontar algum elemento de convergência se em um sistema a função é interpretar o Direito enquanto por outro a função é criar o Direito³⁰⁰. Porém, como bem relembra, Marie-Jeanne Campana, a distância entre os dois modelos de órgão julgador não é tão abismal que impossibilite alguma aproximação entre ambos.

Ao interpretar o Direito, o juiz civilista estará também criando o Direito, só que uma forma diferenciada em relação àquela executada pelo juiz anglo-saxão. Não bastasse esse argumento, é de tradicional aceitação nos ordenamentos jurídicos continentais que este não poderá se recusar a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Ocorrendo esta hipótese, os juízes nos dois sistemas exerceram a mesma função de criação, surgindo aí o primeiro indício de convergência³⁰¹.

Um outro fator que contribui para que a convergência entre os dois sistemas jurídicos se desenvolva é o fato de todos os sistemas de Direito Privado guardarem um alto grau de semelhança entre eles, por trabalharem seguindo a mesma lógica racional, reagindo às relações comerciais de uma maneira muito

the case when the term is an unusual one (a term to be 'implied in fact') which would not be applicable to the general run of contracts of that type. Then the term will be implied only if it is necessary to give the contract business efficacy or is so obvious that it goes without saying. In the case of more general nature (terms to be 'implied in law') it has sometimes been said that the test is again one of necessity."

²⁹⁶ HESSELINK, M. W., *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission*, p. 45-47.

²⁹⁷ Art. 2 :301 dos PECL.

²⁹⁸ Art. 4 :103 (1)(a)(ii) e art. 4:107 dos PECL.

²⁹⁹ HESSELINK, M. W., *op. cit.*, p. 47-50.

³⁰⁰ CAMPANA, M-J., *Vers un language juridique commun en Europe ?*, p. 45.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 46.

parelha. Em searas que estão em contato com ambas, o que é o caso do Direito Contratual, é às vezes dificultoso apontar uma diferença de embasamento jurídico entre os dois sistemas, configurando uma mera “batalha de formas”³⁰². Considerando o contrato enquanto objeto, é este a abstração mais próxima da plena compreensão para o jurista da *common law*³⁰³.

Se esta convergência aparece clara no tocante ao Direito Contratual, o mesmo não se pode dizer de outros setores do Direito europeu e internacional, como por exemplo, o direito de propriedade, pois demandam que outras harmonizações ou convergências sejam realizadas anteriormente³⁰⁴.

Ugo Mattei e Anna Di Robilant, ao defenderem o processo de convergência entre os dois sistemas, acabam por tecer críticas a comparatistas europeus que não reconhecem este processo. O fato de um país pertencer a uma tradição jurídica e estar inserido em um processo de convergência, não significa que ele vá renegar sua tradição e importar novos elementos de forma de desarrazoada. A absorção desses novos elementos pode representar sim uma evolução, um incremento à sua prática jurídica³⁰⁵.

Reproduzindo este exemplo, muitos comparatistas europeus entendem o distanciamento existente entre os dois sistemas quase como um ato de fé, impossíveis de serem removidos, mas que acabam por negar a própria realidade dos fatos, que efetivamente apontam para uma convergência. Prova desta convergência gradativa é a aplicação do conceito de boa fé por parte de juizes ingleses em muitas de suas decisões, conceito este que inexistia no direito anglo-saxão e que foi absorvido da prática jurídica continental³⁰⁶. Exemplo semelhante verifica-se na aplicação das diretivas comunitárias por parte do Poder Judiciário dos países da *common law*, que em um exercício comparatista e de grande sensibilidade jurídica abstraem as origens civilistas destas diretivas tentando aplicá-las da forma mais adequada possível à sua prática jurídica³⁰⁷.

³⁰² COLLINS, H., *Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law*, p. 228.

³⁰³ HESSELINK, M. W., *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission*, p. 45.

³⁰⁴ VAN ERP, S., *Civil and Common Property Law: Caveat Comparator – The Value of Legal Historical-Comparative Analysis*, p. 396.

³⁰⁵ MATTEI, U DI ROBILANT, A., *The Art and the Science of the Critical Scholarship. Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, p. 44.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 45.

³⁰⁷ MCKENDRICK, E., *Traditional Concepts and Contemporary Values*, p. 97.

Ao analisar historicamente as relações existentes entre a *civil law* e a *common law*, Arthur Von Mehren concorda com a viabilidade da convergência entre os dois sistemas nos seguintes termos:

“Em que pese profundamente enraizados em uma circunstância histórica, os arranjos institucionais de longo prazo, a tradição ensinada, os contextos cultural, econômico, moral e social que moldam as múltiplas facetas da sociedade, incluindo a ordem legal, transformam-se com o passar dos tempos. Mudanças podem ocorrer rapidamente ou lentamente; podem reforçar elementos sociais de unicidade ou ainda propiciar que diversas sociedades converjam. Vistas a grosso modo, as tradições da *Civil-Law* e da *Common-Law* mantiveram sua integridade por um período que quase corresponde ao segundo milênio da era Cristã. No transcorrer do terceiro milênio, entretanto, essas duas tradições podem muito bem se interpenetrarem e criar uma – ou diversas – novas tradições jurídicas. Durante o segundo milênio, a interpenetração de sistemas ocorreu, é claro, em muitas ocasiões e em muitos aspectos. O surgimento da *lex mercatoria*, não embasada nos direitos dos Estados soberanos, mas em práticas e usos mercantis, foi uma primeira forma de interpenetração no campo jurídico. Arbitragens comerciais internacionais anacionais, legitimadas na Convenção das Nações Unidas para o Reconhecimento e Execução de sentenças arbitrais internacionais de 1958, indicam um exemplo um tanto similar a este fenômeno no final do século XX³⁰⁸”.

Com o tempo, as divergências existentes entre os dois sistemas devem se atenuar, em virtude do trabalho de tribunais europeus comunitários, nacionais e arbitrais, que trabalhando de forma comparada com as diferenças entre os dois sistemas, poderá construir uma jurisprudência compatível com ambos os sistemas e verdadeiramente comunitária ou transnacional. A longo prazo, emergirá uma geração de juristas que raciocinará o Direito não somente em seus limites

³⁰⁸ VON MEHREN, A. T., *The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, p. 15: “Although deeply rooted in historical circumstance, long-standing institutional arrangements, and taught tradition, the cultural, the economic, moral, and social contexts that shape multiple facets of society, including the legal order, change over time. Change may occur rapidly or slowly; it may reinforce a society’s elements of uniqueness or cause diverse societies to converge. Seen in a broader perspective, the *Civil-Law* and *Common-Law* traditions have each maintained their integrity for a period roughly corresponding to the second millennium of the Christian era. In the course of third millennium, however, these two traditions may well interpenetrate and create one – or several – new legal traditions. During the second millennium, system interpenetration has, of course, occurred on many occasions and in many respects. The rise of a *lex mercatoria*, resting not on the laws of sovereign states, but on shared practices and usages of merchants, was an early form of interpenetration in the field of law. Anational international commercial arbitration, based on the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958, provides a late 20th Century example of a somewhat similar phenomenon”.

nacionais, mas de uma forma europeia. Uma geração que saberá conjugar o conhecimento jurídico com o respeito à diferença e à pluralidade da Europa³⁰⁹.

4.3.2

Iniciativas da União Europeia

As iniciativas da União Europeia no tocante a harmonização contratual são de fundamental importância, pois é o conjunto de suas manifestações, corporificadas ao longo dos anos através de suas diretivas comunitárias, que forma a *acquis communautaire* e posteriormente poderá formar o Quadro Comum de Referência. Este ideal já restou consignado por diversas resoluções do Parlamento Europeu, visando a aproximação dos diversos Direitos Privados europeus e a harmonização de alguns setores destes.

Dentre as diretivas que constituem a base do Direito Contratual Europeu, isto é, a referida *acquis*, podemos citar a Diretiva 85/577 de proteção ao consumidor relativo a contratos negociados fora do estabelecimento comercial, a 86/653 sobre agentes comerciais, a 87/102 que versa sobre crédito do consumidor (alterada posteriormente pelas Diretivas 90/88 e 98/7), a 90/314 sobre viagens combinadas, a 93/13 sobre cláusulas abusivas em contratos de consumo, a 94/47 sobre *time-sharing*, a 97/7 que trata da proteção dos consumidores em contratos celebrados à distância, a 99/44 sobre garantias na venda de bens de consumo, a

³⁰⁹ CAMPANA, M-J., *Vers un langage juridique commun en Europe ?*, p. 48-49.

2000/35 sobre pagamentos atrasados em transações financeiras, e a Diretiva 2002/65 sobre comercialização à distancia de serviços financeiros.

É importante ponderar esta produção legislativa comunitária, pois a aplicação de princípios que reflitam valores semelhantes àqueles da *Lex mercatoria* terão necessariamente que respeitar esses dispositivos para que ganhem efetividade dentro dos tribunais, da mesma forma que influenciam estas cortes para interpretar uma dessas diretivas em um sentido diverso daquele adotado, ou mesmo motivar com a prática e o decorrer dos anos a edição de novas diretivas.

Esta harmonização dos sistemas jurídicos nacionais almejada via diretivas comunitárias é o método mais conhecido para que uma convergência seja buscada. Porém, com o acréscimo de novos membros à União Européia realizada nos últimos anos, a uniformidade ficou cada vez mais distante de ser alcançada. Por esta razão, a principal característica a ser considerada quando contratos estiverem envolvidos na discussão é justamente a flexibilidade³¹⁰.

Historicamente, várias modalidades de harmonização/uniformização via diretivas comunitárias podem ser constatadas: a) total, com a recepção total e imediata do conteúdo por parte dos países-membros; b) opcional, em que facultasse ao país-membro a aplicação do instrumento comunitário ou do nacional; c) parcial, quando apenas uma parte da matéria passa a ser regulado pelo regulamento comum; d) mínima, estabelecendo um patamar básico a partir do qual os países-membros podem apenas aumentar a proteção, não diminuir e; e) alternativa, pela qual cada membro dispõe de diversas maneiras pela qual a harmonização pode ser efetuada^{311 312}.

Este método de harmonização via legislação, segundo Roy Goode, é algo de extrema significância por dois aspectos. Primeiramente, pelo enriquecimento que o ordenamento jurídico nacional experimenta ao incorporar tais elementos legislativos, implementando um instrumento internacional. A segunda vantagem é promulgação de uma legislação que é nacional por critérios legais, mas que estabelece uma comunicação com o Direito Comercial transnacional,

³¹⁰ VAN GERVEN, W., *Harmonization of Private Law: Do We Need It?*, p. 507.

³¹¹ *Ibid.*, p. 508.

³¹² Sobre a premência da utilização deste método, assim *Ibid.*, p. 514, opina a respeito: “... *with the completion of internal market integration, the need for harmonization through binding legislation may have become less urgent, while self-regulation and non-binding (or less binding) instruments are definitely on the rise*”.

representando uma fonte comum para muitos sistemas jurídicos, integrados pela União Europeia³¹³.

Ao se trabalhar com diretivas tem-se a imposição de uma linguagem legislativa comum, com o intento de que esta seja absorvida pelas ordens jurídicas nacionais. Porém, existe a possibilidade de conflito no estabelecimento de conceitos, ou na harmonização naquilo que dispõe a diretiva e uma dada lei nacional. A convergência conceitual na matéria contratual é algo extremamente difícil de ser alcançada e equilibrada, pois não podem ser taxativos que caracterizaria uma parte geral de um Direito Privado, nem tão poucos utilizá-los de forma muito abstrata ou sem qualquer conceituação, porque inevitavelmente acarretará dificuldades práticas no futuro^{314 315}.

Desta espécie, um problema verificado na prática da utilização das diretivas comunitárias na matéria contratual foi uso constante de termos abstratos em suas disposições³¹⁶. Um exemplo que se tornou paradigmático em território europeu foi o de *Simone Leitner*. A celeuma surgiu pelo fato da diretiva sobre viagens combinadas prever apenas cobertura por danos materiais. Esta diretiva apenas mencionava o termo dano (“*damage*”), sem defini-lo. Durante o caso, discutiu-se a possibilidade de utilização da definição de dano consignada em outra diretiva, que foi a sobre responsabilidade do produto (Diretiva 85/364), porém entendeu como mais conveniente a CJE construir um conceito de dano especificamente à luz desta diretiva³¹⁷.

Como bem ressalta Christian Joerges, por mais que medidas e mais medidas sejam implementadas pela União Europeia, são os tribunais os

³¹³ GOODE, R., *Insularity or Leadership? The Role of United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law*, p. 752.

³¹⁴ CAMPANA, M-J., *Vers un langage juridique commun en Europe ?*, p. 39-40.

³¹⁵ Para ilustrar a dificuldade da missão a qual as diretivas comunitárias são encarregadas, POZZO, B., *Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology*, p. 764, cita o exemplo da Diretiva sobre cláusulas abusivas, objetivando regulamentar a questão da distribuição de água na Europa. Na Alemanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Espanha este fornecimento é considerado uma relação contratual. Na Dinamarca e no Reino Unido é considerada relação não-contratual, na Bélgica a questão é controversa, na Áustria depende da localidade e na Suécia depende das circunstâncias.

³¹⁶ Além de muito abstrato, o termo pode até ser inexistente. ALPA, G., *European Community Resolutions and the Codification of Private Law*, p. 324, relembra que inexiste qualquer conceito de “direito privado” firmado pela Comunidade Europeia em suas comunicações. Desta forma, para compreender seu ideal de harmonização deve-se construir um conceito de direito privado com base nas disposições a respeito de todos os países-membros, tanto da *civil* como da *common law*.

³¹⁷ STAUDENMAYER, D., *The Commission Action Plan on European Contract Law*, p. 119-120.

verdadeiros instigadores das transformações no mundo jurídico³¹⁸. Aliás, é sob este mesmo raciocínio que se assenta uma das maiores críticas ao processo de harmonização mediante diretivas. Esta iniciativa permaneceria válida apenas enquanto processo legislativo, pois sua real efetividade estaria condicionada à manifestação das cortes locais³¹⁹.

Uma crítica que pode ser formulada tanto à atuação das entidades comunitárias como dos tribunais se deve ao fato que, ao longo dos anos, os direitos nacionais operaram construções jurisprudenciais extremamente interessantes em matéria de proteção ao indivíduo nas relações contratuais, como a consagração do dever de boa fé ou a cooperação das partes na execução contratual, e a motivação por se construir um consenso na matéria pode representar um retrocesso nas conquistas para alguns. Por esta razão que a Corte de Justiça Européia precisa estar atenta em suas decisões, ponderando muito bem a primazia das diretivas em relação aos direitos nacionais, para evitar que a persecução de um mercado comum represente uma minimização dos valores de justiça social aplicáveis às relações contratuais³²⁰.

Um outro ponto de vista suscitado por Jan Smits é que, enquanto a europeização do Direito Privado promovida por suas das diretivas comunitárias (*acquis communautaire*) não a busca pela uniformização, muito pelo contrário, pelo respeito à diversidade, os Princípios Contratuais Europeu buscam a europeização mediante uma postura teórica, tentando abranger todo o Direito Privado³²¹. É a Europa hoje caracterizada por uma grande diversidade, portanto apenas uma perspectiva fragmentada de harmonização lograria êxito.

Destarte, a coercitividade das diretivas não reside nas formas e métodos para a sua implementação, que ficam totalmente a cargo de cada país-membro, mas sim na efetivação dos resultados desejados. A harmonização traçada pelas diretivas é aquela que única e exclusivamente vislumbra o estabelecimento e funcionamento do mercado, sem interferir em questões de foro íntimo do Estado-membro³²².

³¹⁸ JOERGES, C., *Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example*, p. 12

³¹⁹ NIGLIA, L., *The Non-Europeanisation of Private Law*, p. 578.

³²⁰ Study Group on Social Justice in European Private Law. *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, p. 666-667.

³²¹ SMITS, J., *Editorial: A Principled Approach to European Contract Law?*, p. 222-223.

³²² Id., *How to Take the Road Untravelled? European Private Law in the Making*, p. 27.

Diante de suas relevantes funções e também as dificuldades de sua implementação, há que se ressaltar a importância da utilização das consolidações da *Lex mercatoria*, tanto PECL como UPICC, como um referencial para o manuseio das diretivas comunitárias já existentes como também para as futuras que estejam por vir, pois estes em suas disposições já realizaram uma convergência dos elementos do Direito Privado europeu³²³.

4.3.3

Relação das leis internas e diretivas comunitárias com a *Lex mercatoria*

Diante de toda esta produção legislativa que permeia este ambiente comunitário europeu, através de suas comunicações e diretivas, bem como o verdadeiro intercâmbio jurídico travado com as consolidações da *Lex mercatoria*, sensíveis modificações foram operadas no Direito Privado europeu nos últimos anos.

Dentro desta combinação, o objetivo que atualmente pretende ser buscado é a constituição futura do Quadro Comum de Referência. Para que esta constituição se torne algo possível no futuro é necessário que caminhem na mesma direção a legislação europeia existente na matéria contratual (*acquis communautaire*), os Direito Contratual dos países-membros (“*common core*”) e as demais manifestações privadas. A partir deste momento, o ordenamento

³²³ ALPA, G., *European Community Resolutions and the Codification of Private Law*, p. 325.

jurídico europeu, no tocante à disciplina contratual, alcançaria a convergência necessária para que um mercado comum funcionasse em sua excelência³²⁴.

A combinação de todos esses fatores em busca de uma convergência se torna mais facilmente de ser visualizada através de algumas decisões proferidas por tribunais estatais, comunitários ou arbitrais, o que se pode chamar de harmonização via *case law*³²⁵. Neste processo, desempenha relevante papel a Corte de Justiça Européia (CJE), que interpretará a legislação primária e secundária do Direito Comunitário. Esta Corte deve representar uma garantia de aplicação uniforme destas regras por toda a União Européia. Porém, seu poder uniformizador se estenderá apenas para a interpretação de conceitos e princípios constantes nas diretivas, ficando a implementação das mesmas junto aos ordenamentos jurídicos nacionais confiadas às jurisdições locais³²⁶. O papel dos tribunais arbitrais também não pode ser ignorado, pois em tal ambiente jurídico cria-se e cristalizam-se regras transnacionais, colocando-as à disposição dos integrantes do comércio comunitário e internacional³²⁷.

Através do repertório jurisprudencial, confirma-se a efetividade da *acquis* perante os tribunais nacionais como também se verificam quais são as deficiências que tanto o ordenamento jurídico estatal como o comunitário apresentam com relação ao caso concreto. Essas lacunas podem ser preenchidas por esses regramentos privados que refletem os usos e costumes comerciais internacionais vigentes, não somente por sintetizarem o posicionamento dominante na maioria dos ordenamentos jurídicos, como também por em muitos casos oferecer uma solução de vanguarda para questão, contribuindo para o desenvolvimento destes sistemas jurídicos.

Sendo esta incorporação reiterada posteriormente, ter-se-á um dado posicionamento de um tribunal, que tendo sido fundamentado nas necessidades prático-jurídicas, oferecerá um rico material jurisprudencial passível de ganhar o formato legislativo posteriormente, sob a forma de uma diretiva comunitária dentro da matéria.

³²⁴ HESSELINK, M. W., *The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?*, p. 402.

³²⁵ VAN GERVEN, W., *Harmonization of Private Law: Do We Need It?*, p. 515.

³²⁶ *Id.*, *ECJ case-law as a means of unification of private law?*, p. 295.

³²⁷ HENRY, M., *L'actualité des règles transnationales. L'application des règles transnationales au fond du litige. L'aport de la jurisprudence arbitrale et des droits nationaux*, p. 08.

Em situação semelhante, segundo Marc Henry, os direitos nacionais exercem uma função de catalisadores destas regras transnacionais produzidas pelos tribunais arbitrais. Por ser uma jurisdição desvinculada daquelas nacionais e comunitárias e projetada segundo os interesses do comércio internacional, os resultados de sua atividade, materializados em sua jurisprudência, podem ser de grande valia na construção de um mercado comum³²⁸.

Estes elementos que seriam incorporados deveriam representar princípios comuns a todos os ordenamentos jurídicos europeus³²⁹, sendo no caso dos contratos, a depuração desses sistemas e suas práticas, a qual a *Lex mercatoria* faz parte, e que por conseqüência, os Princípios Contratuais Europeus e os Princípios Unidroit podem exercer função destacada. Estas funções desempenhadas pelos PECL e pelos UPICC foram definidas da seguinte maneira, respectivamente:

“Os Princípios pretendem refletir o centro comum de soluções para os problemas do direito contratual. Algumas dessas vêm provando ser cada vez mais difíceis para as cortes nacionais e legisladores. Os Princípios pretendem também serem progressivos. Em muitos aspectos abordados pelo direito nacional eles podem oferecer uma resposta mais satisfatória do que aquela alcançada pelo pensamento jurídico tradicional. Por exemplo, suas disposições acerca da garantia de cumprimento e do consentimento da liberação da mesma onde uma modificação das circunstâncias produza um adimplemento contratual excessivamente oneroso se apresentam de uma forma muito sensata, o que em muitos direitos nacionais apresentam dificuldades ou são omissos. Os Princípios estão também disponíveis para auxiliar as cortes europeias e os legisladores, no intuito de garantir um desenvolvimento proveitoso do direito contratual em uma base comunitária. Até mesmo além dos limites da União Européia, Os Princípios podem servir com inspiração para os legisladores do Leste Europeu que estão em via de reformarem suas leis sobre contratos para conformá-los às necessidades de uma economia de mercado.³³⁰”

³²⁸ HENRY, M., *L'actualité des règles transnationales. L'application des règles transnationales au fond du litige. L'aport de la jurisprudence arbitrale et des droits nationaux*, p. 08-10.

³²⁹ Para efeitos desta análise, faz-se uso da definição consignada por VAN GERVEN, W., *Harmonization of Private Law: Do We Need It?*, p. 516: “In the context of Community law, ‘common’ means, I would think, that a principle is accepted (by prevailing opinion) in a sufficiently large number of Member States where the issue concerned has arisen in similar terms. Furthermore, the notion of ‘principle’ does not refer to precise rules but to maxims or concepts with a considerable degree of abstraction which, in concrete cases, may result in similar solutions. In some States such principles will be laid down in written texts, in others they may be given implicit support in legislation, case law or even doctrinal writings.”

³³⁰ LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. xxii: “The Principles are intended to reflect the common core of solutions to problems of contract law. Some of these have proved increasingly troublesome for national courts and legislators. The Principles are also intended to be progressive. On many issues covered by national law they may be found to offer a more satisfactory answer than that which is reached by traditional legal thinking. For example, their provisions relating to the assurance of performance and to the grant of relief where a change of circumstances renders performance of the contract excessively onerous deal in a balanced way with recurrent difficulties on which most national law are silent. The Principles are

“Hoje em dia, os juízes e os tribunais arbitrais tendem cada vez mais a abandonar os chamados métodos nacionais ou ‘jusprivatistas’. Se percebe uma tendência em prol de uma interpretação e integração de textos internacionais tendo como base princípios uniformes, autônomos e internacionais. (...)

Até o momento, cabia em cada caso aos juízes e aos árbitros buscarem tais princípios e critérios autônomos para interpretar e integrar instrumentos internacionais sobre a base de um estudo comparado das soluções adotadas nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais. (...)

Em virtude de suas características próprias, os Princípios podem ademais servir como modelo para legisladores nacionais e internacionais para a redação de leis na matéria de contratos em geral ou em operações específicas. Em nível nacional, os Princípios podem ser úteis especialmente para aqueles países que não contam com um corpo legislativo avançado em matéria contratual e têm a intenção de modernizar sua legislação, ou que ao menos queira ajustá-la aos níveis internacionais no que se refere às relações jurídicas surgidas por conta do comércio exterior.³³¹”

Reiterando este posicionamento, o preâmbulo dos Princípios Unidroit versão 2004 e o artigo 1:101 dos Princípios Contratuais Europeus confirmam esta vocação das consolidações da *Lex mercatoria* de complementar a atividade legislativa e a produção jurisprudencial. Verifica-se, portanto, a chamada fertilização cruzada entre todos esses elementos que constituem esse processo de europeização, apresentando um *law-making power* totalmente diversificado e já adaptado com toda a pluralidade jurídica que esta conjuntura apresenta.

Dentro deste processo, os direitos nacionais desempenham uma função tanto ativa quanto passiva neste reconhecimento de quais regras jurídicas seriam transnacionais. O passivo seria na recepção em seu ordenamento dessas regras

thus available for the assistance of European courts and legislatures concerned to ensure the fruitful development of contract law on a Union-wide basis. Even beyond the borders of the European Union, the Principles may serve as an inspiration for the Central and Eastern European legislators who are in the course of reforming their laws of contract to meet the needs of a market economy”.

³³¹ UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, p. 05-06: “Hoy en día, los jueces y tribunales arbitrales tienden cada vez más a abandonar dichos métodos nacionales o ‘jusprivatistas’. Se percibe una tendencia hacia una interpretación e integración de textos internacionales en base a principios uniformes, autónomos e internacionales. (...) Hasta ahora, pertenecía a cada caso a los jueces y los árbitros buscar tales principios y criterios autónomos para interpretar e integrar instrumentos internacionales sobre la base de un estudio comparado de las soluciones adoptadas en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. (...) En virtud de sus características propias, los Principios pueden además servir como modelo a legisladores nacionales e internacionales para la redacción de leyes en materia de contratos en general u operaciones específicas. A nivel nacional, los Principios pueden ser de utilidad especialmente para aquellos países que no cuentan con un cuerpo legislativo avanzado en materia contractual y tienen el propósito de modernizar su legislación, o al menos ajustarla a los niveles internacionales en lo que se refiere a relaciones jurídicas surgidas del comercio exterior”.

comuns, enquanto o ativo é justamente a sua parcela de colaboração na elaboração das regras transnacionais ou comunitárias.

A harmonização do Direito Privado com base na jurisprudência e nos princípios gerais do Direito é algo possível e alivia a responsabilidade de instrumentos legislativos nacionais e comunitários de desempenhar esta missão sozinha. Este processo é convergente inclusive quanto ao método adotado. Enquanto a evolução do Direito pelos tribunais é algo típico da *common law*, a evolução e construção da jurisprudência mediante o uso de princípios e regras gerais é algo mais próximo da tradição civilista³³².

Walter Van Gerven faz uso de algumas decisões em âmbito comunitário para demonstrar essa forma de harmonização já é um processo em movimento³³³. Dentro do *Dekker Vs. Stichting voor Jong Volwassenen* discutiu-se a questão de como princípios contratuais comunitários podem influir na liberdade de contratar, ou ainda em *Marleasing Vs. La Commercial Internationale*, em que princípios contratuais comunitários alteraram as condições necessárias para considerar um contrato válido.

Um outro caso havido no continente europeu alterou/vem alterando a participação de terceiros nas relações contratuais. Em 1998, no caso *Bacardi-Martini SAS, Cellier des Dauphins Vs. Newcastle United Football Company Ltd.*³³⁴, o clube inglês de futebol *Newcastle United* contratou a empresa *Dorna Marketing* para a venda de espaços publicitários em seu estádio. Um desses espaços foi vendido pela *Dorna* para a *Bacardi-Martini*. Posteriormente, o *Newcastle* verificou que um dos seus jogos seria televisionado para a França, país este que prevê em sua legislação a vedação da publicidade de bebidas alcoólicas em eventos esportivos. Diante do fato, o clube inglês requisitou à *Dorna* que o referido patrocínio fosse retirado. Inconformada com o fato, a *Bacardi-Martini* aforou um pedido de ressarcimento em face do *Newcastle United* por considerar que esta interferência em seu contrato celebrado com a *Dorna* violava o artigo 49 da CE, que versa sobre liberdade dos serviços.

Em primeira instância, entendeu a justiça inglesa como improcedente o pedido, mas essa decisão foi posteriormente reformada pela Corte de Justiça

³³² VAN GERVEN, W., *Harmonization of Private Law: Do We Need It?*, p. 523-524.

³³³ *Ibid.*, p. 525-526.

³³⁴ Caso C-318/00.

Européia, pois segundo esta última não restou comprovado que a transmissão de uma partida de futebol na Inglaterra com este tipo de publicidade, perante o conteúdo das diretivas comunitárias, configuraria violação à lei francesa.

Um outro caso também relacionado à publicidade tabagista que foi de grande repercussão na comunidade jurídica européia foi o *Alemanha Vs. Parlamento e Conselho*³³⁵, mais conhecido como “*Tobacco Advertising*” case. Neste julgado, a Corte de Justiça Européia anulou a Diretiva que tratava sobre publicidade tabagista (Diretiva 98/43), por ser considerada como uma medida inválida de harmonização do Direito Privado. Esta diretiva impunha uma harmonização na matéria de publicidade tabagista através de sua quase total supressão, sendo admitida apenas em alguns casos excepcionais. A CJE acatou a argumentação do governo alemão de que a diretiva versava mais sobre questões de saúde pública do que elementos essenciais para a constituição de um mercado europeu, sendo o instrumento “diretiva comunitária” impróprio para vinculação de tal conteúdo³³⁶.

Estas relações, características de Direito Comparado, acabam por indicar uma construção internacionalizada dos direitos nacionais. Esta forma de construção desempenha a importante função de reduzir as diferenças entre o positivismo doméstico e a *Lex mercatoria*³³⁷. Um país que representa muito bem esta construção é a Holanda, a qual utilizou na preparação de seu novo Código Civil algumas disposições dos Princípios Unidroit. Diante desta origem, por conta da arbitragem desenvolvida junto a CCI sob o n. 8486 de 1996, envolvendo uma parte holandesa e outra turca, o árbitro único designado interpretou as disposições do referido Código Civil holandês sobre força maior sob a luz dos UPICC.

Sob este caso, comenta Klaus Peter Berger que este entendimento se restringe apenas a algumas doutrinas nacionais, pois a existência de dispositivos como os PECL e os UPICC enquanto *soft law*, são insuficientes para a reiteração de decisões como esta³³⁸. Somente a difusão cada vez maior do uso destes

³³⁵ Caso C-376/98.

³³⁶ WEATHERILL, S., *The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis*, p. 503-505.

³³⁷ BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 191.

³³⁸ Id., *The Principles of European Contract Law and the concept of “Creeping Codification” of law*, p. 31-32,

restatements, tanto perante juristas acadêmicos como aqueles militantes, formará em todo o continente uma cultura verdadeiramente internacionalista do Direito³³⁹.

Construção semelhante pode ser feita dentro do Direito alemão. As normas provenientes das Disposições Contratuais Gerais (*AGB-Gesetz*) bem como os dispositivos dos códigos civil e comercial alemão podem ser construídos também sob influência dos Princípios Contratuais Europeus, nas hipóteses das cláusulas gerais que envolvam, por exemplo, a aplicação da boa fé nos usos e práticas mercantis. Para Klaus Peter Berger, estas consolidações da *Lex mercatoria* estão despertando a atenção dentro da tradicional doutrina alemã para a utilidade destes instrumentos privados para a internacionalização do Direito, bem como para abrandar aquela idéia de que os direitos nacionais seriam uma restrição para a implementação do mercado comum³⁴⁰, devendo brevemente receber referências em comentários ao Código Civil alemão³⁴¹.

Ainda no Direito Privado alemão, a recepção das diretivas comunitárias não foi realizada mediante leis especiais, mas sim pela incorporação direta do seu conteúdo ao Código Civil, em especial a matéria consumerista, verificando-se uma europeização do BGB. Este processo acaba por simplificar e renovar o Direito Privado na Alemanha, o que pode ocorrer em qualquer país, ao mesmo tempo em que toda a sistematização característica do Direito Privado alemão foi passada para o Direito Contratual europeu recepcionado^{342 343}.

³³⁹ BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, p. 190: “For international arbitrators, the view advanced in Dutch legal doctrine is one of the utmost importance. It provides them with the necessary justification for the international construction of domestic law. Had they not received such support from the relevant domestic law, they would always run the risk of being accused of distorting the applicable law, acting no longer as ‘photographer’, but as ‘architect’, an approach which arbitrators, like domestic judges, are not allowed to take when applying and construing foreign law.”

³⁴⁰ Sobre os direitos privados nacionais como restrição ao mercado comum, ver BASEDOW, J., *A Common Contract Law for the Common Market*, p. 1173.

³⁴¹ BERGER, K. P., *The Principles of European Contract Law and the concept of “Creeping Codification” of law*, p. 32-33.

³⁴² MÖLLERS, T. M. J., *European Directives on Civil Law. The German Approach: Towards the Re-codification and the New Foundation of Civil Law Principles*, p. 781-787.

³⁴³ GRAZIANO, T. K., *Le future de la Codification du droit civil en Europe: harmonisation des anciens Codes ou création d’un nouveau Code ?*, p. 07, possui um entendimento diverso: « Les expériences récentes en la matière, notamment la réforme du droit des obligations dans le BGB allemand, n’offrent pas non plus de perspectives réjouissantes. Bien que la réforme allemande ait été initiée par une directive européenne et bien que les travaux préparatoires aient été largement inspirés par la Convention de Vienne, les Principes Unidroit, les Principes Lando et par les droits étrangers, le nouveau droit des obligations allemand est – selon Ole Lando – toujours trop compliqué pour pouvoir être compris par un étranger sans qu’il ne se lance dans une étude approfondie du droit allemand. En l’occurrence, le BGB n’est pas devenu plus clair ni plus accessible, ni le droit des obligations du BGB ‘euro-compatible’ ».

O processo de europeização do Direito Privado alemão não se restringe à recepção do conteúdo das diretivas, mas também de instrumentos privados, como os UPICC e os PECL. Dentre os inúmeros exemplos, pode-se citar o caso da criação da disciplina da impossibilidade de serviço, albergada no §275 do BGB, que teve como fonte de inspiração direta o artigo 9:102 dos Princípios Contratuais Europeus, que trata das obrigações não-pecuniárias³⁴⁴.

Esta absorção das consolidações por parte dos direitos nacionais se dá através da formação de um “novo Direito”, um ideal a ser alcançado, principiologicamente europeu, que vem em auxílio ao desenvolvimento dos sistemas jurídicos nacionais. Há que se destacar que não apenas o Direito Comunitário influencia os direitos nacionais, mas também estes últimos exercem considerável influência na elaboração destes dispositivos comunitários³⁴⁵. Considerando o caráter de *soft law* destes *restatements*, os ordenamentos jurídicos nacionais continuam a preservar seus valores concernentes a uma cultura jurídica local, sem que esta harmonização tenha um caráter eminentemente uniformizador. Por esta razão, é razoável e salutar que esta inserção das consolidações varie de país para país dentro da União Européia, até mesmo como uma forma de respeito à diversidade^{346 347}.

Um ramo do Direito que não se encontra albergado nos Princípios Unidroit, representante da “macro” *Lex mercatoria*, mas que detém lugar privilegiado na “micro” *Lex mercatoria* justamente em virtude deste intercâmbio existente entre as práticas comerciais e disposições nacionais e comunitárias é o Direito do Consumo. É exatamente nesta área das relações contratuais que a existência da *acquis communautaire* se encontra mais consolidada, onde a harmonização contratual européia teve o seu início³⁴⁸.

³⁴⁴ D'ALFONSO, G., *The European Judicial Harmonization of Contractual Law: Observations on the German Law Reform and 'Europeanisation' of the BGB*, p. 708.

³⁴⁵ VAN GERVEN, W., *A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?*, p. 493.

³⁴⁶ SMITS, J., *The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*, p. 576-577.

³⁴⁷ Id., *How to Take the Road Untravelled? European Private Law in the Making*, p. 34-35: “As the best of all European legal systems is supposedly laid down in these Principles – they have been characterised as ‘European *lex mercatoria*’- that inspiration could be drawn from these could indeed be important. It is most likely that if a national rule of contract law were to be interpreted in a ‘European’ way, the Principles could lead the way in doing so.”

³⁴⁸ STAUDENMAYER, D., *The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law*, p. 279-280.

Como exemplo desta relação envolvendo a *Lex mercatoria* consolidada e diretivas comunitárias, merece destaque o artigo 4:110 do PECL, que versa sobre cláusulas abusivas. Segundo os próprios comentários que seguem os princípios³⁴⁹, o seu objetivo é aumentar o campo de aplicação da Diretiva 93/13, que trata das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, com a ressalva de não ser apenas utilizável no caso de consumidores. Como diferença, pode-se apontar o fato de a citada Diretiva elencar quais são as hipóteses de cláusulas abusivas, enquanto os PECL não adotam uma lista exaustiva destas cláusulas, em que pese faça referência à lista consignada dentro da Diretiva.

Consoante aos propósitos dos Princípios Contratuais Europeus, Walter Van Gerven, ao comentar a “invasão” que o Direito Comunitário procede em relação aos direitos nacionais, afirma que é uma das funções, tanto das legislações nacionais posteriores quanto de seus tribunais locais, ampliar o grau de proteção oferecido pelas diretivas às partes³⁵⁰.

Uma outra diretiva que pode trabalhar sob esse mesmo raciocínio é a Diretiva Comunitária 2000/31, que regula o comércio eletrônico. Embora esta diretiva não faça qualquer menção aos Princípios Contratuais Europeus em suas disposições, estes podem ser utilizados na implementação prática da mesma por ser aplicável ao Direito do Consumo e por prever formas de contratação eletrônica, como também pelo fato de possuir uma abordagem sobre formação de contratos extensa e muito qualificada, sendo estas regras compatíveis com a maioria dos países-membros da União Européia. Função semelhante pode ser desempenhada pela Lei modelo da Uncitral sobre comércio eletrônico³⁵¹.

Dentro deste sistema comunitário, pode-se afirmar que uma norma envolvendo contratos nunca será uma norma plenamente acabada, pois por mais que uma dada diretiva seja plenamente incorporada aos sistemas jurídicos dos países-membros, atinja-se ao aludido Quadro Comum de Referência, sempre a norma contratual estará sob construção. O meio no qual esse sistema de Direito Privado está inserido, no caso a micro *Lex mercatoria*, demanda que este instrumento seja dotado de uma dinamicidade tal que acompanhe a evolução de um mercado comum e de formas jurisdicionais (arbitral, estatal e comunitária)

³⁴⁹ LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 266.

³⁵⁰ VAN GERVEN, W., *A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?*, p. 492.

³⁵¹ RAMBERG, C. H., *The E-Commerce Directive and Formation of Contract in a Comparative Perspective*, p. 03-04.

aptas a trabalhar com esta nova lógica de contrato, atualizando seus dispositivos mediante sua atividade jurisprudencial.

5 Âmbitos da consolidação

5.1 Introdução

Conforme já salientado anteriormente, a consolidação da *Lex mercatoria* é um fenômeno com um desenvolvimento até mesmo uniforme, mas que apresenta uma importante diferença, justamente residindo nos âmbitos da consolidação. Esta divisão decorre da natureza dos dois mais importantes grupos de princípios resultados da consolidação da *Lex mercatoria*, que são os Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais (UPICC) e os Princípios Contratuais Europeus (PECL).

Por serem fruto de um mesmo fenômeno e muitos dos redatores foram participantes de ambos os projetos, o que os distingue e evita possíveis conflitos é o campo de atuação de cada um. Enquanto os Princípios Unidroit tem sua aplicação destinada ao comércio internacional de forma geral, refletindo a “macro” *Lex mercatoria*, os Princípios Contratuais Europeus tem o seu campo de aplicação bem mais restrito que os UPICC, bem como confere um tratamento bem mais específico. Tem sua aplicação reservada ao continente europeu, mais especificamente aos países membros da União Européia, sendo um exemplo da idéia alinhavada anos atrás por Ole Lando sobre a “micro” *Lex mercatoria*³⁵².

³⁵² Uma outra distinção salientada por BONELL, M. J., *An International Restatement of Contract Law*, p. 94 é o fato dos Princípios Unidroit se destinarem somente a contratos “comerciais” e “internacionais”, enquanto os Princípios Contratuais Europeus são destinados a todos os contratos de uma forma geral, obviamente desde estes estejam situados dentro da União Européia.

Desta forma, se mostra conveniente abordar o fenômeno das consolidações da *Lex mercatoria* em duas partes, trabalhando primeiro o seu âmbito internacional, que corresponde aos Princípios Unidroit, e posteriormente no âmbito regional, que tem como seu exemplo mais valoroso e conhecido os Princípios Contratuais Europeus.

5.1.1

Âmbito internacional – Princípios Unidroit

Antes de iniciar a abordagem dos Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais, é necessário fazer uma pequena nota histórica sobre a Unidroit. A Unidroit (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) é uma organização intergovernamental independente, criado em 1926 como um órgão auxiliar da Liga das Nações, sendo retomado em 1940 em virtude de um acordo multilateral, que teve como fulcro estudar e aprimorar os métodos para modernização e harmonização do Direito Privado em todo o mundo.

Segundo os ditames do seu estatuto, apenas Estados podem ser membros da Unidroit. Atualmente, conta com 59 países-membros, representando os cinco continentes e as mais diversas culturas. A manutenção do Instituto é obtida através de contribuições anuais de seus membros, e tem sua estrutura organizacional fundada em três setores: Secretariado, Conselho de Governo e Assembléia Geral. Tem como suas línguas oficiais o inglês, francês, alemão, italiano e o espanhol³⁵³.

³⁵³ Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>, acesso em 07 dez. 2005.

Abordando especificamente os UPICC, o início de sua discussão remonta ao ano de 1971 quando o Conselho de Direção decidiu introduzir a questão dos contratos comerciais internacionais no Programa de Trabalho do Instituto, nomeando uma comissão formada por René David, Clive Schmitthoff e Tudor Popescu para verificar a viabilidade da proposição.

Em 1980, um grupo de trabalho³⁵⁴ foi constituído para já iniciar a redação dos Princípios Unidroit, reunindo representantes dos principais sistemas jurídicos do mundo, sendo estes nomes de grande vulto nos meios acadêmicos e de notável saber jurídico. Os trabalhos desta comissão se encerraram em 1994 com a publicação da primeira edição dos Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais. Este trabalho continha um total de 120 artigos, com capítulos versando sobre disposições gerais, formação, validade, interpretação, conteúdo, adimplemento e inadimplemento

A partir de então, a Unidroit entendeu conveniente monitorar como esses princípios seriam utilizados, através do envio de questionários àqueles que estavam envolvidos com as matérias e objetivos versados pelos princípios, ou de verificar como tal trabalho jurídico fora recebido nos meios acadêmicos, para descobrir de que forma futuramente este corpo de regras e princípios poderia ser aprimorado³⁵⁵.

Todas estas checagens apontavam o imenso sucesso que esta primeira edição dos UPICC havia obtido, levando a Unidroit, ao final de 1997, criar um novo grupo de trabalho³⁵⁶ visando a produção de uma segunda edição de Princípios Unidroit ainda mais aprimorada, buscando em suas disposições

³⁵⁴ Esse grupo de trabalho que acabou por produzir a primeira edição dos Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais, do ano de 1994, era composto pelos seguintes juristas: Massimo Bianca (Itália), Michael Joachim Bonell (Itália), Patrick Brazil (Austrália), Paul-André Crepeau (Canadá), Samuel K. Date-Bah (Gana), Adolfo Di Majo (Itália), Ulrich Drobnig (Alemanha), Allan Farnsworth (Estados Unidos), Marcel Fontaine (Bélgica), Michael P. Furmston (Reino Unido), Alejandro Garro (Argentina), Arthur S. Hartkamp (Holanda), Hisakazu Hirose (Japão), Huang Danhan (China), Alexander S. Komarov (Rússia), Ole Lando (Dinamarca), Dietrich Maskow (Alemanha), Jerzy Rajska (Polônia), Denis Tallon (França), Tony Wade (Holanda) e Wang Zhenpu (China).

³⁵⁵ Para um maior detalhamento sobre estes dados, ver BONELL, M. J., *The Unidroit Principles in practice – The experience of the first two years*, p. 34-45.

³⁵⁶ O grupo de trabalho responsável pela elaboração da segunda edição dos Princípios Unidroit era formado pelos seguintes juristas: Luiz Olavo Baptista (Brasil), Michael Joachim Bonell (Itália), Paul-André Crepeau (Canadá), Samuel K. Date-Bah (Gana), Adolfo Di Majo (Itália), Aktham El Kholi (Egito), Allan Farnsworth (Estados Unidos), Paul Finn (Austrália), Marcel Fontaine (Bélgica), Michael P. Furmston (Reino Unido), Arthur S. Hartkamp (Holanda), Huang Danhan (China), Camille Jauffret-Spinozi (França), Alexander S. Komarov (Rússia), Ole Lando (Dinamarca), Peter Schlechtriem (Alemanha), Takashi Uchida (Japão).

representar de uma forma ainda melhor os mais diversos sistemas jurídicos dos cinco continentes.

O método de trabalho adotado para esta nova edição era muito semelhante ao da primeira, em que para cada capítulo um redator era designado para a preparação de um *paper* sobre a matéria que seria posteriormente submetido ao demais integrantes do grupo, que decidiria sobre a estruturação do capítulo. Era este redator também encarregado de estruturar o conteúdo no formato “*black-letter-rules*”, com os seus respectivos comentários³⁵⁷.

A segunda edição dos Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais foi aprovada e lançada em 2004, que além de revisar aquilo elaborado dez anos antes, trazia acréscimos em número de artigos e matérias abordadas. O número de artigos aumentou de 120 para 185 e o de capítulos de 7 para 10. Além de adições às matérias já trabalhadas anteriormente, os novos capítulos tratam de compensação, cessão de direitos, transferência de obrigações, cessão de contratos e prescrição.

De uma maneira geral, a grande vantagem advinda com estes princípios é oferecer uma regulação específica para os contratos internacionais, desprovida de influências estatais, elaboradas por *experts* na matéria e principalmente, se adequem a uma perspectiva de Direito Comparado mais condizente com os dias atuais. Esta consolidação da *Lex mercatoria* atende a estes requisitos e se apresenta como uma evolução em relação às tentativas clássicas de harmonização do Direito Privado, como convenções internacionais ou a elaboração de leis uniformes.

Em relação aos instrumentos legislativos do comércio internacional tidos como clássicos, vide Convenção de compra e venda internacional de mercadorias de Viena (1980), os Princípios Unidroit representam uma abordagem totalmente diferenciada na matéria. Aliás, no cenário internacional, coexistem em uma relação de complementaridade. Como primeira diferença, apresentada por todas as consolidações da *Lex mercatoria* de uma forma geral, estas consolidações não se restringem a um aspecto do comércio internacional, mas pretende oferecer regras gerais para os contratos no comércio internacional.

³⁵⁷ BONELL, M. J., *UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of Principles of International Commercial Contracts adopted by International Institute for the Unification of Private Law*, p. 05-40.

Por inexistir qualquer poder semelhante ao legislativo no seu processo de elaboração, não busca simplesmente uniformizar os direitos nacionais através de uma legislação especial, mas sim oferecer meios para reorganização do comércio internacional. Isto sem falar na diferença principal, que é o seu carácter facultativo por ser um regulamento jurídico privado, o que já foi discutido anteriormente³⁵⁸.

5.1.2

Âmbito regional – Princípios Contratuais Europeus

A ideia de se criar os Princípios Contratuais Europeus surgiu em congressos realizados durante a década de 70, que tratavam acerca da lei aplicável às obrigações contratuais e não-contratuais e sobre as perspectivas de um direito comum para a Europa, nos quais se verificou que a solução ideal seria a criação de um código que versasse sobre estas matérias. O primeiro passo para que esse objetivo fosse alcançado seria iniciar a preparação de um corpo de princípios específicos para o Direito Contratual europeu, através de um trabalho conjunto de diversos juristas provenientes dos países membros da Comunidade Européia³⁵⁹.

Em 1980, sob a liderança do professor dinamarquês Ole Lando, uma primeira comissão³⁶⁰ foi constituída, realizando um encontro no referido ano e

³⁵⁸ BONELL, M. J., *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law*, p. 341-342.

³⁵⁹ LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. xi.

³⁶⁰ A primeira comissão formada para a elaboração dos Princípios Contratuais Europeus era constituída pelos seguintes juristas: Hugh Beale (Reino Unido), Alberto Bercovitz (Espanha), Brigitte Berlioz-Houin (França), Massimo Bianca (Itália), Michael Joachim Bonell (Itália), Isabel de Magalhães Colaço (Portugal), Ulrich Drobnig (Alemanha), André Elvinger (Luxemburgo),

outra em 1981 para que se estabelecessem os parâmetros para desenvolvimento dos trabalhos futuros. Já na terceira reunião realizada, sediada em Hamburgo, em novembro de 1982, a discussão acerca dos princípios foi iniciada, estendendo a discussão por mais onze encontros realizados entre os anos de 1983 e 1990³⁶¹.

De 1992 à 1996 uma segunda comissão³⁶² foi composta, formada por juristas acadêmicos, sendo muito deles com larga experiência profissional, e que desenvolveu seu trabalho ao longo de seis encontros, a qual teve como desfecho a finalização das Partes I e II dos Princípios Contratuais Europeus.

A primeira parte dos referidos princípios, que foi elaborado especificamente pela primeira comissão, aborda as questões relativas ao adimplemento contratual, inadimplemento contratual e medidas na ocorrência deste inadimplemento. Já a segunda parte versa sobre as regras atinentes à formação do contrato, autoridade de agentes, validade contratual, interpretação, conteúdo e efeitos. Ambas as comissões trabalhavam sob a sistemática de eleição de um relator para cada encontro, sendo este responsável pela redação dos artigos, comentários e notas. Cada relator expunha seu trabalho aos demais membros de seu subgrupo de trabalho, para posteriormente ser submetido à apreciação da Comissão, que detinha o poder de aprová-lo, modificá-lo ou devolvê-lo para o respectivo subgrupo para a realização de modificações. Cada reunião dispunha de um grupo editor (“*Editing Group*”) que era responsável por padronizar a terminologia e demais disposições do texto. Os comentários e notas dos artigos, que contêm uma síntese das disposições jurídicas correspondentes dos Estados-membros, foram redigidos pelos relatores com base nos trabalhos dos subgrupos e nas informações trazidas por cada um dos membros³⁶³.

Dimitri Evrigenis (Grécia), Roy Goode (Reino Unido), Guy Horsmans (Bélgica), Roger Houin (França), Konstantinos Kerameus (Grécia), Ole Lando (Dinamarca), Bryan McMahon (Irlanda), Georges Rouhette (França), Denis Tallon (França), J.A. Wade (Holanda), Frans J.A. van der Velden (Holanda), William A. Wilson (Reino Unido).

³⁶¹ LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. xi-xii.

³⁶² A segunda comissão para a redação dos Princípios Contratuais Europeus contou com a participação dos seguintes membros: Christian von Bar (Alemanha), Hugh Beale (Reino Unido), Michael Joachim Bonell (Itália), Michael Bridge (Reino Unido), Carlo Castronovo (Itália), Isabel de Magalhães Colaço (Portugal), Ulrich Drobnig (Alemanha), Marc Elvinger (Luxemburgo), Arthur Hartkamp (Holanda), Ewoud Hondius (Holanda), Guy Horsmans (Bélgica), Konstantinos Kerameus (Grécia), Ole Lando (Dinamarca), Bryan McMahon (Irlanda), Hector MacQueen (Reino Unido), Willibald Posch (Áustria), Jan Ramberg (Suécia), Georges Rouhette (França), Pablo Salvador Coderch (Espanha), Matthias E. Storme (Bélgica), Denis Tallon (França), Thomas Wilhelmsson (Finlândia).

³⁶³ LANDO, O; BEALE, H., *op. cit.*, p. xii-xiv.

Em 1997, iniciou-se a preparação da terceira e última parte dos Princípios Contratuais Europeus³⁶⁴. Esta derradeira etapa de redação se distribuiu por cinco encontros, finalizando em 2001. Esta Parte III versa sobre pluralidade de partes, cessão de direitos, substituição do devedor e transferência do contrato, compensação, prescrição, ilegalidades, condições e capitalização de interesses. No total, os Princípios Contratuais Europeus são divididos em três partes, totalizando 201 artigos, sendo 59 na Parte I, 73 na Parte II e 69 na Parte III³⁶⁵.

Como bem relembra Martijn Hesselink, ninguém requisitou a Ole Lando que formasse uma comissão com o fim de redigir os Princípios Contratuais Europeus³⁶⁶. A iniciativa de se formular este corpo de princípios esteve totalmente destituída de qualquer incentivo ou chancela governamental ou comunitária, desenvolvendo este trabalho ao longo de duas décadas de forma independente³⁶⁷.

As três comissões, conforme já dito anteriormente, eram compostas essencialmente de professores universitários oriundos de países integrantes da União Européia, muitos deles juristas militantes e todos eles de grande renome internacional. Em que pese a indiscutível capacidade de todos os participantes, não se sabe ao certo qual foi o critério de seleção para estes serem admitidos nesta comissão. Acertadamente pondera Martijn Hesselink que o fato de estes membros não terem sido escolhidos democraticamente não se constitui exatamente em um problema, pois se trata de um trabalho acadêmico privado, sem qualquer vinculação estatal³⁶⁸.

Segundo Ole Lando e Hugh Beale, o que motivou a confecção dos Princípios Contratuais Europeus foi a necessidade imposta pela infra-estrutura da União Européia de que, pelo menos dentro da matéria contratual, houvesse uma

³⁶⁴ Os membros da terceira comissão dos Princípios Contratuais Europeus são: Carlos Ferreira de Almeida (Portugal), Christian von Bar (Alemanha), Hugh Beale (Reino Unido), Michael Joachim Bonell (Itália), Michael Bridge (Reino Unido), Carlo Castronovo (Itália), Eric Clive (Reino Unido), Ulrich Drobnig (Alemanha), Marc Elvinger (Luxemburgo), Roy Goode (Reino Unido), Arthur Hartkamp (Holanda), Ewoud Hondius (Holanda), Konstantinos Kerameus (Grécia), Ole Lando (Dinamarca), Hector MacQueen (Reino Unido), Fernando Martinez Sanz (Espanha), Bryan McMahon (Irlanda), Willibald Posch (Áustria), André Prüm (Luxemburgo), Jan Ramberg (Suécia), Matthias E. Storme (Bélgica), Denis Tallon (França), Thomas Wilhelmsson (Suécia), Claude Witz (Alemanha) e Reinhard Zimmermann (Alemanha).

³⁶⁵ LANDO, O. et al., *Principles of European Contract Law – Part III*, p. ix-xi.

³⁶⁶ HESSELINK, M. W., *The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission*, p. 14.

³⁶⁷ Em que pese a afirmação de Hesselink, ZIMMERMANN, R., *Comparative Foundations of European Law of Set-off and Prescription*, p. 04, o contradiz pontuando nos seguintes termos: “It came into being as a result of a private initiative but its work has been financially supported, for many years, by the Commission of the European Communities”.

³⁶⁸ HESSELINK, M. W., op. cit., p. 15.

maior uniformidade no continente europeu³⁶⁹. Com esta maior uniformidade, pelo menos cinco benefícios seriam auferidos: facilitação do comércio inter-fronteiras na Europa; fortalecimento do mercado comum europeu; criação de uma infra-estrutura para a produção de um Direito Contratual Comunitário; fornecimento de linhas-mestras (“*guidelines*”) de trabalho tanto para os tribunais nacionais quanto legisladores e; construção de uma “ponte” entre a *civil law* e a *common law*.

A facilitação do comércio dentro do território europeu se dá a partir do momento em que se oferece à comunidade mercante européia um corpo de regras único para reger suas relações comerciais, independentemente das disposições a respeito dos países que estejam envolvidos nesta relação. Quanto ao fortalecimento do mercado comum, quanto mais harmonizados sejam os ordenamentos jurídicos, maiores serão as chances desse mercado obter êxito.

A criação de uma infra-estrutura para o desenvolvimento de um Direito Contratual Comunitário se faz necessária porque, em que pese a União Européia já ter editado inúmeras diretivas que abordam a questão dos contratos, inexistente uma sustentação comum, uma referência entre elas. Além das diferenças terminológicas, ainda é muito grande as disparidades de tratamento da disciplina contratual entre os países-membros. Esta função pode ser exercida pelos Princípios Contratuais Europeus.

Como consequência direta deste último benefício, representam os PECL verdadeiras linhas mestras na orientação do trabalho das cortes nacionais e comunitárias e também na edição de novos dispositivos legislativos concernentes à matéria contratual. Formar-se-ia desta maneira, progressivamente, o “*common core*” do direito contratual europeu.

Formando-se este “*common core*”, acaba por reduzir as disparidades existentes entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, diferenças estas que são historicamente o maior empecilho para a obtenção de uma unificação em qualquer seara jurídica na Europa. Fazendo uso desses princípios, poder-se-á estabelecer uma “ponte” entre os dois sistemas buscando uma conciliação entre estas filosofias jurídicas distintas.

Um fator que confere maior aplicabilidade aos Princípios Contratuais Europeus é o fato de conter disposições gerais que podem ser acondicionadas em

³⁶⁹ LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. xxi-xxiii.

quase todas as relações contratuais celebradas dentro da União Européia. Enquanto os Princípios Unidroit se restringem aos contratos comerciais internacionais, os PECL são também aplicáveis, por exemplo, às relações de consumo.

Uma outra vantagem dos Princípios Contratuais Europeus é o fato de eles já poderem ser utilizados imediatamente pelo comércio europeu, bastando que as partes façam referência a ela como fundo para reger o litígio ou ainda como complemento à aplicação de um direito nacional ou uma convenção internacional, como a de Viena de 1980³⁷⁰.

5.2

Estrutura das consolidações

A partir desse momento, passarão a ser objeto de análise as principais disposições tanto dos Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais, edição 2004, como as dos Princípios Contratuais Europeus, partes I, II e III, elencando como setores mais relevantes a serem trabalhados os seus objetivos, disposições gerais, formação, validade, interpretação, conteúdo, adimplemento, inadimplemento, cessão de direitos e transferência de contratos, compensação, prescrição e demais aspectos contratuais.

Em que pese muitas de suas diferenças já tenham sido realçadas em páginas passadas, o que efetivamente chama a atenção dentro desses dois corpos

³⁷⁰ BLASE, F., *Leaving the Shadow for the Test of Practice – On the Future of the Principles of European Contract Law*, p. 06.

de regras e princípios é a grande harmonia entre a suas disposições para cada um desses aspectos contratuais, tanto que demonstrar-se-á possível trabalhar os dois grupos sob um mesmo item.

A razão mais fácil de ser apontada para esta harmonia encontrada seria o fato de que muitos dos juristas que participaram da elaboração do UPICC, tanto em 1994 quanto em 2004, participaram também do processo de elaboração dos PECL.

Porém, o que realmente explica esta coerência entre os Princípios Unidroit e Princípios Lando é o fato de que ambos são manifestações de um mesmo fenômeno, logo, guardam a mesma origem. Tanto um quanto outro são consolidações da *Lex mercatoria*, portanto, é de se esperar que na esmagadora maioria de seus dispositivos haja uma linha comum a ser seguida.

Realizando esta abordagem conjunta, é possível verificar também que as grandes diferenciações existentes entre ambos decorrem de seu âmbito de cobertura (comércio internacional e União Européia), havendo a necessidade de respeitar parâmetros diferentes, como é o caso de diretivas comunitárias, que acaba por produzir disposições especiais para certos tipos contratuais³⁷¹. Essas similitudes e diferenças serão explanadas a partir desse momento.

5.2.1

Objetivos

³⁷¹ BONELL, M. J., *An International Restatement of Contract Law*, p. 94.

Como já comentado anteriormente, tanto os Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais quanto os Princípios Contratuais Europeus trazem em suas primeiras disposições quais são os objetivos de todas as suas preposições. Por serem desprovidos de poder de coerção tanto em âmbito nacional, supranacional ou internacional, buscam ambos demonstrar quais são as utilidades para a comunidade jurídica internacional em se trabalhar a disciplina contratual sob este novo formato que são os *restatements*. Dentro dos UPICC estes objetivos estão consignados dentro do seu preâmbulo, enquanto nos PECL estão presentes no artigo 1:101.

O primeiro objetivo alinhavado nas duas consolidações da *Lex mercatoria* é de se oferecer regras gerais para o Direito Contratual, mas com uma diferenciação no campo de abrangência. Enquanto os Princípios Unidroit se destinam aos contratos comerciais internacionais, os Princípios Contratuais Europeus se destinam às relações contratuais dentro da União Européia.

Os Princípios Lando se restringem à realidade européia por terem resultado de um esforço comparatista que tomou como base as necessidades da União Européia e dos sistemas jurídicos de seus Estados-membros, tendo em mente a constituição de um mercado comum e as funções desempenhadas pela Corte de Justiça Européia³⁷².

Já para os Princípios Unidroit exalta-se o caráter de internacionalidade e mercantilidade como elementos preponderantes no contrato que pretende regular, buscando-se estabelecer um termo ideal entre as disposições internacionais e nacionais na matéria dos contratos internacionais. Quanto à mercantilidade, é razão primeira desta especificação é excluir do seu âmbito de cobertura os contratos que envolvam o Direito do Consumo. Note-se que não há qualquer impedimento nas disposições do UPICC que estes sejam utilizados em relações contratuais internas, devendo apenas verificar se não há impedimento para tal utilização nas leis de polícia do referido país³⁷³.

O segundo propósito, também comum aos dois corpos de regras e princípios, é o atinente à aplicação prática na regulamentação de um contrato. Para que isto se torne possível, se faz necessário que as partes escolham de forma

³⁷² LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 95

³⁷³ UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, p. 01-02.

explícita³⁷⁴ que este é o parâmetro legal para a resolução de seu litígio³⁷⁵. Esta modalidade de manifestação expressa da vontade foi elaborada especialmente para o comércio internacional, para que sua aplicação seja concretizada pela via arbitral.

A terceira aplicação para estes *restatements*, que na realidade compreende duas, ocorre quando as partes não escolhem explicitamente os mesmos, mas a utilização de termos como “princípios gerais do Direito”, “usos e costumes do comércio internacional”, “*Lex mercatoria*” ou mesmo a inexistência de qualquer designação semelhante acabam por resultar na aplicação indireta dos mesmos. Nestas situações, tribunais como a CJE e árbitros acabam por constatar que a regulamentação mais adequada segundo os termos de resolução do litígio seria a aplicação destes conjuntos de princípios.

A quarta destinação das consolidações da *Lex mercatoria*, já mencionada anteriormente, é a de interpretar ou suplementar a aplicação de direitos nacionais. Esta função, que dentre todas foi a mais comentada ao longo desse trabalho, é a que representa um maior avanço para a ciência jurídica de uma forma geral. Assim, estes princípios desempenham função semelhante àquela desempenhada pela *Lex mercatoria* classicamente conhecida, pois exercendo esta função supletiva em casos cada vez maiores, possibilita que gradativamente haja uma convergência entre os sistemas jurídicos de Direito Privado, pois ao menos na matéria contratual muitos dispositivos da prática contratual restarão harmonizados ou até mesmo, dependendo da especificidade do aspecto abordado, unificado.

A quinta e última aplicação dos *restatements* encontra a mesma fonte que a quarta, que é a de servir como modelo para legisladores em âmbito nacional e internacional. Da mesma forma que estes princípios podem ser utilizados como um cânone interpretativo para certas disposições contratuais e também oferecer uma alternativa de regulação para um sistema jurídico que nenhuma disposição

³⁷⁴ Neste sentido, os Princípios Unidroit 2004 recomendam que as partes que desejem ver seu contrato regido pelos UPICC adotem a seguinte disposição: “*This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2004) [except as to Articles...]*”.

³⁷⁵ Nos comentários aos PECL, em LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 96, acena-se para duas possibilidades de utilização dos Princípios: a primeira, fazendo uso a uma expressão semelhante à “*This contract incorporates the Principles of European Contract Law*”, em que os PECL são incorporados ao contrato mas continuam regidos pelo Direito designado pela regra de conflito apropriada e; a segunda, usando a expressão “*This contract is subject to the Principles of European Contract Law*”, pela qual a relação será regida pelos PECL, competindo supletivamente ao Direito aplicável regular as questões não abordadas pelos Princípios.

possui sobre dada matéria contratual, pode ser fonte de inspiração para os Poderes Legislativos. Aliás, função esta que já restou demonstrada anteriormente neste trabalho, tem seus méritos por viabilizar uma incessante evolução dos ordenamentos jurídicos no trato de questões do comércio internacional como também confere um caráter mais transnacional para estes, o inserindo dentro desta idéia de harmonização do Direito Privado.

5.2.2

Disposições gerais

Igualmente aos propósitos das consolidações da *Lex mercatoria*, ao trabalharmos com as disposições gerais dos Princípios Unidroit para contratos comerciais internacionais e dos Princípios Contratuais Europeus verificamos a referida harmonia em suas disposições.

O primeiro item constante das disposições gerais é a liberdade contratual, consignada no artigo 1.1 dos UPICC e no artigo 1:102 dos PECL. Por este princípio, as partes são livres para contratar e para determinar o seu conteúdo. Como complemento a estas disposições, consagra os Princípios Unidroit em seu artigo 1.2 a liberdade quanto a forma de redação do contrato e no artigo 1.3 trata da força vinculante dos contratos em relação às partes contratantes (*pacta sunt servanda*) como também os Princípios Lando no artigo 1:102 (2) explica que a liberdade para contratar tem o condão de afastar qualquer disposição dos Princípios que entende conveniente. Disposição semelhante nos UPICC pode ser encontrada no seu artigo 1.5.

A liberdade das partes conjugada com a liberdade de forma do contrato não apenas resgata princípios contratuais provenientes da modernidade, somados à definição de documento escrito³⁷⁶, mas torna estes corpos de princípios aptos a trabalharem com realidades contratuais novas, como é o caso dos contratos eletrônicos^{377 378}.

O princípio da *pacta sunt servanda* é a base de toda a teoria desenvolvida em torno da *Lex mercatoria*, é a pedra fundamental do comércio internacional e imprescindível para a constituição de um mercado comum. Obviamente, ambos os corpos de princípios fazem em seus comentários ressalvas à aplicação irrestrita deste princípio quando envolver autoridades ou órgãos estatais, em que o Estado impõe certas condições especiais em decorrência do interesse público que a questão desperta^{379 380}.

Interligada a esta questão do interesse público, surge o segundo elemento das disposições gerais que são as regras imperativas. Devem as disposições destas duas consolidações respeitarem e não restringirem de qualquer forma as leis dessa natureza constantes nos sistemas jurídicos nacionais, supranacionais ou internacionais. Este princípio decorre da própria natureza das consolidações, que são instrumentos normativos privados, sendo desprovidos do caráter imperativo que reveste as normas chanceladas pelo Estado³⁸¹.

Um outro aspecto relativo às disposições gerais que foi merecedora de especial atenção por parte dos Princípios Contratuais Europeus é a questão do consentimento, prevista em seu artigo 1:104. As questões relativas à existência e validade do acordo celebrado serão determinadas segundo estes Princípios, já quando envolver o consentimento aplicar-se-á a regra do país em que a parte tenha residência.

Quanto à interpretação e integração destes Princípios, os UPICC abordam esta questão em seu artigo 1.6 enquanto os PECL em seu artigo 1:106. Ambos

³⁷⁶ Art. 1.11 UPICC.

³⁷⁷ UCHIDA, T., *Unidroit Principles and Electronic Commerce*, p. 01.

³⁷⁸ Para um maior esclarecimento da relação dos Princípios Unidroit com os contratos eletrônicos, ver GAUTRAIS, V., *Les Principes d'Unidroit face au contrat électronique*, p. 481-517.

³⁷⁹ UNIDROIT, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, p. 07

³⁸⁰ LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 97

³⁸¹ *Ibid.*, p. 101, comentam que esta distinção entre regras imperativas e não-imperativas é algo típico da tradição jurídica civilista, porque esta diferenciação na *common law* se não é desconhecida pelo menos não recebe nenhuma designação em especial, mesmo porque que faria esta indicação seriam os tribunais e não a lei.

dispõem que devem ser interpretados segundo os seus objetivos, e se mesmo dentro de seus escopos uma questão não for expressamente referida por eles, devem estas ser tratadas segundo as idéias que norteiam os mesmos, garantindo uma uniformidade em sua aplicação.

Estas disposições pretendem determinar linhas mestras de interpretação aos contratos regidos por estes *restatements*, para que sua aplicação prática não possa entrar em conflito com os seus ideais de elaboração. Esses ideais são, por exemplo, a preservação do caráter internacional ou comunitário da relação contratual, seu aspecto harmonizador ou ainda, um relacionamento entre as partes sempre pautado pela boa fé e lealdade negocial^{382 383}. Uma outra disposição geral trazida pelos Princípios Contratuais Europeus em seu artigo 1:107, que trabalha na mesma seara que a disposição anterior, é aplicação destes via analogia.

Retornando à boa fé e à lealdade negocial, os Princípios Unidroit os reputam como disposições gerais do contrato. Em seu artigo 1.7, informam os UPICC que todos os atos e manifestações havidos por conta da relação contratual deverão ser irradiados por estes dois princípios, sendo vedadas qualquer forma de limitação a este dever. Devem estes refletir uma expectativa de comportamento perfeitamente aceito e desejado tanto no comércio internacional como em um mercado comum³⁸⁴.

Os Princípios Contratuais Europeus conferem o mesmo tratamento à boa fé e à lealdade negocial, porém os reportam no artigo 1:201 como “Deveres Gerais”, e não como disposições gerais³⁸⁵. Justamente esta expectativa de comportamento segundo estes ditames acabar por vedar a figura do “comportamento incoerente” de um dos contratantes, que seria agir contrariando a boa fé. Esta vedação é implícita nos PECL³⁸⁶, mas nos UPICC é uma disposição geral dos contratos específica, tratada em seu artigo 1.8.

Uma outra disposição geral a ser comentada são os usos e costumes, citados nos UPICC no artigo 1.9 e nos PECL no artigo 1:105. Os dois conjuntos de princípios têm exatamente a mesma redação constando que as partes ficam

³⁸² LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 108-109.

³⁸³ UNIDROIT. *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, p. 13-15.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 16-19.

³⁸⁵ LANDO, O; BEALE, H., *op. cit.*, p. 113-119.

³⁸⁶ Em que pese o comportamento incoerente esteja implícito nos artigo 1:201 dos Princípios Contratuais Europeus, em seus comentários, *Ibid.*, p. 114-115, a sua figura é explicitada e ilustrada.

vinculadas ao uso ou prática comercial³⁸⁷ com a qual tenham se comprometido ou tenham entre elas estabelecido, bem como devem respeitar aquele uso ou costume amplamente conhecido e difundido em uma dada categoria profissional, exceto quando perante o caso concreto não se demonstre lógico segui-lo.

Estes usos e costumes comerciais quando aplicáveis a um caso, afastam o uso do sistema jurídico e também dos referidos princípios, salvo se desrespeitarem leis imperativas de sua jurisdição, ou em âmbito comunitário, suas diretivas. Quanto aos demais usos e costumes que devem ser respeitos, este dispositivo se refere à todas aquelas práticas comerciais que acabam por constituir a *Lex mercatoria* de um dado ramo do comércio internacional ou comunitário³⁸⁸.

O artigo 1.11 dos Princípios Unidroit traz uma série de definições que serão úteis na aplicação destes princípios, como a de “tribunal”, “estabelecimento”, “devedor”, “credor” e “por escrito”. Já dentro dos PECL as suas disposições correspondentes estão albergadas em uma outra seção, denominada “Terminologia e outras disposições”, que define o que é “ato”, “tribunal”, “intencional”, “inexecução”, “material” e também o que é “escrito”.

Complementando esta parte de disposições gerais, os Princípios Unidroit versam em seu artigo 1.10 sobre notificação e no artigo 1.12 sobre as formas de se computar os prazos fixados pelas partes. Os Princípios Lando também trabalham estas questões, mas dentro da citada seção destinada às terminologias. Sobre notificação, inclusive, as disposições do artigo 1:303 são mais completas que aquelas dos UPICC, pois prevê a hipótese de revogação da notificação e ainda conferem uma maior elasticidade a este conceito em seu último item. No artigo 1:304, que trata da questão do cômputo dos prazos, acrescenta como é que estes devem ser trabalhados em documentos escritos sendo estes últimos datados ou não.

Dentro desses aspectos gerais, os PECL se mostram um pouco mais detalhistas que os UPICC. Em uma segunda seção, enumeram a boa fé, a lealdade negocial e o dever de colaboração entre as partes como sendo “deveres gerais”

³⁸⁷ Para efeitos de esclarecimento, LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 104, conceitua “uso” como: “a course of dealing or line of conduct which is and for a certain period of time has been generally adopted by those engaged in trade or in particular trade”. Já para “prática comercial” adota o seguinte conceito: “...a result of a sequence of previous conduct to a particular transaction or a particular kind of transaction between the parties”.

³⁸⁸ UNIDROIT. *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, p. 20-21.

dentro do contrato. Na terceira seção, além de versar sobre definições, notificações e cômputo de prazo, aborda temas como a razoabilidade e a imputação de conhecimento da participação de terceiros.

5.2.3

Formação

A formação do contrato é revista no capítulo 2 tanto dos Princípios Unidroit para contratos comerciais internacionais como nos Princípios Contratuais Europeus. Enquanto dentro dos PECL verifica-se uma inserção mais detalhada sobre a questão, a maneira de trabalho escolhida pelos UPICC se desenvolve como disposições mais sintéticas e diretas.

Os UPICC estabelecem os parâmetros para a formação do contrato em seu artigo 2.1.1, sendo para isto suficiente a aceitação de uma oferta ou ainda através da conduta das partes que demonstrem que tal acordo foi celebrado. Esta última condição alternativa vem ao encontro das necessidades demonstradas por contratos complexos do comércio internacional, em que as fases de negociações são muito longas e que às vezes fica difícil definir exatamente qual o momento da oferta e qual o momento da aceitação. Assim, estas preocupações pontuais com datas podem ser substituídas por atitudes que demonstrem que a vontade das partes era em prol do contrato³⁸⁹.

³⁸⁹ UNIDROIT. *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, p. 27.

Já os PECL dividem este momento em que o contrato é considerado concluso em três fases, mas que em termos práticos acabam por resultar nos mesmos efeitos que aqueles alinhavados pelos da Unidroit. Segundo o artigo 2:101, o contrato está concluído se as partes têm a pretensão de se vincularem juridicamente, que alcançaram um acordo, e que sua demonstração independe de forma e pode ser comprovada mediante todos os meios de prova. O artigo 2:102 acaba por corresponder à segunda parte do artigo 2.1.1 dos UPICC, consignando que a vontade de uma das partes está vinculada juridicamente à outra e que pode ser determinada por suas manifestações ou por sua conduta, se esta for razoavelmente compreensível pela outra parte. O artigo 2:103 trata de quando o acordo entre as partes é considerado como suficiente para se reputar ou não o contrato como concluído.

O detalhamento trazido no artigo 2:102 (1) (a) sobre a vinculação jurídica se deve ao fato de muitas ofertas desejarem constituir apenas uma vinculação moral entre as partes, como ocorre no caso das trocas das cartas de intenções³⁹⁰. A partir desta clara diferenciação entre oferta e carta de intenções eliminam-se diversos conflitos futuros que questionariam se um contrato foi ou não corretamente constituído. Sobre o acordo suficiente, esta referência se destina a certificar que os termos do contrato são determinados e se há um consenso sobre o objeto do mesmo.

Como diferencial ao disposto nos Princípios Unidroit, os Princípios Lando dedicam do artigo 2:104 ao 2:107 para as cláusulas que foram individualmente negociadas, para a cláusula de integralidade, as formas de modificação de um contrato escrito, que deve seguir esta mesma forma e que a promessa não aceita vincula seu autor.

O segundo elemento atinente à formação dos contratos é a oferta, trazida pelos Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais nos artigos 2.1.2 e seguintes, e nos Princípios Contratuais Europeus nos artigos 2:201 e seguintes. Os UPICC definem o que é oferta, as possibilidades de retratação e revogação (art. 2.1.2 e seguintes). Para a manifestação do outro contratante, existe uma disposição acerca da rejeição (artigo 2.1.5) e outras que tratam da aceitação, compreendendo o modo, prazo, aceitação tardia, desistência da aceitação,

³⁹⁰ LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 143.

aceitação modificada (artigo 2.1.6 à 2.1.12). Cláusulas que dentro dos PECL constavam nas condições gerais da formação do contrato, como cláusula de integração (art. 2.1.17), modificação de contrato por escrito (art. 2.1.18) integram os UPICC nesta seção destinada à oferta.

Os Princípios Contratuais Europeus também iniciam sua abordagem configurando aquilo que é a oferta, sua possibilidade de revogação, rejeição, aceitação, prazo para aceitação, momento para conclusão do contrato, aceitação tardia, aceitação modificada, incompatibilidade entre condições gerais, confirmação de oferta por um fornecedor e aplicação para contratos não concluídos mediante oferta e aceitação, todos compreendidos entre os artigos 2:201 e 2:211.

Dois dispositivos tratados nos UPICC dentro da seção da oferta, que são as negociações resultantes da má fé (2.1.15) e o dever de confidencialidade (2.1.16), recebem tratamento em apartado nos PECL, em uma seção intitulada “Responsabilidade por ocasião das negociações”.

Justamente sobre esse tema, Allan Farnsworth indaga se esta má fé se resumiria à falta de boa fé, ou ainda se a inexistência de lealdade negocial configuraria a má fé. Estas incertezas são causadas pelas mais diversas conotações que lhe são dadas, mesmo nos lugares ou culturas jurídicas onde são plenamente aceitas. Situações com esta são absolutamente normais, pois sua caracterização depende do caso concreto. Estas disposições são extremamente interessantes e inovadoras, pois são mais completas que a Convenção de Viena de 1980, exigindo boa fé e lealdade negocial não apenas no momento de cumprimento da obrigação, mas também desde a sua negociação. A questão da implementação da boa fé nos contratos internacionais se reveste de importância não apenas pelos resultados futuros que possa produzir, mas também por propiciar uma aproximação desde já entre os dois sistemas jurídicos predominantes no mundo (*common law* e *civil law*)³⁹¹.

A questão da representação, que nos Princípios Unidroit são tratados conjuntamente com a questão da oferta, constitui uma inovação da edição 2004 em relação à de 1994, e são mencionados nos Princípios Contratuais Europeus em um capítulo próprio, o Capítulo 3. Dentro dos UPICC, demonstra-se a

³⁹¹ FARNSWORTH. A. E., *Duties of good faith and fair dealing under the Unidroit principles, relevant international conventions, and national laws*, p. 50-63.

constituição e forma de alcance do instituto, partindo a partir de então para a diferenciação da representação aparente e oculta, atuação sem representação ou excessiva, responsabilidade do representante, conflito de interesses, sub-representação, ratificação e término da representação.

Já os PECL iniciam o artigo 3:102 com a diferenciação das formas de representação, seguindo com a representação direta e com poderes expressos, implícitos e aparentes, o exercício da representação por parte do agente e seu exercício sem ou além dos poderes conferidos a eles, conflitos de interesses, substituição e ratificação da representação, duração da representação e participação de terceiros, bem como disposições sobre representações indiretas³⁹².

5.2.4

Validade

Iniciando a abordagem acerca da validade do contrato segundo os Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais e os Princípios Contratuais Europeus, ambos começam seus capítulos sobre o tema advertindo que não estão compreendidos os casos de invalidade do contrato decorrentes de ilicitude, imoralidade ou incapacidade de uma das partes³⁹³, constando expressamente nos UPICC que basta um mero acordo entre as partes para que

³⁹² Para um aprofundamento a respeito da representação, ver BUSCH, D., *Indirect Representation and the Lando Principles. An Analysis of Some Problem Areas From the Perspective of English Law*, p. 319-348.

³⁹³ Art. 3.1 UPICC e art. 4:101 PECL.

contrato seja tido como concluído, modificado ou extinto, sem qualquer outro requisito especial³⁹⁴.

Ao analisar o artigo 3.2 UPICC, James Gordley ressalta que as disposições do referido artigo demonstram que muito pouco ou nada da doutrina norte-americana, entenda-se *common law*, foi utilizado para estabelecer os requisitos de validade do contrato dentro dos Princípios Unidroit. Como principais exemplos, aponta a *promissory reliance* e a doutrina da *consideration*, que é o instrumento anglo-saxão utilizado em contratos com o fim de garantir uma certa razoabilidade e justiça na relação contratual³⁹⁵. Função esta que é desempenhada no direito continental e nas duas consolidações da *Lex mercatoria* pela boa fé e pela lealdade negocial.

Há que se ressaltar também que o mero fato de ao momento da conclusão do contrato a sua execução tornou-se impossível não implica na invalidade do contrato, como também é indiferente se ao momento da celebração do contrato uma das partes não dispunha de bens relativos ao contrato³⁹⁶. Na seqüência, ambas as consolidações prevêm as modalidades de erro que não implicariam na invalidade do contrato, bem como aquilo que implicaria em invalidade total e que, portanto, ganharia o status de erro fundamental ou relevante³⁹⁷.

Na seqüência, ambos os princípios abordam a inexatidão de comunicações entres as partes, ficando aquela que foi a autora responsável por possíveis erros cometidos³⁹⁸. Contam também com medidas na hipótese de inexecução pela parte contrária³⁹⁹, bem como disposições que possibilitam a anulação do contrato nas hipóteses em que a celebração estava eivada de fraude, ou qualquer outra manobra que podem compreender a distorção ou omissão de informações relevantes para a relação contratual ou qualquer outro ato ou prática que violem a boa fé a lealdade negocial⁴⁰⁰.

Na seqüência lógica destas enunciações, os dois corpos de princípios estendem a possibilidade de anulação do contrato nas hipóteses deste ter sido celebrado mediante intimidação, a qual constituía uma ameaça eminentemente

³⁹⁴ Art. 3.2 UPICC.

³⁹⁵ GORDLEY, J., *An American Perspective on the Unidroit Principles*, p. 01.

³⁹⁶ Art. 3.3 UPICC e art. 4:102 PECL.

³⁹⁷ Art. 3.4 e 3.5 UPICC e art. 4:103 PECL.

³⁹⁸ Art. 3.6 UPICC e art. 4:104 PECL.

³⁹⁹ Art. 3.7 UPICC e art. 4:119 PECL.

⁴⁰⁰ Art. 3.8 UPICC e art. 4:107 PECL.

grave e ilegítima, impossibilitando qualquer escolha diferente para a parte coagida⁴⁰¹.

Abre-se também a anulabilidade do contrato se no momento de celebração uma parte obteve uma vantagem excessiva, observando se tal parte aproveitou deliberadamente desta situação e da natureza e finalidade do contrato⁴⁰². Mediante requisição da parte prejudicada, pode ainda o tribunal adaptar a(s) cláusula(s) ou anulá-las parcialmente⁴⁰³ quando se mostrarem problemáticas de acordo com os fins do contrato ou adequá-los aos preceitos da boa fé e lealdade negocial, podendo agir da mesma forma ao receber comunicação da parte que supostamente se locupletou indevidamente dentro da relação contratual⁴⁰⁴.

Segundo Peter Linzer, este artigo 3.10 UPICC é objeto de muitas críticas por parte de juristas da *common law*. A variedade de conceitos constantes em seu número (1) tende a tornar a relação litigiosa caso no decorrer do cumprimento do contrato ela se mostre desvantajosa para uma das partes, como também as inúmeras referências à boa fé e à lealdade negocial pode soar estranho para advogados anglo-saxônicos, criando uma reticência na adoção destes princípios para a regulação de seus contratos⁴⁰⁵.

Os Princípios Contratuais Europeus ainda complementam a discussão acerca da anulação comentando o caso das cláusulas abusivas que não foram objeto de uma negociação individual, criando desta forma um desequilíbrio na relação contratual que, por conseqüência, viola a boa fé e lealdade negocial, prejudicando a execução do mesmo. Não são objetos dessa anulação as cláusulas que definem o objeto principal do contrato bem como a adequação das prestações estabelecidas entre as partes⁴⁰⁶. Essa disposição se justifica justamente pelo fato dos PECL regularem contratos de consumo, enquanto os UPICC não⁴⁰⁷.

A possibilidade de anulação do contrato pelos mesmos motivos anteriormente salientados também são aplicáveis a terceiros⁴⁰⁸. Toda e qualquer hipótese de anulação que queira ser suscitada por uma das partes deve ser

⁴⁰¹ Art. 3.9 UPICC e art. 4:108 PECL.

⁴⁰² Art. 3.10 (1) UPICC e art. 4:109 (1) PECL.

⁴⁰³ Art. 3.16 UPICC e art. 4:116 PECL.

⁴⁰⁴ Art. 3.10 (2) (3) UPICC e art. 4:109 (2) (3) PECL.

⁴⁰⁵ LINZER, P., *Validity under Chapter 3 of the Unidroit Principles of International Commercial Contract*, p. 90-91.

⁴⁰⁶ Art. 4:110 PECL.

⁴⁰⁷ LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 266-271.

⁴⁰⁸ Art. 3.11 UPICC e art. 4:111 PECL.

notificada à parte contrária⁴⁰⁹. Porém, a anulação do contrato pode restar afastada se a parte detentora desta prerrogativa se manifeste ou atue de maneira que o confirme tácita ou expressamente dentro do prazo para requerimento da anulação⁴¹⁰.

No tocante ao prazo para que uma nulidade seja levantada, deve a notificação ser realizada dentro de um prazo razoável. Nas situações em que a nulidade corresponda àquela da vantagem excessiva, o prazo começa a ser contado a partir do momento que tal nulidade é manifestada pela parte prejudicada segundo os Princípios Unidroit⁴¹¹, enquanto pelos Princípios Lando⁴¹² requer um “prazo razoável” após a notificação.

Os dois conjuntos de princípios também analisam os efeitos da anulação, que se resumem na recíproca restituição daquilo que foi prestado ou no ressarcimento quando a restituição se verificar impossibilitada⁴¹³. Independente de o contrato vir a ser anulado ou não, a parte contratante que tinha conhecimento da causa de anulabilidade ver-se-á compelida a ressarcir os danos e prejuízos que este fato causou à parte contrária⁴¹⁴.

5.2.5

Interpretação

⁴⁰⁹ Art. 3.14 UPICC e art. 4:112 PECL.

⁴¹⁰ Art. 3.12 e 3.13 UPICC e art. 4:114 PECL.

⁴¹¹ Art. 3.15 (2).

⁴¹² Art. 4:113 (2).

⁴¹³ Art. 3.17 UPICC e art. 4:115 PECL.

⁴¹⁴ Art. 3.18 UPICC e art. 4:117 PECL.

Na seqüência dos dois conjuntos de princípios consolidadores da *Lex mercatoria*, a questão que deve ser trabalhada é a interpretação do contrato. É unanimidade, sendo uma premissa tanto para os Princípios Unidroit quanto para os Princípios Contratuais Europeus, que os contratos devam ser interpretados segundo a intenção das partes, mesmo que esta vontade comum não corresponda aquilo que literalmente está consignado nos contratos. O mesmo vale para as declarações, atos e demais manifestações das partes. Impondo-se dificuldades para a sua interpretação, o contrato deve ser ponderado segundo o entendimento de uma pessoa com o mesmo nível dos contratantes racionalmente faria⁴¹⁵. Podendo ser considerada também como uma premissa da interpretação contratual, as cláusulas e expressões de uma forma geral devem ser compreendidas seguindo a totalidade do contrato⁴¹⁶.

Objetivando que esta interpretação seja realizada da melhor maneira possível, algumas circunstâncias são tidas como relevantes dentro deste processo. São circunstâncias relevantes na interpretação de um contrato: as negociações preliminares que antecederam a conclusão; a conclusão propriamente dita; o comportamento das partes antes, durante e após a celebração do contrato; a natureza e a finalidade do contrato; a interpretação dada pelas partes em cláusulas semelhantes em contratos anteriormente celebrados ente elas; o significado que determinada expressão ou cláusula possui no ramo comercial que as partes atuem; observância aos usos e costumes e; respeito à boa fé e lealdade negocial⁴¹⁷.

Os UPICC e os PECL possuem uma previsão de que as cláusulas do contrato que forem porventura impostas por uma das partes à outra, deverão ser interpretadas preferencialmente em favor da parte não proponente (interpretação *contra proferentem*)⁴¹⁸. Destarte, as cláusulas que forem objeto de negociação e consenso entre as partes têm preferência em relação àquelas impostas⁴¹⁹.

Existe ainda a idéia da interpretação mais efetiva possível do contrato⁴²⁰, pela qual deve ser priorizado o viés interpretativo que confira a possibilidade de

⁴¹⁵ Art. 4.1 e 4.2 UPICC e art. 5:101 PECL.

⁴¹⁶ Art. 4.4 e 4.8 UPICC e art. 5:105 PECL.

⁴¹⁷ Art. 4.3 UPICC e art. 5:102 PECL.

⁴¹⁸ Art. 4.6 UPICC e art. 5:103 PECL.

⁴¹⁹ Art. 5:104 PECL.

⁴²⁰ Art. 4.5 UPICC e art. 5:106 PECL.

produção de efeitos jurídicos a todas as cláusulas, isto é, deve-se adotar a interpretação que se mostre mais útil na realização da vontade das partes⁴²¹.

Para finalizar esta exposição acerca da interpretação dos contratos dentro dos UPICC e dos PECL há que se salientar a hipótese de discrepância lingüística⁴²², que ocorre quando um mesmo contrato é disponibilizado em duas ou mais línguas e uma dada expressão ou cláusula não corresponde entre ambos. Para tanto, preferência da interpretação dever-se-á se voltar para aquela versão que constitua a redação original do contrato.

5.2.6

Conteúdo

A parte relativa ao conteúdo dos contratos é tratada no capítulo 5 dos Princípios Unidroit para contratos comerciais internacionais e no capítulo 6 dos Princípios Contratuais Europeus. Inicialmente, os dois conjuntos de princípios apontam para a existência de obrigações implícitas e explícitas⁴²³. As explícitas, obviamente, são aquelas manifestações de vontade feitas por uma das partes que por conta do contrato gera uma obrigação desta em relação à outra parte. As obrigações implícitas por sua vez são aquelas que decorrem da intenção das

⁴²¹ Sobre o tema assim LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. 297, comenta: “*The parties must be treated as sensible persons who intended that their contract should be fully effective (magis ut res valeat quam pereat). Thus if a clause is ambiguous and could be interpreted in one way which would make it invalid or another which would make it valid, the latter interpretation should prevail (favor negotii)*”.

⁴²² Art. 4.7 UPICC e art. 5:107 PECL.

⁴²³ Art. 5.1.1 e 5.1.2 UPICC e art. 6:101 e 6:102 PECL.

partes, da natureza e finalidade do contrato, das práticas pactuadas entre elas, dos usos e costumes comerciais, do senso comum, da boa fé e da lealdade comercial.

Com efeito, as partes devem cooperarem entre elas se esta cooperação implicar diretamente em uma melhor execução de suas obrigações. No tocante ainda ao surgimento das obrigações, os PECL citam os fornecedores profissionais, que dentro de sua atividade, ao utilizarem de meios de publicidade e marketing para promoverem produtos ou vincularem informações a respeito dos mesmos, criam uma obrigação perante todos aqueles possíveis consumidores⁴²⁴.

Uma outra diferenciação existente dentro das obrigações são aquelas de meio e de resultado. A obrigação de meio incute a uma das partes o emprego dos melhores esforços e toda a diligência possível e exigida para que dado resultado seja alcançado. Na obrigação de resultado é indispensável que a parte, no cumprimento de sua prestação, alcance um resultado específico pretendido⁴²⁵.

Diante de uma obrigação, importante é a determinação do preço, que muitas vezes este não vem determinado por ocasião do contrato. Nestas situações, aplicar-se-á um preço razoável, compatível com preço praticado no mercado por aquilo que está sendo contratado ou semelhante no momento de sua celebração⁴²⁶. Na hipótese da determinação do preço caber a apenas a uma das partes e o preço fixado fugir de uma realidade de mercado, este preço deve ser substituído por um outro que se demonstre razoável⁴²⁷.

Quando a determinação do preço ou de qualquer outro elemento contratual couber a um terceiro, mas este se encontra impedido de fazê-lo ou ainda não o quer fazer, os Princípios Unidroit determinam que seja fixado um preço aceitável⁴²⁸, enquanto os Princípios Lando consignam que as partes repassam a um substituto ou a um tribunal a competência de assim fazê-lo⁴²⁹. Quando a determinação depender de um fator de referência, e este fator deixa de existir ou torna-se inacessível, deve-se proceder a substituição por um outro fator o mais próximo possível⁴³⁰.

⁴²⁴ Art. 6:102 (2) e (3) PECL.

⁴²⁵ Art. 5.1.4 e 5.1.5 UPICC.

⁴²⁶ Art. 5.1.7 (1) UPICC e art. 6:104 PECL.

⁴²⁷ Art. 5.1.7 (2) UPICC e art. 6:105 PECL.

⁴²⁸ Art. 5.1.7 (3) UPICC.

⁴²⁹ Art. 6:106 (1) UPICC.

⁴³⁰ Art. 5.1.7 (4) UPICC e art. 6:107 PECL.

Restando indeterminado a qualidade do produto ou serviço a ser fornecido, deve a referida parte adimplir sua obrigação como um produto, no mínimo, de qualidade média, de acordo com as circunstâncias que cercam o contrato⁴³¹. Quando indeterminada for a duração do contrato, este pode ser terminado por qualquer uma das partes, desde que notifique a parte contrário dentro de um prazo razoável⁴³².

Nas duas consolidações da *Lex mercatoria*, verifica-se a possibilidade da estipulação de uma obrigação em favor de terceiros, quando duas partes anteriormente acordaram dessa maneira, inexistindo a necessidade do beneficiário ser identificado no momento da celebração⁴³³.

Os UPICC ainda neste capítulo sobre conteúdo e estipulação em favor de terceiros, tece comentários sobre cláusula de exclusão e limitação da responsabilidade, exceções, revogação e renúncia⁴³⁴.

5.2.7

Adimplemento

O próximo item dentro desta sequência é aquele atinente ao adimplemento contratual, constantes no capítulo 6 dos Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais e no capítulo 7 dos Princípios Contratuais Europeus. O primeiro aspecto a ser comentado é o local do adimplemento. Para isto, dispõem

⁴³¹ Art. 5.1.6 UPICC e art. 6:108 PECL.

⁴³² Art. 5.1.8 UPICC e art. 6:109 PECL.

⁴³³ Art. 5.2.1 e 5.2.2 UPICC e art. 6:110 (1) PECL.

⁴³⁴ Art. 5.2.3 a 5.2.6 UPICC.

ambos os grupos de princípios que inexistindo em contrato o local para cumprimento da obrigação, devem as obrigações pecuniárias serem cumpridas no domicílio do estabelecimento do credor, e no domicílio do estabelecimento do devedor quando se tratar de qualquer outro tipo de obrigação, sempre estes correspondentes à época de celebração do contrato⁴³⁵.

Havendo uma pluralidade de estabelecimentos, considerar-se-á aquela que guardar maior conexão com a execução do contrato. Se a parte não possuir estabelecimento comercial, o local para o cumprimento será aquele de sua residência habitual⁴³⁶. Há ainda uma previsão dentro dos UPICC que todos os gastos adicionais com o adimplemento decorrentes de mudança do estabelecimento ocorridos posteriormente à celebração do contrato recairão sobre a parte movente⁴³⁷.

Já sobre o momento de adimplir o contrato, primeiramente, deve-se seguir aquilo que reza o contrato. Inexistindo uma data certa para isso, busca-se dentro do contrato circunstâncias que possam determinar esse prazo. Assim, cumpre-se a obrigação dentro deste prazo. Não incorrendo nestas duas hipóteses, segue-se um prazo razoável após a celebração do contrato⁴³⁸.

Existe ainda a possibilidade do cumprimento antecipado, ficando condicionada à vontade da parte credora, podendo ser recusada quando tal antecipação prejudicar seus interesses. Há que se ressaltar que esta execução antecipada não altera o prazo para a outra adimplir a sua contraprestação⁴³⁹. Qualquer gasto adicional que esta antecipação ocasionar, correrá por conta do devedor⁴⁴⁰.

Quanto à seqüência a ser observada no cumprimento das obrigações, podendo as prestações serem adimplidas simultaneamente, estas devem ser realizadas dessa forma, ao menos que as circunstâncias que envolvam o contrato indiquem outra coisa⁴⁴¹. Se a execução de apenas uma das partes demandar um

⁴³⁵ Art. 6.1.6 (1) UPICC e art. 7:101 (1) PECL.

⁴³⁶ Art. 7:101 (2) (3) PECL.

⁴³⁷ Art. 6.1.6 (2) UPICC.

⁴³⁸ Art. 6.1.1 UPICC e art. 7:102 PECL.

⁴³⁹ Art. 6.1.5 (1) (2) UPICC e art. 7:103 PECL.

⁴⁴⁰ Art. 6.1.5 (3) UPICC.

⁴⁴¹ Art. 6.1.4 (1) UPICC e art. 7:104 PECL.

certo prazo, esta deverá cumprir sua parcela primeiro, exceto se as circunstâncias indiquem o contrário⁴⁴².

Os Princípios Contratuais Europeus prevêm a possibilidade de um cumprimento alternativo, sendo que a escolha sobre qual o meio de execução a ser seguido pertence à parte devedora, salvo se circunstâncias indiquem o contrário. Caso a escolha do meio pelo qual a obrigação será cumprida não seja realizada no prazo determinado em contrato, e ainda se esta mora constitui em algo essencial para o contrato, o direito de escolha passa para a outra parte; se este atraso não se constituir em algo fundamental, a parte credora fixará um novo prazo para escolha do devedor. Persistindo o silêncio, aí o direito de escolha passa ao credor⁴⁴³.

O adimplemento do contrato pode ser efetuado também por um terceiro, ressalvado os casos de obrigação personalíssima, se este agir com o consentimento do devedor ou ainda se este terceiro tiver legítimo interesse na execução da obrigação e for o caso do devedor estar inadimplente ou dar mostras que não cumprirá sua prestação. O cumprimento por parte de terceiros exonera o devedor⁴⁴⁴.

Quanto às formas de pagamento, este último pode ser efetuado mediante todas as formas regularmente aceitas dentro do comércio. Pode o credor aceitar cheque, ordem de pagamento ou promessa de pagamento, presumindo-se que esta condição será honrada pelo devedor⁴⁴⁵. É opção também das partes pactuarem em contrato que este pagamento será efetuado em uma moeda específica. Inexistindo qualquer disposição a respeito, o devedor deverá efetuá-lo na moeda do local do pagamento⁴⁴⁶.

Possuindo o devedor uma pluralidade de obrigações pecuniárias a serem cumpridas com um único credor, pode o primeiro indicar no momento do adimplemento qual obrigação estará pagando. Caso o devedor não mencione qual pagamento esteja executando, o credor pode, dentro de um prazo razoável, declarar qual das dívidas reputa como paga⁴⁴⁷. Esta indicação, porém, será

⁴⁴² Art. 6.1.4 (2) UPICC.

⁴⁴³ Art. 7:105 PECL.

⁴⁴⁴ Art. 7:106 PECL.

⁴⁴⁵ Art. 6.1.7 UPICC e art. 7:107 PECL.

⁴⁴⁶ Art. 6.1.9 e 6.1.10 UPICC e art. 7:108 PECL.

⁴⁴⁷ Art. 6.1.12 (1) (2) UPICC e art. 7:109 (1) PECL.

ineficaz se recair sobre uma obrigação que não é devida, é ilícita ou ainda é litigiosa⁴⁴⁸.

Não havendo esta indicação por parte do credor, reputa-se como paga as obrigações que atenderem os seguintes critérios: aquela que vence primeiro; aquela sobre a qual o credor possua menos garantias; a mais onerosa para o devedor ou; a obrigação que surgiu primeiro. Se nenhum desses critérios tenha sido preenchido, o pagamento reputa-se feito a todas as obrigações proporcionalmente⁴⁴⁹. Como última disposição comum entre os dois corpos de princípios, cada parte deverá suportar os custos de cumprimento de sua obrigação.

Como arremate, vale relembrar que os UPICC e os PECL dedicam um artigo às modificações das circunstâncias contratuais que resultam em uma onerosidade excessiva (*hardship*)⁴⁵⁰, pelo qual a parte continua vinculada à obrigação previamente assumida mesmo se esta se tornou mais onerosa ou valor que receberia pelo produto ou serviço diminuiu. Porém, se este acréscimo em suas despesas for algo verdadeiramente excessivo, a parte prejudicada pode abrir negociações para a modificação ou adaptação desses termos. Inexistindo acordo entre as partes sobre a modificação ou não, o tribunal poderá manifestar-se a respeito. Estas previsões acerca da onerosidade excessiva têm como objetivo restabelecer a equidade e o equilíbrio entre as prestações contratuais entre as partes⁴⁵¹.

5.2.8

Inadimplemento

⁴⁴⁸ Art. 7:109 9(2) PECL.

⁴⁴⁹ Art. 6.1.12 (3) UPICC e art. 7:109 (3) PECL.

⁴⁵⁰ Art. 6.2.1 a 6.2.3 UPICC e art. 6:111 PECL.

⁴⁵¹ ADAME GODDARD, J., *Hacia un Concepto Internacional de Contrato (o la Interpretación de la Palabra “Contrato” en los Principios de Unidroit)*, p. 27.

Como seqüência lógica da abordagem das formas de adimplemento de uma obrigação contratual, passa-se às previsões de inadimplemento contidas nos Princípios Unidroit de 2004 (capítulo 7) e nos Princípios Contratuais Europeus (capítulo 8). O inadimplemento a ser trabalhado consiste na falta de cumprimento de sua obrigação contratual, compreendendo dentro deste conceito a execução defeituosa e tardia⁴⁵².

A inexecução de uma obrigação passa a ter relevância para a integridade do contrato quando seu estrito cumprimento é o objeto do contrato ou quando priva substancialmente o credor do gozo dos direitos decorrentes do contrato ou ainda quando esta inexecução é intencional e dá a entender para a parte credora de que o devedor não irá cumprir sua parte no contrato⁴⁵³.

Pelos PECL, a parte devedora que tenta adimplir sua obrigação mas é impedida pela parte credora pelo fato de sua prestação estar desconforme com o alinhado em contrato pode tentar uma nova execução, se ainda estiver dentro do prazo ou se um possível atraso não repercutiria de forma essencial dentro do contrato⁴⁵⁴. Já pelos UPICC, a parte em mora com sua execução pode fazê-la novamente, desde suporte os custos de sua repetição e que notifique a parte contrária da maneira e momento que pretende realizá-la, condicionado à hipótese que a parte credora não tenha interesse legítimo em recusar novamente e ainda que este novo cumprimento seja apropriado aos termos do contrato. Mesmo assim, subsiste à parte credora o direito de pleitear indenização por dano ou prejuízo que tenha sido causado em virtude de um atraso⁴⁵⁵.

Para tanto, o credor pode notificar o devedor a respeito de um prazo suplementar para que este possa finalmente adimplir sua prestação. Durante o transcorrer desse prazo suplementar, a parte prejudicada poderá requerer a suspensão de suas obrigações contratuais bem como um ressarcimento pelo atraso, mas estará impedido de fazer uso de qualquer outra medida em face do

⁴⁵² Art. 7.1.1 UPICC.

⁴⁵³ Art. 8:103 PECL.

⁴⁵⁴ Art. 8:104 PECL.

⁴⁵⁵ Art. 7.1.4 UPICC.

inadimplemento. Entretanto, se a parte inadimplente comunicar que não cumprirá sua parcela no contrato mesmo com um prazo adicional, aí sim o credor estará autorizado a fazer usos de todos os meios legais que entenda como necessários⁴⁵⁶. Dentro das hipóteses em que o atraso não configure uma inexecução essencial, pode também a parte credora extinguir o contrato ao final do prazo adicional concedido⁴⁵⁷.

Em ambos os conjuntos de princípios existe a previsão de inexecução por conta de uma força maior. Um inadimplemento contratual é justificável se a parte devedora provar que foi impedida por um fato alheia à sua vontade e controle, e que no momento de celebração do contrato era algo totalmente imprevisível⁴⁵⁸. Sendo este impedimento é algo temporário, suas escusas permaneceram válidas apenas no período em que o devedor realmente esteve impedido de honrar sua obrigação⁴⁵⁹.

Para que esta justificativa seja eficaz, a parte devedora deverá notificar a parte credora comunicando sobre sua impossibilidade de adimplir e a extensão do impedimento. Se esta notificação não for recebida dentro de um prazo razoável pelo credor após o conhecimento do impedimento por parte do devedor, será o inadimplente responsável pelos prejuízos e danos que decorram desta falta de notificação⁴⁶⁰.

Ainda digno de nota, os Princípios Contratuais Europeus mencionam que na ocorrência de qualquer uma das violações previstas no capítulo 8 que trata do não cumprimento em geral autoriza o credor a lançar mão de todos os mecanismos de proteção à inexecução de uma obrigação contratual, previstos no capítulo seguinte⁴⁶¹. Capítulo 9 este que traz disposições acerca do direito à execução, à sua suspensão, resolução, redução de preços e direito à indenização⁴⁶².

Da mesma forma, os Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais condicionam dispositivos semelhantes em outras seções dentro

⁴⁵⁶ Art. 7.1.5 (1) (2) UPICC e art. 8:106 (1) (2) PECL.

⁴⁵⁷ Art. 7.1.5 (3) UPICC e art. 8:106 (3) PECL.

⁴⁵⁸ Art. 7.1.7 (1) UPICC e art. 8:108 (1) PECL.

⁴⁵⁹ Art. 7.1.7 (2) UPICC e art. 8:108 (2) PECL.

⁴⁶⁰ Art. 7.1.7 (3) UPICC e art. 8:108 (3) PECL.

⁴⁶¹ Art. 8:101 PECL.

⁴⁶² Art. 9:101 a art. 9:510 PECL.

deste mesmo Capítulo 7. Versa ele também sobre o direito à execução, resolução contratual, ressarcimento por danos decorrentes do inadimplemento⁴⁶³.

5.2.9

Cessão de direitos e transferência de contratos

A cessão de direitos está prevista nos Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais no capítulo 9 junto com a transferência de obrigações e a cessão de contratos. Já nos Princípios Contratuais Europeus a matéria está disposta no capítulo 11. A cessão de direitos é o acordo pelo qual uma pessoa (credor) cede a outra (cessionário) o direito de receber uma quantia em dinheiro ou qualquer outra forma de prestação que deve ser prestada por um terceiro (devedor)⁴⁶⁴. A cessão também abrange créditos futuros⁴⁶⁵ e dispensa qualquer forma especial, não necessitando nem se dar por escrito e fazendo valer para sua comprovação qualquer meio de prova, inclusive testemunhas⁴⁶⁶.

A vedação à cessão de direitos recai sobre instrumentos como títulos de crédito, títulos representativos de domínio, instrumentos financeiros ou qualquer outro valor mobiliário, bem como direitos incluídos na transferência de uma empresa⁴⁶⁷. Sobre os créditos não pecuniários, estes podem ser cedidos desde que a cessão não se constitua em algo mais oneroso que a própria prestação.

⁴⁶³ Art. 7.2.1 a art. 7.4.13 UPICC.

⁴⁶⁴ Art. 9.1.1 UPICC.

⁴⁶⁵ Art. 9.1.5 UPICC.

⁴⁶⁶ Art. 11:104 PECL.

⁴⁶⁷ Art. 9.1.2 UPICC e art. 11:101 (3) PECL.

Há a possibilidade de a cessão ser realizada parcialmente, sendo esta uma obrigação divisível e que esta divisão não represente um acréscimo nos custos do devedor para que possa adimplir a obrigação. O mesmo raciocínio vale para os créditos não pecuniários⁴⁶⁸.

Para se efetivar essa operação, o credor cede ao cessionário os todos direitos existentes decorrentes da obrigação, inclusive os direitos acessórios e aqueles que lhe garantam a execução⁴⁶⁹. Além desses direitos, algumas garantias ao cessionário acompanham neste processo de cessão como, por exemplo, de que este direito não foi cedido anteriormente a nenhuma outra pessoa, de que não estará sob nenhuma influência ou ameaça da ação de terceiros ou qualquer tipo de exceção, ou que inexistente qualquer possibilidade de compensação dos direitos havidos entre o credor e o devedor⁴⁷⁰.

Entretanto, esta cessão de direitos será ineficaz caso exista qualquer disposição contratual que a vede, devendo necessariamente o devedor consentir com tal ato e o cessionário conhecer tal disposição⁴⁷¹. Retornando às exceções e ao direito de compensação, pode o devedor fazer valer contra o cessionário todos os direitos os quais poderia fazer valer contra o credor original, dentre os quais o direito de compensação, a partir do momento que receba a notificação da cessão de direitos⁴⁷².

Especificamente nesta parte de cessão de direitos, os UPICC ainda fazem referência a créditos sem identificação específica, sobre a suficiência do acordo entre o credor e o cessionário, cessões sucessivas e comprovação adequada da cessão⁴⁷³. Já dentro do PECL, há previsões sobre os efeitos entre o cessionário e o devedor, tratando de questões como a proteção do devedor, as demandas conexas e o local do adimplemento⁴⁷⁴. Há ainda a seção 4 do capítulo 11, que estabelece uma ordem de preferência nos casos de múltiplas cessões de um mesmo direito. Para tanto, aquele que notificar primeiro o devedor tem a preferência. Em caso de direitos futuros, adotar-se-á a ordem de surgimento dos eventos, e os interesses do

⁴⁶⁸ Art. 9.1.4 UPICC e art. 11:103 PECL.

⁴⁶⁹ Art. 9.1.14 UPICC e art. 11:201 PECL.

⁴⁷⁰ Art. 9.1.15 UPICC e art. 11:204 PECL.

⁴⁷¹ Art. 9.1.9 UPICC e art. 11:301 PECL.

⁴⁷² Art. 9.1.13 UPICC e art. 11:307 PECL.

⁴⁷³ Arts. 9.1.6, 9.1.7, 9.1.11 e 9.1.12 UPICC, respectivamente.

⁴⁷⁴ Arts. 11:303, 11:304, 11:305 e 11:306 PECL, respectivamente.

cessionário são prioritários em relação aos do cedente, mesmo quando este último estiver envolvido em procedimento falimentar⁴⁷⁵.

Além da cessão de direitos, é de fundamental importância analisar a questão da transferência de obrigações. Dentro deste instituto, ao invés da substituição do credor, como ocorre na cessão de contratos, acontece uma substituição do devedor. Com a aquiescência do “novo devedor”, a missão de pagar uma quantia em dinheiro a um terceiro é repassado mediante acordo àquele pelo “devedor originário”. Esta transferência libera o primeiro devedor da obrigação⁴⁷⁶.

Para que essa operação se concretize, é necessário que haja o consentimento do credor a respeito desta troca no pólo passivo da relação contratual⁴⁷⁷. Destarte, o novo devedor não pode invocar em face do credor qualquer forma de defesa relativa à relação tida anteriormente com o antigo devedor. As garantias dadas ao credor pelo devedor originário subsistem para o último devedor, exceto aquelas já adimplidas pelo primeiro. Aqueles que garantiam o cumprimento por parte do devedor antigo estão também liberados de suas obrigações, salvo se estes fiadores aceitarem oferecer garantia pela execução contratual do novel devedor. Em contrapartida, todos os direitos e meios de ação os quais os o primeiro devedor dispunha são repassados à pessoa que passa a ocupar o pólo devedor na relação contratual⁴⁷⁸.

Existe também a possibilidade de o credor não liberar totalmente o devedor originário da obrigação assumida por outra pessoa, respondendo subsidiariamente caso o novo devedor não cumpra corretamente suas obrigações⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ Art. 11:401 PECL.

⁴⁷⁶ Art. 9.2.1 UPICC e art. 12:101 PECL.

⁴⁷⁷ Art. 9.2.4 UPICC.

⁴⁷⁸ Art. 12:102 PECL.

⁴⁷⁹ Art. 9.2.5 UPICC.

5.2.10

Compensação

No tocante ao tema da compensação, os Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais o abordam em seu capítulo 8, enquanto os Princípios Contratuais Europeus trabalham este assunto em seu capítulo 13. Para tanto, ambas as consolidações da *Lex mercatoria* começam estabelecendo quais são as condições para que a compensação possa ser realizada.

Para que haja a compensação, devem as partes ser reciprocamente devedoras e credoras uma da outra, cujas dívidas tenham por objeto prestação de mesma natureza. Para que isto ocorra é necessário que ambas as dívidas sejam igualmente exigíveis⁴⁸⁰. Em se tratando de duas moedas diferentes, a compensação mesmo assim é possível se ambas possam ser convertidas e se não existir qualquer obrigatoriedade que uma obrigação seja necessariamente paga em uma dada moeda⁴⁸¹. Uma dívida cuja certeza ainda esteja sob discussão ou seja objeto de litígio não pode ser objeto de compensação⁴⁸².

O direito de uma parte optar pela compensação é exercido através de uma comunicação à parte contrária da intenção de assim fazê-lo⁴⁸³. Esta notificação deve conter a especificação das dívidas. Se esta indicação não for feita, pode a outra parte responder a notificação, dentro de um prazo razoável, indicando qual dívida reputará compensada. Inexistindo identificação da dívida por nenhuma das partes, reputar-se-ão como todas as dívidas existentes entre as partes compensadas proporcionalmente⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Art. 8.1 UPICC e art. 13:101 PECL.

⁴⁸¹ Art. 8.2 UPICC e art. 13:103 PECL.

⁴⁸² Art. 13:102 PECL.

⁴⁸³ Art. 8.3 UPICC e art. 13:104 PECL.

⁴⁸⁴ Art. 8.4 UPICC e art. 13:105 PECL.

O principal efeito jurídico produzido através da compensação é a extinção das obrigações, surtindo efeito desde a notificação⁴⁸⁵. Tratando de dívidas de valores diferentes, a compensação atinge o valor da dívida de menor monta⁴⁸⁶. Prevêm ainda os PECL quais as hipóteses em que a compensação não pode ser realizada⁴⁸⁷.

5.2.11

Prescrição

A questão da prescrição dentro dos contratos recebe tratamento dos Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais, edição 2004, no seu capítulo 10, enquanto nos Princípios Contratuais Europeus esta matéria é desenvolvida no capítulo 14. Segundo este instituto, todos os direitos previstos nestes dois conjuntos privados de regras e princípios tem sua eficácia condicionada ao exercício dos mesmos dentro de um determinado lapso de tempo. Este prazo existe para fixar qual a data limite para o credor em uma dada situação contratual legitimamente exija do devedor o cumprimento de sua obrigação⁴⁸⁸.

Habitualmente, o prazo utilizado para a prescrição é de 3 (três) anos, tendo como máximo, em decorrência de um julgamento, o período de 10 (dez) anos. O prazo começa a ser contado no dia seguinte ao qual o credor constata que uma

⁴⁸⁵ Art. 8.5 (1) (3) UPICC e art. 13:106 PECL.

⁴⁸⁶ Art. 8.5 (2) UPICC.

⁴⁸⁷ Art. 13:107 PECL.

⁴⁸⁸ Art. 10.1 UPICC e art. 14:101 PECL.

determinada obrigação deveria ter sido cumprida pelo devedor⁴⁸⁹. No caso das obrigações contínuas, o prazo prescricional começa a correr a cada falta cometida pelo devedor, correspondendo àquela execução específica. O prazo de 10 (dez) anos deve ser contado a partir do momento que uma sentença, judicial ou arbitral, é proferida sobre uma obrigação contratual, e que tenha força de coisa julgada⁴⁹⁰.

Diversas são as modalidades para suspensão do prazo prescricional. A primeira ocorre quando a suspensão decorre da ignorância do credor a respeito da identificação do devedor, dos fatos que geraram a obrigação contratual ou ainda quando houver dano, por desconhecer a natureza deste último⁴⁹¹. A suspensão da prescrição pode ser suscitada quando o credor inicia qualquer procedimento judicial tendo vistas o exercício do seu direito em face do devedor. A suspensão terá efeito até o proferimento de uma decisão do Poder Judiciário que tenha força de coisa julgada⁴⁹². Com as devidas adaptações, o mesmo raciocínio aplicável ao procedimento judicial será válido para o arbitral ou qualquer outro meio de resolução de controvérsias⁴⁹³.

Sobrevindo alguma fato que configure força maior, morte ou incapacidade da parte credora, o período prescricional também é suspenso. Na hipótese de força maior, isto é, causado por um ato fora da esfera do controle da parte cujo qual não seria possível evitar ou superar, existem duas soluções dadas pelas referidas consolidações. Segundo os UPICC, a prescrição é suspensa de modo que não expire em até 1 (um) ano após que o impedimento deixou de existir⁴⁹⁴. Pelos PECL, a suspensão é aplicável se o impedimento surge ou persiste nos últimos 6 (seis) meses do prazo prescricional.

No caso de incapacidade ou de morte de uma das partes, a suspensão da prescrição durará até 1 (um) ano após o falecimento ou fim da incapacidade ou ainda, para ambas as situações, de 1 (um) após da designação do representante legal que atuará em substituição à parte impedida⁴⁹⁵.

Como efeito jurídico produzido na ocorrência da prescrição, pode o devedor se recusar a cumprir a obrigação, bem como se a dívida prescrita for

⁴⁸⁹ Art. 10.2 UPICC e arts. 14.201 a 14:203 (1) PECL.

⁴⁹⁰ Art. 14:203 (2) (3) PECL.

⁴⁹¹ Art. 14:301 PECL.

⁴⁹² Art. 10.5 UPICC e art. 14:302 (1) (2) PECL.

⁴⁹³ Art. 10.6 , 10.7 UPICC e art. 14:302 (3) PECL.

⁴⁹⁴ Art. 10.8 (1) UPICC e art. 14:303 PECL.

⁴⁹⁵ Art. 10.8 (2) UPICC e arts. 14:305 e 14:306 PECL.

paga, a sua restituição tornar-se-á facultativa⁴⁹⁶. Convém ressaltar que a expiração do prazo prescricional não extingue o direito que a parte devedora ou credora detém, sendo que este direito ainda pode ser invocado via exceção⁴⁹⁷. Uma dívida prescrita pode também ser objeto de compensação, desde que esta alegação não tenha sido suscitada pelo devedor anteriormente⁴⁹⁸ ou mesmo 2 (dois) meses após a notificação da compensação⁴⁹⁹.

Como encerramento a este sub-capítulo, cita-se os Princípios Lando por possuírem um dispositivo que possibilita a modificação dos termos vigentes sobre a prescrição, não podendo o prazo ser inferior a 1 (um) ano nem superior a 30 (trinta) anos, contados do dia em que se iniciou o período prescricional⁵⁰⁰.

5.2.12

Demais aspectos contratuais

Comparando os dispositivos dos Princípios Unidroit em relação aos Princípios Contratuais Europeus, verifica-se que esta última consolidação apresenta algumas disposições contratuais a mais em relação as dos UPICC. Estas disposições exclusivas dos PECL estão representadas nos capítulos 15 a 17, que tratam, respectivamente, da ilegalidade do contrato, condições e capitalização de interesses.

⁴⁹⁶ Art. 14:501 PECL.

⁴⁹⁷ Art. 10.9 UPICC.

⁴⁹⁸ Art. 10.10 UPICC.

⁴⁹⁹ Art. 14:503 PECL.

⁵⁰⁰ Art. 14:601 PECL.

O capítulo 15 trata das hipóteses em que um contrato celebrado é nulo se este contrariar os princípios jurídicos tidos como fundamentais pelos Estados-membros ou pela União Européia. Os contratos que violarem estes princípios gerais, como por exemplo os Direitos Humanos, são automaticamente tidos nulos. Já aqueles contratos que violarem uma disposição legal estatal ou comunitária são anuláveis, devendo ter seu vício declarado por um tribunal⁵⁰¹.

Destarte, uma disposição contratual não pode violar uma regra de ordem pública européia. Não havendo uma violação expressa de seus dispositivos legais, o contrato pode ser declarado como válido, inválido ou sujeito à modificações. Nestes casos, deve a referida sentença mencionar qual objetivo da lei violada pelo contrato, a categoria de pessoas que tal regra visa proteger, as sanções que podem ser impostas em virtude de tal violação, a gravidade da violação, seu caráter intencional ou não e o grau de ligação existente entre a violação e o contrato⁵⁰².

Se apenas uma parte ou um dispositivo do contrato apresentar contradições em relação aos diplomas legais, apenas este deve ser anulado, permanecendo o resto do contrato íntegro, ressalvando as hipóteses em que tais infrações à lei comprometam todo o contrato⁵⁰³. Ocorrendo essas nulidades, dispõem os PECL acerca das vias de restituição para o que foi investido pelas partes no contrato, bem como sobre as formas de pleitear indenização pelos danos decorrentes desta anulação⁵⁰⁴.

Já o capítulo 16 versa sobre as hipóteses de que uma dada obrigação contratual tem sua existência condicionada à ocorrência de um evento futuro incerto. Esta obrigação pode se apresentar de duas formas: suspensiva, que se inicia na ocorrência do evento e; resolutiva, que termina com a ocorrência do evento⁵⁰⁵. Prevê os PECL a possibilidade de interferência das partes na realização do evento. Se esta ocorrência é evitada por uma das partes, contrariando os preceitos da boa fé e da lealdade negocial, para efeitos de contrato, a hipótese é tida como realizada. Da mesma sorte, se a ocorrência de tal evento é forçada por

⁵⁰¹ LANDO, O. et al., *Principles of European Contract Law – Part III*, p. xxx-xxxii.

⁵⁰² Art. 15:102 PECL.

⁵⁰³ Art. 15:103 PECL.

⁵⁰⁴ Arts. 15:104 e 15:105 PECL.

⁵⁰⁵ Art. 16:101 PECL.

uma das partes, violando os aludidos princípios basilares, a hipótese de ocorrência é considerada frustrada⁵⁰⁶.

Por fim, o capítulo 17, ao versar sobre capitalização de interesses, que vem complementar as disposições do art. 9:508 (1), determina que estes devem ser incorporados ao valor devido a cada 12 (doze) meses⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Art. 16:102 PECL.

⁵⁰⁷ Art. 17:101 PECL.

6 *Lex mercatoria* consolidada

6.1

Possibilidades de alcance e estruturas das consolidações

Após a exposição de como a *Lex mercatoria* se formou e como o fenômeno de suas consolidações foram implementados com sucesso nos últimos anos, que são os debatidos Princípios Unidroit e Princípios Contratuais Europeus, é importante exaurir o tema não somente no seu nascedouro, mas também em todas as suas manifestações atuais, que não se resumem apenas aos UPICC, aos PECL e seus desenvolvimentos futuros, que implicará em uma reflexão de grande importância tanto para o comércio internacional quanto para a constituição do mercado comum europeu.

Indiscutivelmente, o grande mérito destas formulações privadas trabalhadas até o momento é propiciarem uma convergência entre os mais diversos sistemas jurídicos existentes no mundo, configurando-se como um auspicioso instrumento para que a harmonização do Direito Privado possa ser alcançada. Das que se tem notícia, foram sem dúvida estas consolidações as manifestações de esforços privados de juristas que mais lograram êxito e obtiverem notoriedade, porém outros grupos também buscam esse ideal de harmonização do Direito Privado, só que por caminhos ou perspectivas diversas.

Um primeiro exemplo que pode ser citado é o grupo denominado “*The Common Core of European Contract Law Project*”, criado em 1993 e que

desenvolve suas atividades junto à Universidade de Trento, na Itália. O projeto teve toda a sua sistemática de trabalho concebida pelo professor Rudolf Schlesinger, durante sua estadia na Universidade de Cornell, nos Estados Unidos, de 1957 a 1968, onde desenvolveu o método chamado de “abordagem factual” (“*factual approach*”)⁵⁰⁸.

Este grupo de acadêmicos, liderados por Mauro Bussani e Ugo Mattei, conta com o serviço de mais de cem juristas da Europa e dos Estados Unidos, em sua maioria com sua concepção comparatista fundada nas premissas do Projeto de Cornell, que tenta demonstrar, através da submissão de *cases* a questionários contendo quesitos seminais de Direito Privado, que atualmente já é possível se perceber elementos verdadeiramente comuns em todos os ordenamentos jurídicos europeus. Para tanto, já foram realizadas até o presente momento onze reuniões desde 1995, discutindo temas como contratos, propriedade e responsabilidade civil. Esses elementos comuns seriam justamente obtidos a partir da comparação de casos hipotéticos e da discussão de juristas acerca dos resultados verificados nestes questionários⁵⁰⁹.

Os objetivos deste grupo seriam traçar uma “cartografia legal” dentro da Europa e a construção de uma cultura jurídica comum. A cartografia legal consistiria em mapear elementos nos mais diversos sistemas jurídicos europeus que já fossem comuns. Assim, poder-se-ia vislumbrar algumas linhas coerentes no Direito europeu, através de elementos de aproximação muito mais específicos do que os elementos de separação consagrados na clássica comparação das matérias contratuais da *common law* e da *civil law*⁵¹⁰.

Através deste exercício comparatista, busca o grupo do *Common Core* corrigir informações e premissas equivocadas a respeito dos ordenamentos jurídicos europeus, e não traçar uma espécie de “plano diretor” a ser seguido pelo

⁵⁰⁸ Segundo SACCO, R, *Introdução ao direito comparado*, p. 80-85, o “*factual approach*” consistia em uma metodologia de trabalho desenvolvida através de seminários, com a utilização de um questionário que traz quesitos a serem respondidos por mais diversos juristas a respeito de um caso concreto. Estes quesitos eram conceitos de Direito Privado relativamente abstratos, consignando componentes contratuais como proposta, aceitação e etc. Sendo que cada jurista representaria um ordenamento jurídico, as respostas aos quesitos dadas por cada seriam comparadas e verificadas e desfecho dado por cada ordenamento jurídico seria capaz de constituir um sistema.

⁵⁰⁹ GORDLEY, J., *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, p. 01

⁵¹⁰ BUSSANI, M; MATTEI, U., *The Common Core Approach to European Private Law*, p. 339 et seq.

Direito Contratual no futuro, o que seria o desejo de trabalhos como os PECL e os UPICC.

Aliás, aqui reside já uma diferença em relação aos projetos consolidadores da *Lex mercatoria*. Como os próprios Mauro Bussani e Ugo Mattei afirmam, ao comentarem a atuação dos redatores dos conjuntos de princípios, que o que eles pretendem é simplesmente explicitarem um mapeamento legal, e não serem uma espécie de “cartógrafos legais”. Este grupo não trabalha sob qualquer enfoque unificador.

Enquanto a revelação deste mapa jurídico europeu é um objetivo a curto prazo, a construção de uma cultura jurídica comum europeia é um projeto a ser desenvolvido a longo prazo. Para que isto se torne algo viável, se faz mister das ciências jurídicas europeias serem compreendidas em um espaço aberto, não formatando o ensino jurídico ao seu sistema jurídico nacional, mas concebê-lo dentro de uma “escola de Direito europeia”, a qual formaria profissionais da área jurídica que cruzariam fronteiras e não encontrariam dificuldades em exercer suas atividades em outros países dentro da União Europeia⁵¹¹.

Esses dois objetivos seriam implementados através da referida metodologia elaborada por Rudolf Schlesinger. Mediante o uso dos referidos questionários, em que suas respostas são balizadas por quesitos idênticos, buscase obter respostas auto-explicativas, que sejam compreensíveis independentemente da língua em que esteja registrada ou de uma consulta às especificidades de um ordenamento jurídico, trabalhando com conceitos jurídicos universalmente aceitos e conhecidos⁵¹².

Um outro conceito que é ponderado tanto na elaboração dos questionários quanto no seu preenchimento é a idéia de formantes legais de Rodolfo Sacco. Segundo este professor italiano, a lei somente não representa o Direito, assim como não são, se considerados em apartado, a doutrina, a jurisprudência, as razões ou as máximas jurídicas. Todos estes elementos são os formantes, que devem trabalhar restritos à sua dimensão e reunidos de uma maneira sistemática tal que formem um ordenamento jurídico⁵¹³.

⁵¹¹ BUSSANI, M; MATTEI, U., *The Common Core Approach to European Private Law*, p. 339 et seq.

⁵¹² SACCO, R., *Introdução ao direito comparado*, p. 82.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 80.

Uma outra preocupação levada em consideração na elaboração dos quesitos era de prepará-los não somente para trabalhar com circunstâncias e fatos que são expressa e oficialmente reconhecidos em uma ordem jurídica, mas também aqueles que são oficialmente ignorados em uns e considerados como irrelevantes em outros, bem como qual é posicionamento dos tribunais diante de situações jurídicas ou fáticas assim classificadas⁵¹⁴.

Por essa perspectiva, este método adotado em Trento impõe uma reflexão acerca das relações entre Direito e linguagem, pela qual valores legais vão além daqueles contidos nas palavras e textos, atribui-se um caráter metalingüístico ao Direito, pela qual uma idéia jurídica independe da linguagem ou da etimologia para designar o seu significado⁵¹⁵.

O diferencial desta abordagem sobre o Direito Privado europeu é que no preenchimento dos questionários não se considera apenas aquilo que é produzido pelas doutrinas nacionais enquanto conceitos, interpretações e conjecturas jurídicas possíveis, mas sim como os tribunais locais se posicionariam diante do caso hipotético proposto, munidos com as disposições dos diplomas legais locais⁵¹⁶.

Seguindo a mesma vertente que a do grupo do *Common Core*, vem o grupo denominado “*Acquis*”. O *Acquis Group* foi fundado em 2002, conta com o trabalho de mais de quarenta juristas representando quase todos os países da União Européia, sob a liderança de Hans Schulte-Nölke, e tem como objetivo sistematizar o Direito Comunitário já existente na Europa para tornar possível a elucidação de quais são as estruturas comuns deste novel Direito Privado comunitário. Como o próprio nome diz, o objeto de trabalho deste grupo é justamente a *acquis communautaire* (conjunto de diretivas comunitárias já existentes)⁵¹⁷.

Este grupo surgiu devido ao crescimento da importância do Direito Comunitário europeu a partir da década de 90 e também como uma reação às manifestações da Comunidade Européia a respeito do Direito Contratual

⁵¹⁴ BUSSANI, M; MATTEI, U., *The Common Core Approach to European Private Law*, p. 339 et seq.

⁵¹⁵ KASIRER, N., *The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles*, p. 423-424.

⁵¹⁶ Para outras informações acerca do grupo, consultar: <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/approach.html>.

⁵¹⁷ SCHULTE-NÖLKE, H., *The commission's Action Plan on European Contract Law and the Research of the Acquis Group*, p. 142.

Europeu⁵¹⁸. Destarte, o resultado de suas pesquisas sobre a *acquis communautaire* pretende ser publicado como um trabalho intitulado “*Principles of the Existing EC Contract Law*”. Este trabalho serviria, segundo os integrantes deste grupo, como um dos elementos que passaria a integrar o já citado Quadro Comum de Referência nos próximos anos⁵¹⁹.

A escolha metodológica deste grupo, em oposição ao do *Common Core*, não é focar seus esforços nos diferentes sistemas jurídicos nacionais, mas naquela regulamentação jurídica genuinamente européia. Tendo como principal objetivo do grupo *Acquis* produzir a referida publicação, contendo esta três elementos: a) linhas gerais para a legislação comunitária seguir sob o enfoque político-econômico; b) definição de termos legais utilizados nos instrumentos comunitários, com base em sua estruturação e similaridades, podendo inclusive apontar erros e incoerências dentro da legislação comunitária, e; c) depuração da legislação contratual comunitária com o fim de se obter regras gerais dentro das diretivas, verificando quais regras possuem validade específica e quais possuem validade geral no Direito Contratual europeu⁵²⁰.

6.2

Perspectivas futuras das consolidações

⁵¹⁸ SCHULZE, R., *The Acquis Communautaire and the Development of European Contract Law*, p. 20

⁵¹⁹ Ver: <http://www.acquis-group.org>.

⁵²⁰ SCHULTE-NÖLKE, H., *The commission's Action Plan on European Contract Law and the Research of the Acquis Group*, p. 144-145.

Neste item serão trabalhados quais os benefícios que já podem ser auferidos das consolidações da *Lex mercatoria* no presente, bem como quais são as possibilidades de desenvolvimento em cima destes *restatements* nos próximos anos. No panorama atual da harmonização do Direito Privado, duas possibilidades se mostram em maior evidência para o futuro. A primeira seria a manutenção de trabalhos como os PECL e UPICC, conservando-os enquanto regulamentos jurídicos privados, e a segunda opção seria conferir a estas regras e princípios de Direito Privado a forma codificada. Essas duas alternativas serão objeto de análise a partir deste momento.

6.2.1

Estabelecimento da consolidação como prática jurídica

A experiência dos últimos vinte anos dentro do comércio internacional demonstrou o quanto a *Lex mercatoria* pode ainda ser desenvolvida. Superada as clássicas questões que indagavam acerca de sua viabilidade enquanto sistema jurídico, a comunidade jurídica internacional voltou-se não apenas para a constatação daquilo o que eram estes usos e costumes comerciais que consagravam práticas internacionais como se força de lei tivessem, mas para os fenômenos derivados desta constatação. O mais destacado destes “fenômenos derivados” são suas consolidações.

A consolidação da *Lex mercatoria*, se considerada o seu primeiro grande exemplo que se tem notícia, que foi a primeira edição dos Princípios Unidroit para os contratos comerciais em 1994, é uma experiência jurídica curta, mas que se

demonstrou indiscutivelmente proveitosa. A repercussão foi tão grande que três anos após o lançamento já se iniciaram os trabalhos com vistas a uma próxima edição que ficou pronta dez anos após a primeira, se tornando em menos de uma década uma referência nos estudos do Direito do Comércio Internacional.

Com relação aos Princípios Contratuais Europeus, o impacto causado foi igualmente grandioso. O lançamento de sua Parte III conclui um trabalho empreendido por diversos juristas europeus de todo o continente ao longo de quase vinte anos. Por se tratar de um trabalho de um alto rigor jurídico e representar de maneira muito boa o cenário contratual europeu, isto é, uma *Lex mercatoria* europeia compatível todas as peculiaridades que uma conjuntura comunitária faz surgir, os PECL desde o momento de sua finalização em 2001 disponibilizaram uma prestativa ferramenta às arbitragens comerciais que tenham como objeto relações comerciais dentro da União Europeia e ao trabalho das cortes nacionais e comunitárias, isso sem mencionar que pode servir como uma fonte de inspiração para a evolução do Direito Privado de diversos países.

Este último efeito é aquele que mais torna próximo o objetivo de harmonização do Direito Privado no continente, vindo em auxílio à tarefa já desempenhada pelas diretivas comunitárias. Interessante é esta função das consolidações da *Lex mercatoria*, que por não serem dotadas de cogência, implementam essa harmonização no Direito Contratual fazendo com que os sistemas jurídicos convirjam neste ponto, tornando-os aptos a serem utilizados em um mundo globalizado, ao mesmo tempo em que preservam o núcleo da identidade jurídico-cultural de todos os países. Não traz aquele traço violento que toda a imposição de um modelo ou fórmula traz, soando como uma ode ao direito à diversidade e ao respeito à diferença⁵²¹.

A consagração da utilização de modelos jurídicos “*soft law*”, como é o caso das consolidações da *Lex mercatoria*, viabiliza o ideal de unificação concebido por Rodolfo Sacco, que é através da circulação dos modelos jurídicos por toda a Europa. Essa dinâmica de troca de experiências jurídicas abrange também as regras de direito positivo, sendo um procedimento histórico que desde que foi iniciado jamais parou, é potencializada quando a abordagem recai sobre os contratos, que naturalmente representam um instrumento de harmonização em

⁵²¹ MATTEI, U DI ROBILANT, A., *The Art and the Science of the Critical Scholarship. Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, p. 56.

toda a práxis jurídica. O contrato é o instrumento pelo qual mais facilmente se incorporou elementos econômicos e financeiros dentro do Direito. A tensão existente entre a dimensão internacional e nacional do contrato em virtude do surgimento de organizações pós-nacionais como é o caso da União Européia, faz com que a convergência de sistemas jurídicos se desenvolva naturalmente. Somando-se tudo isto à diversidade dos meios de comunicação existentes atualmente, o Direito automaticamente se globaliza⁵²².

Este fenômeno que se verifica atualmente é chamado por Guy Canivet de o “paradoxo da convergência pelo afrontamento”, em que é exatamente da afirmação da diversidade dos inúmeros direitos nacionais é que nasce a tendência de sua aproximação. Por este paradoxo, a ordem pública de cada país desempenha uma função integradora. A ordem pública ao exercer a função de filtro dentro de uma dada ordem jurídica em relação a julgamentos proferidos no estrangeiro, ao mesmo tempo exerce uma função comparativa/construtiva de absorção de elementos jurídicos provenientes de outra jurisdição, estabelecendo um primeiro consenso a cerca de um direito comum, dando uma demonstração da referida convergência dos sistemas jurídicos⁵²³.

Um grande mérito que os Princípios Contratuais Europeus detém é que, dentro deste processo de europeização, desenvolveu um sistema de governança contratual distinto daquele classicamente concebido. Os PECL concebem um Direito Contratual não embasado em uma relação dualística entre esfera nacional e internacional, mas um contrato adaptado à nova realidade em que se tem uma nova entidade política, econômica e social (União Européia) à qual os países, antes absolutamente soberanos, são membros e devem trabalhar de forma coordenada⁵²⁴. Mais do que um trabalho “filantrópico” de diversos juristas europeus, os PECL são uma abordagem evolucionária e crítica deste processo⁵²⁵.

Porém, mesmo produzindo esses resultados que representam um progresso nos estudos e na prática do Direito Privado, podem esses conjuntos de regras e princípios privados resultar em (re)construções jurídicas que podem não exatamente significar um avanço para a ciência jurídica como um todo, como é o

⁵²² DESCHEEMAEKER, E., *Fault-il codifier le droit privé européenne des contracts ?*, p. 818-819.

⁵²³ CANIVET, G., *La Convergence des Systèmes Juridiques du Point de Vue du Droit Privé Français*, p. 59-61.

⁵²⁴ RIEDL, K., *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*, p. 74.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 77.

que se verifica na tendência recodificadora do Direito, que será objeto de apreciação na seqüência.

6.2.2

Recodificação do Direito Privado

Este tópico se propõe a discutir um dos temas mais palpitantes da atualidade em torno das ciências jurídicas, com especial ênfase em território europeu, que é o processo de recodificação do Direito Privado. Além do critério atualidade, esta discussão é absolutamente pertinente dentro da perspectiva invocada dentro deste trabalho, que é a análise das consolidações da *Lex mercatoria* como contribuição para a harmonização do Direito Contratual, pois os Princípios Contratuais Europeus consignam expressamente em sua introdução que um de seus objetivos é servir de base para um eventual código de contratos europeu que venha a ser adotado no futuro⁵²⁶.

Porém, a primeira idéia em torno de uma recodificação europeia nos últimos anos não é nenhum projeto que venha ser um derivado dos PECL. A idéia de um código europeu dos contratos foi defendida pela primeira vez em 1990, em Pavia, Itália, por Giuseppe Gandolfi. Em 1992, nesta mesma cidade, foi fundada a

⁵²⁶ LANDO, O; BEALE, H., *Principles of European Contract Law – Parts I and II*, p. xxiii.

*Accademia dei Giusprivatisti Europei*⁵²⁷, que iniciou seus trabalhos em 1995, sob a liderança de Gandolfi.

Como objetivos, a Academia se destina a contribuir, mediante pesquisas científicas, para a unificação do Direito Privado na Europa e promover o desenvolvimento de uma cultura jurídica europeia. Com o fim de atingir estes objetivos, apresentou este grupo em 1999 um anteprojeto de código europeu dos contratos, a qual trazia uma verdadeira teoria geral dos contratos⁵²⁸. Versava praticamente sobre os mesmo tópicos que são trabalhados nos UPICC e PECL, só que sob um formato codificado.

O livro primeiro deste código foi originariamente redigido na língua francesa, sendo em 2002 traduzido para o alemão, inglês, espanhol e italiano. O conteúdo está disposto em 173 artigos, divididos em 11 títulos. É o fulcro desse código dos contratos oferecer uma verdadeira unificação à matéria dentro da União Europeia, regulando o mercado comum e sendo compatível com todos os países-membros, projetando um ordenamento jurídico europeu de acordo com as necessidades do século XXI⁵²⁹.

Ressalta Giuseppe Gandolfi que este primeiro livro, assim como os demais que os seguirão no futuro, não é um código que objetiva a construção de princípios comuns, mas sim de soluções comuns e de concretizar o interesse previamente delineado pelas partes no contrato. Destarte, muitas disposições clássicas na maioria dos códigos civis nacionais que versam, por exemplo, sobre validade do contrato, adimplemento ou inadimplemento foram modificadas para que pudessem atingir este fim⁵³⁰.

Atualmente, dentro deste viés codificador, o grupo que se faz merecedor de atenção é o *Study Group on a European Civil Code* (SGECC), liderados pelo professor Christian Von Bar. Criado em 1998, este grupo pretende dar continuidade aos trabalhos anteriormente empreendidos pelo grupo capitaneado

⁵²⁷ Os sócios fundadores da referida Academia, além de Giuseppe Gandolfi (Itália), são: Antonio Brancaccio (Itália), José Luiz de los Mozos (Espanha), Peter Stein (Reino Unido), Alberto Trabucchi (Itália), André Tunc (França), Franz Wieacker (Alemanha).

⁵²⁸ PEREIRA, T. S., *Proposta de reflexão sobre um código civil europeu*. Disponível em: <http://www.oa.pt/genericos/detalheArtigo.asp?idc=3314&scid=25208&ida=25409>, acesso em 07 mar. 2005;

⁵²⁹ Para maiores informações sobre o Grupo de Pavia e sua Academia, acessar: <http://www.accademiagiusprivatistieuropei.it/>

⁵³⁰ GANDOLFI, G., *Per l'unificazione del diritto in Europa: "Il Codici Europeo dei Contratti"*, p. 360.

por Ole Lando e que resultou na produção dos Princípios Contratuais Europeus. Aliás, essa continuidade não é algo casual, mesmo porque muitos dos membros que integraram a Comissão Lando fazem parte atualmente do Grupo de Estudos para o Código Civil Europeu⁵³¹.

As atividades deste grupo encontram-se respaldadas em duas resoluções do Parlamento Europeu, a OJ C 158/400 de 1989 e a OJ C de 1994, que já faziam referência à necessidade de se iniciar os preparativos para a criação de um Código Civil Europeu, em que pese em resoluções seguintes, como a que trata da aproximação entre o Direito Civil e Comercial dos países-membros de 2001, o uso dessa expressão já tivesse sido abandonado⁵³².

O SGECC é constituído por diversos “*working teams*”, que são equipes espalhadas pelo território europeu, constituídas por jovens juristas que discutem um ramo do Direito Privado sob a supervisão de um grande jurista, que após realizarem os primeiros esboços das regras, às submetem ao Conselho Consultivo para posterior aprovação, que ainda será remetido a um Conselho de Redação.

Este grupo tem em mente que a possibilidade de se atingir uma unificação do Direito Privado na Europa é através da adoção de um código civil de proporções comunitárias. Como ferramentas para a viabilização desse projeto, são considerados os quase dois séculos de experiência europeia com a codificação, mais tudo aquilo que foi discutido e consolidado por conta dos Princípios Contratuais Europeus⁵³³.

Para muitos, conforme já suscitado anteriormente, a próxima etapa a ser atingida na busca da harmonização do Direito Privado passa necessariamente por sua recodificação. Neste ponto retorna-se à velha discussão de qual seria o modelo de europeização a ser adotado, o confronto entre Savigny e Thibaut, entre a escola cultivadora e a escola codificadora.

Seguindo a europeização opcional (“*optional europeanisation*”), inexistiria qualquer esforço estatal ou comunitário adicional para que a matéria fosse unificada, preservando os ordenamentos jurídicos enquanto unidades

⁵³¹ Para maiores informações sobre o andamento dos trabalhos de produção do citado Código Civil Europeu, ver: <http://www.sgecc.net/>.

⁵³² VON BAR, C; DROBNIG, U., *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, p. 32.

⁵³³ PEREIRA, T. S., *Proposta de reflexão sobre um código civil europeu*. Disponível em: <http://www.oa.pt/genericos/detalheArtigo.asp?idc=3314&scid=25208&ida=25409>, acesso em 07 mar. 2005;

culturais pertencentes aos povos, sendo que qualquer movimento em prol de uma convergência surgiria naturalmente das necessidades do mercado comum ou dos usos e práticas jurídicas⁵³⁴.

Já por uma europeização impositiva (“*mandatory europeanisation*”), na qual a unificação do Direito Privado seria atingida mediante a revogação total ou parcial das disposições nacionais a respeito em prol da adoção de um código civil único para toda Europa. Os principais argumentos em torno desta corrente são de ordem econômica, em que vincula intrinsecamente o desenvolvimento da União Européia em todas as suas vertentes ao desenvolvimento do mercado comum, e que um Direito Contratual uniforme seria um caminho mais fácil para progresso e a riqueza atingissem todo o continente⁵³⁵.

A europeização opcional, através dessa harmonização lenta e gradativa, é sem dúvida nenhuma aquela de mais fácil adaptação para juristas e sociedade de uma forma geral. Porém, necessitará um longo prazo para que o continente europeu usufrua deste processo. Como exemplo para esta situação, Ole Lando cita os casos da Inglaterra e da Escócia, que vivem sob o Reino Unido há mais de trezentos anos, falam a mesma língua, praticamente comungam da mesma cultura e, no entanto, cada um possui um sistema jurídico diverso do outro. Desafio será agregar este ideal de harmonização a uma União Européia com vinte sistemas jurídicos e mais de onze línguas diferentes⁵³⁶.

A empreitada do código civil europeu foi assumida pelo fato dessa harmonização opcional, liderada por esses trabalhos acadêmicos privados que geram uma verdadeira reflexão sobre os novos rumos do Direito Privado serem insuficientes para sensibilizarem os legisladores sobre esta necessidade. Assim, para que valores contratuais contemporâneos, como aqueles contidos nos Princípios Lando, efetivamente entrassem em vigor, se faz necessário um novo código civil, agora com a chancela da União Européia⁵³⁷.

Um dos argumentos em prol da idéia do código civil europeu é que a coexistência de diversos direitos contratuais em solo europeu impõe necessariamente uma competição entre eles rumo ao desenvolvimento. Se for tomado sob o ponto de vista operacional, essa diversidade de tratamentos jurídicos

⁵³⁴ LANDO, O., *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*, p. 60.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 68.

⁵³⁷ RIEDL, K., *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*, p. 79-80.

representa um custo adicional para os agentes do mercado, mesmo porque além de ter que saber trabalhar com vinte ordenamentos jurídicos diferentes presentes na Europa, dependendo de sua atividade profissional, precisa estar preparada para lidar também com uma diversidade internacional⁵³⁸.

As incongruências na formação de um mercado comum europeu são diretamente decorrentes da falta de uniformidade dentro do Direito Contratual em todo o continente. Para que a formação do referido mercado aconteça seria indispensável que o Direito Privado sofresse alguma forma de unificação, que propiciasse às famílias jurídicas até então divergentes buscar uma forma de conciliação, que seria o código, ponderando para tanto diversos fatores e elementos envolvidos nessa discussão, como necessidade de mercado, experiência acumulada pela utilização de instrumentos contratuais internacionais e privados, e ainda legislação nacional e comunitária⁵³⁹.

Muitas das críticas ao projeto do código civil europeu encontram apoio simplesmente no receio dos juristas de se trabalhar com algo novo em relação à sua rotina, como uma espécie de “fantasma do desconhecido”⁵⁴⁰. A inserção na ordem jurídica europeia de um código civil continental, segundo Ulrich Drobnig, não seria algo muito traumático. Inexistiria a necessidade da elaboração de um novo plexo de regras comunitárias para que a codificação pudesse ser recepcionada. Destarte, toda a legislação proveniente da União Europeia subsistiria, substituindo-se apenas aqueles dispositivos que com o decorrer do tempo se mostrem desatualizados ou obsoletos, o que já ocorre nos dias atuais⁵⁴¹.

Há que se ficar claro que a idéia de um código civil europeu visa apenas oferecer uma regulação mais uniforme às matérias de Direito Privado, em hipótese nenhuma se aventando a usurpação de função constantes nas constituições nacionais ou da União Europeia⁵⁴². Até como uma forma de se preservar a carga histórico-cultural que as legislações locais possam possuir, o código civil europeu conviveria com os códigos civis nacionais. Uma segunda hipótese para a preservação destes valores seria restringir as matérias abordadas

⁵³⁸ WAGNER, G., *The economics of harmonization: The case of contract law*, p. 1013-1014.

⁵³⁹ BASEDOW, J., *A Common Contract Law for the Common Market*, p. 1193-1194.

⁵⁴⁰ ALPA, G., *European Community Resolutions and the Codification of 'Private Law'*, p. 328.

⁵⁴¹ DROBNIG, U., *Scope and general rules of a European civil code*, p. 489.

⁵⁴² GAMBARO, A., *Perspectives on the codification of the law of property: an overview*, p. 498.

pelo código europeu, limitando sua atuação, por exemplo, ao Direito Contratual e Patrimonial⁵⁴³.

Um outro aspecto que facilitaria absorção da novel codificação europeia é o fato de que esta só seria aplicável no âmbito da União Europeia, isto é, em relações envolvendo dois ou mais países europeus. Para relações jurídicas de Direito Privado internas, poder-se-ia continuar aplicando a atual legislação nacional que versa sobre a matéria⁵⁴⁴.

Porém, se a escolha for substituir os direitos nacionais inteiramente pelo código civil europeu, o que certamente será no mínimo polêmico, indiscutível será o aumento da importância do código e o benefício da simplicidade de suas disposições e da eficácia que isto trará, além de uma melhor funcionalização do mercado comum. Saliente-se que uma divisão de competências entre um código comunitário e outro nacional poderia também acarretar uma série de problemas⁵⁴⁵.

Assim como aquilo que é produzido ou compilado por outros grupos, como por exemplo o grupo do *Common Core*, podem ser de grande valia para a implementação dos Princípios Contratuais Europeus⁵⁴⁶, este material pode ser da mesma forma útil para uma futura codificação europeia, pois ao se trabalhar com o que já há de comum do Direito europeu, tem-se um marco inicial para se desenvolver a codificação e evitaria qualquer tipo de atropelos e equívocos dentro de um período de transição⁵⁴⁷.

Sobre a codificação do Direito Privado na Europa, Walter Van Gerven adota um posicionamento favorável, porém com ressalvas. Quanto a sua necessidade, o referido autor não diverge, mas quanto à abrangência e à profundidade de tratamento conferido pelo código civil europeu dependerá da matéria que especificamente estará tratando, podendo o tratamento variar desde uma pequena aproximação até uma uniformização completa.

Questões como estas da abrangência e da profundidade devem ser amplamente discutidas por toda a comunidade europeia, com grande envolvimento dos cidadãos através de uma participação democrática nas decisões

⁵⁴³ DROBNIG, U., *Scope and general rules of a European civil code*, p. 492-493.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 492.

⁵⁴⁵ GRAZIANO, T. K., *Le future de la Codification du droit civil en Europe: harmonisation des anciens Codes ou création d'un nouveau Code ?*, p. 08-09.

⁵⁴⁶ BUSSANI, M; MATTEI, U., *The Common Core Approach to European Private Law*, p. 339 et seq.

⁵⁴⁷ MATTEI, U., *A transaction costs approach to the European Code*, p. 540.

a serem tomadas a respeito. Como complemento, a uniformidade de tais disposições só poder-se-á ser garantida se houver da mesma forma uma uniformidade na interpretação dos dispositivos do código civil europeu. Para tanto, caberá à Corte de Justiça Européia desempenhar esta função em um primeiro momento e os tribunais nacionais seguirem o posicionamento adotado pela esfera comunitária em um segundo momento⁵⁴⁸.

Jürgen Basedow, ao imaginar que um processo de codificação do Direito Privado Europeu não estaria completo antes de vinte ou trinta anos, aponta como primeiro passo a ser dado neste sentido seria a elaboração de um esboço do código por juristas europeus, tomando como base os *restatements* já existentes, sendo posteriormente aprovados pelas autoridades comunitárias. Já em um segundo momento compreenderia o ajuste dos sistemas jurídicos nacionais ao aprovado código civil europeu, constituindo-se este em um período de transição não apenas para os legisladores nacionais, mas também para a prática e ensino jurídico. Como última etapa ter-se-ia a tomada de todas as medidas necessárias por parte dos países-membros para a efetiva adoção do código civil, que poderia ser auxiliada mediante a elaboração de regras de transição⁵⁴⁹.

Em que pese o código civil europeu ser uma iniciativa que vise uniformizar o Direito Privado na Europa, este não permaneceria fechado para as demais fontes do Direito. A *Lex mercatoria*, neste sentido, desempenharia papel preponderante, fornecendo elementos para a aplicação do código quando este apresentar regras desatualizadas ou quando não oferecesse disposições que pudessem tutelar dada situação contratual. Ocupando uma função principal, pode a *Lex mercatoria* substituir o código civil europeu nas relações jurídicas que envolverem uma parte européia e outra não-européia⁵⁵⁰.

De uma forma geral, os benefícios que regularmente são vinculados a esta recodificação do Direito Privado na Europa são de que desta forma criaria uma nova estrutura jurídica para o mercado interno, simplificando as relações jurídicas e facilitando as operações que ocorreriam no seu bojo; seria um ponto comum de referência tanto para o ensino do Direito em território europeu quanto para a prática jurídica; facilitação de informações a respeito do Direito Europeu;

⁵⁴⁸ VAN GERVEN, W., *A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?*, p. 499-500.

⁵⁴⁹ BASEDOW, J., *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 48-49.

⁵⁵⁰ LANDO, O., *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, p. 401-402.

eliminação dos conflitos existentes entre os ordenamentos jurídicos europeus, e; construção de uma base para um pensamento jurídico sistematizado, conferindo a flexibilidade necessária ao Direito Privado^{551 552}.

Porém, a motivação econômica para a elaboração de um código civil europeu para que se tenha um Direito Contratual unificado encontra pelo menos três tipos de objeções. A primeira é que esta vinculação entre mercado comum e direito contratual uniforme não é empiricamente comprovada⁵⁵³. Segundo, em relações de consumo travadas entre fornecedores e consumidores de países diversos, a principal preocupação destes últimos é em relação ao preço pago pela mercadoria, e não qual o direito aplicável à relação, bem como os fornecedores estão muito mais preocupados com fatores jurídicos diversos (impostos) ou até mesmo extra-jurídicos do que certas nuances contratuais⁵⁵⁴.

Com efeito, a visão dos defensores do código civil europeu se assemelha em muito à concepção reinante na Alemanha, durante o século XIX, por ocasião da elaboração do Código Civil alemão. O referido código era o símbolo da ascensão do Estado nacional alemão (“*Reich*”). Destarte, imaginam os “neocodificadores” que o código civil europeu possa desempenhar um papel semelhante em relação à União Européia⁵⁵⁵. Porém, esta idéia de que um código civil como este poderia chacoalhar o *status quo* europeu é falsa. O código civil enquanto forma de revolução jurídica é uma idéia totalmente ultrapassada, não passando de uma idéia moderna racionalista extremada⁵⁵⁶.

O processo que levou à descodificação do Direito Privado foi motivado por demandas que funcionalizaram o contrato de uma maneira irreversivelmente transnacional. Em comparação ao contrato enquanto instrumento guardado dentro de uma codificação, alguns fatores podem ser apontados como responsáveis por esta guinada na matéria: a expansão do comércio internacional; o surgimento dos

⁵⁵¹ BASEDOW, J., *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, p. 43.

⁵⁵² ALPA, G., *European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law’*, p. 327.

⁵⁵³ Complementando esta mesma idéia, LEGRAND, P., *On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations*, p. 66, cita o exemplo dos Estados Unidos e Canadá, em que a constituição do mercado comum se deu sob uma diversidade jurídica e esta se mostrou perfeitamente compatível com o desenvolvimento econômico.

⁵⁵⁴ DESCHEEMAEKER, E., *Fault-il codifier le droit privé européenne des contracts ?*, p. 823.

⁵⁵⁵ JOERGES, C., *Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law*, p. 67

⁵⁵⁶ MATTEI, U DI ROBILANT, A., *The Art and the Science of the Critical Scholarship. Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, p. 57.

contratos de massa; o fortalecimento de categorias contratuais específicas, como o contrato de consumo; exigência de respeito a valores de justiça social nas relações contratuais privadas e etc⁵⁵⁷.

Por mais que uma nova codificação traga algum benefício, em decorrência da uniformidade que existiria na matéria contratual, inevitáveis também serão os sacrifícios que a sociedade europeia terá que se submeter ao ter suas relações novamente regidas pela figura unitária do código. Independente de qual cultura jurídica seja privilegiada com a nova codificação, ocorrerá um indesejado retorno a um formalismo contratual típico do século XIX, conferindo um caráter anacrônico ao Direito, incompatível com os valores democráticos e sociais defendidos pela União Europeia⁵⁵⁸.

Estes projetos unificadores, segundo Pierre Legrand, deveriam se propor a explicitar à comunidade jurídica europeia que o Direito quando aplicado inevitavelmente irá se diferenciar em alguns pontos, em diferentes jurisdições, e que essas diferenças que se verificam em um determinado país ou outro são perfeitamente aceitáveis. Ao invés de se proporem a trabalhar sob uma visão aprofundada como esta, o que se constata é uma miscelânea de iniciativas que apenas querem deixar a mensagem que a diversidade jurídico-cultural é um falso problema⁵⁵⁹.

A adoção de um código civil europeu não é somente maléfica por impor regras diferentes daquelas vivenciadas cotidianamente pela *common law*, mas também por impor uma diferente mentalidade e um diferente *law-making power*. Por isso, a rejeição à adoção de tal codificação não passa por qualquer sentimento de vaidade, mas por uma questão de estarem sob confronto duas lógicas jurídicas. Enquanto um sistema trabalha sob uma lógica indutiva, outro trabalha sob a lógica dedutiva, sendo um dos grandes motes de tal controvérsia^{560 561}.

⁵⁵⁷ RIEDL, K., *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*, p. 77.

⁵⁵⁸ WILHELMSSON, T., *Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?*, p. 84-86.

⁵⁵⁹ LEGRAND, P., *On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations*, p. 63.

⁵⁶⁰ ZENO-ZENCHOVICH, V., *The 'European Civil Code', European legal traditions and neo-positivism*, p. 356.

⁵⁶¹ Em que pese reconheça a existência deste problema de incompatibilidade, para Ibid., p. 361, diferentemente de Pierre Legrand, este problema está longe de ser considerado como algo intransponível. Aliás, cita aquele como uns dos principais exemplos de aproximação entre os dois sistemas tanto os Princípios Contratuais Europeus como os Princípios Unidroit para os contratos comerciais internacionais.

Basil Markesinis defende que para que se possa realmente compreender um sistema jurídico estrangeiro, deve-se primeiramente “desconstruí-lo” para posteriormente “reconstruí-lo” de forma que seu entendimento se torne mais acessível ao comparatista que assim procede. Para o referido autor britânico, a realização de um código civil não pode ser uma prioridade para União Européia, por se tratar de algo pouco realístico para o momento atual da Europa⁵⁶².

Em acréscimo às poucas possibilidades de sucesso do mesmo, para que um código possa ser promulgado, é insuficiente que apenas em um ou dois ramos do Direito Privado haja uma identidade tal entre os diversos ordenamentos jurídicos europeus que torne viável uma uniformização. Para se produzir um código dessas proporções, deve existir uma correspondência em todos os segmentos do Direito Privado. Outro aspecto que passa ao largo da preocupação dos codificadores é o fato que não se pode mais considerar o Direito Privado isolados dos demais ramos jurídicos, mesmo porque o esfacelamento da dicotomia entre Público e Privado e a publicização do Direito Privado vêm apenas confirmar esse pensamento. Uma outra preocupação, mais de ordem prática, é como esse código deve ser elaborado, para que possa ser perfeitamente aceito por todas as culturas jurídicas⁵⁶³.

Consolidações como os PECL ou os UPICC exercem uma importante função de correção dentro do Direito Contratual comunitário e internacional. Ao mesmo tempo em que as diretivas européias trabalham estabelecendo paradigmas a serem respeitados nas relações contratuais européias (as convenções internacional desempenham função semelhante em âmbito mundial), estes conjuntos representativos de regras e princípios da *Lex mercatoria* suprem muitas vezes a incapacidade dos direitos privados nacionais na remodelagem do Direito Contratual⁵⁶⁴. Neste sentido, assim opina Basil Markesinis:

“Diretivas e outras formas de convenções não são os únicos meios de se atingir um nível de harmonização desejado. Conforme exposto, minhas propostas para promover alguns dos objetivos assinalados são embasadas em uma abordagem multifuncional. Disponibilizar aos agentes do comércio um conjunto de regras privadas com as quais se pode, se assim as partes entenderem como conveniente, incorporá-las às suas transações, contando com muitas das vantagens de um código ou códigos só que sem as suas desvantagens. Por esta razão, este caminho deveria ser seguido. Tais ‘leis modelos’, se fossem adotadas pelas partes, assim

⁵⁶² MARKESINIS, B., *Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity*, p. 519.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 520-522.

⁵⁶⁴ RIEDL, K., *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*, p. 78;

seriam por idealizarem uma regulação contratual de forma clara e razoável, e não por serem impostas verticalmente por um legislador supranacional em busca de soluções. Estas leis modelos não teriam que se conformar às regras nacionais de produção legislativa, o que provocaria menos contestações a respeito de seu uso. Se por acaso se demonstrassem de pouca utilidade prática ou ainda com o decorrer do tempo requisitasse certos retoques, estes poderiam ser feitos pela mesma via privada pelas quais foram concebidos. Penso que este é o maior elogio que o projeto Lando pode receber”⁵⁶⁵.

Ugo Mattei e Anna Di Robillant afirmam que se poderia enxergar esta controvérsia não algo apenas de ordem jurídica, mas pode ser encarado também como um confronto de posições políticas. Nesta dicotomia, há uma disputa entre modernistas e pós-modernistas. Os pós-modernistas prezam pelo respeito das identidades e pelo pluralismo de estilos e linguagens, enquanto os modernistas revivem um ideal universalista de unificação, o que tornaria a Europa mais forte. Porém, as questões que cercam este processo de codificação passam ao largo de serem apenas decidida com decisões políticas⁵⁶⁶. O Direito europeu, dentro desta perspectiva comunitária, extravasou os limites do Estado-nação e é primordialmente um “Direito de colisões” (“*Kollisionsrecht*”). Presencia a Europa uma tensão existente entre uma idéia de integração que reflete um ideal de mercado funcionalista e uma lógica normativa de justificação presentes nos países-membros⁵⁶⁷.

Por mais que um código civil seja “adotado”, em uma estrutura supra-estatal como a União Européia indiscutivelmente ele terá uma conotação de imposição, assim como toda a sistemática totalizante e antiquada a qual exprime. Esta idéia de eliminação de diferenças através do Direito pode ser algo muito

⁵⁶⁵ MARKESINIS, B., *Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity*, p. 523: “Directives and other forms of conventions are not the only ways of achieving a greater degree of harmonisation. As stated, my proposals to promote some of underlying aims are based on a multi-track approach. Providing businessmen with a set of unofficial rules which they can, if they wish, incorporate into their transactions, has many of the advantages of a code or codes without some of their disadvantages. This path, too, must be pursued. Such ‘model laws’ if they are adopted by the parties, will be adopted because they have devised a clear and workable regime and not because they have been imposed from above by some remote, supra-state legislator striving for funded solution. Such model laws do not have to comfort with national drafting techniques and thus are likely to arouse less opposition. And if they prove unworkable or, with the passage of time are in need of fine tuning, that could be done in the unofficial way in which they were born in the first place. That, I think, is the best accolade one can give to the Lando project.”

⁵⁶⁶ MATTEI, U DI ROBILANT, A., *The Art and the Science of the Critical Scholarship. Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, p. 55-56.

⁵⁶⁷ JOERGES, C., *Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law*, p. 70-71.

perigoso, pois esta estratégia pode representar um verdadeiro retrocesso na história de conquistas da liberdade humana⁵⁶⁸.

O código enquanto formação jurídica pressupunha fatos desencadeados em uma ordem perfeita, um mundo fechado em sua realidade, uma legislação auto-suficiente. O código cria o fato e a regra para este fato, e tudo aquilo que não está previsto como “fato” é porque extrapola os limites do código, logo, não merece receber tratamento jurídico⁵⁶⁹. A percepção jurídica advinda do código é incapaz de compatibilizar diversos sistemas jurídicos, mesmo porque a adoção de um modelo já demonstra uma supremacia em relação ao outro e uma impossibilidade de conferir a tutela jurídica adequada para que a multiplicidade jurídico-cultural possa se manifestar.

A imposição de um código civil comunitário não apenas viola a diversidade e a cultura jurídica de cada país-membro, como também se constitui em um verdadeiro contra-senso em relação a toda lógica que levou à construção da União Européia até os dias atuais. A própria formação de um mercado só é algo viável diante de uma estrutura paraestatal flexível, e não estática tão bem representada pela figura monolítica do código. Quando os próprios PECL definem dentro de seus objetivos gerais que estes princípios serão aplicáveis quando as partes assim acordarem⁵⁷⁰, bem como todo o legado deixado pela *Lex mercatoria* em sua formação, constata-se que é muito mais apropriado por sua natureza liderar um processo de harmonização opcional do que ser a semente de um procedimento de uniformização continental^{571 572}.

⁵⁶⁸ LEGRAND, P., *On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations*, p. 67.

⁵⁶⁹ DESCHEEMAEKER, E., *Fault-il codifier le droit privé européenne des contracts ?*, p. 810-811.

⁵⁷⁰ Art. 1:101 (2) PECL.

⁵⁷¹ RIEDL, K., *The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint*, p. 80-81.

⁵⁷² Dentro desta mesma perspectiva, *Ibid.*, p. 81-82, faz uma comparação dos PECL com os *restatements* norte-americanos: “*If considered in this narrow way, the work of Lando-Commission resembles a famous example: that of American Law Institute (ALI). The ALI is a private organisation of lawyers working on a systematic set of legal rules common to all states of USA, published in several volumes: the Restatements of the Law. For, in the United States, as in the European Union, there are considerable differences between the contract laws of the individual states, and a common core has to be found. The American Law Institute began publishing Restatements as early as the beginning of the 1920s. This non-governmental, scientific initiative furthered a debate which has been based on common concepts and one common legal method. Without doubt a comparison between the Lando-Commission and the American Law Institute can be drawn; in fact, the Lando-Commission explicitly refers, in the introduction to the PECL Part I, to the Restatements as a model, and the PECL have been called ‘European Restatements’. Both initiatives provide solutions for lawyers and national courts in cases where their own law is silent or where their law is in need to reform, and such reform may be brought about by the courts.*”

Uma última crítica feita a este processo de recodificação do Direito Privado reside no fato de que o respeito à diversidade e à cultura são de fundamental importância para a compreensão do Direito na contemporaneidade. A existência de um “outro” Direito não implica necessariamente na rejeição ao ideal de convergência dos sistemas jurídicos na Europa. Aliás, é uma demanda da Pós-modernidade o respeito pelo outro, o que leva o Direito Comparado a refazer os seus conceitos e eliminar distinções do passado, transmutando-as para outras mais condizentes com um mundo globalizado⁵⁷³. Neste sentido, afirma Pierre Legrand que: *“De fato, a diversidade das tradições legais e a diversidade das formas de vida dentro do Direito representam a expressão da capacidade humana de escolha e auto-criação”*⁵⁷⁴.

What is important in the context of this essay is that the Restatements are not mandatory law. Thus, they are neither codified, nor enforced by any legislator. Nevertheless, the Restatements of the ALI are one of most influential authorities in American law. In particular, the Restatements on Contracts is one of most successful products of the ALI, being highly appreciated by lawyers, courts and federal legislators and enjoying ‘quasi-legislative’ authority”.

⁵⁷³ CURRAN, V. G., *On the Shoulders of Schlesinger: The Trento Common Core of European Private Law Project*, p. 78-79.

⁵⁷⁴ LEGRAND, P., *On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations*, p. 67: *“In fact, the diversity of legal traditions and the diversity of forms of life in the law they embody remain the expression of the human capacity for choice and self-creation”*.

7 Conclusão

Indiscutivelmente o Direito sofreu severas transformações a partir da segunda metade do século XX até o presente início do século XXI. Dentre as inúmeras transformações ocorridas no período pós-Segunda Guerra Mundial, dos quais se destacam ascensão e queda do Estado do Bem-Estar Social e movimentos de âmbito mundial como a globalização, uma das inovações que mais se destaca no segmento jurídico é o ressurgimento dos estudos da *Lex mercatoria*.

Ressurgimento porque como base histórica da atual *Lex mercatoria* considera-se as relações comerciais havidas na época de vigência dos cânones romano-jurídicos, em que a reiteração das atividades profissionais dos mercadores medievais acabou constituindo o *Ius mercatorum*. Desta forma, assim como a repetição das práticas jurídicas oriundas do Direito Romano por toda Europa formaram o denominado *Ius commune*, atualmente se alguma forma jurídica se disseminasse de tal forma pelo continente europeu ter-se-ia a formação de um novo *Ius commune*, tendo como base não o Direito Romano, mas sim na nova *Lex mercatoria*.

Ao se abordar a formação deste novo *Ius commune*, inevitavelmente a discussão recairá na mais recente das inovações significativas ocorridas no cenário internacional, que encontram origem nos usos e costumes do comércio internacional, que são as consolidações da *Lex mercatoria*.

Essas consolidações, inspiradas nos *restatements* norte-americanos, são trabalhos acadêmicos privados, sem vinculação governamental ou oficial nenhuma, que visam disponibilizar à comunidade internacional um conjunto de regras e princípios que reflitam com grande fidelidade a prática contratual e sistematizados de tal forma que sirvam como uma útil ferramenta para o crescimento do comércio internacional, objetivando sempre uma harmonização da matéria contratual. Os maiores exemplos de consolidações da *Lex mercatoria* são

os Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais (UPICC), que tiveram a primeira edição em 1994 e a segunda em 2004, e os Princípios Contratuais Europeus (PECL), que teve sua terceira e última parte apresentada em 2001.

Por esses dois exemplos, verificam-se as duas principais vertentes da harmonização contratual obtidas através do fenômeno da consolidação da *Lex mercatoria*. Seguindo a linha dos UPICC, tem-se a consolidação da chamada “macro” *Lex mercatoria*, a qual abrange os usos e costumes classicamente conhecidos, que são aqueles pertinentes à esfera do comércio internacional. Já por aquilo alinhavado pelos PECL, exemplifica-se a “micro” *Lex mercatoria*, que diferentemente da concepção “macro”, tem um campo de atuação bem mais restrito, não versando sobre os contratos aplicáveis em todo o mundo, mas apenas aqueles tidos dentro do continente europeu, mais especificamente na União Européia.

Em que pese estas vertentes apresentem algumas diferenciações muito claras, que em regra giram em torno do campo de aplicação que cada um desses *restatements* demonstra, estes dois corpos de regras e princípios privados apresentam disposições acerca de diversos aspectos contratuais extremamente semelhantes e objetivos muito parecidos, como as que tratam sobre os aspectos gerais, formação, validade, interpretação e conteúdo do contrato, do seu adimplemento e inadimplemento, cessão de direitos, transferência de contratos, compensação e prescrição. Essa verossimilhança entre ambos não é obra do acaso, mesmo porque os dois âmbitos de consolidação examinados são oriundos de um mesmo fenômeno jurídico, que é a *Lex mercatoria*.

A consolidação da *Lex mercatoria* destinada à harmonização do Direito Privado encontra-se estabilizada como fórmula jurídica para tal fim, fato este comprovado devido a grande repercussão que teve nos poucos mais de dez anos de sua existência, pelas interessantes relações de complementariedade que trava com os instrumentos comunitários da União Européia e convenções internacionais e ainda, principalmente, pela profunda reflexão que provocou em toda a comunidade jurídica mundial ao explicitar uma maneira de como o contrato pode ser gradualmente harmonizado nas suas mais diversas esferas e quão importante papel desempenhou a *Lex mercatoria* no tocante à atualização do instituto no

concernente às vicissitudes e necessidades do comércio internacional e da globalização.

Porém, a grande discussão nos círculos internacionais e privatistas é sobre qual a o real alcance da fórmula jurídica “consolidação da *Lex mercatoria*”. Para que o seu grande objetivo seja mais satisfatoriamente alcançado, isto é, a harmonização do Direito Privado, deveria esta, tanto em seu âmbito internacional quanto comunitário, ser mantida nos mesmos termos atuais, em que gradualmente a prática contratual adere ao uso de tais princípios e regras, fazendo com que esta adesão comum se constitua no ponto de convergência verdadeiro entre os mais diversos sistemas jurídicos existentes, almejando dessa forma uma futura unificação? Ou dever-se-ia tomar um posicionamento mais radical, considerando estas consolidações da *Lex mercatoria* como uma fase preliminar de uma segunda forma, que realmente atingiria a unificação em sua excelência, representados por um retorno à era das consolidações, mais concretamente representado pela adoção de código civil europeu?

Fazendo uso de todo o instrumental disponibilizado por um Direito Comparado pós-moderno, o qual deve prezar pela evolução da ciência jurídica nas sólidas bases do pluralismo, no direito à diversidade e no respeito à diferença, é indiscutível que a continuidade das consolidações da *Lex mercatoria*, submetendo estas sempre que necessário às suas periódicas atualizações, a fórmula que melhor congrega o ideal de harmonização e com o respeito à multiplicidade jurídico-cultural dos povos e seu direito nato de autodeterminação.

Os espécimes da *creeping codification*, justamente por não terem força de lei, ao contrário dos códigos, são aqueles cujos processos demonstram maior coerência em relação aos dois maiores postulados da *Lex mercatoria*, que são o da autonomia das partes e o da liberdade para contratar, além de serem mais condizentes com todo o ideário que construiu a União Européia e com os parâmetros atualmente exigidos dentro do comércio internacional. Esta nova fórmula traz a maioria das vantagens que estariam presentes em um processo de codificação, mas não porta boa parte das mazelas e limitações que o movimento codificador historicamente produziu em mais de duzentos anos de Modernidade.

8 Referências bibliográficas

ADAME GODDARD, Jorge. Hacia un Concepto Internacional de Contrato (o la Interpretación de la Palabra “Contrato” en los Principios de Unidroit). **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 15-32, 1998;

ALBERT, Mathias. Legalisation or Global Law Formation? On the Evolution of Law in World Society. **CENTRAL-conference on “Transnational Business in the Age of Globalization”**, Münster, 26 October 2001;

ALPA, Guido. European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law’. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 321-332, 2000;

_____. European Private Law: Results, Projects and Hopes. **European Business Law Review**, vol. 14, issue 3, p. 379-403, 2003;

_____. Harmonisation of Contract Law and the Plan for a European Civil Code. **European Business Law Review**, vol. 15, n.1, p. 33-40, 2003;

_____. The Meaning of “Natural Person” and the Impact of the Constitution for Europe on the Development of European Private Law. **European Law Journal**, vol. 10, n. 6, p. 734-750, November 2004;

_____. The Harmonisation of the EC Law of Financial Markets in the Perspective of Consumer Protection. **European Business Law Review**, vol. 13, issue 06, p. 523-540, 2002;

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução de Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980;

ANDERSEN, Mads Bryde. Electronic Commerce: A Challenge to Private Law? **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi, conferenze e seminari**, n. 32, Roma, 1998

AUER, Marietta. Good Faith: A Semiotic Approach. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 279-301, 2002;

BACKHAUS, Richard. The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 8.1, March 2004;

BANAKAS, Stathis. European Tort Law: is it Possible? **European Review of Private Law**, n. 3, p. 363-375, 2002;

BARON, Gesa. Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria? **Arbitration International**, vol. 15, n. 2, p. 115-130, 1999;

BASEDOW, Jürgen. A Common Contract Law for the Common Market. **Common Market Law Review**, vol. 33, issue 6, p. 1169-1195, 1996;

_____. Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid. **European Review of Private Law**, n.1, p. 35-49, 2001;

_____. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and German Law. **Gesellschaft für Rechtsvergleichung**. Disponível em: <http://www.wirtschaftsrecht.uni-freiburg.de/gfr/Bristol/Basedow/basedow.PDF>, acesso 27 set. 2005;

BEALE, Hugh. Unfair Terms in Contracts: Proposals for Reform in the UK. **Journal of Consumer Policy**, n.27, p. 289-316, 2004;

BERGER, Klaus Peter. Harmonisation of European Contract Law: the Influence of Comparative Law. **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 50, n. 4, p. 877-900, October 2001;

_____. **The Creeping Codification of the Lex Mercatoria**. The Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 1999;

_____. The *lex mercatoria* doctrine and the Unidroit principles of international commercial contracts. **Law and Policy in International Business**, vol. 28, issue 4, p. 943-990, Summer 1997;

_____. The Principles of European Contract Law and the concept of “Creeping Codification” of law. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 21-34, 2001;

_____. Transnational Commercial Law in the Age of Globalization. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi, conferenze e seminari**, n. 42, Roma, 2001;

BETLEM, Gerrit; HONDIUS, Ewoud. European Private Law after the Treaty of Amsterdam. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 03-20, 2001;

BLAIR, William; BRENT, Richard. A Single European Law of Contract? **European Business Law Review**, n. 7, p. 05-21, 2004;

BLANC-JOUVAN, Xavier. Reflections on “The Common Core of European Private Law” Project. **Global Jurists Frontiers**, vol. 1, issue 1, p. 01-08, 2001;

BLASE, Friedrich. Leaving the Shadow for the Test of Practice – On the Future of the Principles of European Contract Law. **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, n. 3, issue 1, p. 03-14, 1999;

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995;

BONELL, Michael Joachim. **An International Restatement of Contract Law**. 2. ed. New York: Transnational Publishers, 1997;

_____. A “restatement” of principles for international commercial contracts: an academic exercise or a practical need? **Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf – tomo 1**. Universidad Autónoma de México, p. 227-245, 1989;

_____. Do We Need a Global Commercial Code? **Dickinson Law Review**, n. 106, p. 87-100, 2001;

_____. Is it feasible to codify European Contract Law? **Working Paper n. 2**, Free University of Bozen, May 1999;

_____. The need and possibilities of a codified European contract law. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 505-518, 1997;

_____. The Unidroit Principles and Transnational Law. **Uniform Law Review**, p. 199-218, 2000;

_____. The Unidroit Principles in practice – The experience of the first two years. **Uniform Law Review**, p. 34-45, 1997;

_____. The Unidroit principles of international commercial contracts and CISG -- alternatives or complementary instruments? **Uniform Law Review**, n.26, p. 26-39, 1996;

_____. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 335-354, 2002;

_____. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? **Uniform Law Review**, n. 26, p. 229-246, 1996;

_____. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: towards a new *Lex Mercatoria*? **Revue de droit des affaires internationales**, n. 2, p. 145-163, 1997;

_____. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of Principles of International Commercial Contracts adopted by International Institute for the Unification of Private Law. **Uniform Law Review**, vol. IX, p. 05-40, 2004;

BUSCH, Danny. Indirect Representation and the Lando Principles. An Analysis of Some Problem Areas From the Perspective of English Law. **European Review of Private Law**, n. 3, p. 319-348, 1999;

BUSSANI, Mauro. ‘Integrative’ Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 85-99, 2000;

BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. The Common Core Approach to European Private Law. **Columbia Journal of European Law**, n.3, p. 339 et seq., 1998;

CAFAGGI, Fabrizio. Una *governance* per il diritto europeo dei contratti? CAFAGGI, Fabrizio. **Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?** Padova: CEDAM, p. 183-211, 2003;

CALLIESS, Galf-Peter. Coherence and consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report. **German Law Journal**, vol. 04, n. 04, p. 333-372, 2003;

_____. (Conflict) Principles of European (Consumer) Contract Law – an Update. **German Law Journal**, vol. 05, n. 08, p. 957-967, 2004;

_____. European Contract Law: Substance and International. Johann Wolfgang Goethe-Universität. **Fachbereich Rechtswissenschaft: Institut für Arbeits, Wirtschafts und Zivilrecht**. Frankfurt am Main, 22 april 2003;

CAMPANA, Marie-Jeanne. Vers un langage juridique commun en Europe ? **European Review of Private Law**, n. 1, p. 33-50, 2000;

CANIVET, Guy. La Convergence des Systèmes Juridiques du Point de Vue du Droit Privé Français. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 50-65, 2003;

CARBONNEAU, Thomas. A Definition of and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate. CARBONNEAU, Thomas E. **Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant**. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, p. 11-21, 1996;

CARUSO, Daniela. Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property. **European Law Journal**, vol. 10, n. 06, p. 751-765, November 2004;

CHAMBOREDON, Anthony. Form v Substance? An Ideological Venture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 237-247, 2000;

CHARPENTIER, Élise. L'émergence d'un ordre public... privé : une présentation des Principes d'Unidroit. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 355-374, 2002;

CIACCHI, Aurelia Colombi. Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships. **European Review of Private Law**, n. 3, p. 285-308, 2005;

COLLINS, Hugh. Editorial: The Future of European Private Law: an Introduction. **European Law Journal**, vol. 10, n. 06, p. 649-652, November 2004;

_____. Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 211-235, 2000;

_____. The Freedom to Circulate Documents: Regulating Contracts in Europe. **European Law Journal**, vol. 10, n. 06, p. 787-803, November 2004;

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. El Arbitraje y su Función en la Aplicación de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 253-264, 1998;

CURRAN, Vivian Grosswald. On the Shoulders of Schlesinger: The Trento Common Core of European Private Law Project. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 66-80, 2003;

D'ALFONSO, Giovanna. The European Judicial Harmonization of Contractual Law: Observations on the German Law Reform and 'Europeanisation' of the BGB. **European Business Law Review**, vol. 14, issue 6, p. 689-726, 2003;

DARANKAOUM, Emmanuel S. L'application des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 421-480, 2002 ;

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio E. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996;

DE HOON, Machteld W. Effective Unilateral Ending of Complex long-term Contracts. **European Review of Private Law**, n. 4, p. 469-490, 2005;

DELAUME, Georges R. The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts. CARBONNEAU, Thomas E. **Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant**. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, p. 111-132, 1996;

DESCHEEMAER, Éric. Fault-il codifier le droit privé européenne des contracts ? **McGill Law Journal/ Revue de Droit de McGill**, vol. 47, p. 791-853, 2002 ;

DONAHUE, JR, Charles. Medieval and Early Modern *Lex mercatoria*: An Attempt at the *probatio diabolica*. **Chicago Journal of International Law**, vol. 05, n. 01, p. 21-37, Summer 2004;

DROBNIG, Ulrich. Present and Future of Real and Personal Security. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 623-660, 2003;

_____. Scope and general rules of a European civil code. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 489-496, 1997;

EBERS, Martin. Company Law in Member States against the Background of Legal Harmonisation and Competition between Legal States. **European Review of Private Law**, n. 4, p. 509-518, 2003;

ESPIAU, Santiago Espiau. Unification of the European Law of Obligations and Codification of Catalan Civil Law. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 677-700, 2003;

FARNSWORTH. Allan E. Duties of good faith and fair dealing under the Unidroit principles, relevant international conventions, and national laws. **Tulane Journal of International and Comparative Law**, n.3, p. 47-63, 1995.

_____. The American Provenance of the UNIDROIT Principles. **Uniform Law Review**, n.2/3, p. 397-404, 1998;

FASSBERG, Celia Wasserstein. *Lex Mercatoria* – Hoist with its Own Petard? **Chicago Journal of International Law**, vol. 05, n. 01, p. 67-82, Summer 2004;

FERRARI, Franco. Remarks on the different methods in approaching liability for one's own acts on the occasion of the publication of Von Bar's *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 439-451, 1997;

FORTIER, L. Yves. The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future. **Arbitration International**, vol. 17, n. 2, p. 121-128, 2001;

GAILLARD, Emmanuel. Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? **Arbitration International**, vol. 17, n. 1, p. 59-72, 2001;

GALLO, Paolo. Changed Conditions and Problems of Private Adjustments. An Historical and Comparative Analysis. **European Review of Private Law**, n. 3, p. 285-302, 1998;

GAMA JR, Lauro. **Contratos Internacionais à luz dos Princípios do Unidroit 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and their Applicability in the Mercosur Countries. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 375-419, 2002;

GAMBARO, Antonio. Perspectives on the codification of the law of property: an overview. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 497-504, 1997;

_____. The Plan d'Action of the European Commission – A Comment. **European Review of Private Law**, n. 6, p. 768-781, 2003;

GANDOLFI, Giuseppe. **Per l'unificazione del diritto in Europa: "Il Codici Europeo dei Contratti"**. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/22.pdf>, acesso em 17 jan. 2006;

GARRO, Alejandro M. Armonización e Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi, conferenze e seminari**, n. 05, Roma, 1993;

GAUTRAIS, Vincent. Les Principes d'Unidroit face au contrat électronique. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 481-517, 2002;

GEBAUER, Martin. Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation. **Uniform Law Review**, n. 4, p. 683-705, 2000;

GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civile: la formation du contrat**. 3 ed. Paris: LGDJ, 1994;

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003;

GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2. ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995;

GLENN, H. Patrick. Harmony of Laws in the Americas. **University of Miami Inter-American Law Review**, n. 34, p. 223 et seq., 2003;

GOLDMAN, Berthold. Frontières du Droit et *Lex Mercatoria*. **Archives de philosophie du droit**, n. 9, p. 177-192, 1964;

_____. La lex mercatoria dans le contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives. **Journal du droit international (Clunet)**, p. 475-505, 1979;

_____. Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria*. **Études de Droit International en l'honneur de Pierre Lalive**. Basle : Helbing & Lichtenhan, 1993;

GOODE, Roy. Contract and Commercial Law: The Logic and Limits of Harmonisation. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 7.4, November 2003;

_____. Insularity or Leadership? The Role of United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law. **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 50, n. 04, p. 751-765, October 2001;

____. The Adaptation of English Law to the International Commercial Arbitration. **Arbitration International**, vol. 8, n. 1, p. 01-16, 1992;

GORDLEY, James. An American Perspective on the Unidroit Principles. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero** - Saggi, conferenze e seminari, n. 22, Roma, 1996;

____. **The Enforceability of Promises in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001;

GRAZIADEI, Michele. Comparative law, legal history, and the holistic approach to the legal cultures. **Rivista Critica del Diritto Privato**, anno XVII, n. 3, Settembre, 1999;

GRAZIANO, Thomas Kadner. **Le future de la Codification du droit civil en Europe: harmonisation des anciens Codes ou création d'un nouveau Code ?** Disponível em: <http://www.unige.ch/droit/bgb/Codification.pdf>, acesso em 17 jan. 2006;

GRUNDMANN, Stefan. Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can be the Sales Directive and the Sales Convention be so similar? **European Business Law Review**, vol. 14, issue 03, p. 237-257, 2003;

____. Information, Party Autonomy, Economic Agents in European Contract Law. **Common Market Law Review**, vol. 39, issue 2, p. 269-293, 2002;

____. The Optional European Code on the Basis of the *Acquis Communautaire* – Starting Point and Trends. **European Law Journal**, Vol. 10, n. 06, p. 698-711, November 2004;

____. The Structure of European Contract Law. **European Review of Private Law**, n. 4, p. 505-528, 2001;

HARTKAMP, Arthur S. Modernisation and harmonisation of contract law: objectives, methods and scope. **Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme**, vol. VIII, n. 1/2, p. 81-90, 2003;

____. **Perspectives for the Development of a European Civil Law**. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/hartkamp/perspectives_trento.htm, acesso em 27 set. 2005;

____. Principles of Contract Law. HARTKAMP, Arthur [et al]. **Towards a European Civil Code**. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1998;

____. The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 341-357, 1994;

HARTLIEF, Ton. Freedom and Protection in Contemporary Contract Law. **Journal of Consumer Policy**, n. 27, p. 253-267, 2004;

HEIRBAUT, Dirk. Feudal Law: The Real *Ius Commune* of Property in Europe, or: Should we Reintroduce *Duplex Dominium*? **European Review of Private Law**, n. 3, p. 301-320, 2003;

HENRY, Marc. L'actualité des règles transnationales. L'application des règles transnationales au fond du litige. L'aport de la jurisprudence arbitrale et des droits nationaux. **First European Colloquium hosted by Young Arbitration Practitioners. Current Issues Regarding Transnational Rules**. Paris, March 28th, 2003;

HESSELINK, Martijn W. Capacity and Capability in European Contract Law. **European Review of Private Law**, n. 4, p. 491-507, 2005;

_____. The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law? **European Review of Private Law**, n. 4, p. 397-419, 2004;

_____. The Politics of European Civil Code. **European Law Journal**, vol. 10, n. 6, p. 675-697, November 2004;

_____. The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission. **Global Jurists Frontiers**, vol. 1, issue 1, article 4, p. 01-68, 2001;

_____. The Structure of New European Private Law. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 6.4, December 2002;

HIGHET, Keith. The Enigma of the Lex Mercatoria. CARBONNEAU, Thomas E. **Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant**. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, p. 132-142, 1996;

HONDIUS, Ewoud H. Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi, conferenze e seminari**, n. 18, Roma, 1996;

_____. European Private Law – Survey 1998-2000. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 385-416, 2000;

_____. European Private Law – Survey 2000-2002. **European Review of Private Law**, n. 6, p. 865-900, 2002;

_____. European Private Law – Survey 2002-2204. **European Review of Private Law**, n. 6, p. 855-899, 2004;

_____. The Future of Self-Regulation in Consumer Matters on a European Level. **European University Institute**, Firenze, 25 October 2003;

____. The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis. **Journal of Consumer Policy**, n. 27, p. 245-251, 2004;

____. Towards a European Civil Code: the debate has started. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 455-464, 1997;

HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994;

JAGUSCH, Stephen. Transnational rules applied to the merits of a dispute – Recent Codification Efforts (UNIDROIT, Principles of European Contracts, CENTRAL Database). **First European Colloquium hosted by Young Arbitration Practitioners. Current Issues Regarding Transnational Rules**. Paris, March 28th, 2003;

JARAMILLO-VARGAS, Jorge. Lex mercatoria – a flexible tool to transnational trade law needs today. **Revista e-Mercatoria**, vol. 1, n. 2, p. 01-18, 2002;

JAYME, Erik. Langue et Droit. **XV^e Congrès International de Droit Comparé**, Bristol, 1998, Collection des Rapports, Bruxelles : Bruylant, 1999;

____. Multicultural Society and Private Law: German Experiences. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi, conferenze e seminari**, n. 33, Roma, 1999;

____. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **RT 759/24**, 1999;

JOERGES, Christian. Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law. **European Public Law**, vol. 11, issue 1, p. 63-84, 2005;

____. Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 01-16, 2000;

____. On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Justice-making Law for the EU Multi-level System. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 7.3, September 2003;

____. The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline. **European University Institute**, Working Paper LAW n° 2004/12, Firenze, November 2004; ou **Duke Journal of Comparative & International Law**, n. 14, p. 149-196, 2004;

JUENGER, Friedrich K. The Problem with Private International Law. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi, conferenze e seminari**, n. 37, Roma, 1999;

_____. The Unidroit Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contracts Choice-of-law. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit.** Universidad Nacional Autónoma de México, p. 229-236, 1998;

KADENS, Emily. Order within Law, Variety with Custom: The Character of the Medieval Merchant Law. **Chicago Journal of International Law**, vol. 05, n. 01, p. 39-65, Summer 2004;

KAHN, Philippe. La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses. **McGill Law Journal**, p. 413-427, 1992;

KARAMPATZOS, Antonis. Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 105-147, 2005;

KARSTEN, Jens; SINAI, Ali R. The Action Plano on European Contract Law: Perspectives for the Future of European Contract Law and EC Consumer Law. **Journal of Consumer Policy**, n. 26, p. 159-195, 2003;

KASIRER, Nicholas. The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles. **European Review of Private Law**, n. 3, p. 417-437, 2002;

KATZ, Avery Wiener. The economics of form and substance in contract interpretation. **Columbia Law Review**, vol. 104, p. 496-538, March 2004;

KENNEDY, Duncan. The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 07-28, 2001;

KERAMEUS, K. D. Problems of drafting a European Civil Code. **Review of European Contract Law**, n. 5, p. 475-482, 1997;

KOOPMANS, T. Towards a European Civil Code? **European Review of Private Law**, n. 4, p. 541-548, 1997;

KRONKE, Herbert. Congrès du 75^o anniversaire d’UNIDROIT – Harmonization mondiale du droit privé et integration économique region régionale : hypothèses, certitudes et questions pendantes. **Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme**, vol. VIII, p. 11-27, 2003;

KRYCZKA, Katarzyna. Electronic Contracts and the Harmonisation of Contract Laws in Europe – An Action Required, A Mission Impossible? **European Review of Private Law**, n. 2, p. 149-170, 2005;

LAGARDE, Paul. Approche critique de la *lex mercatoria*. **Le droit des relations économiques internationales : Etudes offertes à Berthold Goldman.** Paris : Litec, p. 125-150, 1987;

LALIVE, Pierre. Ordre Public Transnational (ou réellement international) et arbitrage international. **Revue de l'arbitrage**, n. 3, p. 329-374, 1986;

LANDO, Ole. **Contract law in the EU – The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law**. Disponível em: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/Lando/Response%2016%20May%2003.doc, acesso em 14 fev. 2005;

____. Nordic Countries, a Legal Family? A Diagnosis and a Prognosis. **Global Jurists Advances**, vol. 1, issue 2, article 5, p. V-15, 2001;

____. Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 59-69, 2000;

____. **Principles of European Contract Law**. Disponível em: <http://www.kclc.or.jp/english/sympo/EUDialogue/lando.htm>, acesso em 14 fev. 2005;

____. Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and Perspectives. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero – Saggi, conferenze e seminari**, n. 49, Roma, 2002;

____. Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium. **Scandinavian Studies in Law**, n. 40, p. 343-402, 2000;

____. The CISG, the Unidroit Principles, and the Principles of European Contract Law in a Global Commercial Code. **European University Institute**, Firenze, October 2003;

____. Why codify the European Law of contract? **European Review of Private Law**, n. 5, p. 525-536, 1997;

LANDO, Ole; VON BAR, Christian. **Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code**. The European Commission, 2001;

LANDO, Ole; BEALE, Hugh. **Principles of European Contract Law – Parts I and II**. The Hague/ London/ Boston: Kluwer Law International, 2000;

LANDO, Ole et al. **Principles of European Contract Law – Part III**. The Hague/ London/ New York: Kluwer Law International, 2003;

LAPUENTE, Sergio Camara; RAJNERI, Eleonora. Gli interessi coinvolti nel progetto di codificazione del diritto privato europeo. **Rivista de diritto bancario**, giugno 2005; Disponível em: http://www.dirittobancario.it/public/Materiale_giugno_20055129128.pdf, acesso 21 set. 2005;

LAROUCHE, Pierre. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 101-109, 2000;

LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002;

LEFEBVRE, Guy; JIE, Jia; Les Principes d'Unidroit et le droit chinois: convergence et dissonance. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 519-537, 2002;

LEGRAND, Pierre. **Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity**. Disponível em: http://www.law.unimelb.edu.au/alc/assets/legrand_paper.pdf, acesso em 21 set. 2005;

_____. On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unreasonable Observations. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 61-76, 2002;

LEHRBERG, Bert. Renegotiation clauses, the doctrine of assumptions and unfair contract terms. **European Review of Private Law**, n. 3, p. 265-283, 1998;

LELEU, Yves-Henri. Nécessité et moyens d'une harmonization des règles de transmission successorale en Europe. **European Review of Private Law**, n. 6, p. 159-194, 1998;

LINZER, Peter. Validity under Chapter 3 of the Unidroit Principles of International Commercial Contract. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 81-93, 1998;

LIU, Chengwei. Effects of Avoidance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and Case Law. **Nordic Journal of Commercial Law**, issue 1, p. 01-31, 2005;

LOOS, Marco B. M. Towards a European Law of Service Contracts. **European Review of Private Law**, n. 4, p. 565-574, 2001;

LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Ana M. The Revision of Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations – A crucial role within the European contract law project? **Nordic Journal of International Law**, vol. 72, n. 3, p. 341-367, August 2003;

LOWENFELD, Andreas F. Lex Mercatoria: An Arbitrator's View. **Arbitration International**, vol. 6, n. 2, p. 133-150, 1990;

MACQUEEN, Hector L. Contract, Unjustified Enrichment and Concurrent Liability: A Scots Perspective. **Acta Juridica**, p. 176-200, 1997;

____. Good Faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle? FORTE, A. D. M. (ed.). **Good Faith in Contract and Property Law**. Oxford: Hart Publishing, p. 05-35, 1999;

____. Mixing it? Comparative Law in the Scottish Courts. **European Review of Private Law**, n. 6, p. 735-753, 2003;

____. Scots and English Law: The Case of Contract. **Current Legal Problems**, n. 54, p. 205-229, 2001;

____. Scots Law and Road to the New *Ius Commune*. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 4.4, December 2000;

MARKESINIS, Basil. Case Law and Comparative Law: Any Wider Lessons? **European Review of Private Law**, n. 6, p. 717-734, 2003;

____. Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 519-524, 1997;

MARQUES, Cláudia Lima. Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 26, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998;

MARQUIS, Louis. Les Principes d'Unidroit: synthèse et prospective. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 539-559, 2002 ;

MARRELLA, Fabrizio. Choice of Law in Third-Millennium Arbitrators: The Relevance of Unidroit Principles of International Commercial Contracts. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 36, p. 1137-1188, 2003;

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

MATTEI, Ugo. A transaction costs approach to the European Code. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 537-540, 1997;

____. Basic Issues of Private Law Codification in Europe: Trust. **Global Jurists Frontiers**, vol. 1, issue 1, article 5, p. VII- et seq., 2001;

MATTEI, Ugo; DI ROBILANT, Anna. The Art and the Science of the Critical Scholarship. Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 29-59, 2002;

MATTEI, Ugo; MONTI, Alberto. Comparative Law and Economics: Borrowing and Resistance. **Global Jurists Frontiers**, vol. 1, issue 2, article 5, p. VII-24, 2001;

MCGEE, Andrew; GALE, Sarah; SCANLAN, Gary. Limitation Periods and Remedies under EC Legislation: The *Arkin* Case. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 261-278, 2002;

MCKENDRICK, Ewan. Traditional Concepts and Contemporary Values. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 95-109, 2002;

MEDWIG, Michael T. The new law merchant: Legal rethoric and commercial reality. **Law and Policy in International Business**, vol. 24, issue 2, p. 589-616, 1993;

MICKLITZ, Hans-W. An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement? **European Business Law Review**, vol. 13, issue 06, p. 583-598, 2002;

_____. The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party. **Journal of Consumer Policy**, n. 27, p. 339-356, 2004;

MILO, Michael. Erfahrungsbericht: The new learned private law: two national experiences in a European perspective. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 553-556, 1997;

MÖLLERS, Thomas M. J. European Directives on Civil Law. The German Approach: Towards the Re-codification and the New Foundation of Civil Law Principles. **European Review of Private Law**, n. 6, p. 777-798, 2002;

MONTEIRO, Antonio Pinto; GOMES, Júlio. Rebus Sic Standibus – Hardship Clauses in Portuguese Law. **European Review of Private Law**, n. 3, p. 319-332, 1998;

MURILLO, Maria Luisa. The evolution of codification in the civil law legal systems: towards decodification and recodification. **Journal of Transnational Law & Policy**, vol. 11, p. 01-20, Fall 2001;

MUSTILL, Michael J. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. **Liber Amicorum for the Right Honorable Lord Wilberforce**. Oxford : Clarendon Press, p. 86-119, 1987;

MUSY, Alberto M. The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures. **Global Jurists Advances**, vol. 1, issue 1, article 1, p. A-21, 2001 ;

NIGLIA, Leone. The Non-Europeanisation of Private Law. **European Review of Private Law**, n. 4, p. 575-599, 2001;

NOTTAGE, Luke. Comment on Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal. **Victoria University of Wellington Law Review**, n. 32, p. 843-852, 2001;

_____. The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration and the Lex Mercatoria. A View from Periphery. **Arbitration International**, vol. 16, n. 1, p. 53-78, 2000;

OLSEN, Lena. The choice of the aggrieved party – An analysis of the remedies in the Principles of European Contract Law. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 21-44, 1999;

OSMAN, Filali. **Les principes généraux de la Lex Mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational**. Paris: LGDJ, 1992;

OVIEDO ALBÁN, Jorge. La unificación del derecho privado: Unidroit y los principios para los contratos comerciales internacionales. **Seminario Internacional "Compraventa internacional"**, Bogotá, 16 a 18 mayo 2002;

_____. Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo. **Vniversitas**, n. 102, Diciembre 2001. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#bib>, acesso em 19 mai. 2005;

PALMER, Vernon Valentine. Contracts in Favour of Third Persons in Europe: Firsts Steps Toward Tomorrow's Harmonization. **European Review of Private Law**, vol. 11, issue 1, p. 08-27, 2003;

PAULSSON, Jan. La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I. **Revue de l'arbitrage**, n. 1, p. 55-100, 1990;

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Los Principios de Unidroit y CISG: su mutua interacción. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 187-208, 1998;

PEREIRA, Teresa Silva. Proposta de reflexão sobre um código civil europeu. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 64, novembro 2004. Disponível em: <http://www.oa.pt/genericos/detalheArtigo.asp?idc=3314&scid=25208&ida=25409>, acesso em 07 mar. 2005;

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Los Principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 209-216, 1998;

PERILLO, Joseph M. Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 111-133, 1998;

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997;

PESSÔA, Fernando José Breda. Contratos, autonomia da vontade e perspectiva comunitária. NALIN, Paulo (coord.). **Contrato & sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional**. vol. II. Curitiba: Juruá, p. 103-129, 2006;

PINNA, Andrea. Drafting a Civil Code for Europe: Aims and Methods. **Tilburg Foreign Law Review**, vol. 9, n.4, 2001;

POSNER, Richard A. The Law and Economics of Contract Interpretation. **Texas Law Review**, vol. 83, p. 1581-1614, 2005;

POZZO, Barbara. Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology. **European Review of Private Law**, n. 6, p. 754-767, 2003;

PRADO, Maurício C. A. Novas Perspectivas do Reconhecimento e Aplicação do Hardship na Jurisprudência Arbitral Internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 2, p. 32-60, abr./jun. 2004;

PRUJINER, Alain. Comment utiliser les Principes d'Unidroit dans la pratique contractuelle. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 561-582, 2002 ;

RABELLO, Alfredo Mordechai; LERNER, Pablo. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Israeli Contract Law. **Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme**, n. 3, p. 601-629, 2003;

RAMBERG, Christina H. The E-Commerce Directive and Formation of Contract in a Comparative Perspective. **Global Jurists Advances**, vol. 1, issue 2, article 3, p. III-26, 2001;

REIMANN, Mathias. Product Liability in a Global Context: the Hollow Victory of the European Model. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 128-154, 2003;

REMIEN, Oliver. European private international law, the European community and its emerging area of freedom, security and justice. **Common Market Law Review**, vol. 38, issue 1, p. 53-86, 2001;

_____. **Tenancy Law in Europe and the Principles of European Contract Law**. Disponível em: <http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Projects/TenancyLawRemien.pdf>, acesso em 17 jan. 2006;

RIEDL, Kristina. The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 71-83, 2000;

RIVKIN, David W. Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria. **Arbitration International**, vol. 9, n. 1, p. 67-84, 1993;

ROLLAND, Louise. Les Principes d'Unidroit et le *Code Civil du Québec* : variations et mutations. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 583-608, 2002;

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977;

ROSEN, Mark D. Do Codification and Private International Law Leave Room for a New Law Merchant? **Chicago Journal of International Law**, vol. 5, n. 1, p. 83-90, Summer 2004;

ROSETT, Arthur. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts. An Introduction to Chapter Seven: Non-Performance. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 175-186, 1998;

ROSSI, Piercarlo; VOGEL, Christian. Terms and Concepts: towards a syllabus for European Private Law. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 293-300, 2004;

ROTH, Wulf-Henning. Transposing “Pointillist” EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences. **European Review of Private Law**, n. 6, p. 761-776, 2002;

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

SCHLECHTRIEM, Peter. The Growing Importance of European Law and How it Affects Teaching and Researching in the Field of the Private Law of Obligations (Torts, Contracts and Restitution). **Texas International Law Journal**, vol. 36, p. 531- 538, 2000/2001;

SCHLECHTRIEM, Peter; COEN, Christoph; HORNUNG, Rainer. Restitution and Unjust Enrichment in Europe. **European Review of Private Law**, n. 2&3, p. 377-415, 2001;

SCHLESINGER, Piero. Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti. **Rivista di Diritto Civile**, prima parte, 1993;

SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard; ONGENA, Steven. The Late Payment Directive: a step towards an Emerging European Private Law? **European Review of Private Law**, vol. 11, issue 4, p. 519-544, 2003;

SCHULTE-NÖLKE, Hans. The commission’s Action Plan on European Contract Law and the Research of the Acquis Group. VON BAR, Christian et al. A Common Frame of Reference – How should it be filled? **ERA Forum**, n. 02, p. 99-145, 2003;

SCHULTZ, Marten. Analyze This! Some Swedish Reflections on the Europeanization of Tort Law. **European Business Law Review**, vol. 15, issue 2, p. 223-251, 2004;

SCHULZE, Reiner. European Private Law and Existing EC Law. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 03-19, 2005;

_____. The Acquis Communautaire and the Development of European Contract Law. SCHULZE, Reiner; EBERS, Martin; GRIGOLEIT, Hans Christoph. **Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire**, Tübingen: Mohr Siebeck, p.15-25, 2003;

SCHWARTZE, Andreas. Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 135-146, 2000;

SERRAGLINI, Christophe. Du bon usage de principe UNIDROIT dans l'arbitrage international. **Revue de l'arbitrage**, n. 4, p. 1101-1166, 2003;

SICCHIERO, Gianluca. The Contractual Clause: In Search of Definition. **European Review of Private Law**, n. 3, p. 305-320, 2004;

SIEMS, Mathias M. 'Unevenly Formed Contracts': Ignoring the 'Mirror of Offer and Acceptance'. **European Review of Private Law**, n. 6, p. 771-788, 2004;

SIQUEIROS, José Luis. Los Principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 217-228, 1998;

SMITS, Jan. Editorial: A Principled Approach to European Contract Law? **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, n. 7, p. 221-223, 2000;

_____. How to Mix Legal Systems in a Fruitful Way? Some Remarks on the Development of a *Ius Commune Europaeum* through Competition of Legal Rules. **Ius Commune Research School seminar**, Maastricht, November 19th, 1998;

_____. How to Take the Road Untravelled? European Private Law in the Making. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, n. 6, p. 25-46, 1999;

_____. Scotland as a Mixed Jurisdiction and the Development of European Private Law: Is There Something to Learn from Evolutionary Theory? **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 7.5, December 2003;

_____. The Future of European Contract Law: on Diversity and the Temptation of Elegance. **Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research conference**, discussion paper, Maastricht, 25-26 October 2001;

_____. The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe. VACQUER, Antoni (ed.). **La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo**. Valencia: Tirant, p. 567-590, 2005;

____. Towards a Multi-Layered Contract Law for Europe. GRUNDMANN, Stefan; STUYCK, Jules (eds.). **An Academic Green Paper on European Contract Law**. The Hague: Kluwer Law International, p. 387-398, 2002;

SNIJDERS, Wouter. Building a European Contract Law: Five Fallacies and Two Castles in Spain. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 7.4, November 2003;

____. The organisation of the drafting of a European Civil Code: a walk in imaginary garden. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 483-488, 1997;

SOMMA, Alessandro. Giochi Senza Frontiere. Diritto Comparato e Tradizione Giuridica. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 109, año XXXVII, p. 109-205, enero-abril 2004;

STAUNDEMAYER, Dirk. The Commission Action Plan on European Contract Law. **European Review of Private Law**, vol. 11, issue 2, p. 113-127, 2003;

____. The Commission Communication on European Contract Law and the Future Prospects. **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 51, issue 3, p. 673-688, July 2002;

____. The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 249-260, 2002;

____. The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law. **Journal of Consumer Policy**, n. 27, p. 269-287, 2004;

____. The Way Forward in European Contract Law. **European Review of Private Law**, n. 2, p. 95-104, 2005;

STOECKER, Christoph W. O. The Lex Mercatoria: To what Extend does it Exist? **Journal of International Arbitration**, vol. 7, n. 1, p. 101-126, 1990;

STORME, Mathias E. Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 7.1, March 2003;

____. Information requirements and remedies in the Principles of European Contract Law. **Europäische Rechtsakademie Trier**, January 2003;

Study Group on Social Justice in European Private Law. Social Justice in European Contract Law: a Manifesto. **European Law Journal**, vol. 10, n. 06, p. 653-674, November 2004;

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. São Paulo : LTr, 1998 ;

TALPIS, Jeffrey A. Retour vers le future: application en droit québécois des Principes d'Unidroit au lieu d'une loi rationale. **Revue Juridique Thémis**, n. 35, p. 609-622, 2001;

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

TETLEY, William. Mixed jurisdictions: common law vs. civil law (codified and uncodified) (Part I). **Uniform Law Review**, n. 3, p. 591-619, 1999;

_____. Mixed jurisdictions: common law vs. civil law (codified and uncodified) (Part II). **Uniform Law Review**, n. 4, p. 877-906, 1999;

TEUBNER, Gunther. Economic Globalization and the Emergence of *lex mercatoria*. **European Journal of Social Theory**, vol. 5, issue 2, p. 199-217, 2002.

TILMANN, Winfried. The legal basis for a European Civil Code. **European Review of Private Law**, n. 5, p. 471-474, 1997;

TRAHAN, Anne-Marie. Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. **Revue Juridique Thémis**, n. 36, p. 623-636, 2002;

TRAKMAN, Leon E. Performance and Unidroit: An Evaluation of Article 6.1. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 95-110, 1998;

TREVIÑO ASKUÉ, Julio César. La Formación del Contrato en los Principios sobre los Contratos Internacionales de Unidroit. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 53-77, 1998;

TRUILHÉ-MARENGO, Eve. Towards a European Law of Contracts. **European Law Review**, vol. 10, n. 4, p. 463-478, July 2004;

UCHIDA, Takashi. Unidroit Principles and Electronic Commerce. **Working group for the preparation of principles of international commercial contracts**. Rome: Unidroit, February 1999;

UNIDROIT. **Principes relatifs aux contrats du commerce international**. Roma: Unidroit, 1994;

_____. **Principes relatifs aux contrats du commerce international**. Roma: Unidroit, 2004;

_____. **Principios sobre los contratos comerciales internacionales**. Roma: Unidroit, 2001;

URBAN, Nikolaus. One legal language *and* the maintenance of cultural and linguistic diversity? **European Review of Private Law**, n. 1, p. 51-57, 2000;

VACA, Francisco José Contreras. Resolución del Contrato por Incumplimiento. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 135-174, 1998;

VAGTS, Detlev F. Arbitration and Unidroit Principles. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 265-277, 1998;

VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. Legal Transplants and Comparative Law. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 2, p. 261-276, 2003;

VAN CAENEGEM, R. C. **European Law in the past and the future: Unity and Diversity over Two Millennia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002;

_____. **Uma introdução histórica do direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

VAN ERP, Sjef. Civil and Common Property Law: Caveat Comparator – The Value of Legal Historical-Comparative Analysis. **European Review of Private Law**, n. 3, p. 394-411, 2003;

_____. European Private Law: Postmodern Dilemmas and Choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 3.1, August 1999;

VAN GERVEN, Walter. A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past? **European Review of Private Law**, n. 4, p. 485-503, 2001;

_____. **Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level**. Disponível em: http://www.law.kuleuven.ac.be/ccle/pdf/2005-01-18_WvG_Impact_courts_on_private_law.pdf, acesso em 17 jan. 2006;

_____. Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code? **European Review of Private Law**, n. 5, p. 465-470, 1997;

_____. ECJ case-law as a means of unification of private law? **European Review of Private Law**, n. 2, p. 293-308, 1997;

_____. Harmonization of Private Law: Do We Need It? **Common Market Law Review**, vol. 41, issue 2, p. 505-532, 2004;

VAN RHEE, C. H. Civil Procedure: a European *Ius Commune*? **European Review of Private Law**, n. 4, p. 589-611, 2000;

VAN SCHILFGAARDE, Peter. System, good faith and equity in the New Dutch Civil Code. **European Review of Private Law**, n. 1, p. 01-10, 1997;

VEYTIA, Hernany. El Capítulo Uno de los Principios del Unidroit: “Disposiciones Generales”. **Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 33-52, 1998;

VOLCKART, Oliver; MANGELS, Antje. Are the Roots of the Modern *Lex Mercatoria* Really Medieval? **Southern Economic Journal**, vol. 65, issue 3, p. 427-450, January 1999;

VON BAR, Christian. A Common European Law of Torts. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi, conferenze e seminari**, n. 19, Roma, 1996;

VON BAR, Christian; DROBNIG, Ulrich. **Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law**. Submitted to the European Commission – Health and Consumer Protection Directorate-General. Disponível em: http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf, acesso em 17 jan. 2006;

VON BAR, Christian; SWANN, Stephen. Response to the *Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law* (COM (2003) 63). **European Review of Private Law**, vol. 11, issue 5, p. 595-622, 2003;

VON MEHREN, Arthur T. The U.S. Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi, conferenze e seminari**, n. 40, Roma, 2000;

WAGNER, Gerhard. The economics of harmonization: The case of contract law. **Common Market Law Review**, vol. 39, issue 5, p. 995-1023, 2002;

WATSON, Alan. Legal transplants and European Private Law. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 4.4, December 2000;

WEATHERILL, Stephen. Harmonisation: How Much, How Little? **European Business Law Review**, vol. 16, issue 3, p. 533-545, 2005;

_____. Reflections on the EC’s Competence to Develop a ‘European Contract Law’. **European Review of Private Law**, n. 3, p. 405-418, 2005;

_____. The Commission’s Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis. **European Business Law Review**, vol. 13, issue 06, p. 497-515, 2002;

_____. The European Commission’s Green Paper on European Contract Law: Context, Content and Constitutionality. **Journal of Consumer Policy**, n. 24, p. 339-399, 2001;

____. Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC? **European Review of Private Law**, n. 5, p. 633-660, 2004;

WILHELMSSON, Thomas. Is There a European Consumer Law – and Should There Be One? **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi**, conferenze e seminari, n. 41, Roma, 2000;

____. Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation? **European Review of Private Law**, n. 1, p. 77-94, 2002;

____. The Legal, the Cultural, and the Political – Conclusions from Different Perspectives on Harmonisation of European Contract Law. **European Business Law Review**, vol. 13, issue 06, p. 541-555, 2002;

____. Varieties of Welfarism in European Contract Law. **European Law Journal**, vol. 10, n. 6, p. 712-733, November 2004;

WILKINSON, Vanessa L. D. The New Lex Mercatoria Reality or Academic Fantasy? **Journal of International Arbitration**, vol. 12, n. 2, p. 103-118, 1995;

ZENO-ZENCHOVICH, Vincenzo. The ‘European Civil Code’, European legal traditions and neo-positivism. **European Review of Private Law**, n. 4, p. 349-362, 1998;

ZIMMERMANN, Reinhard. Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations. **Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero - Saggi**, conferenze e seminari, n. 48, Roma, 2002;

____. **Comparative Foundations of European Law of Set-off and Prescription**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002;

____. The civil law in European codes. MACQUEEN, Hector L.; VAQUER, Antoni; ESPIAU, Santiago Espiau. **Regional private laws and codification in Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003;

ZUMBANSEN, Peer. Comparative Law’s Coming Age? Twenty Years after *Critical Comparisons*. **German Law Journal**, vol. 06, n. 07, 1073-1084, 2005;

____. Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law. **European Law Journal**, vol. 8, n. 3, p. 400-432, September 2002.

9 Anexos

9.1

Princípios Unidroit para os Contratos Comerciais Internacionais (UPICC) – 2004

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2004⁵⁷⁵

PREAMBLE

(Purpose of the Principles)

These Principles set forth general rules for international commercial contracts.

They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.⁵⁷⁶

They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like.

They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their

⁵⁷⁵ *The reader is reminded that the complete version of the UNIDROIT Principles contains not only the black-letter rules reproduced hereunder, but also detailed comments on each article and, where appropriate, illustrations. The volume may be ordered from UNIDROIT at <<http://www.unidroit.org>>.*

For an update of international case law and bibliography relating to the Principles see <<http://www.unilex.info>>.

⁵⁷⁶ Parties wishing to provide that their agreement be governed by the Principles might use the following words, adding any desired exceptions or modifications: “This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2004) [except as to Articles ...]”.

Parties wishing to provide in addition for the application of the law of a particular jurisdiction might use the following words:

“This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2004) [except as to Articles...], supplemented when necessary by the law of [jurisdiction X].”

contract.

They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.

They may be used to interpret or supplement domestic law.

They may serve as a model for national and international legislators.

CHAPTER 1 — GENERAL PROVISIONS

ARTICLE 1.1

(Freedom of contract)

The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

ARTICLE 1.2

(No form required)

Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.

ARTICLE 1.3

(Binding character of contract)

A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.

ARTICLE 1.4

(Mandatory rules)

Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.

ARTICLE 1.5

(Exclusion or modification by the parties)

The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.

ARTICLE 1.6

(Interpretation and supplementation of the Principles)

- (1) In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application.
- (2) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles.

ARTICLE 1.7

(Good faith and fair dealing)

- (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.

ARTICLE 1.8

(Inconsistent Behaviour)

A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment.

ARTICLE 1.9
(Usages and practices)

- (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.
- (2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

ARTICLE 1.10
(Notice)

- (1) Where notice is required it may be given by any means appropriate to the circumstances.
- (2) A notice is effective when it reaches the person to whom it is given.
- (3) For the purpose of paragraph (2) a notice “reaches” a person when given to that person orally or delivered at that person’s place of business or mailing address.
- (4) For the purpose of this article “notice” includes a declaration, demand, request or any other communication of intention.

ARTICLE 1.11
(Definitions)

In these Principles

- “court” includes an arbitral tribunal;
- where a party has more than one place of business the relevant “place of business” is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;
- “obligor” refers to the party who is to perform an obligation and “obligee” refers to the party who is entitled to performance of that obligation.
- “writing” means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form.

ARTICLE 1.12
(Computation of time set by parties)

- (1) Official holidays or non-business days occurring during a period set by parties for an act to be performed are included in calculating the period.
- (2) However, if the last day of the period is an official holiday or a non-business day at the place of business of the party to perform the act, the period is extended until the first business day which follows, unless the circumstances indicate otherwise.
- (3) The relevant time zone is that of the place of business of the party setting the time, unless the circumstances indicate otherwise.

CHAPTER 2 — FORMATION AND AUTHORITY OF AGENTS
SECTION 1: FORMATION

ARTICLE 2.1.1
(Manner of formation)

A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.

ARTICLE 2.1.2
(Definition of offer)

A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.

ARTICLE 2.1.3
(Withdrawal of offer)

- (1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.
- (2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

ARTICLE 2.1.4
(Revocation of offer)

- (1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before it has dispatched an acceptance.
- (2) However, an offer cannot be revoked
 - (a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or
 - (b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

ARTICLE 2.1.5
(Rejection of offer)

An offer is terminated when a rejection reaches the offeror.

ARTICLE 2.1.6
(Mode of acceptance)

- (1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.
- (2) An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror.
- (3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective when the act is performed.

ARTICLE 2.1.7
(Time of acceptance)

An offer must be accepted within the time the offeror has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time having regard to the circumstances, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 2.1.8
(Acceptance within a fixed period of time)

A period of acceptance fixed by the offeror begins to run from the time that the offer is dispatched. A time indicated in the offer is deemed to be the time of dispatch unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 2.1.9
(Late acceptance. Delay in transmission)

- (1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without undue delay the offeror so informs the offeree or gives notice to that effect.
- (2) If a communication containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the

offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offeror informs the offeree that it considers the offer as having lapsed.

ARTICLE 2.1.10
(Withdrawal of acceptance)

An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.

ARTICLE 2.1.11
(Modified acceptance)

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.
(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

ARTICLE 2.1.12
(Writings in confirmation)

If a writing which is sent within a reasonable time after the conclusion of the contract and which purports to be a confirmation of the contract contains additional or different terms, such terms become part of the contract, unless they materially alter the contract or the recipient, without undue delay, objects to the discrepancy.

ARTICLE 2.1.13
(Conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form)

Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form.

ARTICLE 2.1.14
(Contract with terms deliberately left open)

(1) If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by a third person does not prevent a contract from coming into existence.
(2) The existence of the contract is not affected by the fact that subsequently
(a) the parties reach no agreement on the term; or
(b) the third person does not determine the term,
provided that there is an alternative means of rendering the term definite that is reasonable in the circumstances, having regard to the intention of the parties.

ARTICLE 2.1.15
(Negotiations in bad faith)

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.
(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

ARTICLE 2.1.16
(Duty of confidentiality)

Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party.

ARTICLE 2.1.17

(Merger clauses)

A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However, such statements or agreements may be used to interpret the writing.

ARTICLE 2.1.18

(Modification in a particular form)

A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct.

ARTICLE 2.1.19

(Contracting under standard terms)

(1) Where one party or both parties use standard terms in concluding a contract, the general rules on formation apply, subject to Articles 2.1.20 - 2.1.22.

(2) Standard terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party.

ARTICLE 2.1.20

(Surprising terms)

(1) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.

(2) In determining whether a term is of such a character regard shall be had to its content, language and presentation.

ARTICLE 2.1.21

(Conflict between standard terms and non-standard terms)

In case of conflict between a standard term and a term which is not a standard term the latter prevails.

ARTICLE 2.1.22

(Battle of forms)

Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

SECTION 2: AUTHORITY OF AGENTS

ARTICLE 2.2.1

(Scope of the Section)

- (1) This Section governs the authority of a person (“the agent”), to affect the legal relations of another person (“the principal”), by or with respect to a contract with a third party, whether the agent acts in its own name or in that of the principal.
- (2) It governs only the relations between the principal or the agent on the one hand, and the third party on the other.
- (3) It does not govern an agent’s authority conferred by law or the authority of an agent appointed by a public or judicial authority.

ARTICLE 2.2.2

(Establishment and scope of the authority of the agent)

- (1) The principal’s grant of authority to an agent may be express or implied.
- (2) The agent has authority to perform all acts necessary in the circumstances to achieve the purposes for which the authority was granted.

ARTICLE 2.2.3

(Agency disclosed)

- (1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly affect the legal relations between the principal and the third party and no legal relation is created between the agent and the third party.
- (2) However, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party, where the agent with the consent of the principal undertakes to become the party to the contract.

ARTICLE 2.2.4

(Agency undisclosed)

- (1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party.
- (2) However, where such an agent, when contracting with the third party on behalf of a business, represents itself to be the owner of that business, the third party, upon discovery of the real owner of the business, may exercise also against the latter the rights it has against the agent.

ARTICLE 2.2.5

(Agent acting without or exceeding its authority)

- (1) Where an agent acts without authority or exceeds its authority, its acts do not affect the legal relations between the principal and the third party.
- (2) However, where the principal causes the third party reasonably to believe that the agent has authority to act on behalf of the principal and that the agent is acting within the scope of that authority, the principal may not invoke against the third party the lack of authority of the agent.

ARTICLE 2.2.6

(Liability of agent acting without or exceeding its authority)

- (1) An agent that acts without authority or exceeds its authority is, failing ratification by the principal, liable for damages that will place the third party in the same position as if the agent had acted with authority and not exceeded its authority.
- (2) However, the agent is not liable if the third party knew or ought to have known that the agent had no authority or was exceeding its authority.

ARTICLE 2.2.7

(Conflict of interests)

- (1) If a contract concluded by an agent involves the agent in a conflict of interests

with the principal of which the third party knew or ought to have known, the principal may avoid the contract. The right to avoid is subject to Articles 3.12 and 3.14 to 3.17.

(2) However, the principal may not avoid the contract

(a) if the principal had consented to, or knew or ought to have known of, the agent's involvement in the conflict of interests; or

(b) if the agent had disclosed the conflict of interests to the principal and the latter had not objected within a reasonable time.

ARTICLE 2.2.8

(Sub-agency)

An agent has implied authority to appoint a sub-agent to perform acts which it is not reasonable to expect the agent to perform itself. The rules of this Section apply to the sub-agency.

ARTICLE 2.2.9

(Ratification)

(1) An act by an agent that acts without authority or exceeds its authority may be ratified by the principal. On ratification the act produces the same effects as if it had initially been carried out with authority.

(2) The third party may by notice to the principal specify a reasonable period of time for ratification. If the principal does not ratify within that period of time it can no longer do so.

(3) If, at the time of the agent's act, the third party neither knew nor ought to have known of the lack of authority, it may, at any time before ratification, by notice to the principal indicate its refusal to become bound by a ratification.

ARTICLE 2.2.10

(Termination of authority)

(1) Termination of authority is not effective in relation to the third party unless the third party knew or ought to have known of it.

(2) Notwithstanding the termination of its authority, an agent remains authorised to perform the acts that are necessary to prevent harm to the principal's interests.

CHAPTER 3 — VALIDITY

ARTICLE 3.1

(Matters not covered)

These Principles do not deal with invalidity arising from

(a) lack of capacity;

(b) immorality or illegality.

ARTICLE 3.2

(Validity of mere agreement)

A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement.

ARTICLE 3.3

(Initial impossibility)

(1) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.

(2) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract.

ARTICLE 3.4
(Definition of mistake)

Mistake is an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded.

ARTICLE 3.5
(Relevant mistake)

(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and

(a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or

(b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

(2) However, a party may not avoid the contract if

(a) it was grossly negligent in committing the mistake; or

(b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.

ARTICLE 3.6
(Error in expression or transmission)

An error occurring in the expression or transmission of a declaration is considered to be a mistake of the person from whom the declaration emanated.

ARTICLE 3.7
(Remedies for non-performance)

A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance.

ARTICLE 3.8
(Fraud)

A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's fraudulent representation, including language or practices, or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable commercial standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.

ARTICLE 3.9
(Threat)

A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's unjustified threat which, having regard to the circumstances, is so imminent and serious as to leave the first party no reasonable alternative. In particular, a threat is unjustified if the act or omission with which a party has been threatened is wrongful in itself, or it is wrongful to use it as a means to obtain the conclusion of the contract.

ARTICLE 3.10
(Gross disparity)

(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an

excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to

(a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and

(b) the nature and purpose of the contract.

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.

(3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. The provisions of Article 3.13(2) apply accordingly.

ARTICLE 3.11

(Third persons)

(1) Where fraud, threat, gross disparity or a party's mistake is imputable to, or is known or ought to be known by, a third person for whose acts the other party is responsible, the contract may be avoided under the same conditions as if the behaviour or knowledge had been that of the party itself.

(2) Where fraud, threat or gross disparity is imputable to a third person for whose acts the other party is not responsible, the contract may be avoided if that party knew or ought to have known of the fraud, threat or disparity, or has not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

ARTICLE 3.12

(Confirmation)

If the party entitled to avoid the contract expressly or impliedly confirms the contract after the period of time for giving notice of avoidance has begun to run, avoidance of the contract is excluded.

ARTICLE 3.13

(Loss of right to avoid)

(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party declares itself willing to perform or performs the contract as it was understood by the party entitled to avoidance, the contract is considered to have been concluded as the latter party understood it. The other party must make such a declaration or render such performance promptly after having been informed of the manner in which the party entitled to avoidance had understood the contract and before that party has reasonably acted in reliance on a notice of avoidance.

(2) After such a declaration or performance the right to avoidance is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

ARTICLE 3.14

(Notice of avoidance)

The right of a party to avoid the contract is exercised by notice to the other party.

ARTICLE 3.15

(Time limits)

(1) Notice of avoidance shall be given within a reasonable time, having regard to the circumstances, after the avoiding party knew or could not have been unaware of the relevant facts or became capable of acting freely.

(2) Where an individual term of the contract may be avoided by a party under Article 3.10, the period of time for giving notice of avoidance begins to run when that term is asserted by the other party.

ARTICLE 3.16
(Partial avoidance)

Where a ground of avoidance affects only individual terms of the contract, the effect of avoidance is limited to those terms unless, having regard to the circumstances, it is unreasonable to uphold the remaining contract.

ARTICLE 3.17
(Retroactive effect of avoidance)

- (1) Avoidance takes effect retroactively.
- (2) On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract or the part of it avoided, provided that it concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract or the part of it avoided or, if it cannot make restitution in kind, it makes an allowance for what it has received.

ARTICLE 3.18
(Damages)

Irrespective of whether or not the contract has been avoided, the party who knew or ought to have known of the ground for avoidance is liable for damages so as to put the other party in the same position in which it would have been if it had not concluded the contract.

ARTICLE 3.19
(Mandatory character of the provisions)

The provisions of this Chapter are mandatory, except insofar as they relate to the binding force of mere agreement, initial impossibility or mistake.

ARTICLE 3.20
(Unilateral declarations)

The provisions of this Chapter apply with appropriate adaptations to any communication of intention addressed by one party to the other.

CHAPTER 4 — INTERPRETATION

ARTICLE 4.1
(Intention of the parties)

- (1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.
- (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

ARTICLE 4.2
(Interpretation of statements and other conduct)

- (1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention.
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances.

ARTICLE 4.3
(Relevant circumstances)

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

- (a) preliminary negotiations between the parties;
- (b) practices which the parties have established between themselves;
- (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
- (d) the nature and purpose of the contract;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;
- (f) usages.

ARTICLE 4.4

(Reference to contract or statement as a whole)

Terms and expressions shall be interpreted in the light of the whole contract or statement in which they appear.

ARTICLE 4.5

(All terms to be given effect)

Contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect.

ARTICLE 4.6

(Contra proferentem rule)

If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred.

ARTICLE 4.7

(Linguistic discrepancies)

Where a contract is drawn up in two or more language versions which are equally authoritative there is, in case of discrepancy between the versions, a preference for the interpretation according to a version in which the contract was originally drawn up.

ARTICLE 4.8

(Supplying an omitted term)

(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.

(2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to

- (a) the intention of the parties;
- (b) the nature and purpose of the contract;
- (c) good faith and fair dealing;
- (d) reasonableness.

CHAPTER 5 — CONTENT AND THIRD PARTY RIGHTS

SECTION 1: CONTENT

ARTICLE 5.1.1

(Express and implied obligations)

The contractual obligations of the parties may be express or implied.

ARTICLE 5.1.2

(Implied obligations)

Implied obligations stem from

- (a) the nature and purpose of the contract;

- (b) practices established between the parties and usages;
- (c) good faith and fair dealing;
- (d) reasonableness.

ARTICLE 5.1.3

(Co-operation between the parties)

Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations.

ARTICLE 5.1.4

(Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts)

- (1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.
- (2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.

ARTICLE 5.1.5

(Determination of kind of duty involved)

In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to

- (a) the way in which the obligation is expressed in the contract;
- (b) the contractual price and other terms of the contract;
- (c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result;
- (d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation.

ARTICLE 5.1.6

(Determination of quality of performance)

Where the quality of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract a party is bound to render a performance of a quality that is reasonable and not less than average in the circumstances.

ARTICLE 5.1.7

(Price determination)

- (1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price.
- (2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary.
- (3) Where the price is to be fixed by a third person, and that person cannot or will not do so, the price shall be a reasonable price.
- (4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute.

ARTICLE 5.1.8

(Contract for an indefinite period)

A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice a reasonable time in advance.

ARTICLE 5.1.9
(Release by agreement)

- (1) An obligee may release its right by agreement with the obligor.
 (2) An offer to release a right gratuitously shall be deemed accepted if the obligor does not reject the offer without delay after having become aware of it.

SECTION 2: THIRD PARTY RIGHTS

ARTICLE 5.2.1
(Contracts in favour of third parties)

- (1) The parties (the “promisor” and the “promisee”) may confer by express or implied agreement a right on a third party (the “beneficiary”).
 (2) The existence and content of the beneficiary’s right against the promisor are determined by the agreement of the parties and are subject to any conditions or other limitations under the agreement.

ARTICLE 5.2.2
(Third party identifiable)

The beneficiary must be identifiable with adequate certainty by the contract but need not be in existence at the time the contract is made.

ARTICLE 5.2.3
(Exclusion and limitation clauses)

The conferment of rights in the beneficiary includes the right to invoke a clause in the contract which excludes or limits the liability of the beneficiary.

ARTICLE 5.2.4
(Defences)

The promisor may assert against the beneficiary all defences which the promisor could assert against the promisee.

ARTICLE 5.2.5
(Revocation)

The parties may modify or revoke the rights conferred by the contract on the beneficiary until the beneficiary has accepted them or reasonably acted in reliance on them.

ARTICLE 5.2.6
(Renunciation)

The beneficiary may renounce a right conferred on it.

CHAPTER 6 — PERFORMANCE
SECTION 1: PERFORMANCE IN GENERAL

ARTICLE 6.1.1
(Time of performance)

A party must perform its obligations:

- (a) if a time is fixed by or determinable from the contract, at that time;
 (b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the other party is to choose a time;
 (c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

ARTICLE 6.1.2*(Performance at one time or in instalments)*

In cases under Article 6.1.1(b) or (c), a party must perform its obligations at one time if that performance can be rendered at one time and the circumstances do not indicate otherwise.

ARTICLE 6.1.3*(Partial performance)*

- (1) The obligee may reject an offer to perform in part at the time performance is due, whether or not such offer is coupled with an assurance as to the balance of the performance, unless the obligee has no legitimate interest in so doing.
- (2) Additional expenses caused to the obligee by partial performance are to be borne by the obligor without prejudice to any other remedy.

ARTICLE 6.1.4*(Order of performance)*

- (1) To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously, the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise.
- (2) To the extent that the performance of only one party requires a period of time, that party is bound to render its performance first, unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 6.1.5*(Earlier performance)*

- (1) The obligee may reject an earlier performance unless it has no legitimate interest in so doing.
- (2) Acceptance by a party of an earlier performance does not affect the time for the performance of its own obligations if that time has been fixed irrespective of the performance of the other party's obligations.
- (3) Additional expenses caused to the obligee by earlier performance are to be borne by the obligor, without prejudice to any other remedy.

ARTICLE 6.1.6*(Place of performance)*

- (1) If the place of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract, a party is to perform:
 - (a) a monetary obligation, at the obligee's place of business;
 - (b) any other obligation, at its own place of business.
- (2) A party must bear any increase in the expenses incidental to performance which is caused by a change in its place of business subsequent to the conclusion of the contract.

ARTICLE 6.1.7*(Payment by cheque or other instrument)*

- (1) Payment may be made in any form used in the ordinary course of business at the place for payment.
- (2) However, an obligee who accepts, either by virtue of paragraph (1) or voluntarily, a cheque, any other order to pay or a promise to pay, is presumed to do so only on condition that it will be honoured.

ARTICLE 6.1.8*(Payment by funds transfer)*

(1) Unless the obligee has indicated a particular account, payment may be made by a transfer to any of the financial institutions in which the obligee has made it known that it has an account.

(2) In case of payment by a transfer the obligation of the obligor is discharged when the transfer to the obligee's financial institution becomes effective.

ARTICLE 6.1.9

(Currency of payment)

(1) If a monetary obligation is expressed in a currency other than that of the place for payment, it may be paid by the obligor in the currency of the place for payment unless

(a) that currency is not freely convertible; or
 (b) the parties have agreed that payment should be made only in the currency in which the monetary obligation is expressed.

(2) If it is impossible for the obligor to make payment in the currency in which the monetary obligation is expressed, the obligee may require payment in the currency of the place for payment, even in the case referred to in paragraph (1)(b).

(3) Payment in the currency of the place for payment is to be made according to the applicable rate of exchange prevailing there when payment is due.

(4) However, if the obligor has not paid at the time when payment is due, the obligee may require payment according to the applicable rate of exchange prevailing either when payment is due or at the time of actual payment.

ARTICLE 6.1.10

(Currency not expressed)

Where a monetary obligation is not expressed in a particular currency, payment must be made in the currency of the place where payment is to be made.

ARTICLE 6.1.11

(Costs of performance)

Each party shall bear the costs of performance of its obligations.

ARTICLE 6.1.12

(Imputation of payments)

(1) An obligor owing several monetary obligations to the same obligee may specify at the time of payment the debt to which it intends the payment to be applied. However, the payment discharges first any expenses, then interest due and finally the principal.

(2) If the obligor makes no such specification, the obligee may, within a reasonable time after payment, declare to the obligor the obligation to which it imputes the payment, provided that the obligation is due and undisputed.

(3) In the absence of imputation under paragraphs (1) or (2), payment is imputed to that obligation which satisfies one of the following criteria in the order indicated:

(a) an obligation which is due or which is the first to fall due;
 (b) the obligation for which the obligee has least security;
 (c) the obligation which is the most burdensome for the obligor;
 (d) the obligation which has arisen first.

If none of the preceding criteria applies, payment is imputed to all the obligations proportionally.

ARTICLE 6.1.13

(Imputation of non-monetary obligations)

Article 6.1.12 applies with appropriate adaptations to the imputation of performance of non-monetary obligations.

ARTICLE 6.1.14*(Application for public permission)*

Where the law of a State requires a public permission affecting the validity of the contract or its performance and neither that law nor the circumstances indicate otherwise

- (a) if only one party has its place of business in that State, that party shall take the measures necessary to obtain the permission;
- (b) in any other case the party whose performance requires permission shall take the necessary measures.

ARTICLE 6.1.15*(Procedure in applying for permission)*

- (1) The party required to take the measures necessary to obtain the permission shall do so without undue delay and shall bear any expenses incurred.
- (2) That party shall whenever appropriate give the other party notice of the grant or refusal of such permission without undue delay.

ARTICLE 6.1.16*(Permission neither granted nor refused)*

- (1) If, notwithstanding the fact that the party responsible has taken all measures required, permission is neither granted nor refused within an agreed period or, where no period has been agreed, within a reasonable time from the conclusion of the contract, either party is entitled to terminate the contract.
- (2) Where the permission affects some terms only, paragraph (1) does not apply if, having regard to the circumstances, it is reasonable to uphold the remaining contract even if the permission is refused.

ARTICLE 6.1.17*(Permission refused)*

- (1) The refusal of a permission affecting the validity of the contract renders the contract void. If the refusal affects the validity of some terms only, only such terms are void if, having regard to the circumstances, it is reasonable to uphold the remaining contract.
- (2) Where the refusal of a permission renders the performance of the contract impossible in whole or in part, the rules on non-performance apply.

SECTION 2: HARDSHIP**ARTICLE 6.2.1***(Contract to be observed)*

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

ARTICLE 6.2.2*(Definition of hardship)*

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

ARTICLE 6.2.3
(Effects of hardship)

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

CHAPTER 7 — NON-PERFORMANCE
SECTION 1: NON-PERFORMANCE IN GENERAL

ARTICLE 7.1.1
(Non-performance defined)

Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.

ARTICLE 7.1.2
(Interference by the other party)

A party may not rely on the non-performance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first party's act or omission or by another event as to which the first party bears the risk.

ARTICLE 7.1.3
(Withholding performance)

- (1) Where the parties are to perform simultaneously, either party may withhold performance until the other party tenders its performance.
- (2) Where the parties are to perform consecutively, the party that is to perform later may withhold its performance until the first party has performed.

ARTICLE 7.1.4
(Cure by non-performing party)

- (1) The non-performing party may, at its own expense, cure any nonperformance, provided that
 - (a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure;
 - (b) cure is appropriate in the circumstances;
 - (c) the aggrieved party has no legitimate interest in refusing cure; and
 - (d) cure is effected promptly.
- (2) The right to cure is not precluded by notice of termination.
- (3) Upon effective notice of cure, rights of the aggrieved party that are inconsistent with the non-performing party's performance are suspended until the time for cure has expired.
- (4) The aggrieved party may withhold performance pending cure.
- (5) Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.

ARTICLE 7.1.5
(Additional period for performance)

- (1) In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other

party allow an additional period of time for performance.

(2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under this Chapter.

(3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate.

(4) Paragraph (3) does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non-performing party.

ARTICLE 7.1.6

(Exemption clauses)

A clause which limits or excludes one party's liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract.

ARTICLE 7.1.7

(Force majeure)

(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the nonperformance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.

(3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such nonreceipt.

(4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.

SECTION 2: RIGHT TO PERFORMANCE

ARTICLE 7.2.1

(Performance of monetary obligation)

Where a party who is obliged to pay money does not do so, the other party may require payment.

ARTICLE 7.2.2

(Performance of non-monetary obligation)

Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless

- (a) performance is impossible in law or in fact;
- (b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive;
- (c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source;

- (d) performance is of an exclusively personal character; or
- (e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance.

ARTICLE 7.2.3

(Repair and replacement of defective performance)

The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement, or other cure of defective performance. The provisions of Articles 7.2.1 and 7.2.2 apply accordingly.

ARTICLE 7.2.4

(Judicial penalty)

- (1) Where the court orders a party to perform, it may also direct that this party pay a penalty if it does not comply with the order.
- (2) The penalty shall be paid to the aggrieved party unless mandatory provisions of the law of the forum provide otherwise. Payment of the penalty to the aggrieved party does not exclude any claim for damages.

ARTICLE 7.2.5

(Change of remedy)

- (1) An aggrieved party who has required performance of a non-monetary obligation and who has not received performance within a period fixed or otherwise within a reasonable period of time may invoke any other remedy.
- (2) Where the decision of a court for performance of a non-monetary obligation cannot be enforced, the aggrieved party may invoke any other remedy.

SECTION 3: TERMINATION

ARTICLE 7.3.1

(Right to terminate the contract)

- (1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.
- (2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether
 - (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result;
 - (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract;
 - (c) the non-performance is intentional or reckless;
 - (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;
 - (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.
- (3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

ARTICLE 7.3.2

(Notice of termination)

- (1) The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party.
- (2) If performance has been offered late or otherwise does not conform to the contract the aggrieved party will lose its right to terminate the contract unless it gives notice to the other party within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the offer or of the non-conforming performance.

ARTICLE 7.3.3*(Anticipatory non-performance)*

Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract.

ARTICLE 7.3.4*(Adequate assurance of due performance)*

A party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and may meanwhile withhold its own performance. Where this assurance is not provided within a reasonable time the party demanding it may terminate the contract.

ARTICLE 7.3.5*(Effects of termination in general)*

- (1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance.
- (2) Termination does not preclude a claim for damages for non-performance.
- (3) Termination does not affect any provision in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination.

ARTICLE 7.3.6*(Restitution)*

- (1) On termination of the contract either party may claim restitution of whatever it has supplied, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received. If restitution in kind is not possible or appropriate allowance should be made in money whenever reasonable.
- (2) However, if performance of the contract has extended over a period of time and the contract is divisible, such restitution can only be claimed for the period after termination has taken effect.

SECTION 4: DAMAGES**ARTICLE 7.4.1***(Right to damages)*

Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles.

ARTICLE 7.4.2*(Full compensation)*

- (1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.
- (2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.

ARTICLE 7.4.3*(Certainty of harm)*

- (1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty.
- (2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the

probability of its occurrence.

(3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.

ARTICLE 7.4.4

(Foreseeability of harm)

The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.

ARTICLE 7.4.5

(Proof of harm in case of replacement transaction)

Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a replacement transaction within a reasonable time and in a reasonable manner it may recover the difference between the contract price and the price of the replacement transaction as well as damages for any further harm.

ARTICLE 7.4.6

(Proof of harm by current price)

(1) Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a replacement transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further harm.

(2) Current price is the price generally charged for goods delivered or services rendered in comparable circumstances at the place where the contract should have been performed or, if there is no current price at that place, the current price at such other place that appears reasonable to take as a reference.

ARTICLE 7.4.7

(Harm due in part to aggrieved party)

Where the harm is due in part to an act or omission of the aggrieved party or to another event as to which that party bears the risk, the amount of damages shall be reduced to the extent that these factors have contributed to the harm, having regard to the conduct of each of the parties.

ARTICLE 7.4.8

(Mitigation of harm)

(1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.

ARTICLE 7.4.9

(Interest for failure to pay money)

(1) If a party does not pay a sum of money when it falls due the aggrieved party is entitled to interest upon that sum from the time when payment is due to the time of payment whether or not the non-payment is excused.

(2) The rate of interest shall be the average bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place for payment, or where no such rate exists at that place, then the same rate in the State of the currency of payment. In the absence of such a rate at either place the rate of interest shall be the appropriate rate fixed by the law of the State of the currency of payment.

(3) The aggrieved party is entitled to additional damages if the non-payment

caused it a greater harm.

ARTICLE 7.4.10
(Interest on damages)

Unless otherwise agreed, interest on damages for non-performance of non-monetary obligations accrues as from the time of non-performance.

ARTICLE 7.4.11
(Manner of monetary redress)

- (1) Damages are to be paid in a lump sum. However, they may be payable in instalments where the nature of the harm makes this appropriate.
(2) Damages to be paid in instalments may be indexed.

ARTICLE 7.4.12
(Currency in which to assess damages)

Damages are to be assessed either in the currency in which the monetary obligation was expressed or in the currency in which the harm was suffered, whichever is more appropriate.

ARTICLE 7.4.13
(Agreed payment for non-performance)

- (1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.
(2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

CHAPTER 8 — SET-OFF

ARTICLE 8.1
(Conditions of set-off)

- (1) Where two parties owe each other money or other performances of the same kind, either of them ("the first party") may set off its obligation against that of its obligee ("the other party") if at the time of set-off,
(a) the first party is entitled to perform its obligation;
(b) the other party's obligation is ascertained as to its existence and amount and performance is due.
(2) If the obligations of both parties arise from the same contract, the first party may also set off its obligation against an obligation of the other party which is not ascertained as to its existence or to its amount.

ARTICLE 8.2
(Foreign currency set-off)

Where the obligations are to pay money in different currencies, the right of set-off may be exercised, provided that both currencies are freely convertible and the parties have not agreed that the first party shall pay only in a specified currency.

ARTICLE 8.3
(Set-off by notice)

The right of set-off is exercised by notice to the other party.

ARTICLE 8.4

(Content of notice)

- (1) The notice must specify the obligations to which it relates.
- (2) If the notice does not specify the obligation against which set-off is exercised, the other party may, within a reasonable time, declare to the first party the obligation to which set-off relates. If no such declaration is made, the set-off will relate to all the obligations proportionally.

ARTICLE 8.5*(Effect of set-off)*

- (1) Set-off discharges the obligations.
- (2) If obligations differ in amount, set-off discharges the obligations up to the amount of the lesser obligation.
- (3) Set-off takes effect as from the time of notice.

**CHAPTER 9 — ASSIGNMENT OF RIGHTS, TRANSFER OF OBLIGATIONS,
ASSIGNMENT OF CONTRACTS
SECTION 1: ASSIGNMENT OF RIGHTS**

ARTICLE 9.1.1*(Definitions)*

“Assignment of a right” means the transfer by agreement from one person (the “assignor”) to another person (the “assignee”), including transfer by way of security, of the assignor’s right to payment of a monetary sum or other performance from a third person (“the obligor”).

ARTICLE 9.1.2*(Exclusions)*

This Section does not apply to transfers made under the special rules governing the transfers:

- (a) of instruments such as negotiable instruments, documents of title or financial instruments, or
- (b) of rights in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.1.3*(Assignability of non-monetary rights)*

A right to non-monetary performance may be assigned only if the assignment does not render the obligation significantly more burdensome.

ARTICLE 9.1.4*(Partial assignment)*

- (1) A right to the payment of a monetary sum may be assigned partially.
- (2) A right to other performance may be assigned partially only if it is divisible, and the assignment does not render the obligation significantly more burdensome.

ARTICLE 9.1.5*(Future rights)*

A future right is deemed to be transferred at the time of the agreement, provided the right, when it comes into existence, can be identified as the right to which the assignment relates.

ARTICLE 9.1.6*(Rights assigned without individual specification)*

A number of rights may be assigned without individual specification, provided such rights can be identified as rights to which the assignment relates at the time of the assignment or when they come into existence.

ARTICLE 9.1.7

(Agreement between assignor and assignee sufficient)

- (1) A right is assigned by mere agreement between the assignor and the assignee, without notice to the obligor.
- (2) The consent of the obligor is not required unless the obligation in the circumstances is of an essentially personal character.

ARTICLE 9.1.8

(Obligor's additional costs)

The obligor has a right to be compensated by the assignor or the assignee for any additional costs caused by the assignment.

ARTICLE 9.1.9

(Non-assignment clauses)

- (1) The assignment of a right to the payment of a monetary sum is effective notwithstanding an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting such an assignment. However, the assignor may be liable to the obligor for breach of contract.
- (2) The assignment of a right to other performance is ineffective if it is contrary to an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting the assignment. Nevertheless, the assignment is effective if the assignee, at the time of the assignment, neither knew nor ought to have known of the agreement. The assignor may then be liable to the obligor for breach of contract.

ARTICLE 9.1.10

(Notice to the obligor)

- (1) Until the obligor receives a notice of the assignment from either the assignor or the assignee, it is discharged by paying the assignor.
- (2) After the obligor receives such a notice, it is discharged only by paying the assignee.

ARTICLE 9.1.11

(Successive assignments)

If the same right has been assigned by the same assignor to two or more successive assignees, the obligor is discharged by paying according to the order in which the notices were received.

ARTICLE 9.1.12

(Adequate proof of assignment)

- (1) If notice of the assignment is given by the assignee, the obligor may request the assignee to provide within a reasonable time adequate proof that the assignment has been made.
- (2) Until adequate proof is provided, the obligor may withhold payment.
- (3) Unless adequate proof is provided, notice is not effective.
- (4) Adequate proof includes, but is not limited to, any writing emanating from the assignor and indicating that the assignment has taken place.

ARTICLE 9.1.13

(Defences and rights of set-off)

- (1) The obligor may assert against the assignee all defences that the obligor could assert against the assignor.
- (2) The obligor may exercise against the assignee any right of set-off available to the obligor against the assignor up to the time notice of assignment was received.

ARTICLE 9.1.14

(Rights related to the right assigned)

The assignment of a right transfers to the assignee:

- (a) all the assignor's rights to payment or other performance under the contract in respect of the right assigned, and
- (b) all rights securing performance of the right assigned.

ARTICLE 9.1.15

(Undertakings of the assignor)

The assignor undertakes towards the assignee, except as otherwise disclosed to the assignee, that:

- (a) the assigned right exists at the time of the assignment, unless the right is a future right;
- (b) the assignor is entitled to assign the right;
- (c) the right has not been previously assigned to another assignee, and it is free from any right or claim from a third party;
- (d) the obligor does not have any defences;
- (e) neither the obligor nor the assignor has given notice of set-off concerning the assigned right and will not give any such notice;
- (f) the assignor will reimburse the assignee for any payment received from the obligor before notice of the assignment was given.

SECTION 2: TRANSFER OF OBLIGATIONS

ARTICLE 9.2.1

(Modes of transfer)

An obligation to pay money or render other performance may be transferred from one person (the "original obligor") to another person (the "new obligor") either

- a) by an agreement between the original obligor and the new obligor subject to Article 9.2.3, or
- b) by an agreement between the obligee and the new obligor, by which the new obligor assumes the obligation.

ARTICLE 9.2.2

(Exclusion)

This Section does not apply to transfers of obligations made under the special rules governing transfers of obligations in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.2.3

(Requirement of obligee's consent to transfer)

The transfer of an obligation by an agreement between the original obligor and the new obligor requires the consent of the obligee.

ARTICLE 9.2.4

(Advance consent of obligee)

- (1) The obligee may give its consent in advance.
- (2) If the obligee has given its consent in advance, the transfer of the obligation becomes effective when a notice of the transfer is given to the obligee or when the obligee acknowledges it.

ARTICLE 9.2.5*(Discharge of original obligor)*

- (1) The obligee may discharge the original obligor.
- (2) The obligee may also retain the original obligor as an obligor in case the new obligor does not perform properly.
- (3) Otherwise the original obligor and the new obligor are jointly and severally liable.

ARTICLE 9.2.6*(Third party performance)*

- (1) Without the obligee's consent, the obligor may contract with another person that this person will perform the obligation in place of the obligor, unless the obligation in the circumstances has an essentially personal character.
- (2) The obligee retains its claim against the obligor.

ARTICLE 9.2.7*(Defences and rights of set-off)*

- (1) The new obligor may assert against the obligee all defences which the original obligor could assert against the obligee.
- (2) The new obligor may not exercise against the obligee any right of set-off available to the original obligor against the obligee.

ARTICLE 9.2.8*(Rights related to the obligation transferred)*

- (1) The obligee may assert against the new obligor all its rights to payment or other performance under the contract in respect of the obligation transferred.
- (2) If the original obligor is discharged under Article 9.2.5(1), a security granted by any person other than the new obligor for the performance of the obligation is discharged, unless that other person agrees that it should continue to be available to the obligee.
- (3) Discharge of the original obligor also extends to any security of the original obligor given to the obligee for the performance of the obligation, unless the security is over an asset which is transferred as part of a transaction between the original obligor and the new obligor.

SECTION 3: ASSIGNMENT OF CONTRACTS**ARTICLE 9.3.1***(Definitions)*

“Assignment of a contract” means the transfer by agreement from one person (the “assignor”) to another person (the “assignee”) of the assignor's rights and obligations arising out of a contract with another person (the “other party”).

ARTICLE 9.3.2*(Exclusion)*

This Section does not apply to the assignment of contracts made under the special rules governing transfers of contracts in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.3.3*(Requirement of consent of the other party)*

The assignment of a contract requires the consent of the other party.

ARTICLE 9.3.4

(Advance consent of the other party)

- (1) The other party may give its consent in advance.
- (2) If the other party has given its consent in advance, the assignment of the contract becomes effective when a notice of the assignment is given to the other party or when the other party acknowledges it.

ARTICLE 9.3.5*(Discharge of the assignor)*

- (1) The other party may discharge the assignor.
- (2) The other party may also retain the assignor as an obligor in case the assignee does not perform properly.
- (3) Otherwise the assignor and the assignee are jointly and severally liable.

ARTICLE 9.3.6*(Defences and rights of set-off)*

- (1) To the extent that the assignment of a contract involves an assignment of rights, Article 9.1.13 applies accordingly.
- (2) To the extent that the assignment of a contract involves a transfer of obligations, Article 9.2.7 applies accordingly.

ARTICLE 9.3.7*(Rights transferred with the contract)*

- (1) To the extent that the assignment of a contract involves an assignment of rights, Article 9.1.14 applies accordingly.
- (2) To the extent that the assignment of a contract involves a transfer of obligations, Article 9.2.8 applies accordingly.

CHAPTER 10 — LIMITATION PERIODS**ARTICLE 10.1***(Scope of the Chapter)*

- (1) The exercise of rights governed by these Principles is barred by the expiration of a period of time, referred to as “limitation period”, according to the rules of this Chapter.
- (2) This Chapter does not govern the time within which one party is required under these Principles, as a condition for the acquisition or exercise of its right, to give notice to the other party or to perform any act other than the institution of legal proceedings.

ARTICLE 10.2*(Limitation periods)*

- (1) The general limitation period is three years beginning on the day after the day the obligee knows or ought to know the facts as a result of which the obligee’s right can be exercised.
- (2) In any event, the maximum limitation period is ten years beginning on the day after the day the right can be exercised.

ARTICLE 10.3*(Modification of limitation periods by the parties)*

- (1) The parties may modify the limitation periods.
- (2) However they may not
 - (a) shorten the general limitation period to less than one year;
 - (b) shorten the maximum limitation period to less than four years;

(c) extend the maximum limitation period to more than fifteen years.

ARTICLE 10.4

(New limitation period by acknowledgement)

(1) Where the obligor before the expiration of the general limitation period acknowledges the right of the obligee, a new general limitation period begins on the day after the day of the acknowledgement.

(2) The maximum limitation period does not begin to run again, but may be exceeded by the beginning of a new general limitation period under Art. 10.2(1).

ARTICLE 10.5

(Suspension by judicial proceedings)

(1) The running of the limitation period is suspended

(a) when the obligee performs any act, by commencing judicial proceedings or in judicial proceedings already instituted, that is recognised by the law of the court as asserting the obligee's right against the obligor;

(b) in the case of the obligor's insolvency when the obligee has asserted its rights in the insolvency proceedings; or

(c) in the case of proceedings for dissolution of the entity which is the obligor when the obligee has asserted its rights in the dissolution proceedings.

(2) Suspension lasts until a final decision has been issued or until the proceedings have been otherwise terminated.

ARTICLE 10.6

(Suspension by arbitral proceedings)

(1) The running of the limitation period is suspended when the obligee performs any act, by commencing arbitral proceedings or in arbitral proceedings already instituted, that is recognised by the law of the arbitral tribunal as asserting the obligee's right against the obligor. In the absence of regulations for arbitral proceedings or provisions determining the exact date of the commencement of arbitral proceedings, the proceedings are deemed to commence on the date on which a request that the right in dispute should be adjudicated reaches the obligor.

(2) Suspension lasts until a binding decision has been issued or until the proceedings have been otherwise terminated.

ARTICLE 10.7

(Alternative dispute resolution)

The provisions of Articles 10.5 and 10.6 apply with appropriate modifications to other proceedings whereby the parties request a third person to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute.

ARTICLE 10.8

(Suspension in case of force majeure, death or incapacity)

(1) Where the obligee has been prevented by an impediment that is beyond its control and that it could neither avoid nor overcome, from causing a limitation period to cease to run under the preceding articles, the general limitation period is suspended so as not to expire before one year after the relevant impediment has ceased to exist.

(2) Where the impediment consists of the incapacity or death of the obligee or obligor, suspension ceases when a representative for the incapacitated or deceased party or its estate has been appointed or a successor has inherited the respective party's position. The additional one-year period under paragraph (1) applies accordingly.

ARTICLE 10.9

(The effects of expiration of limitation period)

- (1) The expiration of the limitation period does not extinguish the right.
- (2) For the expiration of the limitation period to have effect, the obligor must assert it as a defence.
- (3) A right may still be relied on as a defence even though the expiration of the limitation period for that right has been asserted.

ARTICLE 10.10
(Right of set-off)

The obligee may exercise the right of set-off until the obligor has asserted the expiration of the limitation period.

ARTICLE 10.11
(Restitution)

Where there has been performance in order to discharge an obligation, there is no right of restitution merely because the limitation period has expired.

9.2

Princípios Contratuais Europeus (PECL)

THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW

CHAPTER 1 GENERAL PROVISIONS

SECTION 1 - SCOPE OF THE PRINCIPLES

Article 1:101 - Application of the Principles

- (1) These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Union.
- (2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.
- (3) These Principles may be applied when the parties:
 - (a) have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “lex mercatoria” or the like; or

- (b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract.
- (4) These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so.

Article 1:102 - Freedom of contract

- (1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.
- (2) The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles.

Article 1:103 - Mandatory Law

- (1) Where the law otherwise applicable so allows, the parties may choose to have their contract governed by the Principles, with the effect that national mandatory rules are not applicable.
- (2) Effect should nevertheless be given to those mandatory rules of national, supranational and international law which, according to the relevant rules of private international law, are applicable irrespective of the law governing the contract.

Article 1:104 - Application to questions of consent

- (1) The existence and validity of the agreement of the parties to adopt or incorporate these Principles shall be determined by these Principles.
- (2) Nevertheless, a party may rely upon the law of the country in which it has its habitual residence to establish that it did not consent if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of the party's conduct in accordance with these Principles.

Article 1:105 - Usages and Practices

- (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practice they have established between themselves.
- (2) The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be unreasonable.

Article 1:106 - Interpretation and Supplementation

- (1) These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application.
- (2) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are so far as possible to be settled in accordance with the ideas underlying the Principles. Failing this, the legal system applicable by virtue of the rules of private international law is to be applied.

Article 1:107 - Application of the Principles by Way of Analogy

These Principles apply with appropriate modifications to agreements to modify or end a contract, to unilateral promises and other statements and conduct indicating intention.

SECTION 2 - GENERAL DUTIES

Article 1:201 - Good Faith and Fair Dealing

- (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.
- (2) The parties may not exclude or limit this duty.

Article 1:202 - Duty to Co-operate

Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.

SECTION 3 - TERMINOLOGY AND OTHER PROVISIONS

Article 1:301 - Meaning of Terms

In these Principles, except where the context otherwise requires:

- (1) 'act' includes omission;
- (2) 'court' includes arbitral tribunal;
- (3) an 'intentional' act includes an act done recklessly;
- (4) 'non-performance' denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract.
- (5) A matter is 'material' if it is one which a reasonable person in the same situation as one party ought to have known would influence the other party in its decision whether to contract on the proposed terms or to contract at all. .
- (6) 'Written' statements include communications made by telegram, telex, telefax and electronic mail and other means of communication capable of providing a readable record of the statement on both sides

Article 1:302 - Reasonableness

Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.

Article 1:303 - Notice

- (1) Any notice may be given by any means, whether in writing or otherwise, appropriate to the circumstances.
- (2) Subject to paragraphs (4) and (5), any notice becomes effective when it reaches the addressee.
- (3) A notice reaches the addressee when it is delivered to it or to its place of business or mailing address, or, if it does not have a place of business or mailing address, to its habitual residence
- (4) If one party gives notice to the other because of the other's non-performance or because such non-performance is reasonably anticipated by the first party, and the notice is properly dispatched or given, a delay or inaccuracy in the transmission of the notice or its failure to arrive does not prevent it from having effect. The notice shall have effect from the time at which it would have arrived in normal circumstances.
- (5) A notice has no effect if a withdrawal of it reaches the addressee before or at the same time as the notice.
- (6) In this Article, 'notice' includes the communication of a promise, statement, offer, acceptance, demand, request or other declaration.

Article 1:304 - Computation of Time

- (1) A period of time set by a party in a written document for the addressee to reply or take other action begins to run from the date stated as the date of the document. If no date is shown, the period begins to run from the moment the document reaches the addressee.
- (2) Official holidays and official non-working days occurring during the period are included in calculating the period. However, if the last day of the period is an official holiday or official non-working day at the address of the addressee, or at the place where a prescribed act is to be performed, the period is extended until the first following working day in that place.
- (3) Periods of time expressed in days, weeks, months or years shall begin at 00:00 on the next day and shall end at 24:00 on the last day of the period; but any reply that has to reach the party who set the period must arrive, or any other act which is to be done must be completed, by the normal close of business in the relevant place on the last day of the period.

Article 1:305 - Imputed Knowledge and Intention

If any person who with a party's assent was involved in making a contract, or who was entrusted

with performance by a party or performed with its assent:

- (a) knew or foresaw a fact, or ought to have known or foreseen it; or
- (b) acted intentionally or with gross negligence, or not in accordance with good faith and fair dealing, this knowledge, foresight or behaviour is imputed to the party itself.

CHAPTER 2 FORMATION

SECTION 1 - GENERAL PROVISIONS

Article 2:101 - Conditions for the Conclusion of a Contract

- (1) A contract is concluded if:
 - (a) the parties intend to be legally bound, and
 - (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement.
- (2) A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses.

Article 2:102 - Intention

The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.

Article 2:103 - Sufficient Agreement

- (1) There is sufficient agreement if the terms:
 - (a) have been sufficiently defined by the parties so that the contract can be enforced, or
 - (b) can be determined under these Principles.
- (2) However, if one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached.

Article 2:104 - Terms not individually negotiated

- (1) Contract terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party who did not know of them only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party's attention before or when the contract was concluded.
- (2) Terms are not brought appropriately to a party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document.

Article 2:105 - Merger Clause

- (1) If a written contract contains an individually negotiated clause stating that the writing embodies all the terms of the contract (a merger clause), any prior statements, undertakings or agreements which are not embodied in the writing do not form part of the contract.
- (2) If the merger clause is not individually negotiated it will only establish a presumption that the parties intended that their prior statements, undertakings or agreements were not to form part of the contract. This rule may not be excluded or restricted.
- (3) The parties' prior statements may be used to interpret the contract. This rule may not be excluded or restricted except by an individually negotiated clause.
- (4) A party may by its statements or conduct be precluded from asserting a merger clause to the extent that the other party has reasonably relied on them.

Article 2:106 - Written Modification only

- (1) A clause in a written contract requiring any modification or ending by agreement to be made in writing establishes only a presumption that an agreement to modify or end the contract is not intended to be legally binding unless it is in writing.
- (2) A party may by its statements or conduct be precluded from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably relied on them.

Article 2:107 - Promises binding without acceptance

A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding.

SECTION 2 - OFFER AND ACCEPTANCE

Article 2:201 - Offer

- (1) A proposal amounts to an offer if:
 - (a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it, and
 - (b) it contains sufficiently definite terms to form a contract.
- (2) An offer may be made to one or more specific persons or to the public.
- (3) A proposal to supply goods or services at stated prices made by a professional supplier in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is presumed to be an offer to sell or supply at that price until the stock of goods, or the supplier's capacity to supply the service, is exhausted.

Article 2:202 - Revocation of an Offer

- (1) An offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before it has dispatched its acceptance or, in cases of acceptance by conduct, before the contract has been concluded under Article 2:205(2) or (3).
- (2) An offer made to the public can be revoked by the same means as were used to make the offer.
- (3) However, a revocation of an offer is ineffective if:
 - (a) the offer indicates that it is irrevocable; or
 - (b) it states a fixed time for its acceptance; or
 - (c) it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

Article 2:203 - Rejection

When a rejection of an offer reaches the offeror, the offer lapses.

Article 2:204 - Acceptance

- (1) Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.
- (2) Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

Article 2:205 - Time of Conclusion of the Contract

- (1) If an acceptance has been dispatched by the offeree the contract is concluded when the acceptance reaches the offeror.
- (2) In case of acceptance by conduct, the contract is concluded when notice of the conduct reaches the offeror.
- (3) If by virtue of the offer, of practices which the parties have established between themselves, or of a usage, the offeree may accept the offer by performing an act without notice to the offeror, the contract is concluded when the performance of the act begins.

Article 2:206 - Time Limit for Acceptance

- (1) In order to be effective, acceptance of an offer must reach the offeror within the time fixed by it.
- (2) If no time has been fixed by the offeror acceptance must reach it within a reasonable time.
- (3) In the case of an acceptance by an act of performance under art. 2:205 (3), that act must be performed within the time for acceptance fixed by the offeror or, if no such time is fixed, within a reasonable time.

Article 2:207 - Late Acceptance

- (1) A late acceptance is nonetheless effective as an acceptance if without delay the offeror informs the offeree that he treats it as such.
- (2) If a letter or other writing containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without delay, the offeror informs the offeree that it considers its offer as having lapsed.

Article 2:208 - Modified Acceptance

- (1) A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which would materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.
- (2) A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.
- (3) However, such a reply will be treated as a rejection of the offer if:
 - (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; or
 - (b) the offeror objects to the additional or different terms without delay; or
 - (c) the offeree makes its acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.

Article 2:209 - Conflicting General conditions

- (1) If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance.
- (2) However, no contract is formed if one party:
 - (a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or
 - (b) without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract.
- (3) General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated between the parties.

Article 2:210 - Professional's written confirmation

If professionals have concluded a contract but have not embodied it in a final document, and one without delay sends the other a writing which purports to be a confirmation of the contract but which contains additional or different terms, such terms will become part of the contract unless:

- (a) the terms materially alter the terms of the contract, or
- (b) the addressee objects to them without delay.

Article 2:211 - Contracts not Concluded through Offer and Acceptance

The rules in this section apply with appropriate adaptations even though the process of conclusion of a contract cannot be analysed into offer and acceptance.

SECTION 3 - LIABILITY FOR NEGOTIATIONS

Article 2:301 - Negotiations Contrary to Good Faith

- (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
- (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.
- (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

Article 2:302 - Breach of Confidentiality

If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party.

CHAPTER 3 AUTHORITY OF AGENTS

SECTION 1 - GENERAL PROVISIONS

Article 3:101 - Scope of the Chapter

- (1) This Chapter governs the authority of an agent or other intermediary to bind its principal in relation to a contract with a third party.
- (2) This Chapter does not govern an agent's authority bestowed by law or the authority of an agent appointed by a public or judicial authority.
- (3) This Chapter does not govern the internal relationship between the agent or intermediary and its principal.

Article 3:102 - Categories of Representation

- (1) Where an agent acts in the name of a principal, the rules on direct representation apply (Section 2). It is irrelevant whether the principal's identity is revealed at the time the agent acts or is to be revealed later.
- (2) Where an intermediary acts on instructions and on behalf of, but not in the name of, a principal, or where the third party neither knows nor has reason to know that the intermediary acts as an agent, the rules on indirect representation apply (Section 3).

SECTION 2 - DIRECT REPRESENTATION

Article 3:201 - Express, implied and apparent authority

- (1) The principal's grant of authority to an agent to act in its name may be express or may be implied from the circumstances.
- (2) The agent has authority to perform all acts necessary in the circumstances to achieve the purposes for which the authority was granted.
- (3) A person is to be treated as having granted authority to an apparent agent if the person's statements or conduct induce the third party reasonably and in good faith to believe that the apparent agent has been granted authority for the act performed by it.

Article 3:202 - Agent acting in exercise of his authority

Where an agent is acting within its authority as defined by article 3:201, its acts bind the principal and the third party directly to each other. The agent itself is not bound to the third party.

Article 3:203 - Unidentified Principal

If an agent enters into a contract in the name of a principal whose identity is to be revealed later, but fails to reveal that identity within a reasonable time after a request by the third party, the agent itself is bound by the contract.

Article 3:204 - Agent acting without or outside its authority

- (1) Where a person acting as an agent acts without authority or outside the scope of its authority, its acts are not binding upon the principal and the third party.
- (2) Failing ratification by the principal according to article 3:207, the agent is liable to pay the third party such damages as will place the third party in the same position as if the agent had

acted with authority. This does not apply if the third party knew or could not have been unaware of the agent's lack of authority.

Article 3:205 - Conflict of Interests

- (1) If a contract concluded by an agent involves the agent in a conflict of interest of which the third party knew or could not have been unaware, the principal may avoid the contract according to the provisions of articles 4:112 to 4:116.
- (2) There is presumed to be a conflict of interest where:
 - (a) the agent also acted as agent for the third party; or
 - (b) the contract was with itself in its personal capacity.
- (3) However, the principal may not avoid the contract:
 - (a) if it had consented to, or could not have been unaware of, the agent's so acting; or
 - (b) if the agent had disclosed the conflict of interest to it and it had not objected within a reasonable time.

Article 3:206 - Subagency

An agent has implied authority to appoint a subagent to carry out tasks which are not of a personal character and which it is not reasonable to expect the agent to carry out itself. The rules of this Section apply to the subagency; acts of the subagent which are within its and the agent's authority bind the principal and the third party directly to each other.

Article 3:207 - Ratification by Principal

- (1) Where a person acting as an agent acts without authority or outside its authority, the principal may ratify the agent's acts.
- (2) Upon ratification, the agent's acts are considered as having been authorised, without prejudice to the rights of other persons.

Article 3:208 - Third Party's Right with Respect to Confirmation of Authority

Where the statements or conduct of the principal gave the third party reason to believe that an act performed by the agent was authorised, but the third party is in doubt about the authorisation, it may send a written confirmation to the principal or request ratification from it. If the principal does not object or answer the request without delay, the agent's act is treated as having been authorised.

Article 3:209 - Duration of Authority

- (1) An agent's authority continues until the third party knows or ought to know that:
 - (a) the agent's authority has been brought to an end by the principal, the agent, or both; or
 - (b) the acts for which the authority had been granted have been completed, or the time for which it had been granted has expired; or
 - (c) the agent has become insolvent or, where a natural person, has died or become incapacitated; or
 - (d) the principal has become insolvent.
- (2) The third party is considered to know that the agent's authority has been brought to an end under paragraph(1) (a) above if this has been communicated or publicised in the same manner in which the authority was originally communicated or publicised.
- (3) However, the agent remains authorised for a reasonable time to perform those acts which are necessary to protect the interests of the principal or its successors

SECTION 3 - INDIRECT REPRESENTATION

Article 3:301 - Intermediaries not acting in the name of a Principal

- (1) Where an intermediary acts:
 - (a) on instructions and on behalf, but not in the name, of a principal, or
 - (b) on instructions from a principal but the third party does not know and has no reason to know

this,

the intermediary and the third party are bound to each other.

(2) The principal and the third party are bound to each other only under the conditions set out in Articles 3:302 to 3:304.

Article 3:302 - Intermediary's Insolvency or Fundamental Non-performance to Principal

If the intermediary becomes insolvent, or if it commits a fundamental non-performance towards the principal, or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non-performance:

- (a) on the principal's demand, the intermediary shall communicate the name and address of the third party to the principal; and
- (b) the principal may exercise against the third party the rights acquired on the principal's behalf by the intermediary, subject to any defences which the third party may set up against the intermediary.

Article 3:303 - Intermediary's Insolvency or Fundamental Non-performance to Third Party

If the intermediary becomes insolvent, or if it commits a fundamental non-performance towards the third party, or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non-performance:

- (a) on the third party's demand, the intermediary shall communicate the name and address of the principal to the third party; and
- (b) the third party may exercise against the principal the rights which the third party has against the intermediary, subject to any defences which the intermediary may set up against the third party and those which the principal may set up against the intermediary.

Article 3:304 - Requirement of Notice

The rights under Articles 3:302 and 3:303 may be exercised only if notice of intention to exercise them is given to the intermediary and to the third party or principal, respectively. Upon receipt of the notice, the third party or the principal is no longer entitled to render performance to the intermediary.

CHAPTER 4 - VALIDITY

Article 4:101 - Matters not Covered

This Chapter does not deal with invalidity arising from illegality, immorality or lack of capacity.

Article 4:102 - Initial Impossibility

A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates.

Article 4:103 – Fundamental mistake as to facts or law

(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

- (a) (i) the mistake was caused by information given by the other party; or
- (ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or
- (iii) the other party made the same mistake, and
- (b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms.

(2) However a party may not avoid the contract if:

- (a) in the circumstances its mistake was inexcusable, or

(b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by it.

Article 4:104 - Inaccuracy in communication

An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is to be treated as a mistake of the person who made or sent the statement and Article 4:103 applies.

Article 4:105 - Adaptation of contract

- (1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party indicates that it is willing to perform, or actually does perform, the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is to be treated as if it had been concluded as the that party understood it. The other party must indicate its willingness to perform, or render such performance, promptly after being informed of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance.
- (2) After such indication or performance the right to avoid is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.
- (3) Where both parties have made the same mistake, the court may at the request of either party bring the contract into accordance with what might reasonably have been agreed had the mistake not occurred.

Article 4:106 - Incorrect information

A party which has concluded a contract relying on incorrect information given it by the other party may recover damages in accordance with Article 4:117(2) and (3) even if the information does not give rise to a fundamental mistake under Article 4:103, unless the party which gave the information had reason to believe that the information was correct.

Article 4:107 - Fraud

- (1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.
- (2) A party's representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.
- (3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:
 - (a) whether the party had special expertise;
 - (b) the cost to it of acquiring the relevant information;
 - (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and
 - (d) the apparent importance of the information to the other party.

Article 4:108 - Threats

A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's imminent and serious threat of an act:

- (a) which is wrongful in itself, or
- (b) which it is wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract , unless in the circumstances the first party had a reasonable alternative.

Article 4:109 - Excessive benefit or unfair advantage

- (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:
 - (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and
 - (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.
- (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the

requirements of good faith and fair dealing been followed.

(3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

Article 4:110 - Unfair terms not individually negotiated

(1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded.

(2) This Article does not apply to:

- (a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to
- (b) the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party.

Article 4:111 - Third persons

(1) Where a third person for whose acts a party is responsible, or who with a party's assent is involved in the making of a contract:

- (a) causes a mistake by giving information, or knows of or ought to have known of a mistake,
- (b) gives incorrect information,
- (c) commits fraud,
- (d) makes a threat, or
- (e) takes excessive benefit or unfair advantage,

remedies under this Chapter will be available under the same conditions as if the behaviour or knowledge had been that of the party itself.

(2) Where any other third person:

- (a) gives incorrect information,
 - (b) commits fraud,
 - (c) makes a threat, or
 - (d) takes excessive benefit or unfair advantage,
- remedies under this Chapter will be available if the party knew or ought to have known of the relevant facts, or at the time of avoidance it has not acted in reliance on the contract.

Article 4:112 - Notice of Avoidance

Avoidance must be by notice to the other party.

Article 4:113 - Time limits

(1) Notice of avoidance must be given within a reasonable time, with due regard to the circumstances, after the avoiding party knew or ought to have known of the relevant facts or became capable of acting freely.

(2) However, a party may avoid an individual term under Article 4:110 if it gives notice of avoidance within a reasonable time after the other party has invoked the term.

Article 4:114 - Confirmation

If the party who is entitled to avoid a contract confirms it, expressly or impliedly, after it knows of the ground for avoidance, or becomes capable of acting freely, avoidance of the contract is excluded.

Article 4:115 - Effect of avoidance

On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided it makes concurrent restitution of whatever it has received. If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received.

Article 4:116 - Partial avoidance

If a ground of avoidance affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract.

Article 4:117 - Damages

- (1) A party who avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage.
- (2) If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 or 4:114, it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage. The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106.
- (3) In other respects, the damages shall be in accordance with the relevant provisions of Chapter 9, Section 5, with appropriate adaptations.

Article 4:118 - Exclusion or restriction of remedies

- (1) Remedies for fraud, threats and excessive benefit or unfair advantage-taking, and the right to avoid an unfair term which has not been individually negotiated, cannot be excluded or restricted.
- (2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing.

Article 4:119 - Remedies for non-performance

A party which is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy.

CHAPTER 5 INTERPRETATION

Article 5:101 - General Rules of Interpretation

- (1) A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.
- (2) If it is established that one party intended the contract to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party could not have been unaware of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.
- (3) If an intention cannot be established according to (1) or (2), the contract is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

Article 5:102 - Relevant Circumstances

In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to:

- (a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations;
- (b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract;
- (c) the nature and purpose of the contract;
- (d) the interpretation which has already been given to similar clauses by the parties and the practices they have established between themselves;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the branch of activity concerned and the interpretation similar clauses may already have received;
- (f) usages; and
- (g) good faith and fair dealing

Article 5:103 - Contra Proferentem Rule

Where there is doubt about the meaning of a contract term not individually negotiated, an interpretation of the term against the party who supplied it is to be preferred.

Article 5:104 - Preference to Negotiated Terms

Terms which have been individually negotiated take preference over those which are not.

Article 5:105 - Reference to Contract as a Whole

Terms are interpreted in the light of the whole contract in which they appear.

Article 5:106 - Terms to Be Given Effect

An interpretation which renders the terms of the contract lawful, or effective, is to be preferred to one which would not.

Article 5:107 - Linguistic Discrepancies

Where a contract is drawn up in two or more language versions none of which is stated to be authoritative, there is, in case of discrepancy between the versions, a preference for the interpretation according to the version in which the contract was originally drawn up.

CHAPTER 6 CONTENTS AND EFFECTS

Article 6:101 - Statements giving rise to contractual obligation

(1) A statement made by one party before or when the contract is concluded is to be treated as giving rise to a contractual obligation if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances, taking into account:

- (a) the apparent importance of the statement to the other party;
- (b) whether the party was making the statement in the course of business; and
- (c) the relative expertise of the parties.

(2) If one of the parties is a professional supplier who gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the contract for them is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a contractual obligation unless it is shown that the other party knew or could not have been unaware that the statement was incorrect.

(3) Such information and other undertakings given by a person advertising or marketing services, goods or other property for the professional supplier, or by a person in earlier links of the business chain, are to be treated as giving rise to a contractual obligation on the part of the professional supplier unless it did not know and had no reason to know of the information or undertaking.

Article 6:102 - Implied terms

In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from

- (a) the intention of the parties,
- (b) the nature and purpose of the contract, and
- (c) good faith and fair dealing.

Article 6:103 - Simulation

When the parties have concluded an apparent contract which was not intended to reflect their true agreement, as between the parties the true agreement prevails

Article 6:104 - Determination of Price

Where the contract does not fix the price or the method of determining it, the parties are to be treated as having agreed on a reasonable price.

Article 6:105 - Unilateral Determination by a Party

Where the price or any other contractual term is to be determined by one party whose determination is grossly unreasonable, then notwithstanding any provision to the contrary, a reasonable price or other term shall be substituted.

Article 6:106 - Determination by a Third Person

- (1) Where the price or any other contractual term is to be determined by a third person, and it cannot or will not do so, the parties are presumed to have empowered the court to appoint another person to determine it.
- (2) If a price or other term fixed by a third person is grossly unreasonable, a reasonable price or term shall be substituted.

Article 6:107 - Reference to a Non-Existent Factor

Where the price or any other contractual term is to be determined by reference to a factor which does not exist or has ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be substituted.

Article 6:108 - Quality of Performance

If the contract does not specify the quality, a party must tender performance of at least average quality.

Article 6:109 - Contract for an Indefinite Period

A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice of reasonable length.

Article 6:110 - Stipulation in Favour of a Third Party

- (1) A third party may require performance of a contractual obligation when its right to do so has been expressly agreed upon between the promisor and the promisee, or when such agreement is to be inferred from the purpose of the contract or the circumstances of the case. The third party need not be identified at the time the agreement is concluded.
- (2) If the third party renounces the right to performance the right is treated as never having accrued to it.
- (3) The promisee may by notice to the promisor deprive the third party of the right to performance unless:
 - (a) the third party has received notice from the promisee that the right has been made irrevocable, or
 - (b) the promisor or the promisee has received notice from the third party that the latter accepts the right.

Article 6:111 - Change of Circumstances

- (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.
- (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or ending it, provided that:
 - (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,
 - (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and
 - (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party

affected should be required to bear.

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

- (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or
- (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.

CHAPTER 7 PERFORMANCE

Article 7:101 - Place of Performance

(1) If the place of performance of a contractual obligation is not fixed by or determinable from the contract it shall be:

- (a) in the case of an obligation to pay money, the creditor's place of business at the time of the conclusion of the contract;
- (b) in the case of an obligation other than to pay money, the debtor's place of business at the time of conclusion of the contract.

(2) If a party has more than one place of business, the place of business for the purpose of the preceding paragraph is that which has the closest relationship to the contract, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at the time of conclusion of the contract.

(3) If a party does not have a place of business its habitual residence is to be treated as its place of business.

Article 7:102 - Time of Performance

A party has to effect its performance:

- (1) if a time is fixed by or determinable from the contract, at that time;
- (2) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless the circumstances of the case indicate that the other party is to choose the time;
- (3) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

Article 7:103 - Early Performance

(1) A party may decline a tender of performance made before it is due except where acceptance of the tender would not unreasonably prejudice its interests.

(2) A party's acceptance of early performance does not affect the time fixed for the performance of its own obligation.

Article 7:104 - Order of performance

To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously, the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise.

Article 7:105 - Alternative performance

(1) Where an obligation may be discharged by one of alternative performances, the choice belongs to the party who is to perform, unless the circumstances indicate otherwise.

(2) If the party who is to make the choice fails to do so by the time required by the contract, then:

- (a) if the delay in choosing is fundamental, the right to choose passes to the other party;
- (b) if the delay is not fundamental, the other party may give a notice fixing an additional period of reasonable length in which the party to choose must do so. If the latter fails to do so, the right to choose passes to the other party.

Article 7:106 - Performance by a Third Person

(1) Except where the contract requires personal performance the creditor cannot refuse perfor-

mance by a third person if:

- (a) the third person acts with the assent of the debtor; or
 - (b) the third person has a legitimate interest in performance and the debtor has failed to perform or it is clear that it will not perform at the time performance is due.
- (2) Performance by the third person in accordance with paragraph (1) discharges the debtor.

Article 7:107 - Form of Payment

- (1) Payment of money due may be made in any form used in the ordinary course of business.
- (2) A creditor which, pursuant to the contract or voluntarily, accepts a cheque or other order to pay or a promise to pay is presumed to do so only on condition that it will be honoured. The creditor may not enforce the original obligation to pay unless the order or promise is not honoured.

Article 7:108 - Currency of Payment

- (1) The parties may agree that payment shall be made only in a specified currency.
- (2) In the absence of such agreement, a sum of money expressed in a currency other than that of the place where payment is due may be paid in the currency of that place according to the rate of exchange prevailing there at the time when payment is due.
- (3) If, in a case falling within the preceding paragraph, the debtor has not paid at the time when payment is due, the creditor may require payment in the currency of the place where payment is due according to the rate of exchange prevailing there either at the time when payment is due or at the time of actual payment.

Article 7:109 - Appropriation of Performance

- (1) Where a party has to perform several obligations of the same nature and the performance tendered does not suffice to discharge all of the obligations, then subject to paragraph (4) the party may at the time of its performance declare to which obligation the performance is to be appropriated.
- (2) If the performing party does not make such a declaration, the other party may within a reasonable time appropriate the performance to such obligation as it chooses. It shall inform the performing party of the choice. However, any such appropriation to an obligation which:
 - (a) is not yet due, or
 - (b) is illegal, or
 - (c) is disputed,
 is invalid.
- (3) In the absence of an appropriation by either party, and subject to paragraph (4), the performance is appropriated to that obligation which satisfies one of the following criteria in the sequence indicated:
 - (a) the obligation which is due or is the first to fall due;
 - (b) the obligation for which the creditor has the least security;
 - (c) the obligation which is the most burdensome for the debtor,
 - (d) the obligation which has arisen first.
 If none of the preceding criteria applies, the performance is appropriated proportionately to all obligations.
- (4) In the case of a monetary obligation, a payment by the debtor is to be appropriated, first, to expenses, secondly, to interest, and thirdly, to principal, unless the creditor makes a different appropriation.

Article 7:110 - Property Not Accepted

- (1) A party who is left in possession of tangible property other than money because of the other party's failure to accept or retake the property must take reasonable steps to protect and preserve the property.
- (2) The party left in possession may discharge its duty to deliver or return:
 - (a) by depositing the property on reasonable terms with a third person to be held to the order of the other party, and notifying the other party of this; or
 - (b) by selling the property on reasonable terms after notice to the other party, and paying the net proceeds to that party.

(3) Where, however, the property is liable to rapid deterioration or its preservation is unreasonably expensive, the party must take reasonable steps to dispose of it. It may discharge its duty to deliver or return by paying the net proceeds to the other party.

(4) The party left in possession is entitled to be reimbursed or to retain out of the proceeds of sale any expenses reasonably incurred.

Article 7:111 - Money not Accepted

Where a party fails to accept money properly tendered by the other party, that party may after notice to the first party discharge its obligation to pay by depositing the money to the order of the first party in accordance with the law of the place where payment is due

Article 7:112 - Costs of performance

Each party shall bear the costs of performance of its obligations.

CHAPTER 8 NON-PERFORMANCE AND REMEDIES IN GENERAL

Article 8:101 - Remedies Available

(1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9.

(2) Where a party's non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages.

(3) A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party's non-performance.

Article 8:102 - Cumulation of Remedies

Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a party is not deprived of its right to damages by exercising its right to any other remedy.

Article 8:103 - Fundamental Non-Performance

A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:

(a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or

(b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or

(c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance.

Article 8:104 - Cure by Non-Performing Party

A party whose tender of performance is not accepted by the other party because it does not conform to the contract may make a new and conforming tender where the time for performance has not yet arrived or the delay would not be such as to constitute a fundamental non-performance.

Article 8:105 - Assurance of Performance

(1) A party which reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and meanwhile may withhold performance of its own obligations so long as such reasonable belief continues.

(2) Where this assurance is not provided within a reasonable time, the party demanding it may terminate the contract if it still reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party and gives notice of termination without delay.

Article 8:106 - Notice Fixing Additional Period for Performance

- (1) In any case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance.
- (2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages, but it may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under Chapter 9:
- (3) If in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given a notice fixing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of the period of notice. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party does not perform within the period fixed by the notice the contract shall terminate automatically. If the period stated is too short, the aggrieved party may terminate, or, as the case may be, the contract shall terminate automatically, only after a reasonable period from the time of the notice.

Article 8:107 - Performance Entrusted to Another

A party which entrusts performance of the contract to another person remains responsible for performance.

Article 8:108 - Excuse Due to an Impediment

- (1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.
- (2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.
- (3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice.

Article 8:109 – Clause Excluding or Restricting Remedies

Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restriction.

CHAPTER 9 PARTICULAR REMEDIES FOR NON-PERFORMANCE

SECTION 1 - RIGHT TO PERFORMANCE

Article 9:101 - Monetary Obligations

- (1) The creditor is entitled to recover money which is due.
- (2) Where the creditor has not yet performed its obligation and it is clear that the debtor will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with its performance and may recover any sum due under the contract unless:
 - (a) it could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense;
 - or
 - (b) performance would be unreasonable in the circumstances.

Article 9:102 - Non-monetary Obligations

- (1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to

pay money, including the remedying of a defective performance.

(2) Specific performance cannot, however, be obtained where:

- (a) performance would be unlawful or impossible; or
- (b) performance would cause the debtor unreasonable effort or expense; or
- (c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or
- (d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.

(3) The aggrieved party will lose the right to specific performance if it fails to seek it within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.

Article 9:103 - Damages Not Precluded

The fact that a right to performance is excluded under this Section does not preclude a claim for damages.

SECTION 2 - WITHHOLDING PERFORMANCE

Article 9:201 - Right to Withhold Performance

(1) A party which is to perform simultaneously with or after the other party may withhold performance until the other has tendered performance or has performed. The first party may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstances.

(2) A party may similarly withhold performance for as long as it is clear that there will be a non-performance by the other party when the other party's performance becomes due.

SECTION 3 - TERMINATION OF THE CONTRACT

Article 9:301 - Right to Terminate the Contract

(1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.

(2) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106

(3).

Article 9:302 - Contract to be Performed in Parts

If the contract is to be performed in separate parts and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance, the aggrieved party may exercise its right to terminate under this Section in relation to the part concerned. It may terminate the contract as a whole only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole.

Article 9:303 - Notice of Termination

(1) A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party.

(2) The aggrieved party loses its right to terminate the contract unless it gives notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.

(3) (a) When performance has not been tendered by the time it was due, the aggrieved party need not give notice of termination before a tender has been made. If a tender is later made it loses its right to terminate if it does not give such notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the tender.

(b) If, however, the aggrieved party knows or has reason to know that the other party still intends to tender within a reasonable time, and the aggrieved party unreasonably fails to notify the other party that it will not accept performance, it loses its right to terminate if the other party in fact tenders within a reasonable time.

(4) If a party is excused under Article 8:108 through an impediment which is total and permanent, the contract is terminated automatically and without notice at the time the impediment arises.

Article 9:304 - Anticipatory Non-Performance

Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it, the other party may terminate the contract.

Article 9:305 - Effects of Termination in General

- (1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance, but, subject to Articles 9:306 to 9:308, does not affect the rights and liabilities that have accrued up to the time of termination.
- (2) Termination does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination.

Article 9:306 - Property Reduced in Value

A party which terminates the contract may reject property previously received from the other party if its value to the first party has been fundamentally reduced as a result of the other party's non-performance.

Article 9:307 - Recovery of Money Paid

On termination of the contract a party may recover money paid for a performance which it did not receive or which it properly rejected.

Article 9:308 - Recovery of Property

On termination of the contract a party who has supplied property which can be returned and for which it has not received payment or other counter-performance may recover the property.

Article 9:309 - Recovery for Performance that Cannot be Returned

On termination of the contract a party which has rendered a performance which cannot be returned and for which it has not received payment or other counter-performance may recover a reasonable amount for the value of the performance to the other party.

SECTION 4 - PRICE REDUCTION

Article 9:401 - Right to Reduce Price

- (1) A party who accepts a tender of performance not conforming to the contract may reduce the price. This reduction shall be proportionate to the decrease in the value of the performance at the time this was tendered compared to the value which a conforming tender would have had at that time.
- (2) A party who is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and which has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the other party.
- (3) A party which reduces the price cannot also recover damages for reduction in the value of the performance but remains entitled to damages for any further loss it has suffered so far as these are recoverable under Section 5 of this Chapter.

SECTION 5 - DAMAGES AND INTEREST

Article 9:501 - Right to Damages

- (1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance, which is not excused under Article 8:108.
- (2) The loss for which damages are recoverable includes:
 - (a) non-pecuniary loss; and
 - (b) future loss which is reasonably likely to occur.

Article 9:502 - General Measure of Damages

The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.

Article 9:503 - Foreseeability

The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.

Article 9:504 - Loss Attributable to Aggrieved Party

The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party contributed to the non-performance or its effects.

Article 9:505 - Reduction of loss

- (1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.
- (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.

Article 9:506 - Substitute Transaction

Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, it may recover the difference between the contract price and the price of the substitute transaction as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section.

Article 9:507 - Current Price

Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section.

Article 9:508 - Delay in Payment of Money

- (1) If payment of a sum of money is delayed, the aggrieved party is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the time of payment at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the contractual currency of payment at the place where payment is due.
- (2) The aggrieved party may in addition recover damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section.

Article 9:509 - Agreed Payment for Non-performance

- (1) Where the contract provides that a party which fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss.
- (2) However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances.

Article 9:510 - Currency by which Damages to be Measured

Damages are to be measured by the currency which most appropriately reflects the aggrieved party's loss.

**CHAPTER 10
PLURALITY OF PARTIES**

SECTION 1 - PLURALITY OF DEBTORS

Article 10:101 Solidary, Separate and Communal Obligations

- (1) Obligations are solidary when all the debtors are bound to render one and the same performance and the creditor may require it from any one of them until full performance has been received.
- (2) Obligations are separate when each debtor is bound to render only part of the performance and the creditor may require from each debtor only that debtor's part.
- (3) An obligation is communal when all the debtors are bound to render the performance together and the creditor may require it only from all of them.

Article 10:102 When Solidary Obligations Arise

- (1) If several debtors are bound to render one and the same performance to a creditor under the same contract, they are solidarily liable, unless the contract or the law provides otherwise.
- (2) Solidary obligations also arise where several persons are liable for the same damage.
- (3) The fact that the debtors are not liable on the same terms does not prevent their obligations from being solidary.

Article 10:103 Liability Under Separate Obligations

Debtors bound by separate obligations are liable in equal shares unless the contract or the law provides otherwise.

Article 10:104 Communal Obligations: Special Rule when Money Claimed for Non-Performance

Notwithstanding Article 10:101 (3), when money is claimed for non-performance of a communal obligation, the debtors are solidarily liable for payment to the creditor.

Article 10:105 Apportionment Between Solidary Debtors

- (1) As between themselves, solidary debtors are liable in equal shares unless the contract or the law provides otherwise.
- (2) If two or more debtors are liable for the same damage under Article 10:102 (2), their share of liability as between themselves is determined according to the law governing the event which gave rise to the liability.

Article 10:106 Recourse Between Solidary Debtors

- (1) A solidary debtor who has performed more than that debtor's share may claim the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share, together with a share of any costs reasonably incurred.
- (2) A solidary debtor to whom paragraph (1) applies may also, subject to any prior right and interest of the creditor, exercise the rights and actions of the creditor, including accessory securities, to recover the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share.
- (3) If a solidary debtor who has performed more than that debtor's share is unable, despite all reasonable efforts, to recover contribution from another solidary debtor, the share of the others, including the one who has performed, is increased proportionally.

Article 10:107 Performance, Set-Off and Merger in Solidary Obligations

- (1) Performance or set-off by a solidary debtor or set-off by the creditor against one solidary debtor discharges the other debtors in relation to the creditor to the extent of the performance or set-off.
- (2) Merger of debts between a solidary debtor and the creditor discharges the other debtors only for the share of the debtor concerned.

Article 10:108 Release or Settlement in Solidary Obligations

- (1) When the creditor releases, or reaches a settlement with, one solidary debtor, the other debtors are discharged of liability for the share of that debtor.
- (2) The debtors are totally discharged by the release or settlement if it so provides.
- (3) As between solidary debtors, the debtor who is discharged from that debtor's share is discharged only to the extent of the share at the time of the discharge and not from any supplementary share for which that debtor may subsequently become liable under Article 10:106 (3).

Article 10:109 Effect of Judgment in Solidary Obligations

A decision by a court as to the liability to the creditor of one solidary debtor does not affect:

- (a) the liability to the creditor of the other solidary debtors; or
- (b) the rights of recourse between the solidary debtors under Article 10:106.

Article 10:110 Prescription in Solidary Obligations

Prescription of the creditor's right to performance ("claim") against one solidary debtor does not affect:

- (a) the liability to the creditor of the other solidary debtors; or
- (b) the rights of recourse between the solidary debtors under Article 10:106.

Article 10:111 Opposability of other Defences in Solidary Obligations

- (1) A solidary debtor may invoke against the creditor any defence which another solidary debtor can invoke, other than a defence personal to that other debtor. Invoking the defence has no effect with regard to the other solidary debtors.
- (2) A debtor from whom contribution is claimed may invoke against the claimant any personal defence that that debtor could have invoked against the creditor.

SECTION 2 - PLURALITY OF CREDITORS

Article 10:201 Solidary, Separate and Communal Claims

- (1) Claims are solidary when any of the creditors may require full performance from the debtor and when the debtor may render performance to any of the creditors.
- (2) Claims are separate when the debtor owes each creditor only that creditor's share of the claim and each creditor may require performance only of that creditor's share.
- (3) A claim is communal when the debtor must perform to all the creditors and any creditor may require performance only for the benefit of all.

Article 10:202 Apportionment of Separate Claims

Separate creditors are entitled to equal shares unless the contract or the law provides otherwise.

Article 10:203 Difficulties of Executing a Communal Claim

If one of the creditors in a communal claim refuses, or is unable to receive, the performance, the debtor may discharge the obligation to perform by depositing the property or money with a third party according to Articles 7:110 or 7:111 of the Principles.

Article 10:204 Apportionment of Solidary Claims

- (1) Solidary creditors are entitled to equal shares unless the contract or the law provides otherwise.
- (2) A creditor who has received more than that creditor's share must transfer the excess to the other creditors to the extent of their respective shares.

Article 10:205 Regime of Solidary Claims

- (1) A release granted to the debtor by one of the solidary creditors has no effect on the other solidary creditors
- (2) The rules of Articles 10:107, 10:109, 10:110 and 10:111 (1) apply, with appropriate adaptations, to solidary claims.

CHAPTER 11 ASSIGNMENT OF CLAIMS

SECTION 1 - GENERAL PRINCIPLES

Article 11:101 Scope of Chapter

- (1) This Chapter applies to the assignment by agreement of a right to performance ("claim") under an existing or future contract.
- (2) Except where otherwise stated or the context otherwise requires, this Chapter also applies to the assignment by agreement of other transferable claims.
- (3) This Chapter does not apply:
 - (a) to the transfer of a financial instrument or investment security where, under the law otherwise applicable, such transfer must be by entry in a register maintained by or for the issuer; or
 - (b) to the transfer of a bill of exchange or other negotiable instrument or of a negotiable security or a document of title to goods where, under the law otherwise applicable, such transfer must be by delivery (with any necessary indorsement).
- (4) In this Chapter "assignment" includes an assignment by way of security.
- (5) This Chapter also applies, with appropriate adaptations, to the granting by agreement of a right in security over a claim otherwise than by assignment.

Article 11:102 Contractual Claims Generally Assignable

- (1) Subject to Articles 11:301 and 11:302, a party to a contract may assign a claim under it.
- (2) A future claim arising under an existing or future contract may be assigned if at the time when it comes into existence, or at such other time as the parties agree, it can be identified as the claim to which the assignment relates.

Article 11:103 Partial Assignment

A claim which is divisible may be assigned in part, but the assignor is liable to the debtor for any increased costs which the debtor thereby incurs.

Article 11:104 Form of Assignment

An assignment need not be in writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.

SECTION 2 - EFFECTS OF ASSIGNMENT AS BETWEEN ASSIGNOR AND ASSIGNEE

Article 11:201 Rights Transferred to Assignee

- (1) The assignment of a claim transfers to the assignee:
 - (a) all the assignor's rights to performance in respect of the claim assigned; and

- (b) all accessory rights securing such performance.
- (2) Where the assignment of a claim under a contract is associated with the substitution of the assignee as debtor in respect of any obligation owed by the assignor under the same contract, this Article takes effect subject to Article 12:201.

Article 11:202 When Assignment Takes Effect

- (1) An assignment of an existing claim takes effect at the time of the agreement to assign or such later time as the assignor and assignee agree.
- (2) An assignment of a future claim is dependent upon the assigned claim coming into existence but thereupon takes effect from the time of the agreement to assign or such later time as the assignor and assignee agree.

Article 11:203 Preservation of Assignee's Rights Against Assignor

An assignment is effective as between the assignor and assignee, and entitles the assignee to whatever the assignor receives from the debtor, even if it is ineffective against the debtor under Article 11:301 or 11:302.

Article 11:204 Undertakings by Assignor

By assigning or purporting to assign a claim the assignor undertakes to the assignee that:

- (a) at the time when the assignment is to take effect the following conditions will be satisfied except as otherwise disclosed to the assignee:
 - (i) the assignor has the right to assign the claim;
 - (ii) the claim exists and the assignee's rights are not affected by any defences or rights (including any right of set-off) which the debtor might have against the assignor; and
 - (iii) the claim is not subject to any prior assignment or right in security in favour of any other party or to any other incumbrance;
- (b) the claim and any contract under which it arises will not be modified without the consent of the assignee unless the modification is provided for in the assignment agreement or is one which is made in good faith and is of a nature to which the assignee could not reasonably object; and
- (c) the assignor will transfer to the assignee all transferable rights intended to secure performance which are not accessory rights.

SECTION 3 - EFFECTS OF ASSIGNMENT AS BETWEEN ASSIGNEE AND DEBTOR

Article 11:301 Contractual Prohibition of Assignment

- (1) An assignment which is prohibited by or is otherwise not in conformity with the contract under which the assigned claim arises is not effective against the debtor unless:
 - (a) the debtor has consented to it; or
 - (b) the assignee neither knew nor ought to have known of the non-conformity; or
 - (c) the assignment is made under a contract for the assignment of future rights to payment of money.
- (2) Nothing in the preceding paragraph affects the assignor's liability for the non-conformity.

Article 11:302 Other Ineffective Assignments

An assignment to which the debtor has not consented is ineffective against the debtor so far as it relates to a performance which the debtor, by reason of the nature of the performance or the relationship of the debtor and the assignor, could not reasonably be required to render to anyone except the assignor.

Article 11:303 Effect on Debtor's Obligation

- (1) Subject to Articles 11:301, 11:302, 11:307 and 11:308, the debtor is bound to perform in favour of the assignee if and only if the debtor has received a notice in writing from the assignor or the assignee which reasonably identifies the claim which has been assigned and requires the

debtor to give performance to the assignee.

(2) However, if such notice is given by the assignee, the debtor may within a reasonable time request the assignee to provide reliable evidence of the assignment, pending which the debtor may withhold performance.

(3) Where the debtor has acquired knowledge of the assignment otherwise than by a notice conforming to paragraph (1), the debtor may either withhold performance from or give performance to the assignee.

(4) Where the debtor gives performance to the assignor, the debtor is discharged if and only if the performance is given without knowledge of the assignment.

Article 11:304 Protection Of Debtor

A debtor who performs in favour of a person identified as assignee in a notice of assignment under Article 11:303 is discharged unless the debtor could not have been unaware that such person was not the person entitled to performance.

Article 11:305 Competing Demands

A debtor who has received notice of two or more competing demands for performance may discharge liability by conforming to the law of the due place of performance, or, if the performances are due in different places, the law applicable to the claim.

Article 11:306 Place of Performance

(1) Where the assigned claim relates to an obligation to pay money at a particular place, the assignee may require payment at any place within the same country or, if that country is a Member State of the European Union, at any place within the European Union, but the assignor is liable to the debtor for any increased costs which the debtor incurs by reason of any change in the place of performance.

(2) Where the assigned claim relates to a non-monetary obligation to be performed at a particular place, the assignee may not require performance at any other place.

Article 11:307 Defences and Rights of Set-Off

(1) The debtor may set up against the assignee all substantive and procedural defences to the assigned claim which the debtor could have used against the assignor.

(2) The debtor may also assert against the assignee all rights of set-off which would have been available against the assignor under Chapter 13 in respect of any claim against the assignor:

- (a) existing at the time when a notice of assignment, whether or not conforming to Article 11:303(1), reaches the debtor; or
- (b) closely connected with the assigned claim.

Article 11:308 Unauthorised Modification Not Binding on Assignee

A modification of the claim made by agreement between the assignor and the debtor, without the consent of the assignee, after a notice of assignment, whether or not conforming to Article 11:303 (1), reaches the debtor does not affect the rights of the assignee against the debtor unless the modification is provided for in the assignment agreement or is one which is made in good faith and is of a nature to which the assignee could not reasonably object.

SECTION 4 - ORDER OF PRIORITY BETWEEN ASSIGNEE AND COMPETING CLAIMANTS

Article 11:401 Priorities

(1) Where there are successive assignments of the same claim, the assignee whose assignment is first notified to the debtor has priority over any earlier assignee if at the time of the later assignment the assignee under that assignment neither knew nor ought to have known of the earlier assignment.

(2) Subject to paragraph (1), the priority of successive assignments, whether of existing or future

claims, is determined by the order in which they are made.

(3) The assignee's interest in the assigned claim has priority over the interest of a creditor of the assignor who attaches that claim, whether by judicial process or otherwise, after the time the assignment has taken effect under Article 11:202.

(4) In the event of the assignor's bankruptcy, the assignee's interest in the assigned claim has priority over the interest of the assignor's insolvency administrator and creditors, subject to any rules of the law applicable to the bankruptcy relating to:

- (a) publicity required as a condition of such priority;
- (b) the ranking of claims; or
- (c) the avoidance or ineffectiveness of transactions in the bankruptcy proceedings.

CHAPTER 12 SUBSTITUTION OF NEW DEBTOR: TRANSFER OF CONTRACT

SECTION 1 - SUBSTITUTION OF NEW DEBTOR

Article 12:101 Substitution: General Rules

(1) A third person may undertake with the agreement of the debtor and the creditor to be substituted as debtor, with the effect that the original debtor is discharged.

(2) A creditor may agree in advance to a future substitution. In such a case the substitution takes effect only when the creditor is given notice by the new debtor of the agreement between the new and the original debtor.

Article 12:102 Effects of Substitutions on Defences and Securities

(1) The new debtor cannot invoke against the creditor any rights or defences arising from the relationship between the new debtor and the original debtor.

(2) The discharge of the original debtor also extends to any security of the original debtor given to the creditor for the performance of the obligation, unless the security is over an asset which is transferred to the new debtor as part of a transaction between the original and the new debtor.

(3) Upon discharge of the original debtor, a security granted by any person other than the new debtor for the performance of the obligation is released, unless that other person agrees that it should continue to be available to the creditor.

(4) The new debtor may invoke against the creditor all defences which the original debtor could have invoked against the creditor.

SECTION 2 - TRANSFER OF CONTRACT

Article 12:201 Transfer of Contract

(1) A party to a contract may agree with a third person that that person is to be substituted as the contracting party. In such a case the substitution takes effect only where, as a result of the other party's assent, the first party is discharged.

(2) To the extent that the substitution of the third person as a contracting party involves a transfer of rights to performance ("claims"), the provisions of Chapter 11 apply; to the extent that obligations are transferred, the provisions of Section 1 of this Chapter apply.

CHAPTER 13 SET-OFF

Article 13:101 Requirement for Set-Off

If two parties owe each other obligations of the same kind, either party may set off that party's right to performance ("claim") against the other party's claim, if and to the extent that, at the time of set-off, the first party:

- (a) is entitled to effect performance; and
- (b) may demand the other party's performance.

Article 13:102 Unascertained Claims

- (1) A debtor may not set off a claim which is unascertained as to its existence or value unless the set-off will not prejudice the interests of the other party.
- (2) Where the claims of both parties arise from the same legal relationship it is presumed that the other party's interests will not be prejudiced.

Article 13:103 Foreign Currency Set-Off

Where parties owe each other money in different currencies, each party may set off that party's claim against the other party's claim, unless the parties have agreed that the party declaring set-off is to pay exclusively in a specified currency.

Article 13:104 Notice of Set-Off

The right of set-off is exercised by notice to the other party.

Article 13:105 Plurality of Claims and Obligations

- (1) Where the party giving notice of set-off has two or more claims against the other party, the notice is effective only if it identifies the claim to which it relates.
- (2) Where the party giving notice of set-off has to perform two or more obligations towards the other party, the rules in Article 7:109 apply with appropriate adaptations.

Article 13:106 Effects of Set-Off

Set-off discharges the obligations, as far as they are coextensive, as from the time of notice.

Article 13:107 Exclusion of Right of Set-Off

Set-off cannot be effected:

- (a) where it is excluded by agreement;
- (b) against a claim to the extent that that claim is not capable of attachment; and
- (c) against a claim arising from a deliberate wrongful act.

CHAPTER 14 PRESCRIPTION

SECTION 1 - GENERAL PROVISION

Article 14:101 Claims Subject to Prescription

A right to performance of an obligation ("claim") is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with these Principles.

SECTION 2 - PERIODS OF PRESCRIPTION AND THEIR COMMENCEMENT

Article 14:201 General Period

The general period of prescription is three years.

Article 14:202 Period for a Claim Established by Legal Proceedings

- (1) The period of prescription for a claim established by judgment is ten years.
- (2) The same applies to a claim established by an arbitral award or other instrument which is enforceable as if it were a judgment.

Article 14:203 Commencement

- (1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the claim.
- (2) Where the debtor is under a continuing obligation to do or refrain from doing something, the general period of prescription begins to run with each breach of the obligation.
- (3) The period of prescription set out in Article 14:202 begins to run from the time when the judgment or arbitral award obtains the effect of *res judicata*, or the other instrument becomes enforceable, though not before the debtor has to effect performance.

SECTION 3 - EXTENSION OF PERIOD

Article 14:301 Suspension in Case of Ignorance

The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably know of:

- (a) the identity of the debtor; or
- (b) the facts giving rise to the claim including, in the case of a right to damages, the type of damage.

Article 14:302 Suspension in Case of Judicial and Other Proceedings

- (1) The running of the period of prescription is suspended from the time when judicial proceedings on the claim are begun.
- (2) Suspension lasts until a decision has been made which has the effect of *res judicata*, or until the case has been otherwise disposed of.
- (3) These provisions apply, with appropriate adaptations, to arbitration proceedings and to all other proceedings initiated with the aim of obtaining an instrument which is enforceable as if it were a judgment.

Article 14:303 Suspension in Case of Impediment Beyond Creditor's Control

- (1) The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor is prevented from pursuing the claim by an impediment which is beyond the creditor's control and which the creditor could not reasonably have been expected to avoid or overcome.
- (2) Paragraph (1) applies only if the impediment arises, or subsists, within the last six months of the prescription period.

Article 14:304 Postponement of Expiry in Case of Negotiations

If the parties negotiate about the claim, or about circumstances from which a claim might arise, the period of prescription does not expire before one year has passed since the last communication made in the negotiations.

Article 14:305 Postponement of Expiry in Case of Incapacity

- (1) If a person subject to an incapacity is without a representative, the period of prescription of a claim held by or against that person does not expire before one year has passed after either the incapacity has ended or a representative has been appointed.
- (2) The period of prescription of claims between a person subject to an incapacity and that person's representative does not expire before one year has passed after either the incapacity has ended or a new representative has been appointed.

Article 14:306 Postponement of Expiry: Deceased's Estate

Where the creditor or debtor has died, the period of prescription of a claim held by or against the deceased's estate does not expire before one year has passed after the claim can be enforced by or against an heir, or by or against a representative of the estate.

Article 14:307 Maximum Length of Period

The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry under these Principles, to more than ten years or, in case of claims for personal injuries, to more than thirty years. This does not apply to suspension under Article 14:302.

SECTION 4 - RENEWAL OF PERIODS

Article 14:401 Renewal by Acknowledgement

(1) If the debtor acknowledges the claim, vis-à-vis the creditor, by part payment, payment of interest, giving of security, or in any other manner, a new period of prescription begins to run.
 (2) The new period is the general period of prescription, regardless of whether the claim was originally subject to the general period of prescription or the ten year period under Article 14:202. In the latter case, however, this Article does not operate so as to shorten the ten year period.

Article 14:402 Renewal by Attempted Execution

The ten year period of prescription laid down in Article 14:202 begins to run again with each reasonable attempt at execution undertaken by the creditor.

SECTION 5 - EFFECTS OF PRESCRIPTION

Article 14:501 General Effect

(1) After expiry of the period of prescription the debtor is entitled to refuse performance.
 (2) Whatever has been performed in order to discharge a claim may not be reclaimed merely because the period of prescription had expired.

Article 14:502 Effect on Ancillary Claims

The period of prescription for a right to payment of interest, and other claims of an ancillary nature, expires not later than the period for the principal claim.

Article 14:503 Effect on Set-Off

A claim in relation to which the period of prescription has expired may nonetheless be set off, unless the debtor has invoked prescription previously or does so within two months of notification of set-off.

SECTION 6 - MODIFICATION BY AGREEMENT

Article 14:601 Agreements Concerning Prescription

(1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription.
 (2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in Article 14:203.

CHAPTER 15 ILLEGALITY

Article 15:101 Contracts Contrary to Fundamental Principles

A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union.

Article 15:102 Contracts Infringing Mandatory Rules

- (1) Where a contract infringes a mandatory rule of law applicable under Article 1:103 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule.
- (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification.
- (3) A decision reached under paragraph (2) must be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including:
- (a) the purpose of the rule which has been infringed;
 - (b) the category of persons for whose protection the rule exists;
 - (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed;
 - (d) the seriousness of the infringement;
 - (e) whether the infringement was intentional; and
 - (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract.

Article 15:103 Partial Ineffectiveness

- (1) If only part of a contract is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102, the remaining part continues in effect unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold it.
- (2) Articles 15:104 and 15:105 apply, with appropriate adaptations, to a case of partial ineffectiveness.

Article 15:104 Restitution

- (1) When a contract is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102, either party may claim restitution of whatever that party has supplied under the contract, provided that, where appropriate, concurrent restitution is made of whatever has been received.
- (2) When considering whether to grant restitution under paragraph (1), and what concurrent restitution, if any, would be appropriate, regard must be had to the factors referred to in Article 15:102 (3).
- (3) An award of restitution may be refused to a party who knew or ought to have known of the reason for the ineffectiveness.
- (4) If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received.

Article 15:105 Damages

- (1) A party to a contract which is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102 may recover from the other party damages putting the first party as nearly as possible into the same position as if the contract had not been concluded, provided that the other party knew or ought to have known of the reason for the ineffectiveness.
- (2) When considering whether to award damages under paragraph (1), regard must be had to the factors referred to in Article 15:102 (3).
- (3) An award of damages may be refused where the first party knew or ought to have known of the reason for the ineffectiveness.

CHAPTER 16 CONDITIONS

Article 16:101 Types of Condition

A contractual obligation may be made conditional upon the occurrence of an uncertain future event, so that the obligation takes effect only if the event occurs (suspensive condition) or comes to an end if the event occurs (resolutive condition).

Article 16:102 Interference with Conditions

(1) If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfilment would have operated to that party's disadvantage, the condition is deemed to be fulfilled.

(2) If fulfilment of a condition is brought about by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfilment operates to that party's advantage, the condition is deemed not to be fulfilled.

Article 16:103 Effect of Conditions

(1) Upon fulfilment of a suspensive condition, the relevant obligation takes effect unless the parties otherwise agree.

(2) Upon fulfilment of a resolutive condition, the relevant obligation comes to an end unless the parties otherwise agree.

**CHAPTER 17
CAPITALISATION OF INTEREST****Article 17:101 When Interest to be Added to Capital**

(1) Interest payable according to Article 9:508 (1) is added to the outstanding capital every 12 months.

(2) Paragraph (1) of this Article does not apply if the parties have provided for interest upon delay in payment.