

SVEN SCHILF

Os Princípios UNIDROIT,  
o conceito do direito  
e a arbitragem internacional

Tradução do Capítulo 2 do livro

*Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut,*

traduzido por AMELY DÜTHORN, ABRAHAM LINCOLN FERREIRA DE MORAIS  
e NINA CÔRTEZ DA VEIGA em cooperação com o autor.



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO



## SUMÁRIO

Agradecimentos .....	5
Nota Introdutória.....	7
Abreviaturas.....	13
<b>A. O direito como elemento de conexão e requisito de execução</b>	
I. Conceito de direito e Direito Internacional Privado.....	18
1) A Convenção Interamericana de 1994.....	18
2) A Convenção europeia sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980 (CRoma).....	19
3) Conclusão .....	22
II. Conceito de direito e a aplicação de normas não estatais por tribunais arbitrais .....	23
1) Conceito de direito e instrumentos internacionais na área do direito processual arbitral .....	25
2) Conceito de direito e convenções regionais .....	33
3) Lei Modelo da UNCITRAL .....	36
4) Conclusões.....	39
III. Conceito de direito e aplicação de normas não estatais por tribunais estatais .....	40
1) Os Estados-membros da União Europeia .....	41
2) Estados Unidos .....	61
3) Brasil.....	65
4) Suíça .....	67
5) Panamá .....	68

IV. Conclusão.....	70
<b>B. Conceito, validade e fontes de direito</b>	
I. Bases teóricas .....	74
II. Conceitos de direito.....	74
1) Conceito romano .....	75
2) <i>A lex mercatoria</i> na Idade Média.....	87
3) Conceitos modernos .....	92
III. Validade de direito .....	110
IV. Fontes de direito.....	113
V. Conclusões.....	114
<b>C. Regras gerais contratuais básicas como direito</b>	
I. Fundamentações anteriores a favor da natureza jurídica de normas não estatais .....	116
1) Schmitthoff e Goldštajn.....	117
2) Goldmann .....	119
3) Lando.....	123
II. Crítica .....	124
1) Argumentos dos críticos .....	124
2) Posicionamento.....	124
III. Elementos de um ordenamento anacional do direito contratual.....	142
1) Âmbito de validade.....	142
2) Regras gerais contratuais básicas como elementos essenciais de um sistema de normas primárias.....	148
3) Normas secundárias complementares.....	161
4) Eficácia social e estabelecimento válido: regras gerais contratuais básicas na praxe jurídica arbitral e comercial .....	189
5) Resultado intermédio.....	230
<b>D. Resultado</b>	
I. Necessidade de um entendimento uniforme do direito .....	232
II. Fundamentos de um entendimento uniforme do direito.....	233
III. Conteúdo de um entendimento uniforme do direito.....	234
Bibliografia.....	239

## NOTA INTRODUTÓRIA

Este livro é a tradução para a língua portuguesa da tese de doutoramento apresentada pelo autor e aprovada pela Universidade de Kiel, em 2004. O orientador foi o Professor Dr. Haimo Schack, LL.M. (Berkeley), e o coorientador o Professor Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy. No ano seguinte, o trabalho foi publicado pela Editora Mohr Siebeck na série “Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht” do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo. Neste mesmo ano, a tese recebeu o prêmio de incentivo da Associação *Kieler Doctores Iuris*.

O título da tese *Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut* (“Regras gerais contratuais básicas como estatuto contratual”) define o objeto da pesquisa e, ao mesmo tempo, responde de forma afirmativa a uma questão ainda controversamente discutida.

Quanto ao objeto de estudo, o termo “regras gerais contratuais básicas” refere-se aos Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, bem como aos Princípios de Direito Contratual Europeu, codificações privadas do direito das obrigações. O termo “regras gerais contratuais básicas” não foi só usado para abranger as duas codificações, mas também para honrar uma característica comum a ambas: embora sejam denominadas como “princípios”, as duas obras são mais do que simples compilações de princípios no sentido dogmático. Princípios, no sentido de Dworkin<sup>1</sup> e Alexy,<sup>2</sup> são mandamentos de otimização cuja aplicação deve ser a mais ampla possível dentro das possibilidades determinadas pela situação fática ou jurídica, sem impor um comportamento preciso. Regras, por outro

---

<sup>1</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 25 et seq.

<sup>2</sup> Alexy, *Conceito e validade do direito*, p. 85.

lado, constituem mandamentos e proibições expressos. Assim, tendo em vista que tanto os Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais quanto os Princípios de Direito Contratual Europeu (*European Principles*) contêm os dois tipos de mandamentos, bem como usufruem da interação entre eles para atingir seus objetivos regulatórios de forma independente, isto é, sem referência a um direito estatal existente, pareceu mais correto falar de “regras gerais contratuais básicas”.

Quanto à questão examinada, há que se levar em consideração que no fim dos anos noventa, os Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais bem como os Princípios Europeus eram fenômenos ainda recentes e provocaram várias controvérsias. Não foram poucos os autores que questionaram a competência e a legitimidade do Instituto pela Unificação do Direito Privado em Roma (UNIDROIT) e também do grupo de trabalho coordenado por Ole Lando para realizar um projeto desta complexidade, o qual afetou diretamente a soberania dos Estados Nacionais. Nesta tendência, alguns autores criticavam a existência de normas imperativas neste tipo de codificações privadas.

Todas essas controvérsias acumularam-se e resultaram na seguinte questão: estas compilações privadas de normas contratuais podem ser escolhidas como direito aplicável aos contratos internacionais? Muitos autores sugeriram a aplicação e o tratamento destas compilações como condições gerais contratuais, ou seja, sugeriram a aplicação destas compilações exclusivamente nos limites estabelecidos pelas normas imperativas do direito estatal determinado pelas normas de conflito.

Entretanto, as ambições dos autores de tais codificações eram muito maiores: eles previram explicitamente a aplicação dos princípios como direito aplicável ao contrato internacional. A indagação, se isso é permitido perante os tribunais estatais e perante os tribunais arbitrais, é que deu origem à tese de doutoramento do autor, da qual o segundo capítulo está agora disponível em português.

Três etapas tiveram que ser enfrentadas para confirmar a aplicabilidade dos princípios como direito aplicável aos contratos internacionais. A primeira delas resultou da questão se tais compilações eram suficientemente amplas para assumir a função de direito aplicável. A segunda etapa é oriunda da questão se estas compilações podem ser consideradas “lei”, ou melhor, “direito” no sentido das normas de conflito, determinando o direito aplicável. Por fim, a última etapa decorre da questão se o entendimento geral dos termos “lei” e “direito” é aceito tanto pela Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994 quanto pela Convenção de Roma de 1980, a qual, na época em que foi escrita essa tese,

ainda era a base para determinar o direito aplicável aos contratos internacionais diante dos tribunais estatais europeus.

A resposta final a tais questionamentos concluiu no sentido de que não apenas a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais como também a Convenção de Roma permitiram a escolha dos Princípios UNIDROIT como direito aplicável, mas não dos *European Principles*. A exclusão dos *European Principles* se deve à aplicação de um conceito de direito que qualifica como direito – no âmbito do Direito Internacional Privado – o que é reconhecido e aplicado como direito pela comunidade internacional de arbitragem. Tendo em vista que os tribunais aplicavam quase que exclusivamente os Princípios UNIDROIT, os *European Principles* não podem ser aplicados como “direito” diante dos tribunais estatais.

O conceito de direito supra mencionado baseia-se, principalmente, no conceito positivista desenvolvido por *Hans Kelsen*, o qual se refere ao modelo de uma comunidade primitiva para qualificar o Direito Internacional Público como direito, característica que também pode ser utilizada para qualificar a arbitragem internacional. A arbitragem, se entendida como uma variação da comunidade de direito primitiva, com suas características fundamentais, especialmente a liberdade das partes de individualizar tanto o processo como o direito aplicável, tem o seu fundamento na Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Dessa forma, elementos cruciais sobre a arbitragem são afastados do alcance dos estados nacionais. Paralelamente, este raciocínio permite a integração da arbitragem internacional na hierarquia escalonada de normas desenvolvida por Kelsen.

O autor espera que esta modesta contribuição seja bem recebida pela comunidade de arbitragem, tanto no Brasil como na Alemanha, e que esta tradução incentive a cooperação mútua na área entre ambos os países.

Por fim, uma nota editorial: muito embora a tese e esta tradução se refiram à enumeração de 2004 e de 2003 das edições ampliadas dos Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais e dos Princípios do Direito Contratual Europeu, respectivamente, os argumentos da tese baseiam-se exclusivamente no conteúdo dos artigos das versões anteriores.

## A.

### O DIREITO COMO ELEMENTO DE CONEXÃO E REQUISITO DE EXECUÇÃO

Por trás da questão se a autonomia da vontade permite a escolha de regras gerais contratuais básicas como direito aplicável ao contrato, oculta-se a indagação se tais regras são consideradas “direito”. A relevância prática dessa abordagem já se revela em uma análise superficial das normas de Direito Privado Internacional aplicáveis, por tribunais estatais, às obrigações contratuais internacionais. Via de regra, fala-se da escolha de um “direito”. Logo, no que tange às normas de conflito, quem partir do princípio que a referência às regras gerais contratuais básicas é admissível, precisa demonstrar que estas são direito e que, portanto, preenchem os requisitos básicos, frente aos tribunais estatais, de escolha do direito aplicável, isto é, das normas de conflito aplicáveis.

Quanto à metodologia empregada na solução da mencionada indagação, existem duas alternativas. Por um lado, é possível analisar o conteúdo dos conceitos específicos de direito das normas de Direito Internacional Privado em questão, seja quanto ao seu sentido literal, seja quanto à sua posição sistemática etc. A outra alternativa seria realizar, primeiramente, uma análise teórico-geral, com o fito de obter esclarecimento sobre os elementos básicos do conceito de direito e, de posse deste, interpretar as normas de conflito específicas adotadas nos ordenamentos jurídicos nacionais. No entanto, o simples debate isolado sobre os fundamentos teóricos parece pouco apropriado para a resolução de uma questão prática, de tal maneira que deve ser analisada primeiro a essência do conceito do direito, isto é, como ele se revela nas normas relevantes para os tribunais estatais.

## I. CONCEITO DE DIREITO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

No âmbito do Direito Internacional Contratual, o postulado padrão do Direito Internacional Privado reza: “O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes”. Assim está disposto tanto no art. 3º, inciso I, 1ª parte, da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, de 19 de junho de 1980 (*CRoma*), que equivale ao art. 27, inciso I, 1 EGBGB (Lei de Introdução ao Código Civil Alemão), bem como no art. 7º, inciso I, 1ª parte, da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, de 17 de março de 1994.<sup>3</sup>

### 1) A Convenção Interamericana de 1994

No art. 9º, inciso II, 2ª parte, a Convenção posiciona-se positivamente em relação às regras gerais contratuais básicas, pelo menos no que diz respeito à formulação utilizada:

“The Court will take into account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closest ties. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognized by international organizations.”

Segundo *Juenger*, que participou da conferência para a elaboração da Convenção como representante dos EUA, o art. 9º, II, 2ª parte, ao contrário do disposto na *CRoma*, permite explicitamente a aplicação de regras gerais contratuais básicas como um estatuto contratual objetivo, caso as partes não escolham o direito aplicável ao contrato.<sup>4</sup> Essa interpretação extensiva do art. 9º, II, 2ª parte, todavia, não é compartilhada por todos: uma série de autores entende que o art. 9º, II, 2ª parte, exorta o juiz apenas a considerar os costumes comerciais internacionais no âmbito do direito nacional objetivamente aplicável, designada segundo o art. 9º, I.<sup>5</sup> *Samtleben*, por fim, entende o papel das regras gerais contratuais básicas, no âmbito dessa disposição, como uma norma subsidiária, à qual o juiz pode recorrer, caso os outros elementos de conexão não conduzam a resultados satisfatórios.<sup>6</sup>

Ademais, ainda carece de solução a questão sobre se a opção legal das partes por regras gerais contratuais básicas, na qualidade de estatuto contratual, conforme art. 7º, I, 1ª parte, da Convenção, é considerada admissível.

---

<sup>3</sup> Até agora, entrou em vigor no México, em 15.11.1996, e na Venezuela, em 26.11.1995.

<sup>4</sup> *Juenger*, 42 Am. J. Comp. L. 391 (1994).

<sup>5</sup> *Boggiano*, Unif. L. Rev. 1 (1996), p. 220; *Santos Belandro*, El derecho aplicable a los contratos internacionales, p. 72 et seq.; *Operti Badan/Fresnedo de Aguirre*, Contratos comerciales internacionales, p. 37.

<sup>6</sup> *Samtleben*, IPRax 1998, p. 390.

Tanto *Juenger*<sup>7</sup> como *Samtleben*<sup>8</sup> consideram a referência das partes às normas de conflito pertinentes como admissível. Outros autores, dentre eles *Boggiano*, contrapõem-se a esse entendimento, considerando inadmissível, perante tribunais estatais, a referência às regras gerais contratuais básicas como direito aplicável designado pelas normas de conflito pertinentes, sob exclusão de normas imperativas do estatuto contratual objetivo conforme o art. 7º, I, 1ª parte, da Convenção Interamericana, levando em consideração justamente o art. 9º, II, 2ª parte.<sup>9</sup>

À luz dessas incertezas, parece prematuro comemorar a Convenção Interamericana de 1994 sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais como “sistema de qualidade superior”.<sup>10</sup> Conforme a Convenção, não obstante o seu posicionamento superficialmente positivo quanto a isso, o papel das regras gerais contratuais básicas está longe de ser um consenso.

## 2) A Convenção europeia sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980 (CRoma)

Como exposto, alguns autores partem do princípio que, no âmbito da Convenção Interamericana, a referência às regras gerais contratuais básicas como direito aplicável indicado pelas normas de conflito é inadmissível, e reconhecem a validade destas, consoante o art. 9º, II, 2ª parte, só nos limites do direito estatal aplicável. Ao se concordar com essa ideia, a interpretação jurídica da Convenção Interamericana não diverge em nenhum aspecto do posicionamento compartilhado por uma grande parte dos operadores do direito e juristas relativo à validade de regras gerais contratuais básicas no âmbito da CRoma, recordando as terminologias utilizadas frequentemente na convenção: “law of a country”, “loi du pays”, “Recht des Staates (Lei de um Estado)”.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> *Juenger*, 42 Am. J. Comp. L. 384 392 (1994).

<sup>8</sup> *Samtleben*, IPRax 1998, p. 390 et seq.

<sup>9</sup> *Boggiano*, Unif. L. Rev. 1 (1996), p. 225 et seq.

<sup>10</sup> Nesse sentido *Boele-Woelki*, IPRax 1997, p. 170.

<sup>11</sup> Art. 2, Art. 3, III da CRoma (= Art. 27, III da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB)), Art. 4, I da CRoma (= Art. 28, I da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB)), Art. 5, II, III da CRoma (= Art. 29, II, III da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB)), 6, II a, b da CRoma (= Art. 30, II, 1, 2 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB)), Art. 7, I, II da CRoma (só o Art. 7 II foi transformado no Art. 34 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB)), Art. 9, I, II, IV, V, VI CRoma (só o Art. 9 I, II, III foi transformado no 11 I, II, III da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB)), Art. 11, Art. 15 da CRoma em diferentes versões de idiomas, publicada pela BT-Drucks.10/503, p. 9.

Eles deduzem dos termos mencionados que apenas o direito estatal pode ser considerado como estatuto contratual.<sup>12</sup> Já antes da publicação dos Princípios Contratuais UNIDROIT e dos Princípios do Direito Contratual Europeu “*European Principles*”, o contraponto destes com conceitos pouco aprofundados pelas palavras “law”, ou “lei”, no art. 3º, inciso I, 1ª parte da CRoma, era considerado por alguns como indício da admissibilidade, no âmbito do Direito Internacional Privado, da escolha do direito não estatal, especialmente da *lex mercatoria*, conforme a Croma.<sup>13</sup> Contudo, este entendimento não se firmou. *Hartkamp* foi o primeiro que, após a publicação dos Princípios UNIDROIT, avançou no sentido da possibilidade de escolha, no âmbito do Direito Internacional Privado, pelas regras gerais contratuais básicas. Em seu artigo na publicação da ICC, intitulado “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?”, ele faz referência não apenas à formulação do art. 3º, da CRoma, que, considerada isoladamente, parece neutra.<sup>14</sup> Com sua observação, no sentido de que, no seu ponto de vista, seria muito insatisfatório se a Convenção impedisse novos avanços, ele também se refere implicitamente aos princípios desenvolvidos nos Países Baixos relativos à interpretação antecipada, por meio da qual a jurisprudência nos Países Baixos aplicou as regras do antigo Código Civil já de acordo com o novo Código Civil holandês que ainda não tinha entrado em vigor.<sup>15</sup> Com relação à decisão da Suprema Corte de Justiça dos Países Baixos, a *Hoge Raad*, segundo a qual as partes podem escolher uma convenção como estatuto contratual, mesmo que esta não seja aplicável no caso concreto,<sup>16</sup> ele demonstra que tal procedimento, tendo em vista a CRoma, não tem de permanecer apenas no campo teórico. As principais ideias dessa argumentação foram adotadas, pouco depois, por *Boele-Woelki*,

---

<sup>12</sup> Especialmente crítico em relação à *lex mercatoria Kassis*, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, p. 373 et seq.; *Dicey/Morris*<sup>13</sup>, item n. (Rn.) 32–079; *Cheshire/North*<sup>13</sup>, p. 560; *Gonzalez Campos/Fernandez Rozas/Calvo Caravaca* entre outros, Derecho internacional privado, Parte especial, item n. (Rn.) 156 et seq.; *Marin Lopez/Moya Escudero/Trinidad Garcia/Carrascosa Gonzalez*, Derecho internacional privado español II, p. 334; especificamente em relação às regras gerais contratuais básicas: *Blase*, p. 302; *Drobnig*, in *ICC*, The UNIDROIT Principles of International Commercial Arbitration: A New Lex Mercatoria?, p. 225 et seq.; *Drobnig*, in FS Evans, Unif. L. Rev. 3 (1998), p. 388 et seq.; *Fernandez Rozas*, Derecho internacional privado, p. 517; *Ferrari*, JZ 1998, p. 17; *Herber*, IHR 3 (2003), p. 8; *Kropholler*, IPR, § 52 II 3 e; *Mankowski*, RIW 2003, p. 11 et seq.; *MünchKomm-Martiny*<sup>3</sup>, Art. 27 EGBGB, item n. (Rn.) 30; *Perales Viscasillas*, RDM 223 (1997), p. 238; *Pérez Vera*, Derecho internacional privado, v. 2, p. 276; *Staudinger-Magnus*<sup>13</sup>, Art. 27 EGBGB, item n. (Rn.) 48; *Steffens*, in *Bonell/Schipani*, I Principi UNIDROIT e il sistema giuridico latinoamericano, p. 48 et seq.

<sup>13</sup> *Kappus*, IPRax 1993, p. 137-142.

<sup>14</sup> *Hartkamp*, in *ICC*, The UNIDROIT Principles of International Commercial Arbitration: A New Lex Mercatoria?, p. 256.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> HR 26. 5. 1989, NJ 1992, 105.

em palestra proferida na ocasião da sua solenidade de posse na Universidade de Utrecht:

“Tegen deze conventionele of restrictieve interpretatie kan worden aangevoerd dat artikel 3, eerste lid, van het EG Overeenkomstenverdrag in tegenstelling tot artikel 4 niet spreekt van ‘recht van het land’ maar van ‘recht’ dat door de partijen wordt gekozen. Ongetwijfeld voldoen de Principles aan deze omschrijving.”<sup>17</sup>

A naturalidade com que *Boele-Woelki* atribuiu natureza jurídica às regras gerais contratuais básicas suscitou ainda mais o debate internacional, gerando uma série de posicionamentos críticos.<sup>18</sup>

Sobretudo nos Países Baixos, a palestra inaugural de *Boele-Woelki* repercutiu fortemente, e teve sua argumentação plenamente apoiada por *Steenhoff*,<sup>19</sup> enquanto que *Strikwerda* concorda com esta apenas quanto ao seu resultado.<sup>20</sup> Segundo ele, o único critério determinante é a posição do estatuto contratual objetivo frente às regras gerais contratuais básicas, pois aquele poderia conceder a estas um campo de aplicabilidade tão grande que, até no caso de uma referência ao direito material aplicável, seria alcançado o efeito de uma escolha do direito aplicável de acordo com as normas de conflito.<sup>21</sup> Por isso, seria, então, mais lógico, permitir diretamente às partes a escolha das normas de conflito que desejarem.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> *Boele-Woelki*, Principles en IPR, p. 16; *Boele-Woelki*, Unif. L. Rev. 1 (1996), p. 665; *Boele-Woelki*, IPRax 1997, p. 166.

<sup>18</sup> *Blase*, p. 302; *Busch/Hondius*, NJB 2000, p. 839; *Busch/Hondius*, ZEuP 2001, p. 226 et seq.; *Czernich/Heiss*, EVÜ, Art. 3, item n. (Rn.) 44; *Dubbink*, RM Themis 1996, p. 338; *Giardina*, Clunet 122 (1995), p. 549; *van Houtte*, in *ICC*, UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, p. 117 f.; *van Houtte*, Arb. Int. 11 (1995), p. 381; *Huet*, in *ICC*, UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, p. 269 et seq.; *Kessedjian*, Rev. crit. d.i.p. 84 (1995), p. 658 et seq., 660 et seq.; *Larroumet*, JCP, éd. G, 1997, I 4011 no. 18; *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), p. 610 et seq., 622; *Polak*, WPNR 1996, p. 392; *Prujiner*, R.J.T 36 (2002), p. 571 et seq.; *Raeschke-Kessler*, in *ICC*, UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, p. 171.

<sup>19</sup> *Steenhoff*, NTBR 1997, p. 98.

<sup>20</sup> *Strikwerda*, NJB 1995, p. 411 et seq.

<sup>21</sup> *Strikwerda*, ibidem, p. 411; nesse ponto, concordando também *Prujiner*, R.J.T 36 (2002), p. 572.

<sup>22</sup> *Strikwerda*, ibidem, p. 411 et seq.

Na Alemanha, *Wichard*,<sup>23</sup> *Leible*,<sup>24</sup> bem como, recentemente, *Schack*<sup>25</sup> e – no âmbito do projeto de transformação da CRoma em um instrumento comunitário – *Roth*,<sup>26</sup> assim como o Instituto Max-Planck de Direito Internacional Privado<sup>27</sup> declararam-se a favor da escolha de regras gerais contratuais básicas como estatuto contratual. Na Itália, *Bortolotti* empenha-se pela admissibilidade da opção jurídica para favorecimento de normas não estatais.<sup>28</sup> Também são renomados defensores da livre escolha de regras gerais contratuais básicas *De Ly*, *Lando*, *Philip* e *Storme*,<sup>29</sup> entre outros.

Um aspecto interessante é que *Philip*, como integrante<sup>30</sup> das negociações relativas à CRoma, defende uma abordagem diferente da de *Lagarde*, igualmente participante das negociações, e coautor do chamado Relatório *Giuliano-Lagarde*, relativo à interpretação das disposições da Convenção de Roma.

### 3) Conclusão

Esta breve apresentação da situação do debate demonstra o estreito entrelaçamento entre a questão da elegibilidade de regras gerais contratuais básicas e a questão sobre sua natureza jurídica. Concorda-se, assim, com a abordagem proposta por *Canaris*<sup>31</sup> e *Michaels*,<sup>32</sup> segundo a qual é necessário esclarecer, primeiro, a natureza jurídica desses mecanismos quanto à sua escolha como estatuto contratual.

---

<sup>23</sup> *Wichard*, *RabelsZ* 60 (1996), p. 278 et seq.

<sup>24</sup> *Leible*, *ZvglRWiss* 97 (1998), p. 313-317.

<sup>25</sup> Se referindo ao presente trabalho (nota de rodapé 23) *Schack*, in *Liber Amicorum Gerhard Kegel*, p. 185 et seq.

<sup>26</sup> *Roth*, in *Festschrift Jayme*, p. 757-772.

<sup>27</sup> *RabelsZ* 68 (2004), p. 30-33.

<sup>28</sup> *Bortolotti*, p. 224 et seq; *Bortolotti*, *Contratto e impresa/Europa* 1 (1996), p. 762.

<sup>29</sup> *De Ly*, in *Mélanges Barthélemy Mercadal*, Nr. 25; *Lando*, *King's Col. L. J.* 1996/97, p. 60 et seq.; *Philip*, *EU-IP*, p. 136; ver mais em *Dutoit*, in *von Hoffmann*, *European Private International Law*, p. 44 et seq.; *Glenn*, in *Borchers/Zekoll*, *International Conflict of Laws for the Third Millennium*, p. 62; *Lalive*, in *ICC/UNIDROIT*, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on their Use in International Arbitration*, p. 79; *Lew*, idem, p. 89 et seq.; *de Miguel Asensio*, *DCI* 12 (1998), p. 877 et seq.; *Patocchi/Favre-Bulle*, *Sem. jud.* 120 (1998), p. 603-606; *Schröder/Wenner*, *Internationales Vertragsrecht*, item n. (Rn.) 114; *Storme*, *Rev. dr. int. dr. comp.* 72 (1995), p. 313 Nr. 4; *Weintraub*, in *Borchers/Zekoll*, *International Conflict of Laws for the Third Millennium*, p. 153; basicamente de acordo, mas com reservas em razão das lacunas das normas gerais contratuais básicas, *Siehr*, *IPR*, p. 122.

<sup>30</sup> Cf. Lista de participantes das negociações preparatórias da CRoma, *BT-Drucks.* 10/503.

<sup>31</sup> *Canaris*, in *Basedow*, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung*, p. 5 et seq.

<sup>32</sup> *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), p. 610 et seq.