

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

Departamento de Direito Privado

João Pedro Cabral Goelzer

**ANÁLISE E CRÍTICA DO CÓDIGO MARCO DE DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
LATINOAMERICANO PROPOSTO PELO GADAL (GRUPO PARA A
HARMONIZAÇÃO DO DIREITO NA AMERICA LATINA)**

Porto Alegre

2018

JOÃO PEDRO CABRAL GOELZER

ANÁLISE E CRÍTICA DO CÓDIGO MARCO DE DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
LATINOAMERICANO PROPOSTO PELO GADAL (GRUPO PARA A
HARMONIZAÇÃO DO DIREITO NA AMERICA LATINA)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Professora Doutora Dalva Carmen Tonato

Porto Alegre

2018

JOÃO PEDRO CABRAL GOELZER

**ANÁLISE E CRÍTICA DO CÓDIGO MARCO DE DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
LATINOAMERICANO PROPOSTO PELO GADAL (GRUPO PARA A
HARMONIZAÇÃO DO DIREITO NA AMERICA LATINA)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito, junto à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: ___ de _____ de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Dalva Carmen Tonato
Orientadora

Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem
Examinador

Prof^ª. Dr^ª. Martha Lucía Neme Villarreal
Examinadora

Prof. Dr. Fabio David Esborraz
Examinador

AGRADECIMENTOS

Nem sempre a parte mais fácil de todo o trabalho é agradecer àqueles que nos acolheram durante o caminho nesta empreitada em busca do conhecimento. Isso porque individualizar é tida como uma tarefa complexa, quando constatamos que vivemos imersos em um universo de relações interpessoais, em que vezes singelos gestos de gratidão e delicadeza são capazes de nos desencadear reações químicas duradouras de prazer, que nos motivam e nos permitem adentrar os nossos anseios sem medo, munidos de um sentimento de perseverança em relação ao futuro.

É justamente por isso que devo agradecer, antes que adentre o mérito, a todos aqueles que aqui não pude individualizar ou que falhei me de recordar. São pessoas que passaram por minha vida significativamente, e com seus sorrisos e delicadeza permitiram tornar uma jornada dura e emocionalmente demandante que é exercitar o pensamento em uma atividade um pouco menos tortuosa.

Pós a breve digressão, devo agradecer centralmente à minha família, paterna e materna, na sua integralidade.

Minha mãe, Daniela Cabral, por ser meu exemplo de força e de serenidade, que sempre levou a vida de uma forma tão leve e apaixonada, que me contagia todos os dias com intensa alegria e emoção.

Ao meu pai Renato Hirsch Goelzer, por ser meu exemplo de persistência e de determinação, que me fez encarar a realidade como ela é, cuidando de me tirar da zona de conforto quando soube que isto seria crucial para meu desenvolvimento.

Às minhas avós, Wilfrida Hirsch Goelzer e Mercedes Muradás, meus símbolos de generosidade, de experiência e de sabedoria; e aos meus avôs, Paulo Roberto Cabral, Joaquim Barbosa e Octaviano Goelzer Sobrinho, que me fizeram enxergar a vida de uma forma sempre inovadora.

Ao Marcus, pelo amor e pela cumplicidade, por todos os pequenos momentos em que me senti parte de algo muito além da minha compreensão.

Também merece destaque a Professora Dalva, que me apresentou à Academia. Com seu convite, pude assistir ao Encontro VII do Grupo para a Harmonização do Direito na

América Latina (GADAL), em Santiago, no Chile, fato que plantou em mim uma semente de esperança. Foi com essa oportunidade que iniciei minha jornada de aprender cada vez mais a experiência jurídica em meu continente.

Agradeço aos participantes do GADAL, todos extremamente simpáticos, inteligentes, que aceitaram por uma semana em suas árduas tarefas de harmonização jurídica, um pequeno no meio de gigantes.

Devo agradecer também aos demais professores da Faculdade de Direito da UFRGS, entre os quais devo destacar o Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva, o Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem, a Dra. Simone Cardoso Tassinari Fleischmann, o Dr. Sami Rahim Jbara El Jundi, o Dr. Rafael da Cás Maffini, a Dra. Deborah Rolenbach Grivot, o Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo, a Dra. Ana Paula Motta da Costa, a Dra. Vanessa Chiari Rodrigues, o Dr. Lucas Pizzolato Konzen, Dr. César Santolim, Dr. Augusto Jaeger Junior, Dr. Sérgio Wetzler de Mattos, Dr. Daniel Francisco Mitidiero, Dr. Luís Renato Ferreira da Silva, Dr. Fabiano Menke, a Dra. Sonilde Lazzarin e o Dr. Rodrigo Valim de Oliveira.

Agradeço também à Desembargadora Liége Puricelli Pires e a sua assessoria, Denise, Leo, Mari e Betina, que me acolheram em seu prestigioso gabinete na condição de estagiário, com o que pude aprender intensamente sobre a prática do direito civil. Lá pude elaborar os mais variados projetos de votos para julgamento em suas sessões na 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o que me elevou alguns degraus em maturidade e em comprometimento.

Agradeço aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, em especial a Procuradora de Justiça Velela Maria Dobke, que, na condição de voluntário, me convidou a aprofundar meus conhecimentos jurídicos na *práxis*, lidando com questões de intensa sensibilidade dentro do direito civil, no desempenho da função de Assessor Voluntário.

Por fim, devo agradecer aos meus colegas da Faculdade de Direito da UFRGS, da “safra” 2013/2, que viraram também meus grandes amigos. Aqui vai um apertado abraço em retribuição a toda felicidade que trouxeram durante toda a graduação.

No meio da confusão, encontre a simplicidade. A partir da discórdia, encontre a harmonia. No meio da dificuldade reside a oportunidade.

(Albert Einstein)

RESUMO

O trabalho se propõe a analisar criticamente do Código Marco de Direito das Obrigações latino-americano proposto pelo GADAL. A monografia é composta por um capítulo inicial, que busca analisar o produtor da norma enquanto aspecto subjetivo da proposta de harmonização, onde são encontrados os seus antecedentes históricos e a sua conformação atual. No segundo capítulo, são encontrados na doutrina os fundamentos da harmonização do direito, teoria que embasa a produção de *soft law* – a qual é exemplo o próprio Código Marco. No terceiro capítulo são explorados os argumentos levantados pelo GADAL para a produção do Código Marco, analisando o fenômeno da circulação de modelos e as peculiaridades do direito das obrigações na América Latina. No quarto e último capítulo são expostos os doze artigos da norma modelo disponibilizados pelo Grupo, trazendo uma análise crítica que leva em consideração alguns questionamentos levantados durante o VII Encontro do GADAL, realizado em Santiago, no Chile, no ano de 2017.

Palavras-chave: *Harmonização do direito; Código soft law; Direito das obrigações; Código soft law latino-americano; Código marco de direito obrigacional; Direito latino-americano.*

ABSTRACT

This work proposes to analyze critically the Latin American Model Code of the Law of Obligations proposed by GADAL. In its initial chapter, which seeks the production of content and the current proposal of harmonization, the historical background and current shape of the Group is researched. In the second chapter, the foundations for the harmonization of law are explored, which is the theory that embeds the soft law phenomenon - a common example of the Código Marco. The third chapter explores the processes raised by GADAL for the production of the Código Marco, analyzing the phenomenon of the circulation of models and the peculiarities of the law of obligations in Latin America. In the fourth chapter, the twelve sections already made public by the Group are shown, bringing some arguments thrown in the Seminar that happened during the VII Encounter of the Group.

Keywords: *harmonization of law; Soft law code; Law of obligations; Latin American soft law code; Latin American Law.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CAPÍTULO I - O GRUPO PARA A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA (GADAL)	15
2.1 Objetivos.....	17
2.2 Antecedentes históricos.....	18
2.2.1 O <i>Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano</i>	19
2.3 Formação, constituição do GADAL e suas características.....	22
2.4 Aferições parciais.....	26
3 CAPÍTULO II - CÓDIGO MARCO <i>SOFT LAW</i>: INSTRUMENTO DE HARMONIZAÇÃO DO DIREITO	31
3.1 Considerações iniciais.....	31
3.2 Contextualização do problema: a integração jurídica como pano de fundo da harmonização do Direito.....	31
3.3 A harmonização, a uniformização e a unificação do Direito: problemas conceituais.....	32
3.4 Modalidades de harmonização do direito.....	36
3.5 Normas modelo <i>soft law</i> e harmonização do direito.....	37
3.6 O Código: instrumento harmonizador e sua versão <i>soft law</i>	38
3.7 Considerações parciais.....	40
4 CAPITULO III - ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO CÓDIGO MARCO DE DIREITO DAS OBRIGAÇÕES LATINO-AMERICANO, SEGUNDO O GADAL	42
4.1 Harmonizar o Direito na América Latina a partir da Teoria Geral do Direito das Obrigações.....	42
4.2 Os elementos de unidade e resistência do subsistema jurídico latino-americano.....	45

4.3 Imposições dos elementos de especificidade do subsistema latino-americano.....	47
4.3.1 Renovação e reorganização do Direito Privado.....	47
4.3.2 A atualização dos Códigos Civis à realidade contemporânea.....	48
4.3.3 A reinterpretação de conceitos, categorias e regras jurídicas oriundas de outras tradições jurídicas à luz da realidade latino-americana.....	49
4.3.4 A exigência de marcos normativos capazes de manter e atrair investimentos.....	49
4.3.5 Integração do Direito Privado.....	50
4.4 Análise crítica: o contexto fático-jurídico do Código.....	50
4.4.1 Reflexões quanto à legitimação do Código Marco pela identidade latino-americana da norma modelo.....	51
4.4.2 Reflexões quanto à circulação de modelos: resistência.....	52
5 CAPÍTULO IV - ANÁLISE DO ARTICULADO PRODUZIDO FRENTE AOS FUNDAMENTOS DO CÓDIGO MARCO DO GADAL AFIRMADOS NO MANIFESTO DO GRUPO E ÀS CRÍTICAS DOS CIVILISTAS CHILENOS NO VII ENCONTRO DO GADAL EM SANTIAGO DO CHILE EM 2017	55
5.1 Considerações iniciais.....	55
5.2 Conteúdo do articulado aprovado.....	55
5.3 Análise do articulado aprovado até o presente momento e das críticas recebidas.....	58
5.3.1 Crítica ao conceito de obrigação.....	58
5.3.2 Crítica à decisão de incluir definições no Código marco quanto ao Conceito, Elementos e Fontes da obrigação.....	62
5.3.3 Crítica à anteposição de um regime geral de obrigações ao regime dos contratos.....	62
5.3.4 Crítica à não identificação, até o atual estágio do articulado, de princípios próprios do Direito Latino-americano.....	63
6 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	68

ANEXO A	72
ANEXO B	76

1 INTRODUÇÃO

O Código Marco de Direito das Obrigações Latino-americano é uma proposta de harmonização do direito, instrumentalizada através de normas modelo, de natureza marcadamente científica, categorizável como *soft law*¹.

A equipe responsável pelo estudo e pela elaboração do Código é o Grupo para a Harmonização do Direito na América Latina (GADAL), composto por professores-pesquisadores de instituições de ensino superior públicas e privadas, muitos dos quais também participam de atividades forenses, atuando como advogados, árbitros, notários etc.

A monografia se propõe a documentar a experiência histórica do Direito latino-americano promovida pelo GADAL, para incentivar a construção de uma identidade jurídica latino-americana, pautada no reconhecimento e na difusão das ideias dos juristas do subcontinente. A partir disso, ao analisar criticamente os fundamentos da elaboração do Código Marco, a monografia quer fornecer subsídios para que os juristas dos ordenamentos jurídicos da região possam dialogar de forma mais frequente, ensejando a coerência das teorias e das normas em adequação às especificidades da região.

O presente trabalho também se propõe a analisar criticamente o Código Marco, buscando compreender seus aspectos subjetivos, seu embasamento teórico e o seu objeto. Sob prisma estrutural, a monografia é dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo procura analisar o GADAL, em perspectiva subjetiva. A partir deste estudo, são pesquisados os antecedentes históricos do grupo, a sua formação, os seus membros e os seus objetivos. Justifica-se tal análise sob o argumento de que, para que possa ser formada uma maior compreensão e convicção sobre a norma modelo objeto deste estudo, é imprescindível que identifiquemos a identidade e as influências dos juristas que redigem a norma modelo, porque evidentemente seus frutos carregam a carga genética dos seus produtores.

¹Modelo de norma, que só adquire caráter jurídico propriamente dito se recepcionada por legisladores, juizes ou árbitros em suas atuações específicas. *Soft law* é uma locução substantiva feminina da língua inglesa, que se traduz como 'lei suave' e cujo significado tradicionalmente se conecta aos processos de construção dos sistemas jurídicos transnacionais, de forma antagônica ao termo '*hard law*'. Faltam à *soft law* os elementos típicos de uma norma propriamente jurídica, como pertencer a um ordenamento jurídico e ser munida de força preceptiva vinculante. O poder da *soft law* deriva de elementos ideais e da capacidade de influência e convencimento. Suas fontes variam, podendo ser oriundas de iniciativas privadas ou públicas, individuais ou coletivas, tendo por destinatários sujeitos indeterminados. Essa definição básica foi construída durante o processo de orientação com a professora Dalva Carmem Tonato.

O segundo capítulo enquadra a experiência do GADAL sob fundamentação teórica. Cuida-se de reunir bibliografia e analisar os conceitos de harmonização do direito e de *soft law*, de modo a enriquecer o debate e orientar um juízo crítico sobre o Código Marco.

O terceiro capítulo é dedicado à análise do objeto. O material produzido pelo GADAL até o presente momento engloba o Manifesto, os questionários, as respostas parciais aos questionários, as notas de esclarecimento, as propostas de articulados e o resultado das votações dos respectivos articulados, consubstanciados nos doze artigos disponibilizados ao público no site do Grupo. Por se tratar de um material em construção e visando proteger os direitos autorais, parte do material ainda é protegido por sigilo, e não será objeto de análise. Os fundamentos para o Código Marco, encontrados no Manifesto do GADAL e os doze primeiros artigos votados e aprovados pela equipe serão o objeto deste capítulo. A partir dessas informações, serão dissecados os argumentos do Grupo para a proposta de harmonização da teoria geral do Direito das obrigações latino-americano e encontrados os aspectos nucleares do *codex* na medida do elaborado até o presente momento. Ao final deste capítulo, é realizada uma análise crítica que busca contextualizar os argumentos do Manifesto com a doutrina, principalmente no que tange à justificativa pela harmonização através do direito obrigacional e a circulação de modelos.

Em seguida, no quarto capítulo, serão expostos os doze primeiros artigos disponibilizados pelo Grupo. Logo após, são realizadas críticas ao Código Marco quanto ao conceito de obrigação, à decisão de incluir definições no texto da norma modelo, à anteposição do regime geral das obrigações relativamente aos contratos e à não identificação no estágio atual de princípios próprios do direito latino-americano. Tais pontos são levantados sem pretensão de exaustão, pois serão objeto de aprofundada análise na continuação desta pesquisa na pós-graduação. Serão trazidas e analisadas algumas críticas levantadas² por professores participantes dos Seminários que ocorreram durante o VII Encontro do GADAL, levando-se em consideração todo o substrato construído nos capítulos que antecedem. Este segmento justifica-se ao possibilitar a disseminação de opiniões, para propagar o Grupo, o Código e os seus ideais.

A metodologia utilizada na elaboração deste trabalho consistiu em pesquisa bibliográfica, realizada no acervo físico das bibliotecas das faculdades de Direito da

²As críticas foram colhidas na participação presencial do Seminários que ocorreram durante o VII Encontro do GADAL. Ambos são intitulados: Seminário Internacional Armonización da la Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Latinoamericano. Ao longo do texto, será utilizada a expressão “Seminários” para tanto.

Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Também foram utilizados acervos eletrônicos hospedados em endereços como Google Acadêmico, Hein Online, Scielo, biblioteca do Supremo Tribunal Federal brasileiro *online* e pelas informações constantes no site do GADAL. A obtenção dos resultados obtidos eletronicamente foi concretizada pela inserção das expressões ‘harmonização do direito’, ‘direito latino-americano’, ‘código modelo’, ‘soft law’, ‘harmonização do direito latino-americano’. Assim, os trabalhos que resultaram da inserção de tais expressões foram selecionados por meio da pertinência dos artigos e pela semelhança de seus conteúdos e intitulações com a matéria, priorizando trabalhos em língua portuguesa, espanhola, francesa e inglesa.

O levantamento de informações sobre o GADAL constou também da participação presencial ao VII Encontro do Grupo para a Harmonização do Direito na América Latina, na cidade de Santiago do Chile, nos dias 27, 28, 29 e 30 de junho de 2017, na Universidad de los Andes³ e na Universidad Alberto Hurtado⁴. Na ocasião, participou-se tanto das reuniões fechadas do grupo, possibilitada pela anuência da equipe e pelo convite da membra da delegação brasileira no GADAL, professora Dalva Carmem Tonato; como também nos primeiros seminários⁵ em que o articulado foi apresentado ao público.

Após o levantamento de dados bibliográficos e presenciais, partiu-se para a análise qualitativa das informações obtidas. Analisar importa na separação ou desagregação das diversas partes constituintes de um todo, de forma a possibilitar um estudo pormenorizado, com a finalidade de melhor conhecer a natureza, as funções, as relações e as causas de um objeto⁶. O termo análise também é entendido como sinônimo dos substantivos exame, estudo, observação e ensaio⁷. Levando em consideração a definição exposta, torna-se necessário que sejam estudadas as partes que compõem o Código Marco proposto pelo GADAL.

Portanto, para compreender analiticamente o código modelo, serão desmembrados os conceitos inerentes à proposta. Buscarei definir e explicar: (1) o grupo acadêmico que é

³Sob a responsabilidade do professor Gian Franco Elorriaga, membro do GADAL.

⁴Sob a responsabilidade da professora Lilian San Martín, membra do GADAL.

⁵Seminário Internacional Armonización da la Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Latinoamericano, que ocorreu nos dias 29 e 30 de junho de 2017 no Salón Nueva York do Club de la Unión e no Edificio del Reloj da Universidad de los Andes. Acesso em 11 de junho de 2018. Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/vii-encuentro-del-grupo-para-la-armonizacion-del-derecho-en-america-latina-santiago-de-chile-27-28-29-y-30-de-junio-de-2017/>>. Acesso em 4 de abril de 2018.

⁶FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Coordenação de Marina Baird Ferreira. 5ª Edição. Curitiba: Positivo, 2010. P. 137.

⁷*Ibidem*.

responsável pela elaboração da proposta; (2) a harmonização do direito e elaboração de normas modelo *soft law*; (3) os fundamentos para um Código Marco de direito das obrigações latino-americano; e, por fim, (4) a validação da posição do Grupo, por meio da análise do articulado, sob ótica das experiências no tema obtidas.

Após concluída a análise supra mencionada, em cada item, procede-se à elaboração de uma crítica conclusiva, definida como apreciação, opinião, posição, pensamento ou comentário⁸. A consequência lógica, portanto, será a construção de um parecer utilizando-se das informações obtidas no processo de estudo oriundo da análise.

Cabe por fim consignar a percepção subjetiva de um estudante de graduação em vias de concluir o curso, que, durante os seus cinco anos de estudo, observou os atores jurídicos recorrerem exaustivamente à ciência jurídica e argumentação produzidas alhures, enquanto pouca ênfase foi dada aos autores latino-americanos.

É nesse sentimento de carência de estudos acadêmicos sobre a própria identidade do subsistema jurídico latino-americano, seus princípios e suas características conformadoras, nos polos de produção acadêmica jurídica brasileira, mormente nas universidades do Rio Grande do Sul, que surgiu a ideia e a vontade de elaborar a presente monografia.

⁸FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Coordenação de Marina Baird Ferreira. 5ª Edição. Curitiba: Positivo, 2010. P. 614. A definição de crítica é explicada como arte ou faculdade de examinar e ou julgar obras.

2 CAPÍTULO I - O Grupo para a Harmonização do Direito na América Latina (GADAL)

A elaboração de um Código Marco de Direito das Obrigações latino-americano está atualmente em curso no subcontinente. Os produtores da norma modelo são professores-pesquisadores que buscam firmar, através do diploma, o reconhecimento de um subsistema jurídico latino-americano próprio, dotado de especificidade, e concorde com a realidade social dos países da mencionada região geográfica⁹.

Trata-se do Grupo para a Harmonização do Direito na América Latina (GADAL), fundado por alunos-discípulos¹⁰ do jurista italiano Sandro Schipani¹¹, que, na sua maioria, realizaram os cursos de Master e de Doutorado em Sistema Jurídico Romanístico na Universidade de Roma *Tor Vergata*¹².

⁹A fonte principal das informações presentes neste capítulo foram extraídas do endereço eletrônico do GADAL na internet, bem como em entrevistas com a professora-orientadora Dalva Carmen Tonato, membra do grupo. Além disso, também foram utilizadas as observações presenciais do VII Encontro do GADAL em Santiago, no Chile. Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/>>. Acesso em 1º de abril de 2018.

¹⁰RAMÍREZ, Catalina Salgado. *Breves reflexiones sobre la interacción entre 'ordenamiento' y 'sistema' de ius romanum*. In: BASSO, Maristela [et al.]. **Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano: liber discipulorum para el professor Sandro Schipani**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 171. A professora Catalina Salgado Ramírez reserva um parágrafo de seu artigo para contar-nos um pouco sobre a relação havida entre o professor Sandro Schipani e seus alunos, que se consideram verdadeiros 'discípulos'. Veja: "*La presente es la exposición de algunas ideas que aún necesitan madurar, pero que aprovecho para exponer en esta oportunidad, como 'discípula latinoamericana' de la persona a quien hoy modestamente honramos. Como buen maestro, SANDRO SCHIPANI deja una huella indeleble en la mente y el corazón de sus alumnos. Escucha sus ideas, con atención y respeto; no condiciona con respuestas y más bien incita a investigar más a fondo, dejando como tarea la resolución de interrogantes de cada vez mayor responsabilidad. Nos inculca la función que cumplimos como juristas.*"

¹¹Sandro Schipani é um jurista italiano nascido em 11 de abril de 1940, em Milão. Estudou nas Universidades de Torino e de Hamburgo, na Alemanha. Foi professor na Universidade de Sassari (1971-1982), onde lecionou Instituições de Direito Romano, e na Universidade de Roma 'Tor Vergata' (1982-2007), responsável por ministrar aulas de Direito Romano. Posteriormente, lecionou na Universidade de Roma 'La Sapienza' (2007-2010). Schipani é doutor *honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, professor honorário da Universidade de Ciência Política e de Direito da China em Pequim. É assessor de estudos em Direito Romano e Italiano, consultor científico do Centro de Estudos sobre o sistema jurídico romano da Universidade de Hunan. Diretor honorário do Centro de Pesquisa em Ciência Jurídica civil e comercial na Universidade Popular da China. É professor visitante de numerosas universidades latino-americanas, além de membro correspondente de Academias e Sociedades de Estudos Jurídicos. Disponível em: <<http://gomppublic.uniroma1.it/Docenti/Render.aspx?UID=41dfdce6-185d-4735-8cd9-b6819a7a2f18>>. Acesso em 2 de abril de 2018.

¹²A Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata' está localizada em Roma, capital da República Italiana. Muito embora seja uma instituição de ensino relativamente nova, cuja fundação data de 1982 - tendo surgido como um desdobramento administrativo da universidade pública de Roma, a instituição de ensino é sede de importantes instituições de pesquisa, entre as quais o CNR (*Consiglio Nazionale delle Ricerche*) e a Agência Italiana Espacial (ASI). Atualmente, a universidade é estruturada em seis escolas (economia, direito, engenharia, humanidades e filosofia, medicina e cirurgia, matemática, física e ciências da natureza), as quais são organizadas em dezoito departamentos. Para o ano acadêmico de 2017-2019, Tor Vergata ofereceu 107 cursos de diplomação (bacharelado, mestrado e diploma de primeiro ciclo), além de 31 cursos de PhD, lecionados em italiano e em

A importância da proposta do Grupo reside em sua busca por antecipar-se à *lex mercatoria*¹³ na identificação de normas que não levem em conta apenas aspectos puramente econômicos¹⁴ – causa constante na criação de diplomas harmonizadores e/ou unificadores do direito¹⁵ - como também as necessidades da comunidade civil latino-americana no contexto da sua realidade histórica e social¹⁶.

Conclui-se, portanto, que a produção normativa do grupo está fora do jogo de forças do mercado, eis que inserida num contexto acadêmico e profissional defensor da afirmação de uma identidade jurídica própria. Não que ignore tais forças e deixe de considerá-las em sua devida importância, contudo, visa conseguir atuar um olhar dotado do devido distanciamento e isento das pressões diretas e imediatas dos fatores econômicos. Por esse motivo, ainda que esteja em seus momentos iniciais de construção, o diploma merece a devida atenção face à grandeza de seu objetivo.

inglês. Disponível em: https://web.uniroma2.it/module/name/Content/newlang/english/navpath/ABT/section_parent/5745 >. Acesso em 2 de abril de 2018.

¹³VIDIGAL, Erick. **A *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil**. Brasília a. 47. N. 186 abr./jun. 2010. p. 172. O autor procura definir a *lex mercatoria*, através do seguinte raciocínio: “*Não por menos que se afirma ter o comércio sempre influenciado na própria organização do Estado, que, em muitas situações, se viu forçado a inserir em seu ordenamento jurídico práticas já consagradas no plano fático das relações econômicas, a exemplo das relações envolvendo cambiais, bancos, bolsas de valores, mercado de capitais, sociedades anônimas, etc. Tais práticas comerciais, consagradas pela comunidade mercantil internacional, que constituem o fenômeno chamado lex mercatoria, verdadeiro direito dos comerciantes ou de profissionais, desvinculado das normas estatais.*” Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198681/000888826.pdf> >. Acesso em 20 de abril de 2018.

¹⁴GALGANO, Francesco. **The new *lex mercatoria***. Annual Survey of International & Comparative Law. v. 2., 1995, p. 06. “*Another law with meta-national character whose range tends to coincide with international markets is the lex mercatoria. This expression has a great heritage which alludes to the rebirth in the modern era of a law as universal as the law of medieval merchants, but also, above all, because it was a law created by merchants. Its sources were the statutes of powerful trade-guilds, the customary laws of merchants, and the case law of the curiae mercatorum. In the same way, with the new term lex mercatoria means a law created by entrepreneurial class without State intervention. The law is formed with rules aimed at uniformly governing commercial relationships set up within the economic unity of markets, without regard to policial boundaries.*” Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=annlsurvey> > Acesso em: 20 abril de 2018.

¹⁵ANDRADE, R. E. de. **Lex Mercatoria e homogeneização jurídica**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umarama. V. 18, n. 2, p. 259-279, jul/dez. 2015. Não é novidade que os movimentos para a harmonização, unificação e uniformização do direito estejam alicerçadas sob uma perspectiva facilitadora dos intercâmbios econômicos. Para fundamentar tal argumentação, torna-se imprescindível citar, por exemplo, o UNIDROIT, instituição não-estatal sediada em Roma, composta por acadêmicos, que elaboraram os Princípios do Unidroit utilizados para contratos mercantis internacionais. Sobre o instituto e o seu trabalho, cita-se a obra ‘HEIDEMANN, Maren. **Methodology of Uniform Contract Law: The Unidroit Principles in International Legal Doctrine and Practice**. Springer: Heidelberg, 2007.’

¹⁶IANNI, Octavio. **A questão nacional na América Latina**. Estud. av., São Paulo, v. 2, n.1, p.5-40, Mar. 1988. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340141988000100003&lng=en&nrm=iso <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141988000100003>>. Acesso em 1º de abril de 2018.

Antes de entender o Código Marco e ao que ele se propõe, é necessário que conheçamos o GADAL. Neste capítulo, serão objeto de análise, primeiramente, os objetivos do grupo e seus princípios diretores. Depois, serão estudados os antecedentes históricos, a formação do GADAL e os juristas que o compõem - isto porque todo produto carrega o espírito do seu produtor bem como os frutos das reuniões até então realizadas.

Por fim, será elaborada uma análise crítica que conjuga as informações reunidas no capítulo e estabelece opiniões sobre os temas levantados tendo em consideração as características do produtor da norma. Com isso, se objetiva contribuir para a evolução da ciência jurídica, situando historicamente a construção da identidade do GADAL, por meio da difusão das ideias defendidas pela equipe.

2.1 Objetivos

O principal objetivo declarado do GADAL é propor *iniciativas de harmonização do direito para a América Latina, que possam refletir a especificidade e a riqueza do subsistema jurídico latino-americano como desenvolvimento do sistema jurídico de direito romano*¹⁷. Neste sentido, a harmonização do Direito não deve ser compreendida como um fim em si mesmo, mas sim como um meio para encontrar soluções jurídicas mais adequadas¹⁸.

O Grupo também se propõe a responder às exigências de renovação, integração e reorganização do direito privado latino-americano; ou, sob uma ótica geral, à própria segurança jurídica, em particular a segurança das relações econômicas, em consonância com os princípios e valores orientadores do subsistema jurídico latino-americano, pautado na tutela da pessoa humana, no respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais, na efetivação da igualdade material e na boa-fé¹⁹.

Conclui-se, portanto, que o GADAL tem por finalidade estabelecer regras comuns facilitadoras dos intercâmbios comerciais e assecuratórias do funcionamento do mercado, mas

¹⁷Os objetivos do GADAL podem ser encontrados, materialmente, nas informações veiculadas no endereço eletrônico: <<https://gadal.uexternado.edu.co/antecedentes-2>>, em seu Manifesto, assim intitulado: **Armonización del derecho de las obligaciones en latinoamerica: manifiesto del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL)** – Anexo A.

¹⁸Atribui-se a autoria desta frase ao Professor Gian Franco Elorriaga, membro da comissão chilena do GADAL, que proferiu tais palavras durante o VII Encontro em Santiago, no Chile.

¹⁹*Armonización del derecho de las obligaciones en latinoamerica: manifiesto del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL)* -Anexo A.

que não estejam puramente sob o comando deste. Pretende-se oferecer de forma completa um modelo normativo sistemático, coerente e eficiente, capaz de refletir as especificidades do Direito latino-americano, tanto aos países do subcontinente quanto aos blocos de integração regional²⁰.

2.2 Antecedentes históricos

Os antecedentes históricos do GADAL iniciam na primeira década dos anos noventa, e se estendem até a primeira década do século XXI, quando houve o encontro fundacional do Grupo, em 2013²¹.

Neste período aconteceram os I, II, III e IV Encontros do *Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano (GADPLA)*²². A organização responsável pelos encontros foi o *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani (CSGLA)*, da Universidade de Roma *Tor Vergata*, com o apoio de outras instituições e universidades latino-americanas²³, entre as quais se destaca, por ser o local de assinatura da Declaração Constitutiva do Grupo, a *Universidad Nacional de Rosario*, na Argentina.

O GADAL ainda tem como antecedentes históricos as Redes Interuniversitárias SUMMA, TANTA e OMNEM do Programa *América Latina Formación Académica (ALFA)* da União Europeia²⁴.

²⁰*Ibidem*.

²¹Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/antecedentes/>>. Acesso em 1º de abril de 2018.

²²A declaração constitutiva do *Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano* está disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B4pfm-dmuycMwi16eXNRMkcwMnc/view>>. Acesso em 1º de abril de 2018.

²³Além da *I Reunión*, sediada na Universidad Nacional de Rosario em 2008, a *Universidad Externado de Colombia* sediou a *II Reunión de Trabajo del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, em 2009. A *III Reunión* foi sediada pela Universidade de Roma 'Tor Vergata' em 2010 e a *IV Reunión* teve por sede a *Pontificia Universidad Católica del Perú*, em 2011. Disponível em: <<http://gadal.uexternado.edu.co/antecedentes/>>. Acesso em 1º de abril.

²⁴Disponível em: <<http://gadal.uexternado.edu.co/antecedentes-2/>>. Acesso em 1º de abril de 2018. O programa ALFA foi um programa de cooperação entre instituições de ensino superior da América Latina e na União Europeia. O programa ALFA teve início em 1994, com a primeira fase (ALFA I). No ano 2000 teve início a segunda fase (ALFA II). A terceira fase (ALFA III) iniciou no ano de 2007, tendo por objetivos, entre outros, contribuir ao processo de integração regional na América Latina e promover avanços na criação de um espaço comum de educação na região. A página do GADAL consigna todas as universidades participantes das redes SUMMA, ALFA e OMNEM. Disponível em: <<http://www.capwem.de/es/component/content/article?id=139:es-alfa>>. Acesso em 1º de abril de 2018. A rede SUMMA do programa ALFA foi conformada pelas respectivas instituições acadêmicas, com o apoio do CSGLA: *Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität de Bon* (Alemanha), *Universidad Externado de Colombia*

2.2.1 O Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano

O Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano (GADPLA) teve sua Declaração Constitutiva assinada nos dias 22 e 23 de setembro de 2008, na faculdade de Direito da *Universidad Nacional de Rosario*, na cidade de Rosário, na Argentina²⁵.

A Declaração Constitutiva do GADPLA é formada por um preâmbulo que nomeia os membros fundadores, expõe considerações iniciais e indica as decisões decorrentes. Em seguida, são elencados 12 artigos que estabelecem o regramento do Grupo, para, ao final, consignar uma proposta de metodologia de trabalho.

Os membros fundadores do GADPLA, seguindo a ordem alfabética, são: nacionais da Argentina, Aída Kemelmajer de Carlucci, Atilio A. Alterini, Carlos A. Hernández, David Fabio Esborraz, Hernán Corral, Juan Carlos Palmero, Miguel Angel Ciuro Caldani, Noemí L. Nicolau, Norberto Rinaldi, Ramón Daniel Pizarro, Ricardo Luiz Lorenzetti e Ricardo Silberstein; do Brasil, Francisco dos Santos Amaral Neto, José Carlos Moreira Alves e Judith Martins-Costa; do Chile, Alejandro Guzmán Brito e Jorge López Santa María; da Colômbia, Fernando Hinestrosa, da Itália Riccardo Cardilli e Sandro Schipani, do México, Jorge Adame Goddard, do Paraguai, Roberto Ruíz Días Labrano, do Peru, Rômulo Morales Hervias e Marcial Rubio Corrêa e, por fim, do Uruguai, Arturo Caumont e Gustavo Ordoqui Castilla²⁶.

As considerações iniciais da Declaração Constitutiva de Rosário afirmam: (1) que o futuro da América Latina e do bem estar do seu povo exige dos intelectuais – especialmente

(Colômbia), *Universidad de Córdoba* (Espanha), *Istituto Italo-latinoamericano* (Itália), *Università degli Studi di Milano* (Italia), *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'* (Italia) [Sede Administrativa e Acadêmica], *Universidad Nacional Autónoma de México UNAM* (México), *Pontificia Universidad Católica del Perú* (Perú), *Universidad de Los Andes* (Venezuela). A rede TANTA foi conformada pelas instituições de ensino: *Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität de Bonn* (Alemanha), *Universidad de Buenos Aires* (Argentina), Universidade de São Paulo (Brasil), *Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba* (Bolívia), *Universidad Católica de Valparaíso* (Chile), *Universitat de les Illes Balears* (Espanha), *Universidad de Valladolid* (Espanha), *Università degli Studi di Sassari* (Itália), *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'* (Itália) [Sede administrativa e acadêmica], *Istituto Italo-Latinoamericano* (Itália). Por fim, a rede OMINEM foi conformada pelas instituições de ensino: *Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität de Bonn* (Alemanha), *Universidad de Buenos Aires* (Argentina), *Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba* (Bolívia), Universidade de São Paulo (Brasil), *Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Chile), *Universidad Externado de Colombia* (Colômbia), *Universitat Autònoma de Barcelona* (Espanha), *Universidad de Valladolid* (Espanha), *Université de Paris XI-Sud* (França), *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'* (Itália) [sede administrativa e acadêmica], *Pontificia Universidad Católica del Perú* (Perú). Disponível em: <<http://gadal.uexternado.edu.co/antecedentes-2/>>. Acesso em 2 de abril de 2018.

²⁵A declaração constitutiva do *Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano* está disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B4pfm-dmuycMWi16eXNRMkwcwMnc/view>>. Acesso em 1º de abril de 2018.

²⁶*Ibidem*. p. 416.

dos acadêmicos – a realização de esforços significativos em favor de uma integração supranacional, democrática e realista; (2) que são prioridades a modernização e a harmonização do direito privado dos ordenamentos jurídicos latino-americanos, em razão do seu impacto na vida dos seus cidadãos e negócios; (3) que a cooperação jurídica não deve se limitar ao âmbito do Direito Público; (4) que existem condições para a elaboração de um modelo jurídico latino-americano e para o estabelecimento de bases de um código marco em matéria de obrigações e suas fontes. Ao final, são mencionados os antecedentes do Grupo²⁷.

O artigo 1º da Declaração define a natureza do GADPLA como uma entidade acadêmica universitária permanente, com fins científicos e sem propósito de lucro²⁸.

O artigo 2º elenca os objetivos do Grupo, entre os quais estão: (1) incentivar o estudo e a pesquisa do Direito Latino-americano, visando à sua harmonização por meio da organização de atividades acadêmicas que contribuam para este fim; (2) estabelecer vinculações e intercâmbios com instituições públicas ou privadas, nacionais ou internacionais, cujos objetivos sejam compartilhados com o Grupo, além de (3) coadjuvar a cooperação entre os seus membros e entre as universidades latino-americanas e europeias²⁹.

Em destaque, o artigo 2º, letra “c”, indica como finalidade do Grupo a elaboração de instrumentos normativos de modernização e harmonização do Direito Privado latino-americano que, levando em consideração suas fontes romanas e respeitando as peculiaridades da região, constituam modelos jurídicos disponíveis aos interessados no âmbito do subcontinente³⁰.

Nos artigos 3º ao 10º são elencados os regramentos relativos ao funcionamento interno do Grupo, contemplando informações sobre os órgãos de governo, sobre o funcionamento do Plenário, sobre os deveres e faculdades da Coordenação, sobre o Corpo Consultivo, sobre a Secretaria de Assistência Acadêmica e sobre o Centro de Documentação³¹.

O artigo 11º estabelece que o GADPLA terá uma sede rotativa, eleita pelos Coordenadores por maioria de votos, na oportunidade de cada nova designação dos mesmos.

²⁷A declaração constitutiva do *Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano* está disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B4pfm-dmuycMwi16eXNRMkcwMnc/view>>. Acesso em 1º de abril de 2018.

²⁸*Ibidem*.

²⁹*Ibidem*.

³⁰*Ibidem*.

³¹*Ibidem*.

Ao final do documento, a metodologia de trabalho do Grupo é indicada e dividida em quatro partes: organização, comunicação, deliberação e publicidade³².

A organização consiste na etapa em que a Coordenação fica encarregada de elaborar o plano de trabalho e o cronograma, bem como distribuir os temas entre os demais membros. Isso ocorre logo após a votação pelo Plenário que elege o objeto de estudo³³.

A comunicação é o meio pelo qual são realizadas as trocas de informações entre a Coordenação e os membros, e dos membros entre si. É feita por meio da Intranet, recurso de comunicação online. A Coordenação fica encarregada de controlar o cumprimento de prazos e de entregas, além de ficar responsável pela composição e distribuição sintetizada dos trabalhos finais para a consulta dos membros³⁴.

A deliberação consiste na etapa em que o anteprojeto é submetido à aprovação pelo Plenário, preferencialmente em reunião presencial. Ocorre somente quando as respostas já foram elaboradas³⁵.

A publicidade consiste na difusão dos documentos elaborados pelo GADPLA, através da sua publicação e da sua apreciação no âmbito de reuniões científicas do Grupo³⁶.

Conclui-se, portanto, que as I, II, III e IV Reuniões de Trabalho do *Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano* (GADPLA) são os antecedentes mediatos e imediatos do GADAL³⁷. Nas Reuniões da entidade acadêmico-científica³⁸ foram tecidas contribuições que, passo a passo, produziram frutos para a construção do Código Marco, sujeitos mais tarde à publicação em revistas acadêmicas³⁹.

³²A declaração constitutiva do Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano está disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B4pfm-dmuycMwi16eXNRMkcwMnc/view>>. Acesso em 1º de abril de 2018.

³³*Ibidem*.

³⁴*Ibidem*.

³⁵*Ibidem*.

³⁶*Ibidem*. p. 419.

³⁷Disponível em: <<https://gadal.uexnado.edu.co/antecedentes/>>. Acesso em 3 de abril de 2018.

³⁸ Necessário, portanto, que sejam citadas as reuniões que antecederam a formação do grupo, entre as quais estão: *I Reunión del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, ocorrida em 2008, em Rosário, na Argentina; *II Reunión del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, ocorrida em 2009, em Bogotá, na Colômbia; *III Reunión del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, ocorrida em 2010, em Roma, na Itália; e a *IV Reunión del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, ocorrida em 2011, em Lima, no Peru.

³⁹ Neste sentido, os trabalhos apresentados na *I Reunión*, que ocorreu em Rosário, na Argentina, no ano de 2008, foram publicados na Revista Roma e América nº 26. Neste mesmo documento restou assentada a declaração constitutiva do grupo. Na cidade de Bogotá, na Colômbia, no ano de 2009, foi realizada a *II Reunión*, cujos trabalhos ali elaborados foram publicados pela *Universidad Externado de Colombia*, no livro intitulado “*Obligaciones, contratos, responsabilidad. Grupo para la Armonización del Derecho Privado*”.

2.3 Formação, constituição do GADAL e suas características

O primeiro encontro do GADAL aconteceu na cidade de Lima, no Peru, nos dias 27 e 28 de dezembro de 2013, aproveitando as oportunidades do 1º Seminário Internacional de Direito civil latino-americano e da apresentação ao público do *Liber Discipulorum para el Profesor Sandro Schipani*. Estes eventos, cuja organização foi atribuída aos professores de Direito civil da *Pontificia Universidad Católica del Perú*⁴⁰, contaram com a participação de muitos dos alunos-discípulos do Professor Sandro Schipani⁴¹.

À época, os coordenadores do *Liber Discipulorum* e os colegas que participaram da obra e do Seminário Internacional⁴² decidiram retomar e reformular algumas das iniciativas promovidas pelo jurista italiano, especialmente no que tange à harmonização do Direito Privado na América Latina, atividade que até então não havida sido concretizada pelo GADPLA⁴³.

Apoiado pelo Professor Schipani, formou-se um novo Grupo de trabalho para a harmonização do Direito no subcontinente, que se ocupou da elaboração de um Código Marco de Direito das Obrigações para a América Latina – compreendendo tanto uma teoria geral como a regulação de suas fontes.

Levando em consideração os sujeitos, o GADAL é um Grupo formado por professores-pesquisadores, muitos dos quais também atuantes na prática forense como

Latinoamericano. Memoria”, no ano de 2011. Relativamente *III Reunión*, que aconteceu no ano de 2010, em Roma, na Itália, os trabalhos ali obtidos foram publicados na Revista Roma e America nº 30. Por fim, os trabalhos obtidos na *IV Reunión*, quando foi realizado o *Coloquio de Iusprivatistas Roma y América*, em 2011, na cidade de Lima, no Peru, foram publicados pela Pontificia Universidade Católica do Peru, no livro “*De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo. Encuentro de Lima, 21 e 22 de julio de 2011. Ponencias y propuesta*” sob a edição de Rómulo Hervias Morales e Giovanni Posada Priori. Informações disponíveis no já mencionado site do GADAL.

⁴⁰Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/gadal-i-lima-2013/>>. Acesso em 3 abril de 2018.

⁴¹*Ibidem*.

⁴²Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/quienes-somos/>>. Acesso em 3 de abril de 2018.

⁴³Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/gadal-i-lima-2013/>>. Acesso em 2 de abril de 2018. Citando o original, “[...] *En dicha ocasión los coordinadores del Liber Discipulorum, junto con algunos de los colegas que participaron en el mismo y en el referido Seminario internacional, decidieron retomar y reformular algunas de las iniciativas promovidas por el Prof. Schipani -en particular la referida a la armonización del Derecho privado latinoamericano- y que por diversas circunstancias no han logrado aún una concreción efectiva. Fue así que con el apoyo del mismo Prof. Schipani, y con el ánimo de continuar con todos esos antecedentes y de fortalecer los vínculos entre los diferentes ámbitos académicos de Latinoamérica, se constituyó un nuevo Grupo de trabajo para la Armonización del Derecho en América Latina que se propuso como primera tarea la elaboración de un Código Marco de las Obligaciones para América Latina (compreensivo tanto de una teoría general de las mismas como de la regulación de cada una de sus fuentes).*”

advogados, árbitros e notários, unidos por uma finalidade acadêmico-científica e sem fins lucrativos⁴⁴.

Até o presente momento⁴⁵ não foi constituído um estatuto próprio do Grupo. Todos os posicionamentos relativos às finalidades e objetivos estão, porém, retratados no Manifesto aprovado, objeto de análise específica no capítulo terceiro, bem como no próprio endereço eletrônico do GADAL.

O GADAL opera sem sede fixa. Possui um site que é hospedado pela *Universidad Externado de Colombia*, que recolhe e armazena todo o material produzido, alimentado pela Secretaria Executiva e pelos demais membros em colaboração.

A metodologia de trabalho do Grupo é similar⁴⁶ aquela utilizada pelo grupo de juristas responsável pela elaboração dos ‘Princípios latino-americanos de direito dos contratos’, consubstanciada na elaboração de questionários que buscam angariar as soluções de cada ordenamento jurídico em cada ponto específico. O questionário é organizado pela Secretaria Executiva e repassado aos membros das delegações para o seu preenchimento, possibilitando um estudo comparado sistemático e facilitado.

As regras de funcionamento do grupo são produzidas por consenso, de acordo com as necessidades e frente às demandas de situações concretas. Não havendo consenso, todas as deliberações são obtidas pelo critério de votação majoritário (por exemplo, decisão de inclusão, exclusão e admissão no número de integrantes por delegação). As delegações são dotadas de autonomia para apreciar suas questões internas.

Estruturalmente, o GADAL conta com uma Secretaria Executiva, hoje exercida pelo Professor David Fabio Esborraz⁴⁷ e pela Professora Catalina Salgado Ramírez⁴⁸, incumbindo-

⁴⁴Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/miembros/>>. Acesso em 3 de abril de 2018.

⁴⁵30 de maio de 2018.

⁴⁶DE LA MAZA, I., PIZARRO, C., VIDAL, A. (Coord. y Ed.) **Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017. p. 16. “*La sesiones de trabajo, en una primera etapa, fueron en mesas temáticas dedicadas a la elaboración de un diagnóstico general del estado de la cuestión en la región y luego en la preparación a partir de un cuestionario de propuestas de articulado que se fueron discutiendo en asamblea hasta lograr una redacción consensuada y definitiva. En la mayoría de los casos, casi la totalidad, el debate condujo a un consenso en la redacción y en las opciones que se ofrecían, tanto en el contenido sustantivo como en la redacción de la regla. En algunas ocasiones, sin embargo, la decisión se logró por votación, para lo cual se asignó un voto por cada país participante de los PLDC. También, en determinadas ocasiones, sobre todo en la etapa de redacción, se encargó a un professor específico una propuesta de redacción, la cual era distribuida con antelación a la sesión presencial y así en el debate se presentaban sugerencias al texto propuesto. [...].*”

⁴⁷Secretário Executivo do GADAL. *Consiglio Nazionale delle Ricerche* (CNR). Pesquisador do ISGI-CNR com funções no CSGLA da *Univerisità degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’/CNR*. Mestre e Doutor em Sistema

lhes importantes funções. Cabe à Secretaria Executiva a manutenção da agenda de trabalho do Grupo, a elaboração dos cronogramas de trabalho, a composição de arquivo com a memória do Grupo, o controle de cumprimento dos prazos e atividades pelas delegações nacionais, entre outras.

As Comissões nacionais são formadas pelos membros *infra* elencados na ordem de apresentação da página no GADAL.

Integram a Comissão da Argentina os professores David Fabio Esborraz, Javier Humberto Facco⁴⁹, Manuel Grasso⁵⁰ e Julieta Belén Trivisonno⁵¹.

A Comissão brasileira fica a cargo dos professores Fábio Siebeneichler de Andrade⁵², Ângela Cristina Viero⁵³ e Dalva Carmem Tonato⁵⁴.

A Colômbia é representada pelos professores José Félix Chamié Gandur⁵⁵, Carlos Alberto Chinchilla Imbett⁵⁶, Édgar Cortés Moncayo⁵⁷, Indira Díaz Lindao⁵⁸, Silvana Fortich

jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*.

⁴⁸Secretária Executiva do GADAL. Professora de Direito Civil na *Universidad Externado de Colombia*. Mestre e Doutora em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*.

⁴⁹Mestre e Doutor em Sistema Jurídico Romanístico pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Mestre em Direito Privado e Doutor em Direito pela *Universidad Nacional de Rosario* (UNR). Professor Titular ordinário de Direito civil I (Parte geral) e Professor adjunto de Direito civil III (Contratos) da *Universidad Nacional de Rosario* (UNR).

⁵⁰Mestre e Doutor em Sistema Jurídico Romanístico pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Professor adjunto de Direito Romano da *Universidad Nacional de Lomas de Zamora*. Secretário do Instituto de Direito Romano e Cultura Clássica da *Universidad Católica de La Plata*.

⁵¹Mestre em Sistema Jurídico Romanístico pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Candidata a Doutora pela *Universidad Nacional de Rosario* (UNR). Professora de Direito civil III (Contratos) da *Universidad Nacional de Rosario* (UNR).

⁵²Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre) e Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg. Participante do Curso de Aperfeiçoamento em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integración da *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Professor de Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre).

⁵³Advogada. Mestre em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integración da *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

⁵⁴Mestre e Doutora em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Professora de Direito Romano e História do Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

⁵⁵Mestre e Doutor em Sistema Jurídico Romanístico pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Professor de Direito Romano da *Universidad Externado de Colombia*.

⁵⁶Mestre em Sistema Jurídico Romanístico pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Genova*. Professor de Direito Civil da *Universidad Externado de Colombia*.

⁵⁷Mestre em Sistema Romanístico por la *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Doutor em Direito pela *Scuola Superiore Sant'Anna* de Pisa. Professor de Direito Civil da *Universidad Externado de Colombia*.

⁵⁸Mestre em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*. Doutora em Direito pela *Università degli Studi di Pisa*. Professora de Direito Civil da *Universidad Externado de Colombia*.

Pérez⁵⁹, Milagros Koteich Khatib⁶⁰, Margatina Morales Huertas⁶¹, Martha Lucía Neme Villarreal⁶², Javier Mauricio Rodríguez Olmos⁶³ e Catalina Salgado Ramirez, secretária executiva já mencionada

Por sua vez, o Chile é representado pelos professores José Luis Díez Schwerter⁶⁴, Gian Franco Rosso Elorriaga⁶⁵ e Lilian Cecilia San Martín Neira⁶⁶.

A comissão de Cuba é titularizada por Leonardo Bernardino Pérez Gallardo⁶⁷, enquanto que o México é representado pelos professores Mauricio González Carrillo⁶⁸, Tarcisio D. Sánchez Ulloa⁶⁹ e Carlos Soriano Cienfuegos⁷⁰. A delegação da Nicarágua é composta unicamente pela professora Neylia Abboud Castillo⁷¹.

⁵⁹Mestre em Direito pela *Université Panthéon – Assas* (Paris 2). Doutora em Direito pela *Université Panthéon – Assas* (Paris 2). Professora de Direito Civil da *Universidad Externado de Colombia*.

⁶⁰Mestre em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. Doutora em Direito pela *Scuola Superiore Sant’Anna* de Pisa. Professora de Direito Romano e Direito Civil na *Universidad Externado de Colombia*.

⁶¹Mestre em Contratos e Responsabilidade dos profissionais pela Universidade de Toulouse I. Candidata a Doutora em Direito pela *Université Panthéon – Assas* (Paris 2). Professora de Direito Civil da *Universidad Externado de Colombia*.

⁶²Mestre e Doutora em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. Professora de Direito Romano, Direito Civil e Metodologia da Pesquisa Científica da *Universidad Externado de Colombia*.

⁶³Mestre em Direito pela *Università degli Studi di Roma ‘La Sapienza’*. Mestre em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. Candidato a Doutor em Direito pela *Universidad Externado de Colombia*. Professor de Direito Civil da *Universidad Externado de Colombia*.

⁶⁴Mestre e Doutor em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. Decano da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da *Universidad de Concepción* (Chile).

⁶⁵Mestre e Doutor em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. Professor de Direito Civil da *Universidad de los Andes* (Chile).

⁶⁶Mestre e Doutora em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. Professora de Direito Civil da *Universidad Alberto Hurtado* (Chile).

⁶⁷Mestre em Direito Privado pela *Universidad de Valencia*, Espanha. Doutor em Ciências Jurídicas pela *Universidad de La Habana* (Cuba). Profesor Titular do Departamento de Direito Civil e de Família da *Universidad de La Habana*.

⁶⁸Advogado. Professor de Direito Civil na *Universidad Panamericana*. Especialista em instituições de Direito Mercantil na *Universidad Panamericana*.

⁶⁹Professor de Direito Civil do Instituto Tecnológico Autónomo de México – ITAM. Estudos de Especialização em Direito Civil na *Escuela Libre de Derecho* (México).

⁷⁰Professor de Direito Romano da *Universidad Panamericana*. Mestre em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. Doutor em Direito pela *Universidad Panamericana*.

⁷¹Decana da faculdade de Ciências Jurídicas da *Universidad Centroamericana* (UCA) Nicarágua. Doutora em Ciências Jurídicas pela *Universidad de la Habana*, Cuba. Profesora titular da *Universidad Centroamericana* (UCA) Nicarágua.

O Peru é representado pelos professores Héctor Augusto Campos García⁷², Rómulo Martín Morales Hervias⁷³, Giovanni F. Priori Posada⁷⁴ e Walter Humberto Vásquez Rebaza⁷⁵.

Por último, representa a comissão da Venezuela as professoras Marianna de Vita⁷⁶, María Candelaria Domínguez Guillén⁷⁷ e Sheraldine Pinto Oliveros⁷⁸.

2.4 Aferições crítico-conclusivas

Pretende-se, neste ponto específico, sintetizar as informações expostas durante o primeiro capítulo e elaborar observações críticas a respeito.

O GADAL é um Grupo composto por professores-pesquisadores que, em sua maioria, foram alunos dos cursos de Mestrado e/ou Doutorado em Sistema Jurídico Romanístico na Universidade de Estudos de Roma ‘*Tor Vergata*’. Não obstante a atividade acadêmica, alguns atuam como advogados, árbitros e notários. Isso confere ao Grupo uma aproximação do seu conteúdo à vida prática do Direito, demonstrando um afastamento do academicismo puro.

Além disso, os professores que compõem o Grupo são especialistas em diferentes áreas do Direito Privado, entre as quais estão o Direito Romano, o Direito Civil – obrigações, contratos e responsabilidade civil –, o Direito Processual e o Direito Comercial. Tal diversidade intelectual promove a visão da obrigação em diferentes ângulos da ciência jurídica, de forma a enriquecer o debate interno da equipe.

⁷²Professor de Direito Civil da *Pontificia Universidad Católica del Perú*. Curso de especialização em Contratos e Responsabilidad Civil na *Universidad de Salamanca*. Candidato a Mestre em Direito Civil e Comercial pela *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*.

⁷³Professor de Direito Civil da Pontificia Universidad Católica del Perú. Mestre em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. Doutor em Direito pela *Pontificia Universidad Católica del Perú*.

⁷⁴Professor de Direito Processual da *Pontificia Universidad Católica del Perú*. Mestre em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*.

⁷⁵Professor de Direito Civil da *Pontificia Universidad Católica del Perú*. Curso de especialização em Responsabilidad Civil pela *Universidad Complutense de Madrid*.

⁷⁶Professora de Direito das Obrigações da Universidad Central de Venezuela.

⁷⁷Membra do GADAL de 2015-2017. Professora titular de Direito Civil da *Universidad Central de Venezuela*. Especialista em Direito Processual pela *Universidad Central de Venezuela*. Doutora em Ciências, menção “Direito” pela *Universidad Central de Venezuela*.

⁷⁸Professora de Direito Civil na Universidad Metropolitana & na Universidad Central de Venezuela. Mestre em Sistema jurídico Romanístico, unificação do direito e direito da integração pela *Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’*. Doutora em Direito pela Escola Superior Santa Ana de Pisa. Presidente do capítulo venezuelano da *Asociación Henri Capitant de los Amigos de la Cultura Jurídica Francesa*.

O GADAL leva consigo a continuação de um projeto de produção de diplomas harmonizadores *soft law*⁷⁹ do direito na América Latina, cujo raciocínio fora objeto de construção no âmbito do GADPLA. Com isso, se percebe uma relação de parentesco, quiçá filiação, havida entre os grupos. Justamente por isso que o espírito de um inegavelmente leva consigo a carga genética do outro – que, nesse caso, seria o gene da *ratio* romana e o anseio pela harmonização do direito no nosso continente.

Outro aspecto subjetivo relevante diz respeito à natureza do grupo. Isso porque tanto o grupo originário, quanto o grupo originado, são compostos por professores vinculados a universidades, sem fins lucrativos, cujo objeto de trabalho se limita à apreciação técnico-jurídica de caráter científico sem, contudo, distanciar-se da realidade sociológica experimentada pela América Latina. Tal informação é relevante pois, teoricamente, a vinculação principal à Academia repercute em uma maior ‘neutralidade’ ou distanciamento da equipe frente às pressões econômico-financeiras que, no âmbito dos Estados nacionais, têm se mostrado como forças que acabam por eivar de vícios seus instrumentos normativos produzidos⁸⁰.

⁷⁹DE LA MAZA, I., PIZARRO, C., VIDAL, A. (Coord. y Ed.) **Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017. P. 10. Na obra, alguns pontos levantados no prólogo por Antonio Manuel Morales Moreno e Nieves Fenoy Picón são aplicáveis ao caso do GADAL, especialmente no que tange à elaboração de diplomas *soft law* por professores. Todavia, encontra diferença pelo fato de os membros deste último terem formação acadêmica mais homogênea, simbolizada pelos estudos na Universidade de Roma ‘Tor Vergata’. Vejamos os argumentos: “*Los Principios Latinoamericanos, como suele ocurrir en los textos de soft law, han sido elaborados por profesores. Esa procedencia los imbuye dosis de seriedad intelectual y rigor científico, sin privarlos de sentido práctico. Conviene no olvidar que muchos de ellos se hallan en contacto con la práctica. Además, los sucesivos congresos celebrados para su discusión han estado abiertos a juristas de cualquier perfil. Enriquece especialmente la obra realizada no solo la diferente procedencia de los autores sino el hecho de se hayan especializado y desarrollado sus estudios de posgrado y doctorado en diferentes países europeos, con diferentes orientaciones doctrinales. Los principios son por ello un punto de equilibrio no solo de diferentes ordenamientos latinoamericanos sino de diferentes tradiciones de la doctrina europea. Carlos Pizarro da cuenta de ello.*”

⁸⁰Uma crítica atual diz respeito ao escândalo do Mensalão e da Operação Lava-Jato, esta última ainda em curso no Brasil. Através das informações colhidas, foi tornado público como empreiteiras usurpavam do aparato estatal, capturando agentes do Poder Executivo e do Poder Legislativo, para que fossem elaborados instrumentos normativos que favorecessem aos seus interesses econômico-financeiros. O GADAL, por ser uma instituição sem fins lucrativos, composta por professores pesquisadores vinculados a universidades, são sujeitos imunes às pressões exercidas pelas forças econômico-financeiras do mercado nacional e global. Por não serem “comprados” – e se pede vênia para o uso da expressão –, o trabalho por eles produzido não é eivado de vícios que atacam a *ratio* exercida no processo de elaboração dos seus instrumentos normativos. Todavia, não se quer aqui sustentar qualquer forma de ‘imparcialidade’ à política, já que o posicionamento do grupo é bastante favorável aos argumentos de integração latino-americana e de reconhecimento de uma unidade histórica, fato que naturalmente flui aos raciocínios de *gestio* da *polis* de que se vale a *política*. Quer-se afirmar que o trabalho dos juristas não se submete ao mercado, mas sim a uma ideologia romanista de reconhecimento de um subsistema jurídico latino-americano, dotado de especialidade, que, em detrimento de sua especificidade, elabora seu produto normativo levando em considerações aspectos técnicos, sem perder a ternura por questões sociais inerentes à identidade latino-americana.

Uma diferença entre o grupo originário e o derivado está no fato de que aquele possui uma declaração constitutiva formalizada, na forma de Estatuto, enquanto o GADAL opera sem um estatuto, mas apenas com uma declaração de intenções semelhantes anseios outrora publicizados pelo GADPLA.

Outro ponto de relevância que pôde ser analisado, sem perder de vista o prisma subjetivo, consiste na legitimação do grupo pela sua composição integral de juristas latino-americanos. Isso significa dizer que aqueles que hoje elaboram o marco, realizaram seus estudos de formação em Ciências Jurídicas e Sociais no próprio continente, razão pela qual se infere maior proximidade às identidades nacionais e sociais, bem como às peculiaridades compartilhadas pelos países da América Latina. Por terem nascido e vivido no subcontinente, os professores conhecem a realidade social local e são conscientes de suas peculiaridades.

É importante mencionar que o Grupo não pretende se fechar na perspectiva latino-americana. Conforme bem acertado no Manifesto do GADAL, a equipe não deixa de se atentar e reconhecer as experiências harmonizadoras do direito realizadas em outros sistemas jurídicos. Ao realizar tal afirmação, o GADAL pretende verbalizar que, quando da construção do seu Código Marco de Direito das Obrigações latino-americano, as críticas e os questionamentos levantados em experiências alienígenas foram estudados, de forma a facilitar a perfectibilização e a consecução precípua de sua finalidade. Entre as experiências externas levadas em consideração pelo GADAL, devemos entender o movimento do UNIDROIT, a elaboração de um Código Civil Europeu e a elaboração de um Código de Contratos da Europa. Essas três experiências que ocorreram no velho continente produziram questionamentos bastante válidos, que balizam a discussão e delimitam o fértil campo de criação normativa⁸¹.

Ao propor uma harmonização do direito programática e constitutiva⁸², que se fundamenta não somente na necessidade de aproximação dos sistemas jurídicos, como

⁸¹Nesse sentido, dois textos de crucial importância são: relativamente aos argumentos contrários ao movimento harmonizador, LEGRAND, Pierre. *Against a European Civil Code*. Published by Blackwell Publishers, copyright The Modern Law Review Limited, 1997; já um parecer favorável – e bastante embasado, LAPUENTE, Sergio Cámara. *El Hipotético “Código Civil Europeo”: Por qué, como y cuándo?*, ensaio originado na conferência na Academia de Direito Europeu de Trier (ERA), nas Jornadas sobre *European Contract Law*, celebradas em 14 e 15 de março de 2002.

⁸²É um termo que não foi encontrado nas pesquisas bibliográficas realizadas neste estudo, mas é a forma que este autor entende ser melhor aplicável à atividade de harmonização do direito realizada pelo GADAL. A harmonização é programática porque os elementos que a sustentam não se limitam ao próprio objeto submetido à apreciação do estudo comparado, eis que desborda da sua finalidade imediata – qual seja a harmonização do direito das obrigações latino-americano -, ao alcançar ideais de afirmação da natureza de um subsistema jurídico latino-americano.

também na expressão de elementos de unidade e de resistência, a iniciativa de um projeto de Código Marco do GADAL é ambiciosa e, ao nosso ver, revolucionária⁸³.

Desta forma, é possível afirmar que a originalidade do GADAL consiste na forma pela qual o grupo expressa a necessidade de adequação do direito à realidade social vivenciada pelo subcontinente, procurando conjugar estes aspectos sociológicos à natureza acadêmico-científica quando da elaboração da norma modelo. Nesse sentido, é explicado que, ao utilizar-se de um enfoque acadêmico e tecnocrata, onde os esforços são concentrados nos aspectos técnico-jurídicos e, particularmente, também nos aspectos legislativos, há um afastamento das reais condições e problemáticas da América Latina, fato que não é repetido pela abordagem do grupo⁸⁴.

Com essas considerações, é possível afirmar que o grupo é atento ao diálogo com os outros ordenamentos jurídicos pertencentes à América Latina, de forma a possuir uma identidade verdadeiramente latino-americana, ainda que esteja aberto ao desenvolvimento de outras experiências jurídicas comparadas, em especial aos projetos de harmonização do direito privado e às mais recentes reformas normativas atinentes à matéria⁸⁵.

Por fim, é interessante pontuar como a metodologia de trabalho do Grupo utilizada para encontrar as soluções jurídicas propostas em cada ordenamento jurídico se assemelha com aquela utilizada na elaboração dos Princípios de Direito contratual latino-americano⁸⁶. Parece que a utilização de questionários sistematiza o estudo, facilitando a comparação precisa entre institutos.

Devidamente exposta a instituição, bem como o contexto no qual está inserida a proposta de Código Marco de Direito das Obrigações, como resposta às exigências de renovação, integração e reinvenção do Direito Privado na América Latina, é que devemos nos

⁸³ Porque rompe com os padrões tradicionais que vêm alicerçando a construção de diplomas harmonizadores do direito, cujo foco é preferencialmente voltado às relações econômicas e demais desdobramentos da atividade mercantil e financeira.

⁸⁴ Manifesto do GADAL – Anexo A.

⁸⁵ Ibidem. Entre as quais se pode citar a proposta de Código Civil Europeu e a proposta de um Código de Contratos da Europa.

⁸⁶ DE LA MAZA, I., PIZARRO, C., VIDAL, A. (Coord. y Ed.) *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017. P. 09. “[...]. Los impulsores de la idea (ese pequeño grupo, que coordina este libro, que ha sido el impulsor de estos Principios) preparó un test con cuestiones concretas que debían ser respondidas por los diferentes grupos de expertos (profesores) de los países de Latinoamérica. Ese test ofrece un penetrante marco común de análisis de la situación real de cada ordenamento. Al comparar las respuestas dadas a las mismas cuestiones se podía constatar la diversidad o confluencia de los diferentes derechos, y la existencia o inexistencia de rasgos propios caracterizadores del derecho de contratos latinoamericano”.

debruçar sobre os argumentos que sustentam a elaboração do próprio Código Marco, objeto principal desta monografia de conclusão de curso.

3 CAPÍTULO II - CÓDIGO MARCO *SOFT LAW*: INSTRUMENTO DE HARMONIZAÇÃO DO DIREITO

3.1 Considerações iniciais

O Grupo para a Harmonização do Direito da América Latina (GADAL), conforme sua própria denominação ressalta, tem por objetivo a harmonização jurídica no subcontinente latino-americano. Partindo desse pressuposto, o presente capítulo será dedicado ao embasamento teórico do fenômeno que viabiliza o Código Marco.

Pretende-se responder, aqui, a indagações quanto: (1) ao conceito de harmonização do direito, (2) a relação da harmonização do direito com a *soft law* e (3) a teoria por trás da elaboração de um Código Marco, especificamente. Ao final, propõe-se uma síntese crítica das informações veiculadas neste segmento.

3.2 Contextualização do problema: a integração jurídica como pano de fundo da harmonização do Direito.

O fenômeno da integração jurídica representa, nas palavras de Rene David, o desejo de retorno a certo grau de universalismo no direito. O autor argumenta que até a Codificação Napoleônica e, ao menos no âmbito da família jurídica romano-germânica, estava presente um *jus commune*, uma concepção jurídica universalista. A partir de então, a noção de Direito passou a ser vinculada essencialmente ao Estado⁸⁷.

Após o final da década de 1970, segundo Jürgen Basedow⁸⁸, a necessidade de integração jurídica começa a tomar proporções significativas. Isso ocorre em razão, entre

⁸⁷DAVID, René. *The International Unification of Private Law*. Nova York: J.C.B. Mohr, 1971. P. 264-265; VILLARREAL, Martha Lucía Neme. *Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana*. Rev. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 2., p. 621-635, maio/ago, 2017.

⁸⁸BASEDOW, Jürgen. *Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration*. Unif. L. Rev., v.1/2, 2003. P. 33. No original: "The reasons for the rise of universalism were manifold: the loss of influence of the European powers at the universal level, the corresponding increase of power of other regions, the quest of dozens of newly independent States intent on building their own legal systems for equal participation in diplomatic Exchange, the growing gap between East and West and the consequential rise in

outras, da perda de influência do poder da Europa em nível global, do crescimento de poderes em outras regiões planetárias, da ‘lacuna’ crescente entre ocidente e oriente e o consequente crescimento das atividades de *lobby* de ambos os lados nas organizações internacionais, da intensificação dos transportes e comunicações com a decorrente expansão das trocas e comércio, a requerer a coordenação normativa entre estes sujeitos.

Dentro desse quadro, o próprio monopólio do Direito pelo Estado vem sendo enfraquecido cada vez mais pelas práticas comerciais e pelo crescimento da arbitragem como alternativa para resolução de conflitos⁸⁹. Hoje, a sociedade conhece cada vez menos fronteiras e, com isso, diversas formas de aproximação jurídica surgem, entre as quais estão justamente a harmonização, a uniformização e a unificação do direito.

3.3 A harmonização, a uniformização e a unificação do Direito: problemas conceituais.

A definição exata de harmonização do Direito não é pacífica. Innocent Fetze Kamdem, professor da Faculdade da Universidade de Ottawa, no Canadá, advoga por um discurso afinado sobre os meios de integração jurídica, propondo um acordo conceitual que solucione a divergência de definições⁹⁰.

Conforme ressalta Kamdem⁹¹, a doutrina se utiliza dos conceitos de uniformização, unificação e harmonização do direito de três diferentes formas:

a) harmonização como gênero, de que derivam as espécies uniformização e unificação⁹²;

lobbying activities of both sides in international organisations, the improvement of international transport and communication networks which allowed for unprecedented growth in international exchange and trade from which a need for universal legal co-ordination and harmonization ensued, and the like.”

⁸⁹A intensa aproximação produziu efeitos positivos, queridos, mas também negativos e indesejados, que ensejaram, recentemente, também reações de medo, fechamento ou, ao menos, de pausa cautelosa e de amadurecimento em relação aos fenômenos integradores. O recente ‘Brexit’, a ascensão de partidos e políticos nacionalistas no ocidente, as turbulências vivenciadas pela União Europeia, com a rejeição de uma Constituição própria, são fenômenos atuais dos quais, todavia, ainda é difícil avaliar os contornos porque envoltos nas perspectivas indefinidas do presente.

⁹⁰KAMDEM, Innocent Fetze. *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d’intégration juridique*. Publicado em *Revue de droit uniforme*: (2008) Unif. L. Rev./Rev. Dir. Unif. Pg. 609-649. Neste artigo é feita uma análise do problema existente na doutrina, consistente na variação de definições pelas quais a academia se vale para designar a harmonização, a unificação e a uniformização do direito.

⁹¹*Ibidem*.

⁹²SCHMITTOFF, Clive M. *The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions*. *Annuaire UNIDROIT*. Artigo exposto no Quarto Encontro de Organizações concernente à Unificação do Direito, promovida pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado em Roma, em abril de 1968. Encontrado eletronicamente em <https://doi.org/10.1093/iclqaj/17.3.551>. KRINGS, Ernest.

b) harmonização como categoria dissociada da uniformização e da unificação, sendo as últimas entendidas como expressões sinônimas⁹³;

c) harmonização, unificação e uniformização como institutos autônomos, dando, ao mesmo tempo, o senso etimológico da uniformização à unificação, e vice-versa⁹⁴.

Ao final de sua análise, conclui que a harmonização do Direito é um dos meios possíveis de integração jurídica⁹⁵, cujo espectro engloba a unificação do Direito⁹⁶ e a uniformização do Direito⁹⁷. Essa parece ser a posição que reúne de fato maiores consensos doutrinários, inclusive na América Latina⁹⁸.

L'opportunité de juridictions supranationales pour l'interprétation des lois nationales. Revue de Droit Uniforme: 1998. P. 525/526.

⁹³BONELL, Michael Joachim. *A Restatement of Principles for International Commercial Contracts: an Academic Exercise or Practical Need?* *Rev. de Droit des Affaires Internationales*. P. 873, 1988; DIAMOND, Aubrey L. *Conventions and their Revision*, in: Jean Georges Sauveplanne (dir.) *Unification and the Comparative Law in Theory and Practice*. Kluwer: Boston, 1984. P. 45/46. GOLDRING, John. *Globalization, National Sovereignty and the Harmonization of Laws*. *Rev. de Droit Uniforme*. P. 435/449, 1988.

⁹⁴JEAMMAUD, Antoine. *Unification, Uniformisation, Harmonisation. Vers un Code européen de la consommation*. Bruylant: Bruxelas, 1998. P. 35, apud. KAMDEM, Innocent Fetze. *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique*. Publicado em *Revue de droit uniforme*: (2008) Unif. L. Rev./Rev. Dir. Unif. Pg. 609-649.

⁹⁵DEL'OLMO. Augusto Florisbal. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de Direito Internacional Privado*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Pg. 319-322. O fenômeno da integração jurídica é um processo que teve início no período pós-segunda guerra, na década de 1950. A Europa, devastada com o resultado e com os efeitos de duas sangrentas guerras, inverteu a ordem vigente e passou a se direcionar em prol da formação de uma união entre os Estados. A união pretendida abrangia não somente às questões sociais, mas também à economia e ao Direito. A primeira expressão jurídica dessa *voluntas* culminou na edição do Tratado de Paris (18 de abril de 1951), criando a Comunidade Europeia de Carvão e Aço (CECA). Mais tarde, seguiram os Tratados de Roma (25 de março de 1957), que instituíram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA). Tais tratados foram objeto de revisão por meio do Ato Único Europeu (1986), no Tratado de Maastricht (1993), no Tratado de Amsterdã (1997), no Tratado de Nice (2001) e no Tratado de Lisboa (2007). O resultado prático, nos dias de hoje, é a União Europeia composta por vinte e sete estados membros, que cada vez mais abrem mão da sua soberania no esforço de uma integração jurídica, que adentra nas relações civis do Direito Privado.

⁹⁶Renata Fialho de OLIVEIRA. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 42, destaca a unificação do direito como um processo mais intenso que a harmonização e a uniformização, por ter como pressuposto a adoção de legislação idêntica ou comum. Ainda, sobre a unificação do Direito, Rodolfo SACCO, *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: 2001, p. 30, entende que “a unificação consiste na criação de uma norma única, aplicada sob os cuidados de autoridades pertencentes a uma única pirâmide, ou por operadores que agem com uma unidade de objetivos, representada por um corpo unitário de juristas, e destinada a substituir uma pluralidade de normas divergentes e autônomas”.

⁹⁷MATEUCCI, Mario. *Introduction a l'étude systématique du droit uniforme*, RCADI, t. 91, 1975-I, p. 391, apud OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 42. Segundo o autor, a uniformização é um mecanismo onde os Estados detém vontade comum de submeter determinadas relações jurídicas a uma mesma regulação. No original: “*L'uniformisation est l'ensemble de dispositions législatives adoptées par des Etats avec la volonté commune de soumettre à la même réglementation certains rapports juridiques*”. Nesse mesmo tema, também pode ser citado Rodolfo SACCO, *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: 2001, p. 30, que define a uniformização como “*procedimento pelo qual diversos legisladores adotam uma norma formulada do mesmo modo, ou um único legislador introduz em vários ordenamentos normas formuladas de modo idêntico*”. Renata Fialho OLIVEIRA, *Harmonização Jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 42,

Quanto aos termos ‘uniformização’ e ‘unificação’ na perspectiva aqui assumida e acima exposta, pode-se concordar que a uniformização seria, nos dizeres de Rodolfo Sacco, o “procedimento pelo qual diversos legisladores adotam uma norma formulada do mesmo modo, ou um único legislador introduz em vários ordenamentos normas formuladas de modo idêntico”⁹⁹. Do mesmo modo, Mario Mateucci refere-se à uniformização como o “conjunto de disposições legislativas adotadas pelos Estados com a vontade comum de submeter certas relações jurídicas à mesma regulamentação”¹⁰⁰. À comunhão de forma não corresponderia necessariamente uma unidade de sentido, pela falta do elemento acrescido ao conceito de ‘unificação’, qual seja, o da instância aplicadora.

Ou seja, unificação jurídica, no sentido exposto por Rodolfo Sacco, seria a “criação de uma norma única, aplicada sob os cuidados de autoridades pertencentes a uma única pirâmide, ou por operadores que agem com uma unidade de objetivos, representada por um corpo unitário de juristas, e destinada a substituir uma pluralidade de normas divergentes e autônomas”¹⁰¹.

Conclui-se, portanto, que a harmonização, a uniformização e a unificação do direito são como tonalidades de uma mesma cor; ou seja, são graus de intensidade com que ocorre o

ressalta como exemplos de mecanismos de uniformização as convenções internacionais de direito uniforme e aquelas que tem em anexo lei modelo.

⁹⁸Para Haroldo PABST, **MERCOSUL: Direito da Integração**. Rio de Janeiro: 1991. p.1, a harmonização, por natureza, detém maior flexibilidade quando contrastada com a unificação do direito, podendo significar uma simples aproximação de critérios jurídicos, apoiando-se em bases, leis-tipo, ou leis-modelo, como também em uma doutrina comum, na qual os operadores do direito podem se servir para coordenar o enfoque de conflitos de interesses determinados; a harmonização pode ser entendida como um processo obrigatório de adaptação conjunta das várias legislações nacionais com base em um texto básico aprovado previamente pela autoridade comunitária. No mesmo sentido, David Fabio ESBORRAZ ressalta a harmonização como um “*proceso de homogenización de dos o más derechos, que precede a la unificación, sobre todo cuando los derechos a unificar pertenecen a tradiciones jurídicas distintas.... Entre harmonización y unificación hay una diferencia de grados, ambas son aproximaciones de dos o más ordenamientos jurídicos. La harmonización contribuye, junto con la unificación, a la simplificación de una pluralidad de disciplinas, a un ordenamiento único o disciplina única*”, cf. Fabio David ESBORRAZ, em conferência durante os ‘**Diálogos Contemporâneos del Derecho Privado**’, disponível em: <https://www.uexternado.edu.co/derecho/armonizacion-y-unificacion-del-derecho-privado/>, acesso em 12 de jun. 2018. Também nesta mesma linha, Julio Mario Bonilla ALDANA, **La armonización del derecho, concepto y críticas cuanto a su implementación**. Revist@ E-Mercatoria, vol. 12, nº 2, julho-dezembro, 2013, defende que a harmonização normativa é um processo mediante o qual se busca reduzir as divergências existentes entre os distintos sistemas jurídicos, com a finalidade de alcançar as melhores soluções que se podem extrair dos ordenamentos e estabelecer aspectos afins entre as diversas regulações que as façam compatíveis entre si. Desta forma, segundo o professor colombiano, a verdadeira necessidade de harmonizar reside na busca por segurança jurídica, pela adequação dos ordenamentos jurídicos à realidade global contemporânea e a diminuição dos custos de transação.

⁹⁹SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**, tradução de Vera Jacob de Fradera: São Paulo: RT, 2001, p. 30.

¹⁰⁰MATEUCCI, Mario. **Introduction a l'étude systématique du droit uniforme**, RCADI, t. 91, 1957-I, p. 391. Apud. ‘OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização Jurídica no Direito Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 42

¹⁰¹*Ibidem*.

fenômeno da integração jurídica – cujas motivações podem ser políticas, sociais, econômicas, dentre outras. São verdadeiros meios para a consecução de um único objetivo: a integração do Direito.

Para conseguir contemplar o objetivo deste trabalho, é necessário aderir a uma definição inequívoca, pelo que, adere-se à posição que vê na harmonização um esforço de aproximação entre dois ou mais sistemas jurídicos, com o objetivo de reduzir ou de até mesmo suprimir determinadas contradições existentes¹⁰². Ou seja, um processo de aproximação legislativa de primeiro grau, que, ao estabelecer um esboço de um quadro jurídico comum permite às partes interessadas na harmonização elegerem as disposições que tenham maior confluência com os valores, preferências e níveis de desenvolvimento pretendidos e experimentados por seus atores¹⁰³.

A harmonização do direito figura como a tonalidade mais fraca do fenômeno da integração jurídica, porque sua implementação não comporta em unificação total do Direito, tampouco pressupõe a derrogação de determinadas normas a fim de promover uma uniformização do tratamento legislativo de determinado tema.

A harmonização do direito tem por escopo tão somente uma aproximação, um primeiro diálogo entre ordenamentos jurídicos, que não importará necessariamente na adoção de normas vinculantes.

3.4 Modalidades de harmonização do direito

¹⁰²KAMDEM, Innocent Fetze. *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique*. Rev. de droit uniforme (2008) Unif. L. Rev./Rev. Dir. Unif. Pg. 616. O autor considera que os conceitos de harmonização, de unificação e de uniformização são também verdadeiros meios de integração jurídica.

¹⁰³*Ibidem*. Pg. 617. Nas palavras do autor: “Ainsi, l’harmonisation est un moyen qui sert à établir les grandes lignes d’un cadre juridique (unité législative de premier degré) en laissant aux différentes parties prenantes à l’intégration le soin de compléter l’ossature commune par des dispositions qui correspondent mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement. En tant qu’entreprise, l’harmonisation est donc un processus.”

A harmonização do direito, enquanto tonalidade mais clara do fenômeno da integração jurídica, pode ocorrer de diversas formas. Segundo Paulo Borba Casella¹⁰⁴, existem três modalidades de harmonização do direito:

1) Dirigida: exige o esforço de dois ou mais Estados na criação de um direito harmonizado. Pode ocorrer de forma formal (vinculante) ou informal (não vinculante). A harmonização jurídica dirigida formal ocorre pela adoção de uma norma jurídica vinculante, cujos principais instrumentos são tratados ou convenções internacionais de direito uniforme baseados em legislação uniforme levada a cabo pelos Estados. A harmonização jurídica dirigida informal, por sua vez, não vincula os Estados, e se instrumentaliza por meio da elaboração de normas-modelo, regras internacionais uniformes e *restatements*¹⁰⁵.

2) Espontânea: a harmonização jurídica espontânea não é organizada por representantes dos Estados ou organismos internacionais. Resulta sim de fatos naturais, como a aplicação ou utilização de cláusulas e contratos padronizados por empresas e empresários¹⁰⁶;

3) Indireta: neste caso, o legislador se apoia em documentos de direito uniforme, elaborados através de trabalhos preparatórios comparatistas por estudiosos. Podem decorrer também de processos históricos, ou de aplicação por magistrados de uma interpretação¹⁰⁷.

Conclui-se, face à classificação de Paulo Borba Casella, que a harmonização jurídica pretendida pelo GADAL se enquadra na modalidade ‘harmonização jurídica indireta’, consubstanciada em trabalhos preparatórios comparatistas elaborados por professores-pesquisadores.

A harmonização jurídica indireta levada a cabo pelo GADAL não deve ser confundida como harmonização jurídica dirigida informal. Muito embora tenha semelhança quanto à sua instrumentalização – via elaboração de normas-modelo não vinculantes – a primeira é realizada sem vinculação ao Estado – podendo ser realizada por instituições ou grupos de trabalho – enquanto a segunda exige a figura dos representantes do Estado.

3.5 Normas modelo soft law e harmonização do direito.

¹⁰⁴CASELLA, Paulo Borba. **Modalidades de Harmonização**, Unificação e Uniformização do Direito. In: CASELLA, Paulo Borba e ARAÚJO, Nádía. (coord.). **Integração Jurídica interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro**. São Paulo, 1988. P. 85.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

A harmonização do direito é concretizada de diversas formas. Entre elas está a elaboração de normas modelo, por parte de associações privadas que, por carecerem de força vinculante, são denominadas *soft law*. É justamente neste ponto específico que se situa o Código Marco proposto pelo GADAL: uma integração jurídica colocada em prática através da elaboração de uma norma jurídica modelo não vinculante, no contexto instrumental da harmonização do direito.

Mas, afinal, porque a norma modelo do GADAL é considerada *soft law*?

A denominação inglesa *soft law*, apresentada pela primeira vez por Lord McNair¹⁰⁸, se opõe ao conceito de *hard law*, entendendo esta última como os instrumentos de caráter obrigatório cujo cumprimento pode ser exigido pelas vias institucionais de solução de conflitos, bem como ensejar a responsabilização pela produção de danos por parte do Estado ou do indivíduo¹⁰⁹.

Por sua vez, *soft law* é o termo utilizado na doutrina para descrever princípios, regras ou diretrizes que carecem de efeito vinculante, contudo, produzem ou podem produzir efeitos jurídicos na vida prática do Direito. Usualmente, os instrumentos de *soft law* são elaborados por sujeitos que não detêm a *potestas* necessária para produzir a obrigatoriedade da regra. Em razão disso, a eficácia prática da *soft law* dependerá da aplicação de seu conteúdo por indivíduos, via autonomia privada e eleição da arbitragem, ou pelo aparato Estatal – produzindo suas legislações nacionais com base nestes instrumentos¹¹⁰.

A *soft law*, no caso do GADAL, aparece sob a forma de um Código.

3.6 O Código: instrumento harmonizador e sua versão *soft law*.

Schipani¹¹¹ ensina que “código” foi o termo designado pelo Imperador Justiniano para nomear sua compilação jurídica, composta pelo Código, pelo Digesto e pelas Institutas. A

¹⁰⁸ Ver: HUERTA, Mauricio Iván del Toro. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. VI, 2006. P. 513-549.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ SCHIPANI, Sandro. *Codici civili nel sistema latino-americano*. Estratto da: DIGESTO de Discipline Privatistiche, Sezione Civile. UTET Giuridica. P. 287. Segundo o autor: “Codices/codici è il termine con cui

palavra dava suporte a uma nova maneira de escrita, que a partir do século III d.C. passou a ser preferível aos rolos, graças à sua maior resistência e capacidade de manuseio. Com isso, a leitura e a combinação de partes não contínuas de um texto era facilitada, simplificando as comparações internas e dando maior unidade ao documento.

Já no século V d.C., segundo Schipani¹¹², o termo “código” passa a ter um significado mais específico no campo do direito. O imperador Justiniano o adota para designar o corpo sistemático das leis imperiais – ou seja, as Constituições dos seus antecessores devidamente reunidas, selecionadas e harmonizadas – denominado ‘Codex Iustinianus’. Mais tarde, a palavra ‘código’ também passou a designar a grande coleção, seleção e harmonização dos escritos dos juristas clássicos dispostos no sistema, bem como o manual renovado das Institutas. Ao utilizar-se a designação unitária de ‘código’, os caracteres comuns entre essas três obras foram reconhecidos.

É importante asseverar que os códigos, desde a sua origem romana, são instrumentos fundamentados na lei (oriunda da *potestas*, conferida ao Imperador pelo titular do poder, o povo) e na competência (*peritia, prudentia*) dos juristas encarregados, que deveriam identificar as soluções para os conflitos que fossem melhores e mais equitativas, propondo um direito que servisse ao ideal de “Justiça” (*ius est autem a iustitia appellatum*). Desta maneira, o ‘código’ promoveria a abreviação de disputas, fomentando a melhor formação dos juristas, conferindo e fortalecendo a unidade entre as regiões ocidental e oriental do Mediterrâneo¹¹³.

L'Imperatore Giustiniano designa il Codice Giustiniano, i Digesti, le Istituzioni che egli ha fatto comporre da commissioni di giuristi negli anni 528-534 (Const. Deo auct. 11). Il termine "codice" designava il nuovo supporto della scrittura, composto da fogli piegati i rilegati, che, a partire dal III secolo d.C. risulta preferito rispetto al rotolo, grazie alla sua maggiore resistenza e maneggevolezza, non dovendo esse arrotolato e srotolato, e con il quale era anche più agevole la lettura e l'acostamento di parti non continue di un testo, facilitando i confronti interni, e, di conseguenza, la maggiore unità dello stesso.

¹¹²SCHIPANI, Sandro. **Codici civili nel sistema latino-americano**. Estratto da: *DIGESTO delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*. UTET Giuridica. P. 287. Segundo o autor: *Già nel V Secolo il termine "codice", oltre a designare un manoscritto su tale supporto, come ancora oggi continua a fare nel linguaggio biblioteconomico, ha anche un più specifico significato nell'ambito del diritto, e Giustiniano lo adotta secondo questa condizione d'uso, dapprima per designare il corpo sistematico delle leggi imperiali, cioè delle Costituzioni dei suoi predecessori e proprie riunite, selezionate e armonizzate, cioè il Codex Iustinianus; poi anche per designare la grande raccolta, selezione e armonizzazione degli scritti dei giuristi cosiddetti classici ordinati in sistema (i Digesti; cfr. Const. Deo auct. 6); e, infine, il rinnovato manuale delle Istituzioni (Const. Tanta 23). Con tale designazione unitaria di queste opere, vengono sottolineati, evidentemente, caratteri comuni di esse, anche se la prima era stata composta quando le altre due non erano ancora state concepite, e queste, peraltro, costituiscono un parziale mutamento di idee rispetto ad essa.*

¹¹³*Ibidem*. O autor ensina: *“I Codici di Giustiniano non si contrappongono all'antecedente sviluppo, ma lo coronano raccogliendo le citate diverse antecedenti linee di crescita, saldandole in unità, e: a) sono prodotti, adnente Deo/“con l'assento di Dio”, dalle due fonte principali del diritto: la legge, nella forma delle costituzioni dell'Imperatore, che li sanziona, grazie alla potestà conferitagli dal popolo che ne è il titolare (D. 1,4,1), e la competenza (peritia, prudentia) dei giuristi, che devono individuare ciò che è 'migliore e più equo (Const. Deo auct. 6. la concessione con la definizione di Celso, già ricordata, è evidente), che di essi sono*

Desperta curiosidade observar como os códigos, desde suas origens, se propunham a uma harmonização – no sentido de promover uma unidade jurídica entre regiões, assegurando a liberdade e a igualdade dos povos de diferentes procedências, através do trabalho de juristas confiados, a quem lhes é reconhecida a *prudentia* e a *peritia* para encontrar as ‘melhores’ e mais equitativas soluções.

Além disso, os códigos, desde o princípio, contemplam um método preventivo de processamento de casos, esculpidos com base em uma terminologia setorial baseada em razões verificáveis. Logo, é possível aferir como características destes instrumentos a integralidade e a unificação sistemática e conceitual, que pretende eliminar contradições, sem que se elimine também a pluralidade do direito civil das gentes¹¹⁴.

Por sua vez, os ‘códigos-marco’ ou ‘modelo’ nada mais são do que uma norma *soft law*, que poderá ser convertida em jurídica propriamente dita se for recepcionada por legisladores, juízes ou árbitros. Carece à *soft law* os elementos típicos de uma norma propriamente jurídica, como pertencer a um ordenamento jurídico e ser munida de força preceptiva vinculante. O poder da *soft law* deriva de elementos ideais e da capacidade de influência e convencimento. Suas fontes variam, podendo ser oriundas de iniciativas privadas ou públicas, individuais ou coletivas, tendo por destinatários sujeitos indeterminados.

A elaboração de códigos tipo ou modelo, na visão de Schipani, merece destaque face à necessidade de recuperação do papel e da responsabilidade do jurista em seu sentido mais amplo¹¹⁵.

É possível afirmar que os códigos-modelo derivam da autoridade, oriunda do reconhecimento da competência dos juristas que os elaboram, em contrapartida aos estatutos nacionais, provenientes da *potestas* obtida por mecanismos cada vez mais falhos de representação popular. Nesse sentido, Schipani ensina que os códigos da época justinianeia, entre outros elementos, são produzidos sob o fundamento da competência (*peritia, prudentia*)

riconosciuti conditores/"fondatori" (huius operis conditores; Const. Tanta 17) e per i quali esse non saranno quindi un'opera precostituita dall'esterno; b) propongono un "diritto" al servizio della "giustizia" (ius est autem a iustitia appellatum) e concretamente si propongono gli obbiettivi della certezza di esso, dell'abbreviazione delle liti, della migliore formazione dei giuristi, e dell'uguaglianza della libertà nel diritto per i diversi popoli, avendo particolarmente presente la necessità di rinsaldare l'unità fra regioni del Mediterraneo Occidentale e Orientale;"

¹¹⁴SCHIPANI, Sandro. *Codici civili nel sistema latino-americano*. Estratto da: *DIGESTO delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*. UTET Giuridica. P. 288.

¹¹⁵SCHIPANI, S. “**Releer**” os códigos de Justiniano, trad. ao port. por D. Tonato, em SCHIPANI, S.; ARAUJO, Danilo B. dos Santos G. de (Orgs.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**, São Paulo: FGV DIREITO SP, 2015, p. 79 – 116, *passim* e, especialmente p. 110-112. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13840>>, acesso em 12 de jun. 2018.

dos juristas, que deveria identificar o que é melhor e mais equitativo, propondo um direito que sirva à “Justiça” (*ius est autem em iustitia appellatum*)¹¹⁶.

3.7. Considerações parciais.

A harmonização do direito é um meio para a aproximação de ordenamentos jurídicos. Teoricamente, se apresenta ao lado da uniformização e da unificação jurídica, imersas em um espectro que vai de uma menor a uma maior integração do direito.

A harmonização do direito pode ser concretizada por meio de normas modelo, que estabelecem princípios ou diretrizes de determinado tema. As normas modelo, neste caso, são produzidas por professores-pesquisadores (hipótese de harmonização jurídica indireta).

A norma modelo carece de força vinculante, e em razão disso pode ser denominada de *soft law*. A regra só produzirá efeitos jurídicos caso seja aplicada por legisladores, juízes ou árbitros, quanto então se tornará em norma jurídica propriamente dita. Portanto, depende do convencimento dos autores de que a norma veicula o que se entende por “correto” ou “melhor”.

A norma modelo do GADAL assume a forma de um Código, mas um código modelo de cunho científico. Portanto, não se pretende tão somente aproximar um ou outro instituto específico do Direito, mas propor um instrumento sistemático e coerente que possa contemplar uma harmonização da teoria geral do direito das obrigações na América Latina.

Por fim, cumpre salientar que a harmonização do direito pretendida pelo GADAL se vale de um elemento extra, que desborda do que usualmente é visualizado pela doutrina na conceituação do instituto, pois tem por escopo também uma pauta de reconhecimento de um subsistema jurídico latino-americano – cunho evidentemente programático, inserido no contexto de uma integração regional.

¹¹⁶*Ibidem*.

4 CAPITULO III - ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO CÓDIGO MARCO DE DIREITO DAS OBRIGAÇÕES LATINO-AMERICANO, SEGUNDO O GADAL

4.1 Harmonizar o Direito na América Latina a partir da Teoria Geral do Direito das Obrigações

Entendida a teoria da harmonização do Direito, que se operacionaliza por meio de leis modelo, é momento de nos debruçarmos sobre os argumentos defendidos pelo GADAL para a elaboração de um Código Marco da teoria geral do direito das obrigações na América Latina. Tais argumentos são encontrado no Manifesto, cujas informações são evidenciadas neste capítulo.

O Grupo sustenta que as obrigações desempenham papel central no sistema de direito privado - e no direito como um todo - do subcontinente. Isso se verificaria pela própria sistemática dos Códigos civis latino-americanos, cuja disciplina das obrigações é tratada de forma anteposta e, assim, independente, às suas fontes (fatos e negócios jurídicos, em particular, o contrato). A tríade fundadora do Direito Privado latino-americano, Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas e Dalmacio Vélez Sarsfield - marcadamente dotada de formação romanista e com forte influência da tradição ibérica - ressaltou a centralidade de obrigação no subsistema jurídico latino-americano ao generalizar e antepor a disciplina das obrigações relativamente à sua fonte primordial, o contrato¹¹⁷.

Conclui-se que iniciar o processo de harmonização do Direito Privado na América Latina a partir da categoria que ordena o Direito Privado patrimonial valoriza a especificidade do subsistema jurídico latino-americano. conferindo simplicidade e coerência ao Código Marco ao regular uma disciplina geral e abstrata. Desta forma é outorgada força expansiva às distintas fontes obrigacionais, as quais serão objeto de harmonização na próxima fase de trabalho.

A identidade latino-americana do projeto de Código Marco e a especificidade do subsistema jurídico latino-americano seriam, portanto, os verdadeiros orientadores da eleição da teoria geral do Direito das Obrigações enquanto âmbito objetivo do trabalho pelo GADAL.

¹¹⁷ Manifesto do Grupo – Anexo A.

Verifica-se que existe também uma maior proximidade no direito das obrigações dos países latino-americanos, o qual constitui verdadeiro elo comum entre vários ordenamentos jurídicos. Oriundos da mesma tradição romanista, o Direito Romano seria um elemento facilitador da harmonização.

A respeito da disciplina obrigacional, Tabosa entende o ramo como a contribuição romana mais significativa para a posterioridade, influenciando todos os demais legisladores que a seguiram¹¹⁸. No mesmo sentido, Saleilles¹¹⁹ considera o direito obrigacional verdadeira obra-prima da legislação romana.

Impõe-se destaque no tema aos ensinamentos de David Fabio Esborraz, atual Secretário Executivo do GADAL, no seu texto “*La teoría general de las obligaciones como elemento de unidade y resistencia del subsistema jurídico latinoamericano*”¹²⁰. O autor sustenta que os ordenamentos jurídicos latino-americanos outorgam um papel central à disciplina geral das obrigações no âmbito do direito privado ao tratá-las, em seus aspectos gerais e princípios regentes - acima de suas fontes específicas - posição predominante que muitos ordenamentos jurídicos europeus conferiram à teoria geral dos contratos ou à teoria do ato ou negócio jurídico (dizendo respeito tão somente às obrigações de fonte convencional). Diferentemente, o direito latino-americano regula nas obrigações disciplinas como a condição e o prazo, além de generalizar a função integrativa do princípio da boa-fé - que, ao ser regulada na teoria geral, se estende às obrigações nascidas de atos ilícitos¹²¹.

Esborraz¹²² sustenta que a propriedade não desempenhou um papel absorvente nos Códigos civis da América Latina a partir do século XIX, tal qual ocorrera no *Code Civil* francês de 1804. No subcontinente, fruto de um romanismo mais intenso nutrido pela tradição ibérica, as obrigações constituem categorias gerais de primeiro nível, cumprindo o papel de

¹¹⁸TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária UFC, 1999, p. 257. Para o autor, “Foi no campo das obrigações que o Direito Romano mais contribuiu para a posteridade. Sua contribuição é por demais significativa, tanto em termos quantitativos, pelo número de institutos trabalhados, quanto qualitativamente, ou seja, pela excelência do trabalho que a jurisprudência nos legou”.

¹¹⁹SALEILLES. *Étude sur la Théorie Générale de l’Obligation d’après le premier projet de Code Civil pour l’Empire Allemand*. 3ª ed. (nouveau tirage), § 2º, pgs. 02. Paris: Editora, 1925.

¹²⁰ESBORRAZ, David Fabio. *La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano*. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción nº 237, Año LXXXIII, Enero-Junio 2015. ISSN 0303-9986. P.185.

¹²¹*Ibidem*. Esborraz cita os Códigos civis de Sonora de 1949 (1906), de Zacatecas de 1986 (art. 971), de Tamaulipas de 1987 (art. 1.029) e de Morelos de 1993 (art. 1.257)

¹²²*Ibidem*.

ordenar e orientar dogmáticamente as matérias de Direito Privado patrimonial¹²³. O jurista nos explica quatro vantagens que embasam a harmonização da teoria geral do direito das obrigações. São elas:

1) sistema extrínseco: o direito obrigacional se torna mais simples, coerente e lógico ao racionalizar uma disciplina geral e abstrata como a teoria geral das obrigações;

2) sistema intrínseco: estabelece coerência e reduz discrepâncias injustificadas existentes nos ordenamentos jurídicos, como o tratamento reservado à responsabilidade contratual e extracontratual;

3) produz uma justiça substancial, que outorga um tratamento paritário a situações consideradas entre si como equivalentes;

4) outorga uma força expansiva criadora de um *jus commune* para todas as relações obrigacionais na América Latina, sem se limitar às obrigações que derivam da circulação de bens.

Conclui-se, portanto, que a opção pelo Direito das Obrigações enquanto objeto de harmonização do Direito na América Latina é uma opção lógica. A matéria é verdadeiro elo comum entre os ordenamentos jurídicos do subcontinente, que compartilham o seu tratamento de forma geral e anteposta às suas fontes – fruto do desenvolvimento romanista tríade fundadora do Direito Privado brasileiro¹²⁴.

¹²³ESBORRAZ, David Fabio. *La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano*. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción n° 237, Año LXXXIII, Enero-Junio 2015. ISSN 0303-9986.

¹²⁴Veja: VILLARREAL, Martha Lucía Neme. *Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de ‘obligación’ sustancialmente humana*. Rev. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 2., p. 621-635, maio/ago, 2017. Veja: “*Los principia iuris del derecho romano en materia de obligaciones se expresan mediante reglas como la lealtad, la diligencia, la prohibición del dolo, la protección de la parte débil (favor debitoris, beneficiumcompetenciae), la sinalagmaticidad que evoca la reciprocidad e interdependencia (exceptio inadimpleticontractus), el equilibrio (laesioenormis, rebus sic stantibus), la prohibición de abuso del derecho o de la posición de dominio, la protección de la confianza (venire contra factum proprium non valet), la cooperación, la igualdad ponderada (aequi), la solidaridad, la firmeza de los acuerdos, cuya adopción en el derecho moderno refleja un proceso de renovada consideración de los valores que subyacen en los principia iuris del derecho romano, en los que se plasman las “ideas romanas fundamentales en materia de derecho y justicia”*”. Reglas estas, que no obstante su clara estirpe romana, no resultan del todo extrañas a otras tradiciones jurídicas Al amparo de estas reglas y, por supuesto de los principios cuyos valores estas evocan, los juristas romanos construyeron paulatinamente un concepto de obligación que nos fuera legado y plasmado en las codificaciones latinoamericanas. [...]”

4.2 Os elementos de unidade e resistência do subsistema jurídico latino-americano

A maneira pela qual os Códigos civis latino-americanos trataram o Direito das Obrigações não constitui o único elo comum existente entre os ordenamentos jurídicos da região. Em verdade, o Grupo sustenta existirem outros pontos de intersecção, que são utilizados como argumento para a harmonização jurídica no subcontinente. O GADAL os denomina no Manifesto como elementos de unidade e de resistência¹²⁵.

Os elementos de unidade e resistência são, de acordo com o Manifesto, o fio condutor da especificidade dos ordenamentos jurídicos latino-americanos¹²⁶. Consubstanciam-se em características que separam o direito subcontinental da sua matriz do *Civil Law*, constatação pioneiramente construída por Clóvis Beviláqua, ainda no século XIX, que os denominou de elementos unitários (de unidade ou especialidade)¹²⁷. Sob esta premissa, o Grupo afirma que, não obstante o processo de modernização e de desenvolvimento experimentado pela comunidade de países latino-americanos nos últimos tempos, tais elementos unitários não somente permaneceram, como foram aprimorados, respondendo às exigências comuns destes

¹²⁵DAVID, René. **L'Originalité des droit de L'Amerique Latine, em Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain**, Paris 1982. Apud TONATO, Dalva Carmen. A limitação dos juro convencionais e seu modus operandi no sistema jurídico romanístico – continuidade e ruptura de Justiniano ao subsistema jurídico latino-americano. Tese de magister em Sistema giuridico romanístico, unificazione del diritto e diritto dell'integrazione, Roma, 2004, passim. René David sustentava que o direito latino-americano poderia ser entendido como sistema autônomo, classificado como subsistema da família romano-germânica, pois até então faltavam estudos que aprimorassem a definição. A originalidade do direito da região é devida ao fato de que tais “direitos” não “adotaram no seu conjunto nem o direito francês, nem o espanhol, nem o português, nem o italiano, nem o alemão” – professora Dalva ainda acrescenta o direito estadunidense. Em realidade, os ordenamentos jurídicos da América Latina adotaram o que existia de melhor, de mais satisfatório e prático. Essa adoção, por si só, justifica a realidade nova e original, possível de determinar, portanto, a autonomia do sistema latino-americano. Dalva ainda sustenta brilhantemente que: “este componente da realidade jurídica latino-americana, se confaz com a determinação dada por Justiniano aos seus juristas na constituição *Deo Auctore*, 5-6, “*quod melius et aequius est iudicatote*”, ou seja, que fosse acolhida a solução melhor e mais equitativa para um problema, e não meramente aquela proposta pelo jurista de maior autoridade (indicado pela Lei das Citações, então vigente)”. Está evidenciada a manutenção da ideologia, cristalizada no sistema de referencia – o romano – e traduzida em prática pelos juristas latino-americanos, ou, em outras palavras, manifesta-se a estabilidade da forma mentis com relação ao método jurídico e à finalidade do Direito do sistema de referencia histórico com um dos seus produtos.”

¹²⁶TONATO, Dalva Carmen. **A limitação dos juro convencionais e seu modus operandi no sistema jurídico romanístico – continuidade e ruptura de Justiniano ao subsistema jurídico latino-americano**. Tese de magister em *Sistema giuridico romanístico, unificazione del diritto e diritto dell'integrazione*, Roma, 2004. Assim sustenta a autora: “Está de fato que o sistema jurídico latino-americano, ao recepcionar o conjunto da experiência jurídica romana aportado com os homens, seus livros e códigos na colonização, assume-o para si, tornando-o próprio na sua versão fundida ao direito metropolitano (referido às metrópoles europeias das colônias latino-americanas), ao direito indiano e aquele pátrio (do pós-independência). O resultado disso é a assimilação das contribuições de diversa proveniência – evidenciando o traço universalista, característico também do sistema de referencia – em uma realidade unitária, resistente às instituições contrastantes com seus princípios, institutos e normas que são ‘patrimônio comum da humanidade’ disponíveis à adesão de quem queira delas fazer uso.”

¹²⁷BEVILÁQUA, CLÓVIS. **Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado**, Bahia, 1897, p. 101.

países, em conformidade com a realidade social, econômica e cultural próprias do subcontinente¹²⁸.

As exigências do subsistema jurídico latino-americano são responsáveis por sua própria autoafirmação e pelo enriquecimento da sua própria especialidade¹²⁹. Conforme o Manifesto, são entendidas como:

- (i) respeito aos Direitos e Liberdades Fundamentais e aos Direitos Humanos;
- (ii) a preservação da democracia;
- (iii) a igualdade e a autodeterminação dos povos, incluindo a soberania sobre seus próprios recursos naturais;
- (iv) a igualdade, tanto formal quanto material, das pessoas e o respeito pela diversidade, incluindo àquela de caráter cultural¹³⁰;
- (v) o desenvolvimento econômico sustentável;
- (vi) o melhoramento da qualidade de vida da população, incluindo o acesso aos bens e serviços essenciais, e;
- (vii) a preservação do meio ambiente¹³¹.

¹²⁸SCHIPANI, Sandro. **Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito.** Rev. De Informação Legislativa, Estudos em Homenagem à Ana Maria Villela, 41/162, Brasília, 2004, p. 363-376. O autor refere a existência de um “grupo latino-americano” de ordenamentos jurídicos, que representa uma ‘matriz étnica comum’ pelo seu tratamento legislativo no ramo do Direito Privado.

¹²⁹TONATO, Dalva Carmen. **A limitação dos juro convencionais e seu modus operandi no sistema jurídico romanístico – continuidade e ruptura de Justiniano ao subsistema jurídico latino-americano.** Tese de magister em *Sistema giuridico romanistico, unificazione del diritto e diritto dell’integrazione*, Roma, 2004. Veja: “O hibridismo caracterizador da sobreposição de experiências de derivação diversa está presente no contexto latino-americano como um todo. De um lado, a tradição jurídica aportada pela colonização e pelo movimento das codificações civis, temperada com a ‘importação’ de modelos anglo-saxões no direito público (principalmente o constitucional); do outro lado, condições próprias decorrentes de fatores geográficos, econômicos, políticos e sociais, que impõem a adaptação tanto dos modelos tradicionais quanto dos ‘importados’ de sistemas diversos, e a criação de novos e próprios modelos normativos. As interações entre o componente étnico latino-americano - composto da miscigenação e convivência de uma população formada, grosso modo, pela junção dos componentes indígena, europeu e africano – e as especificidades geográficas, econômicas e políticas, confluem para uma visão de mundo dotada de identidade, traduzida numa escala valorativa específica, versada numa principiologia própria, não apenas verificada no âmbito das relações privadas, mas também daquelas públicas conformadas pela opção democrático-social, que aporta consequências jurídicas de traços tipicamente anti-individualista.”

¹³⁰ *Ibidem*. Veja: “No contraste com as desregulamentações comerciais e financeiras de cunho liberal, a ereção de um forte direito do consumidor capaz de reportar equidade a um campo de relações marcadas pela hipossuficiência de um dos pólos da relação obrigacional (o consumidor) e a afirmação jurídica constante da proibição de juro usurários são também especificidades do sistema latino-americano. Com relação a este, verdadeiro princípio recebido do sistema de referência, comparece calcado tão solidamente na cultura jurídica latino-americana que, mesmo quando as regras positivadas de sua expressão sucumbem diante das imposições de um mercado financeiro que supera as fronteiras nacionais.”

Tais elementos comuns ou de unidade dos ordenamentos jurídicos da América Latina acabam gerando as imposições detalhadas a seguir:

4.3 Imposições dos elementos de especificidade do subsistema latino-americano

4.3.1 Renovação e reorganização do Direito Privado

Renovação e reorganização do Direito Privado – a começar por sua parte geral - à luz dos valores e princípios do subsistema jurídico latino-americano que, marcado em sua evolução por um constante processo de constitucionalização do Direito privado, aspira acima de tudo à promoção da igualdade material nas relações intercambiais e jurídicas.

Por outro lado, à luz de princípios e valores que devem orientar o subsistema jurídico latino-americano frente aos desafios socioeconômicos da região no século XXI, princípios capazes de orientar soluções e inovações jurídicas oriundas de normais especiais ou setoriais com os princípios e regras gerais do sistema de Direito Privado, de acordo com sua própria lógica geral e especial e a garantia da coerência do próprio sistema de direito privado latino-americano.

Tais imposições decorrem do comum reconhecimento da supremacia constitucional, manifestada através de mecanismos de controle ao respeito da norma inserida à Constituição. São seus instrumentos os modelos de controle de constitucionalidade adotados pelos Estados, entre os quais é destacado o controle difuso adotado pela Argentina, através do *Caso Sojo* (1887), o controle concentrado adotado pela Bolívia, Chile e Uruguai, sob influência da Constituição venezuelana de 1858, e, por fim, o controle misto, adotado pelo Brasil,

¹³¹TONATO, Dalva Carmen. **A limitação dos juro convencionais e seu modus operandi no sistema jurídico romanístico – continuidade e ruptura de Justiniano ao subsistema jurídico latino-americano.** Tese de magister em *Sistema giuridico romanistico, unificazione del diritto e diritto dell'integrazione*, Roma, 2004. A título de exemplo, o art. 225, *caput* da Constituição brasileira e Lei 9605/98 (Lei de crimes ambientais); art. 41 da Constituição argentina; art. 268, I da Constituição paraguaia, art. 47 da Constituição uruguaia; arts. 127-129 da Constituição Venezuelana; arts. 79-81 Constituição colombiana; arts. 22 e 66-69 da Constituição do Peru; arts. 33-34 da Constituição da Bolívia; arts. 71-74 da Constituição do Equador. Sobre o tema, E. ROZO ACUÑA, *Lo stato di diritto ambientale com speciale riferimento al costituzionalismo latinoamericano*, em AA. VV. *Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg*, Torino, 2004, p. 225-235.

Colômbia, Venezuela e Peru, cuja origem positiva se destaca na Constituição Mexicana de 1857¹³².

E esta supremacia se reflete na primazia da tutela da pessoa humana¹³³ e a proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais, reconhecidos em larga escala pelas Constituições da América Latina¹³⁴. As Cartas Magnas destes Estados contém dispositivos que expressam uma “cláusula aberta de direitos”, ao incorporar aos seus ordenamentos jurídicos os Direitos Humanos assim reconhecidos por Convenções Internacionais na disciplina, desde que assinadas e ratificadas pelos Estados¹³⁵.

4.3.2 A atualização dos Códigos Civis à realidade contemporânea

Os ordenamentos jurídicos da América Latina têm em comum a atualização do direito vigente nos Códigos civis e comerciais, por intermédio da doutrina e da jurisprudência, em face dos desafios da contemporaneidade e à realidade fática própria de cada região¹³⁶. Isso ocorre, também na América Latina, em razão da proliferação exacerbada de normas legisladas, imbuídas de caráter especial ou setorial, que tem por efeito a perda da centralidade dos Códigos no sistema de direito privado, ao disporem em seus textos legislativos soluções alheias àquelas contidas nos Códigos às problemáticas enfrentadas¹³⁷.

¹³²*Ibidem*. A título de exemplo, o art. 225, *caput* da Constituição brasileira e Lei 9605/98 (Lei de crimes ambientais); art. 41 da Constituição argentina; art. 268, I da Constituição paraguaia, art. 47 da Constituição uruguaia; arts. 127-129 da Constituição Venezuelana; arts. 79-81 Constituição colombiana; arts. 22 e 66-69 da Constituição do Peru; arts. 33-34 da Constituição da Bolívia; arts. 71-74 da Constituição do Equador. Sobre o tema, E. ROZO ACUÑA, *Lo stato di diritto ambientale com speciale riferimento al costituzionalismo latinoamericano*, em AA. VV. *Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg*, Torino, 2004, p. 225-235.

¹³³Veja: VILLARREAL, Martha Lucía Neme. *Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de ‘obligación’ sustancialmente humana*. Rev. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 2., p. 621-635, maio/ago, 2017.

¹³⁴Manifesto – Anexo A.

¹³⁵*Ibidem*.

¹³⁶*Ibidem*.

¹³⁷TONATO, Dalva Carmen. *A limitação dos juro convencionais e seu modus operandi no sistema jurídico romanístico – continuidade e ruptura de Justiniano ao subsistema jurídico latino-americano*. Tese de magister em *Sistema giuridico romanístico, unificazione del diritto e diritto dell’integrazione*, Roma, 2004 “*Há que se reconhecer que esta unificação se impõe também em virtude da fragmentação das regulamentações, tendentes a transformarem as codificações civis em norma residual, assumindo graus de especialização cada vez maior. Cabe, portanto, dotar estes códigos de uma principiologia unitária, pervasiva, que guie as legislações especiais do sistema latino-americano como um todo para a solução de problemas advindos de realidades que extrapolam os limites dos ordenamentos e aos quais se responde com as propostas de solução*”

4.3.3 A reinterpretação de conceitos, categorias e regras jurídicas oriundas de outras tradições jurídicas à luz da realidade latino-americana.

O fenômeno de reinterpretação de conceitos, categorias e regras jurídicas oriundas de outras tradições jurídicas, em destaque o Common Law, à luz da sua própria tradição jurídica, é elemento comum dos ordenamentos jurídicos latino-americanos¹³⁸.

É explicado que, entre as causas do fenômeno, se destaca a entrada de instrumentos contratuais oriundos do sistema anglo-saxão que, em resposta adaptativa à realidade cultural, social e econômica, são reinterpretados conforme os princípios, regras, conceitos e ou categorias da tradição jurídica do subcontinente, em virtude da aplicabilidade legislativa e jurisdicional¹³⁹.

Com isso, são destacadas as cláusulas calvo e ou de imunidade de jurisdição, cuja inclusão é obrigatória nos contratos de interesse público em números ordenamentos jurídicos¹⁴⁰.

4.3.4 A exigência de marcos normativos capazes de manter e atrair investimentos

A exigência de fomento à criação de modelos legislativos capazes de manter e de atrair investimentos aos países, cujas regras sejam previsíveis, acessíveis, competitivas e eficientes, é uma imposição das especificidades do subcontinente. Tem por objetivo a garantia do aproveitamento de recursos próprios e o desenvolvimento socioeconômico da região. A exigência também se consubstancia para cumprir com os compromissos adquiridos em sede

insuficientes das legislações nacionais (as legislações protetivas dos consumidores, trabalhadores, reguladoras do sistema financeiro etc...).”

¹³⁸*Ibidem.*

¹³⁹*Ibidem.*

¹⁴⁰Veja: VILLARREAL, Martha Lucía Neme. *Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de ‘obligación’ sustancialmente humana*. Rev. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 2., p. 621-635, maio/ago, 2017. A autora aduz: “De ahí, que es tarea del jurista contemporáneo el reconstruir este complejo de principios, reglas e instituciones comunes a los diversos pueblos a la manera del ius gentium cuanto fundadas en valores de nuestra tradición que han trascendido y permanecen como derecho vivo de amplio consenso entre los diversos pueblos, lo que permitirá confluir en un ‘universalismo jurídico’ fundado en los principia iuris.”

de acordos internacionais e ou tratados de integração econômica, seja a nível bilateral, sub-regional, regional ou global.¹⁴¹

4.3.5 Integração do Direito Privado

É afirmada como uma imposição dos elementos de unidade a integração jurídica do direito privado através de soluções assim indicadas pela doutrina e pela jurisprudência da América Latina, em resposta aos desafios contemporâneos da realidade socioeconômica e das problemáticas próprias do subcontinente¹⁴².

A finalidade precípua da integração seria a redução ou eliminação da lacuna entre o direito vigente nas codificações latino-americanas e o direito da vida real, tendo por consequência a restauração da segurança jurídica e da segurança nas relações econômicas¹⁴³.

4.4 Análise crítica: o contexto fático-jurídico do Código.

O Código Marco é uma norma modelo, ou *soft law*¹⁴⁴. Sua finalidade é a promoção da harmonização do Direito na América Latina, fundamentada no reconhecimento da especificidade do subsistema jurídico latino-americano¹⁴⁵.

O conteúdo da *soft law* não vincula compulsoriamente os ordenamentos jurídicos – *non binding effect*¹⁴⁶. Sua característica é a finalidade de promover diretrizes a respeito de determinada matéria, para, em última análise, influenciar os legisladores nacionais e os próprios sujeitos de direito a lhes conferirem eficácia prática, tornando-as em norma jurídica propriamente dita.

¹⁴¹Veja: VILLARREAL, Martha Lucía Neme. *Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana*. Rev. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 2., p. 621-635, maio/ago, 2017. A autora aduz: “De ahí, que es tarea del jurista contemporáneo el reconstruir este complejo de principios, reglas e instituciones comunes a los diversos pueblos a la manera del ius gentium cuanto fundadas en valores de nuestra tradición que han trascendido y permanecen como derecho vivo de amplio consenso entre los diversos pueblos, lo que permitirá confluir en un ‘universalismo jurídico’ fundado en los principia iuris.”

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴HUERTA, Mauricio Iván del Toro. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuário Mexicano de Derecho Internacional. Vol. VI, 2006. P. 513-549.

¹⁴⁵Manifiesto do GADAL – Anexo A.

¹⁴⁶HUERTA, Mauricio Iván del Toro. Op. cit. P. 571.

Segundo Schipani¹⁴⁷, Código Marco é a expressão de responsabilidade do jurista, cuja força vinculante – e conseqüentemente a eficácia jurídica da norma – deriva de sua *auctoritas*, isto é, da *prudencia* e *competentia* com a qual a obra é elaborada. Por carecer da *postestas* monopolizada pelo Estado, de onde deriva a vinculação jurídica obrigatória, sua eficácia estará condicionada ao exercício da autonomia privada pelos particulares, que, contratualmente, disporão de cláusula contratual que obrigará a aplicação do diploma às avenças; assim como à utilização da norma modelo – ou seu transplante¹⁴⁸ – pelos legisladores nacionais.

A *auctoritas* do GADAL é favorecida pela metodologia de direito comparado de nove ordenamentos jurídicos latino-americanos. Levada a cabo por professores-pesquisadores, muitos dos quais inseridos na prática forense, confere-lhes *competentia* a conjugação da experiência acadêmica e da atividade profissional dos integrantes.

4.4.1 Reflexões quanto à legitimação do Código Marco pela identidade latino-americana da norma modelo.

O argumento da identidade latino-americana do Código, ao nosso ver, tem bastante força, porque significa que a norma modelo, no processo de elaboração, contempla as soluções jurídicas ofertadas a cada instituto por nove diferentes ordenamentos jurídicos da América Latina. Pressupõe-se, portanto, que cada solução positivada no código é fruto de um debate acadêmico, em que se conjugaram a pesquisa científica e a prática forense, no contexto

¹⁴⁷SCHIPANI, Sandro. *Codici civili nel sistema latino-americano*. Estratto da: DIGESTO delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile. UTET Giuridica:Milano, 2004, P. 287.

¹⁴⁸GRANDE, Elisabeta. **Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação de modelos**. Tradução: Luís Fernando Sgarbossa. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2009. P. 191. “*As modificações do direito parecem ser devidas, em larga medida, ao fenômeno da migração jurídica. Há muito regras, institutos, categorias conceituais transmigram de um sistema jurídico para outro, dando vez aos transplantes jurídicos, resistências e contaminações em um continuum evolutivo que faz crescer e mudar constantemente o direito da humanidade. A adoção de um modelo jurídico alheio poderá ser consciente ou inconsciente, declarada ou mantida oculta, poderá ocorrer em diversos níveis dos formantes do direito e dar lugar, no sistema imitador, a um modelo que, em concreto, é diferente daquele importado, por força do contexto cultural e institucional no qual este se encontra a operar. [...]*”

próprio do subcontinente, por sujeitos cujos currículos¹⁴⁹ demonstram maturidade intelectual¹⁵⁰.

A norma modelo contribui para a segurança jurídica e para a previsibilidade nas relações contratuais porque, ao se estipular eventualmente cláusula contratual que determine a aplicação do Código Marco para reger a relação jurídica, não haverá preocupação quanto a possibilidade de conflitos de tratamento legislativo entre ordenamentos.

Também pode servir como uma força gravitacional de atração entre as ciência jurídica dos Estados nacionais, através do mecanismo da circulação de modelos. Em ambos os sentidos, o Código Modelo poderia se apresentar como um fator de resistência.

4.4.2 Reflexões quanto à circulação de modelos: resistência.

Os elementos de unidade e especificidade do subsistema jurídico latino-americano se expressam relativamente à tradição romano-germânica do *Civil law*; ao passo que os elementos de unidade e resistência são opostos ao *Common law*.

Crê-se pertinente explorar qual embasamento teórico a doutrina confere à propagação do sistema norte-americano, a fim de apurar, ainda que brevemente, aspectos qualitativos da sua circulação de seus modelos jurídicos.

Em *Direito e Imitação: hipóteses sobre a circulação dos modelos*, Elisabetta Grande¹⁵¹ afirma como os modelos jurídicos de maior exportação são qualificados como “fortes” ou “prestigiosos”¹⁵²; posição tomada pelo sistema francês até a metade do século XVIII, quando foi sucedido pelo sistema alemão. Atualmente, tem ocupado a *leadership* o sistema norte-americano.

¹⁴⁹O currículo dos professores que compõem o GADAL está discriminado no Capítulo I, item 1.3, desta monografia.

¹⁵⁰Isto é, o Código Marco é produzido por indivíduos que detêm o título de Mestre e Doutor em Direito e lecionam em universidades públicas e/ou privadas.

¹⁵¹GRANDE, Elisabetta. *Op. Cit.* P. 192-193.

¹⁵²SACCO, Rodolfo. *Op. Cit.*, P.148. “O elemento mais comumente encontra-se à base da recepção é o desejo de apropriar-se de *contribuições alheias, quando tais contribuições revelem-se carregadas de uma qualidade que não sabemos designar senão pela denominação de “prestígio”. A explicação ora dada, baseada sobre o prestígio, é tautológica, nem o direito comparado dispõe de uma definição da palavra prestígio (cuja análise compete a outras disciplinas). Mas a operatividade do “prestígio” é um postulado indispensável para explicar a circulação de numerosíssimos modelos culturais [...].”*

Todavia, a difusão dos modelos jurídicos de tais sistemas “fortes” originam resistências de maior ou menor expressão nos sistemas imitadores – como ocorre na América Latina, segundo o GADAL. Procura-se então responder se o que torna um sistema jurídico prestigioso é o efeito da força política e econômica de um país; ou, se há autonomia relativamente a tais variáveis¹⁵³.

Resulta que a circulação de modelos jurídicos norte-americanos¹⁵⁴ não é realizada de forma integral, mas, em larga escala, por setores, subsetores ou institutos singulares. Por vezes, o *common law* aparece como “sistema fraco”, onde sistemas jurídicos menos privilegiados ganham destaque sobre sistemas mais “fortes” política e economicamente. Intui-se, portanto, uma desvinculação, ao menos parcial, às variáveis de poder econômico e político das exportações e das importações de modelos jurídicos da América do Norte, que “parecem reconduzíveis a uma taxinomia que substitui um modelo unitário por uma pluralidade de modelos circulatórios, cada um dos quais regidos por uma lógica diversa”¹⁵⁵.

São encontrados lado a lado um modelo “científico-cultural”, cuja difusão estaria subordinada às características doutrinárias do direito do sistema exportador¹⁵⁶; e um modelo “político-filosófico”, cuja circulação é promovida em virtude dos ‘ideais de avanço da civilidade jurídica’ por ele expressados¹⁵⁷. Nesse sentido, Elisabetta Grande exprime como o modelo jurídico norte-americano é difundido em razão de um forte metapositivismo

¹⁵³GRANDE, Elisabeta. *Op. Cit.* p. 193.

¹⁵⁴GRANDE, Elisabeta. *Op. Cit.* p. 47. A autora afirma que o modelo norte-americano importou o modelo privatista alemão já em 1870, simbolizado pela fundação da “Academia Americana” pelo reitor da *Harvard Law School* Christopher Columbus Langdell, que acaba revolucionando as fontes do direito por uma cisão entre os *common law* inglês e norte americano. “[...] *As faculdades de Direito norte-americanas são modeladas sobre o arquétipo das universidades alemãs*” P.50. Forma-se um sistema com professores em tempo integral – James Barr Ames, o primeiro deles – e dedicação exclusiva à pesquisa e ao ensino, com seleção do corpo docente com base exclusiva nos méritos acadêmicos, que foram “[...] *totalmente novas em relação ao passado – das então nascentes faculdades de direito norte-americanas.*” P. 51.

¹⁵⁵GRANDE, Elisabeta. *Op. Cit.* p. 193.

¹⁵⁶GRANDE, Elisabeta. *Op. Cit.* p. 28. “*A presença de uma doutrina respeitável, independente e caracterizada por um marcado metapositivismo metodológico parece veicular um primeiro tipo de modelo, o qual, seguindo uma taxonomia proposta com finalidade diferente, reputou-se poder nomear de modelo “científico-cultural” ou “sub-tradição técnico-jurídica”.* Nesse sentido, indica A. Gambaro, ***La proprietà nel common law anglo-americano, em A. Canadian-B. Pozzo, Property, Propriété, Eigentum, Corso di diritto privato comparato***, Pádua, 1992. P. 3 e ss.

¹⁵⁷GRANDE, Elisabeta. p. 28. “*A razão de circulação de um segundo modelo jurídico, que pode ser definida como razão de “política do direito” ou como “sub-tradição político-filosófica”, ao contrário, cremos encontrar-se vinculada à sua grande taxa de conformidade aos ideais de avanço da civilidade jurídica dos sistemas que o imitam. A circulação poderá então ter como objeto também a mera idealização do modelo, uma vez que, em tal caso, é a mensagem político-filosófica que encontra difusão. Assim, o sucesso dos códigos franceses do século XIX pode, por vezes, apresentar-se vinculado mais à mensagem iluminista de igualdade e liberdade, das quais eram portadores do que das soluções jurídicas concretamente propostas.*”

metodológico da doutrina civilista, enquanto tem-se por “fraco”¹⁵⁸ o seu modelo científico-cultural de direito penal e processual penal. Logo, cada fluxo migratório representa uma própria lógica interna, em diferentes dinâmicas de circulação; o que, em última análise, promove esperança à propagação do próprio Código Marco na ou mesmo para além da América Latina.

Conclui-se que o fundamento da difusão de um modelo estará intrinsecamente conectado à soma das características deste sistema às variáveis extrajurídicas. Portanto, o modelo científico-cultural “forte” pode ser difundido ainda que seja percebido como um sistema “fraco” política e economicamente¹⁵⁹. Por sua vez, a circulação de modelos político-filosóficos – em que o prestígio é fundamentado pela capacidade de seus atributos em refletir o ideal de civilidade do sistema importador – as variáveis extrajurídicas da força política e econômica são atributos que vinculam sua difusão¹⁶⁰.

Ao final, podemos entender que a resistência do Direito latino-americano ao Common law opera no contexto de uma circulação de modelos dinâmica e não unitária, que enfrenta uma doutrina civilista metapositivista anglo-saxã exportadora da sua *ratio iuris* para o subcontinente.

Todavia, é evidente que a realidade socioeconômica e cultural da América Latina diverge da norte-americana, e o Direito, enquanto ciência jurídica e social, não permite que suas normas estejam em descompasso com a realidade da sua população. Disso nascem os elementos de resistência, frente aos modelos circulados, evidenciando os elementos de unidade e especificidade do direito subcontinental.

¹⁵⁸ GRANDE, Elisabeta. *Op. Cit.* p. 23. “A associação exclusiva do prestígio do modelo jurídico ianque com a leadership política e econômica do sistema do qual é expressão resta, em realidade, desmentida assim que se observe como tal modelo não circula em sua inteireza, mas difunde-se por setores, sub-setores ou institutos avulsos, deixando espaço, em diversas áreas do direito, para importações de sistemas política e economicamente de menor peso.”

¹⁵⁹ GRANDE, Elisabeta. *Op. Cit.* p. 195. Exemplifica o “caso da difusão do modelo penal substantivo alemão mesmo em momentos de grande fraqueza política e econômica da Alemanha [...]”.

¹⁶⁰ GRANDE, Elisabeta. *Op. Cit.* p. 195. Conclui: “Em tal sentido, prestígio jurídico de um modelo e prestígio político e econômico do sistema do qual o modelo constitui a expressão parecem mover-se em circuitos autônomos”.

5 CAPITULO IV - ANÁLISE DO ARTICULADO PRODUZIDO FRENTE AOS FUNDAMENTOS DO CÓDIGO MARCO DO GADAL AFIRMADOS NO MANIFESTO DO GRUPO E ÀS CRÍTICAS DOS CIVILISTAS CHILENOS NO VII ENCONTRO DO GADAL EM SANTIAGO DO CHILE EM 2017

5.1 Considerações iniciais

Exposto o sujeito, a teoria e os fundamentos objetivos para o Código, é hora de apreciar os artigos já disponibilizados ao público pelo GADAL. A presente análise será realizada em dois aspectos: confrontando-os com os fundamentos do Código expressos pelo GADAL no Manifesto e com as críticas apresentadas pelos civilistas chilenos quando da apresentação do articulado ao público nos Seminários oriundos do VII Encontro GADAL em Santiago do Chile, em 2107¹⁶¹.

Até então, o Código Marco consiste em dois títulos.

O Título I possui quatro artigos, e trata da definição de obrigação (art. 1º), dos elementos da obrigação (art. 2º), das fontes das obrigações (art. 3º) e da obrigação real (art. 4º).

O Título II possui oito artigos, e cuida dos princípios gerais (art. 5º), do princípio da dignidade da pessoa humana e respeito aos direitos fundamentais (art. 6º), do âmbito de aplicação e caráter imperativo do princípio da boa-fé (art. 7º), das funções integrativa e interpretativa da boa-fé (art. 8º), da vedação ao abuso de direito (art. 9º), da proibição do *venire contra factum proprium* (art. 10), do princípio da equidade (art. 11) e das consequências de violação dos princípios (art. 12).

5.2 Conteúdo do articulado aprovado

¹⁶¹Críticas colhidas durante a participação presencial nos Seminários do VII Encontro do GADAL. Para maiores especificidades, veja introdução.

Artigo 1. Definição. A obrigação é o vínculo jurídico pelo qual um sujeito, o devedor, é constringido a adimplir uma prestação destinada a satisfazer um interesse tutelável de outro sujeito, o credor.

Artigo 2. Elementos da obrigação. Os elementos da obrigação são:

a) Os sujeitos, um passivo ou devedor e outro ativo ou credor, cada um dos quais podendo ser uma ou mais pessoas determinadas ou determináveis.

b) O vínculo obrigatório, que considerado do ponto de vista do devedor, assume o nome de débito ou de obrigação e, do ponto de vista do credor, o de direito pessoal ou de crédito.

c) O objeto, consistente em uma obrigação física e juridicamente possível, lícita, determinada ou determinável e suscetível de avaliação econômica.

d) O interesse tutelável do credor, o qual pode ser patrimonial ou extrapatrimonial.

Artigo 3. Fontes das obrigações. A obrigação nasce de um contrato, de um fato ilícito ou de qualquer outro ato ou fato idôneo a produzi-la, em conformidade com o sistema jurídico latino-americano.

Artigo 4. Obrigação real. A obrigação real tem sua fonte na titularidade de um direito real ou na posse de coisas. A mesma se transmite ao sucessor no direito real ou na posse, ficando liberado o antecessor, exceto estipulação ou disposição legal em contrário.

Artigo 5. Princípios gerais do direito. A interpretação e integração deste Código regem-se pelos princípios gerais do direito, em particular por aqueles que inspiram o sistema jurídico latino-americano.

Artigo 6. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana e a tutela de seus direitos fundamentais, especialmente a liberdade, a igualdade e o princípio de não discriminação, regem o nascimento, o adimplemento, a interpretação e a extinção das obrigações.

Artigo 7. Princípio da boa-fé. Âmbito de aplicação e caráter imperativo. O princípio da boa-fé rege o vínculo obrigacional no momento de seu nascimento, adimplemento e extinção.

Consequentemente, o credor e o devedor devem se comportar de modo a preservar a integridade das vantagens legítimas do vínculo obrigacional.

É vedado excluir a aplicação do princípio da boa-fé.

Artigo 8. Funções integrativa e interpretativa da boa-fé. O conteúdo e o alcance do vínculo obrigacional devem ser integrados e interpretados segundo as existências da boa-fé, tendo em conta a sua fonte, natureza e finalidade.

Artigo 9. Vedação do abuso de direito. Os direitos devem ser exercidos em conformidade com as exigências e nos limites que impõe os princípios inspiradores deste Código.

Artigo 10. Vedação de venire contra factum proprium. O credor e o devedor devem observar a exigência de coerência que a boa-fé impõe e, consequentemente, não podem atuar em contradição com as suas condutas precedentes que tenham gerado alguma legítima expectativa nos demais sujeitos do vínculo jurídico.

Artigo 11. Princípio de equidade. A interpretação, a determinação do conteúdo e a exigibilidade das obrigações são guiadas pelo princípio de equidade, em harmonia com os outros princípios que inspiram este Código.

Artigo 12. Consequências da violação dos princípios. Os comportamentos contrários aos princípios que inspiram este Código não produzem nenhum efeito.

Consequentemente, em caso de ameaça de violação a tais princípios, ou de concretização de um comportamento contrário a estes, o interessado tem o direito de requerer, de acordo com o caso, a sua inibição ou cessação, o adimplemento in natura ou por equivalente dos respectivos deveres que permitam preservar os princípios que se tentou transgredir, bem como o ressarcimento de qualquer tipo de dano sofrido.

5.3 Análise do articulado produzido frente aos fundamentos do Código Marco do GADAL afirmados no Manifesto do GADAL e às críticas dos civilistas chilenos no VII Encontro GADAL de Santiago do Chile em 2017.

5.3.1 Crítica ao conceito de obrigação.

O conceito de obrigação pode ser encontrado no artigo 1º do Código Marco proposto pelo GADAL.

Confrontando o artigo proposto pelo GADAL com o código civil brasileiro, há que se referir que este não indica expressamente o conceito de obrigação, do qual se ocupa tão somente a doutrina brasileira¹⁶². Nesta, é corrente o uso do termo vínculo para definir obrigação¹⁶³, mas também se encontra a locução ‘dever jurídico’ (reconhecidamente como

¹⁶²DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume2: teoria geral das obrigações. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 41. “*O nosso Código Civil escusou-se em definir obrigação, no que andou bem, pois definir não é tarefa do legislador, mas da doutrina.*”

¹⁶³Silvio RODRIGUES, **Direito civil**. 32ª Edição. Parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 03/04, expõe a obrigação “como o vínculo de direito pelo qual alguém (o sujeito passivo), se propõe a dar, fazer e não fazer alguma coisa (objeto) em favor de outrem (sujeito ativo)”, finalizando com expressa menção à matriz romana. Roberto Senise LISBOA, Manual de direito civil. V. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 41, define obrigação como vínculo de direito de natureza transitória que

definição mais ampla¹⁶⁴) e ‘relação’¹⁶⁵. O que não se encontrou foi a menção ao fim da prestação como ‘satisfazer um interesse tutelável de outro sujeito’. Percebe-se, neste ponto, que o Código Marco é mais didático e detalhado ao apreciar o tema – favorecendo o próprio estudo da norma modelo.

Por sua vez, o confronto com a doutrina latino-americana externa ao grupo no Seminário da *Universidad de los Andes* (VII Encontro do GADAL) ensejou críticas à utilização do termo ‘vínculo’ e a sugestão de alteração por ‘relação jurídica’. Isso porque manter a terminologia *vinculum iuris* (*vinculum* = amarra, ligação, em latim¹⁶⁶). carregaria o efeito negativo de basear a obrigação na noção de ameaça, constrição ao sujeito que seria,

necessariamente compele alguém a solver aquilo a que se comprometeu, garantindo o devedor que pagará a prestação economicamente apreciável, seja por meio do seu próprio patrimônio ou de outrem. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, volume 2: teoria geral das obrigações. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30 conceitua a obrigação como o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponderia a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. O autor afirma que o conceito de obrigação, no direito moderno, não difere daquele realizado pelos romanos. Para Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 04, obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável.

¹⁶⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 2: teoria geral das obrigações. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 41. “*O dever jurídico é o comando imposto, pelo direito objetivo, a todas as pessoas para observarem certa conduta, sob pena de receberem uma sanção pela não cumprimento do comportamento prescrito pela norma jurídica. [...] Se o dever jurídico não for cumprido, o lesado pela sua violação está autorizado pela norma jurídica a exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou de processos legais, o seu cumprimento ou a reparação do mal causado. [...] Do exposto, percebe-se que dever jurídico é expressão mais ampla do que obrigação, por abranger não só os deveres oriundos de relações creditórias, mas também os advindos dos direitos reais, dos direitos familiares, dos direitos de personalidade, bem como os do direito administrativo, penal, tributário, etc.*”

¹⁶⁵Clóvis BEVILÁQUA, **Código Civil comentado**. V.3 e 4, p. 49 define obrigação como ‘a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que, por ato nosso, ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão’. Também faz uso do termo Paulo NADER, *Curso de direito civil*, volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 08, tratando obrigação como “a relação jurídico-patrimonial em que uma parte possui o direito subjetivo de exigir a prestação e a outra se acha compelida a garanti-la”. Quanto à natureza patrimonial das obrigações, diz o autor: “*A doutrina não é pacífica quanto à natureza das relações obrigacionais. A maior parte dos juristas nacionais e estrangeiros inclui o elemento patrimonial na formulação do conceito de obrigações. Savigny, fundado no sistema romano, onde a obrigação se convertia em moeda quando objeto de execução judicial, sustentou a ideia de que as obrigações apresentam sempre um componente patrimonial. Para Díez-Picazo e Gullón, a prestação não há de ser, necessariamente, patrimonial, pois bastaria que respondesse a um interesse sério e tutelável [...]*”. Veja-se DÍEZ-PICAZO, Luis., GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho civil**, vol. II, 9ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 122; HERNANDES-GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*, vol. I, 1ª ed. Madrid: Maribel, 1960. P. 122. Também faz uso de ‘relação jurídica’ Washington de Barros MONTEIRO, **Curso de direito civil**. Vol. IV, São Paulo: RT, 2006. P. 12, que define a obrigação como relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor, e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do patrimônio.

¹⁶⁶Disponível em: <<http://www.dictionary.com/browse/vinculum>>. Acesso em 16 de junho de 2018.

literalmente, ‘amarrado’ (como reminiscências do *nexum*¹⁶⁷). Para os críticos, esta percepção não se coadunaria com a predominância da cooperação entre os sujeitos que move o atual direito das obrigações, devendo ter sido utilizada a expressão ‘relação jurídica’, também porque privilegia a obrigação como relação jurídica complexa, munida de cargas, deveres secundários, ônus, etc.

Sobre esse debate conceitual já se pronunciaram no direito brasileiro Fernando Noronha – defensor do uso da expressão ‘relação jurídica’ – e Caio Mário Pereira da Silva – que advoga pelo termo ‘vínculo jurídico. Para este, a manutenção do ‘*vinculum iuris*’ é inevitável¹⁶⁸, pois a expressão carrega toda a história do desenvolvimento do instituto, que subsiste há mais de dois mil anos. Salienta o autor que a tentativa de substituir o termo vínculo por ‘relação jurídica’ não passaria de mera anfibologia¹⁶⁹.

É certo que a doutrina contemporânea compreende a obrigação sob um viés dinâmico, representativa de uma relação jurídica obrigacional composta por um conjunto de direitos, faculdades, poderes ônus e deveres das partes¹⁷⁰. Tem protagonismo na transformação desta concepção a boa-fé objetiva, que aparece enquanto dever acessório a toda e qualquer relação jurídica obrigacional¹⁷¹. São estes os argumentos usualmente utilizados para defender o uso da expressão ‘relação jurídica’ enquanto definição. Para Fernando Noronha¹⁷², professor da Universidade Federal de Santa Catarina, a obrigação pode ser entendida como ‘vínculo jurídico’, como ‘situação jurídica’ e como ‘relação jurídica’, sendo esta última expressão a melhor, porque mais restrita. Já a utilização de ‘situação jurídica, enquanto expressão definidora, do instituto é imprópria devido a amplitude de seu significado. ‘Situação jurídica’ engloba todo um circunstancialismo que pode caracterizar as mais diversas figuras em que os indivíduos ou coisas podem se apresentar – situações que podem ser uni ou plurissubjetivas, relativas a uma ou mais pessoas. Por isso, ‘situação jurídica’ pode ser entendida como

¹⁶⁷O *Nexum* era uma relação potestativa quirítaria de reforço das relações de crédito. O devedor restava ‘materialmente vinculado’ até que com seu trabalho dissolvesse o vínculo, cf. Vincenzo Arangio-Ruiz, Antonio Guarino e Giovanni Pugliese, *Il diritto romano – la costituzione, caratteri, fonti diritto privato, diritto criminale*, Roma: Jouvence, 1980, p. 216. Por sua vez, a *addictio*

¹⁶⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 05-07.

¹⁶⁹Segundo o dicionário Miriam Webster, ‘amphibology’ é ambiguidade. Uma expressão ou frase que pode ser entendida de mais de uma maneira. No original: “a sentence or frase [...] that can be interpreted in more than one way.” Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/amphibology>>. Acesso em 10 de junho de 2018.

¹⁷⁰VARELA, João de Matos Antunes. *Da obrigações em geral*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Almedina, 2004. P. 64.

¹⁷¹COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. 1ª edição. São Paulo: Editora FGV, 2006. P. 120.

¹⁷²NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 29.

verdadeiro gênero¹⁷³. A relação jurídica, segundo Fernando Noronha, é a situação jurídica plurissubjetiva, caracterizada pela existência de vínculos estabelecidos entre duas ou mais pessoas. Essa é a relação que interessa ao direito obrigacional, cuja expressão é dotada de maior precisão em relação ao conceito do instituto¹⁷⁴. Para tanto, se apoia na doutrina de Karl Larenz¹⁷⁵, considerando por relação jurídica “o vínculo que, nas situações que envolvem duas ou mais pessoas, atribui a umas e outras poderes e deveres juridicamente exigíveis, com vista à consecução de finalidades específicas.”

Utilizar-se da expressão ‘vínculo jurídico’, segundo Fernando Noronha, dá à obrigação um sentido mais amplo do que lhe seria próprio. Isso porque o vínculo jurídico estaria significando a própria relação obrigacional, quando o seu significado preciso é o de conjunto de direitos e deveres que integram a obrigação – levando em consideração a visão de Larenz¹⁷⁶.

Diferentemente das críticas realizadas no Seminário e de Fernando Noronha acreditamos que a manutenção da expressão *vinculum iuris*, em primeiro lugar, assume a posição simbólica de expressão do romanismo do direito latino-americano, enquanto elemento unitário e caracterizador do subsistema, especificidade sustentada pelos produtores da norma.

A tentativa de enquadrar a expressão ‘*vinculum iuris*’ a uma narrativa de subordinação ‘desumana’ não reflete a evolução histórica do instituto, na qual justamente as amarras reais tornam-se amarras ideais, substituídas por um direito de ação processual de defesa do seu direito. Paulo, ainda à época romana, ressaltava que própria substância da obrigação não está

¹⁷³*Ibidem*. P. 28-33.

¹⁷⁴*Ibidem*. P. 35.

¹⁷⁵LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Vol. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. P. 245-246. Apud. NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 32. “No domínio do direito das obrigações, como, aliás, em outros ramos de direito, fala-se muitas vezes em institutos jurídicos, mas nem sempre se tem uma ideia precisa do que sejam. [...] Para sabermos o que sejam institutos jurídicos, convém partir das noções de situação e de relação jurídica. [...] Situação jurídica é toda e qualquer situação da vida real regulada pelo direito e que relação jurídica é o vínculo que, nas situações que envolvem duas ou mais pessoas, atribui a umas e outras poderes e deveres juridicamente exigíveis, com vista à consecução de finalidades específicas. Ora, um instituto jurídico é constituído pelo conjunto de princípios e normas que regem uma determinada situação ou relação jurídica.”

¹⁷⁶LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Vol. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. P. 245-246. Apud. NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 32. “Se o primeiro conceito fundamental do Direito Privado é a pessoa enquanto sujeito de direito, isto é, titular de direitos e destinatário de obrigações, o segundo conceito fundamental é a relação jurídica, como nexos jurídicos que une entre si sujeitos de direito. Este vínculo apresenta-se geralmente, por parte de um dos sujeitos de direito, como ‘direito seu’ e por parte do outro, como um dever ou sujeição jurídica”.

na sujeição do devedor ao credor, enquanto servidão, mas sim em constringi-lo a dar, fazer ou prestar alguma coisa¹⁷⁷.

Partindo do ponto de vista subjetivo, é de se esperar que professores assumidamente romanistas coloquem no seu produto, o Código Marco, reflexos da sua personalidade. A expressão *vinculum iuris*, na norma modelo, carrega tanto um espírito de simbologia, enquanto reconhecimento de especificidade, como marca uma posição de referência genética dos produtores da norma, associados ao Direito Romano. A manutenção da expressão ‘vínculo jurídico’ confere maior plasticidade e concreção ao conceito de obrigação, diferentemente da utilização da expressão ‘relação jurídica’, que parece produzir uma abstração conceitual, ao menos em primeira leitura. Isto porque ‘relação’ pode ser definida¹⁷⁸ como: (1) ato de relatar; (2) consideração que resulta da comparação de dois ou mais objetos; (3) lista, listagem, rol; (4) semelhança, parecença; (5) cotejo entre duas quantidades mensuráveis, dentre outros. A origem etimológica provém do latim ‘*relatio, onis*’, isto é, a ação de dar entorno. Diferentemente do termo ‘vínculo’, que pode significar¹⁷⁹: (1) aquilo que ata, liga, vincula (duas ou mais coisas); liame; (2) o que estabelece um relacionamento lógico ou de dependência; (3) que liga afetiva ou moralmente duas ou mais pessoas, laço; (4) o que impõe uma restrição ou condição, entre outros.

Demonstra a terminologia utilizada no Código Marco um alinhamento à doutrina brasileira, que se utiliza do ‘*vinculum*’ na maioria dos manuais trazidos ao estudo.

5.3.2 Crítica à decisão de incluir definições no Código marco quanto ao Conceito, Elementos e Fontes da obrigação

Durante o VII Encontro do GADAL foi questionada a opção por definir dentro do Código Marco. Segundo os críticos, a opção por conceituar os institutos na norma modelo seria reflexo de um excesso de cientificismo, incompatível com a noção de Código ou de lei propriamente dita. Nesse sentido, foi questionado se o documento era um exemplo de *codex* ou de manual.

¹⁷⁷Digesto, Livro 44, tít. 7, fr. 3.

¹⁷⁸FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Coordenação de Marina Baird Ferreira. 5ª Edição. Curitiba: Positivo, 2010. P. 1240

¹⁷⁹*Ibidem*. P. 1640.

Todavia, acreditamos que Código Marco deve sim se ocupar de conceituar institutos, isto é, propor definições mais aguçadas sobre as matérias, justamente por se tratar de uma norma modelo. Conforme foi observado no capítulo II deste trabalho, uma das características – e peculiaridades – da *soft law* está justamente no ‘convencimento’¹⁸⁰. Isto é, a norma não vinculante deverá convencer o aplicador do Direito de que a mesma veicula o que se entende por “melhor” ou “mais correto”¹⁸¹. Para que isso ocorra, é indispensável que o documento acompanhe uma exposição de motivos pelos quais determinadas posições foram tomadas¹⁸². Nesse sentido, podemos citar as notas da Consolidação das Leis Civis, do Esbôço de Freitas¹⁸³ e das notas dos trabalhos preparatórios de Andrés Bello e Velez Sarsfield, que acompanham uma mesma lógica¹⁸⁴.

Além disso, é afirmado por Schipani¹⁸⁵ como função dos Códigos a promoção da Justiça, a formação dos juristas e o melhoramento do Direito, estabelecendo uma coerência interna e uma unificação de conceitos, que permitam expor linhas de raciocínio e discussões. Tal fato por si só justifica a presença das definições no corpo da norma modelo, tendo em vista a finalidade didática com que se apresenta e propõe.

¹⁸⁰ PEREIRA, Jailson. **Princípios do Unidroit e sua aplicabilidade nos contratos internacionais de transporte marítimo e de compra e venda de mercadorias**. São Paulo: Appris Editora, 2017. P. 150. “*Soft law* representam normas de caráter flexível, servindo basicamente como critério de fundamentação de decisões ou de legitimação de práticas e comportamentos típicos do domínio do comércio internacional. São normas desprovidas de caráter vinculativo atuando por meio da persuasão e do convencimento a partir da sua conformidade com o Direito e a com a Justiça. (...)”

¹⁸¹ KOSKENNIEMI, Martti. **Sources of International Law**. New York: Ashgate Publishing, 2016. P. 179.

¹⁸² SCHIPANI, Sandro. **II ‘Método Didático’ di Augusto Teixeira de Freitas (Prime Osservazioni)**, p. 533-554. In: SCHIPANI, Sandro [et. Al.]. *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Roma, 1983.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e os códigos civis**. In: SCHIPANI, Sandro; DE ARAÚJO, Danilo B. Dos Santos G., *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. P. 300-301. “*Os Cc. Concretiza, dessa forma, um método de elaboração preventiva fattispecie, quase esculpidas em uma linguagem setorial especializada; a técnica de redação prevista acentua o valor dos termos (o Cc. De Bello prevê ainda um parágrafo do Título preliminar sobre o significado de várias palavras de uso frequente), e quase concentra neles o acontecimento anterior e as potencialidades de desenvolvimento. As rationes, as discussões, a variedade de exigências e de perspectivas e os motivos das escolhas são deixados para a doutrina. Excepcionalmente, mas com um valor que se projeta sobre todos os códigos sob exame, a rede das referências e fundamentações foi de certa forma explicitamente codificada por meio das Notas que D. Vélez Sársfield após ao Cc. Arg./1871, que constituem uma ligação fundamental que indica uma solidariedade entre os artigos do código e o sistema do qual é expressão e momento de crescimento. Na mesma linhas, eram as Notas de Freitas à Consolidação/1857, que, como aquelas, a integravam. Seguindo a mesma metodologia, colocam-se ainda as Notas de C. Bevilacqua ao Cc. Bras./1917.*”

¹⁸⁵ SCHIPANI, Sandro. **O nascimento do modelo de código**. In: SCHIPANI, Sandro; DE ARAÚJO, Danilo B. Dos Santos G., *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. P. 58. “*A justiça constitui o objeto do direito indicado nas primeiras linhas dos Digestos. Para esse fim, torna certo o direito, e como agora indicado, melhorá-lo constitui um objetivo declarado dos códigos; formar os juristas constitui outro. Certeza e constante melhora do direito, finalidade didática e formativa dos juristas emergem em momentos diversos dos acontecimentos aos quais fiz menção; entrelaçam-se nos códigos justinianeus e determinam a sua elaboração. (...)*”

O mesmo autor rememora como o Esbôço de Teixeira de Freitas vinha acompanhado de Notas, de caráter doutrinário, tal qual pretende repetir o Código Marco¹⁸⁶. Logo, é evidente que a presença de definições e conceitos no âmbito da norma modelo não configura um “excesso de cientificismo”, mas tão somente um “cientificismo” realizado de maneira correta e em consonância com o pensamento histórico-jurídico construído no Brasil desde os códigos oitocentistas.

Na norma modelo não há espaço para excessos, mas tão somente a pretensão de unificação de conceitos, num método de elaboração preventiva de *fattispecie*. Caso estes não sejam veiculados no corpo do documento, não seria possível a tarefa da harmonização – o que tornaria o esforço inócuo. Se a *soft law* se propõe à uma aproximação dos ordenamentos jurídicos, para reduzir divergências, é evidente que seus dispositivos devem ser didaticamente elaborados, para que juristas de diferentes ordenamentos jurídicos possam compreender as discussões que culminaram na edição da proposta¹⁸⁷.

Além do mais, se o sucesso do Código Marco não está sobre a *potestas*, mas sim sobre a *autorictas* dos juristas que o elaboram, fruto do reconhecimento de sua *prudential*/competência, o espaço destinado às notas e aos conceitos pode servir de espaço para validação destes raciocínios, o que vai de encontro com a própria força persuasiva da *soft law*¹⁸⁸.

¹⁸⁶ SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e os códigos civis**. In: SCHIPANI, Sandro; DE ARAÚJO, Danilo B. Dos Santos G., Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. P. 293. “*A parte concluída do Esbôço é acompanhada por Notas, frequentemente muito extensas, que constituem verdadeiros ensaios de caráter doutrinário nos quais emerge a riquíssima formação do autor, conhecedor do direito lusitano, dos códigos até então redigidos, das mais importantes obras jurídicas e sobretudo do direito romano (...)*.”

¹⁸⁷ Ibidem. P.321. “*(...) Merece ser mencionada a específica linha de trabalho na matéria: foi experimentada a ideia de “códigos tipo”/“códigos modelo”, que entendo seja qualificável como especificamente latino-americana, e que tem o objetivo de orientar a harmonização por meio da elaboração precisamente de um modelo comum produzido por juristas: o qual foi introduzido, aliás, em 1963-1971, com referencia ao Direito Penal.*”

¹⁸⁸ SCHIPANI, Sandro. **Armonización y unificación del derecho**. In: SCHIPANI, Sandro; DE ARAÚJO, Danilo B. Dos Santos G., Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. P. 232. “*Si en el pasado la elección estatal-legalista podía tener motivos a su favor, y capacidad hegemónica, como he señalado arriba para Europa, hoy esta no basta y se debe absolutamente recuperar el papel y la responsabilidad del jurista en el sentido más acabado. Los resultados de la ciencia de los juristas se fundan sobre la auctoritas/autoridade que deriva precisamente del reconocimiento de su prudential/competência, y no sobre la potestas, que es propia del Pueblo y de las instituciones que ello impone. Por consiguiente, dichos resultados parecen más frágiles, pero son la vía que puede y debe guiar los jueces, los cuales no deben sustituirla, pero que gracias a su formación, de ella son partícipes y cuyas decisiones, relativas a casos concretos singulares, van con ella analizadas críticamente, en un intercambio vivo entre el momento de la elaboración del Derecho y el momento de su aplicación.*”

5.3.3 Crítica à anteposição de um regime geral de obrigações ao regime dos contratos

Durante o VII Encontro do GADAL foi criticada a anteposição do regime geral das obrigações ao regime dos contratos. Todavia, conforme podemos perceber no capítulo III, há uma justificativa fundamentada para tanto.

David Esborraz¹⁸⁹ veicula a resposta para tal questionamento, evidenciando que o tratamento do direito das obrigações de forma anteposta e independente às suas fontes é uma peculiaridade dos ordenamentos jurídicos latino-americanos, que enxergam a disciplina como elemento central do direito privado patrimonial.

Ao utilizar-se de um regime geral das obrigações, estar-se-ia conferindo maior simplicidade e coerência para uma matéria abstrata, promovendo um *jus commune* para matérias consideradas equivalentes. E, além do mais, estar-se-ia reafirmando a disciplina como elemento de especificidade dos ordenamentos jurídicos latino-americanos.

5.3.4 Crítica à não identificação, até o atual estágio do articulado, de princípios próprios do Direito Latino-americano

Alguns críticos presentes no Seminário realizado na *Universidad de los Andes* criticaram a norma modelo no sentido de que não teriam vislumbrado quaisquer princípios próprios do Direito Latino-americano no documento. Todavia, ainda é muito cedo para se fazer tal afirmação, pois até então foram expostos apenas doze artigos.

Sob outra perspectiva, é possível afirmar que os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da equidade e do *venire contra factum proprium*, ainda que possam ser considerados princípios ‘universais’, podem ser vistos como fundamentos do Direito Latino-americano, se levarmos em consideração que a proteção aos direitos fundamentais e a busca por igualdade material nas relações econômicas são verdadeiros elementos de unidade, especificidade e resistência do ordenamento jurídico latino-americano.

¹⁸⁹ESBORRAZ, David Fabio. **La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano.** Revista de Derecho de la Universidad de Concepción n° 237, Año LXXXIII, Enero-Junio 2015. ISSN 0303-9986. P.185.

Neste sentido, Martha Lucía Neme Villarreal¹⁹⁰ explica como a globalização e a vida moderna tornaram ultrapassada a ideia de um sistema fechado de fontes. Defende a jurista colombiana a necessidade de se afirmar um sistema aberto de fontes, baseado em princípios e regras capazes de promover um universalismo jurídico próprio do *ius gentium* – um direito aplicável à toda humanidade, reconstruído a partir do Direito Romano enquanto elemento comum. Tal ideia conflui às próprias particularidades dos ordenamentos jurídicos latino-americanos, conformados pela reunião do que haveria de “melhor” nos ordenamentos jurídicos europeus e norte-americanos – além de um intenso apego romanista, cujos *principia iuris* conformam a natureza e a especificidade do subsistema jurídico da América Latina como um todo.

Por fim, cumpre salientar que o próprio GADAL se propõe a ativar o diálogo e a circulação da ciência jurídica latino-americana para que estes princípios sejam tornados conscientes.

¹⁹⁰ VILLARREAL, Martha Lucía Neme. *Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de ‘obligación’ substancialmente humana*. Rev. De Ciências Jurídicas Pensar, 2017. P. 621-635.

6 CONCLUSÃO

O GADAL surge em 2013, em resposta à falta de concretização, pelo GADPLA, da elaboração de instrumentos normativos de harmonização do Direito na América Latina. O Grupo é composto por professores-pesquisadores latino-americanos, discípulos do professor italiano Sandro Schipani, marcadamente romanistas.

O Grupo até então não possui uma declaração constitutiva, operando com base em uma “constituição não-escrita”. A metodologia para a elaboração do Código Marco se vale de um estudo de direito comparado, materializado por meio de questionários, que são distribuídos às delegações para preenchimento. A partir do conteúdo produzido nestes questionários, o tratamento legislativo de cada instituto analisado pelos participantes culmina na elaboração de um articulado posteriormente submetido à votação.

O Código Marco, por ser produzido por professores-pesquisadores, não vinculados diretamente à representação de cada Estado, não possui força preceptiva vinculante. Em razão disso, pode ser denominado como *soft law*.

A *soft law*, por sua vez, está inserida no escopo da teoria da harmonização do Direito, verdadeiro meio de integração jurídica, que busca aproximar ordenamentos jurídicos para atenuar ou até mesmo eliminar discrepâncias. O GADAL materializa a modalidade de harmonização do direito indireta, pois é feita sem vinculação ao Estado por meio de estudos comparatistas levados a cabo por acadêmicos. A eficácia jurídica destes instrumentos está intrinsecamente ligada ao poder de convencimento veiculado no seu conteúdo, que será utilizado por particulares através do princípio da autonomia da vontade, ou servirá de inspiração para os legisladores nacionais.

A elaboração do Código Marco está fundamentada em uma série de elementos de unidade, especificidade e resistência do ordenamento jurídico latino-americano em relação à tradição romano-germânica. Isso significa dizer que o GADAL busca, através da elaboração da norma modelo, reafirmar a especificidade do direito do subcontinente e adequá-lo às suas particularidades econômicas, políticas e sociais.

O Código Marco ainda pretende responder às exigências de renovação, integração e reorganização do Direito Privado na região. Isto porque foi constatado pelo Grupo que os ordenamentos jurídicos latino-americanos na atualidade tem sofrido uma fragmentação por

meio da edição de legislações especiais e ou setoriais, que retiraram a centralidade dos Códigos civis, fomentados por uma onda crescente de constitucionalização do Direito Privado.

Como resposta aos desafios contemporâneos, o direito das obrigações é utilizado como disciplina ‘ponto de partida’ para a harmonização por ser verdadeiro elemento de peculiaridade do Direito do subcontinente, em cujos ordenamentos jurídicos é outorgada à disciplina um rol central não só do Direito privado patrimonial, como do Direito como um todo. O Código Marco, por assim dizer, pode ser considerada como um elemento de resistência em relação à circulação de modelos que se opera no plano internacional.

Os dispositivos da norma modelo até então disponibilizados pelo Grupo evidenciam um apego às raízes romanas – o que não pode ser considerado como uma “surpresa”, tendo em vista que os produtores da norma, em larga escala, são romanistas. De mesma forma, o articulado apresenta no seu conteúdo a afirmação das especificidades dos ordenamentos jurídicos da região, assentando, entre outros exemplos, a utilização de conceitos oriundos do Direito Romano, a aplicação do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais a toda e qualquer relação obrigacional. O Código ainda evidencia os princípios da boa-fé e da equidade enquanto busca pela igualdade material entre indivíduos e por justiça nas relações econômicas.

Ao final, podemos visualizar que o Código se utiliza de expressões oriundas do direito romano – indo de encontro às características subjetivas do produtor conformado por professores pesquisadores alinhados ao romanismo - bem como se ocupa de definir e conceituar institutos, cumprindo com a ideia de *soft law* consubstanciada pela própria norma modelo. Inobstante não tenha o Código Marco veiculado princípios específicos do direito latino-americano, cumpre salientar que a norma está ainda em vias de construção, razão pela qual qualquer espécie de julgamento crítico definitivo não será a opção mais arrazoada.

O presente trabalho logra êxito em expor as ideias do Grupo, ainda que de forma não exaustiva, servindo de substrato para a elaboração de uma dissertação ainda mais aprofundada que será perseguida na pós-graduação. Muito embora seja perceptível que seu conteúdo não esteja plenamente desenvolvido, cumpriu-se com o objetivo de individualizar argumentos férteis para pesquisa. Além do mais, foi possível situar e documentar a posição do GADAL na história, apresentando os seus objetivos atuais.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, R. E. de. **Lex Mercatoria e homogeneização jurídica**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 18, n. 2, p. 259-279, jul/dez. 2015.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; GUARINO, Antonio; PUGLIESE, Giovanni. **Il diritto romano – la costituzione, caratteri, fonti diritto privato, diritto criminale**. p.216. Roma,1980.
- BASEDOW, Jürgen. **Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration**. Unif. L. Rev., v.1 e 2. p. 33, 2003.
- BEVILÁCQUA, Clovis. **Código Civil comentado**. v.3 e 4, p. 49.
- BEVILÁCQUA, CLOVIS. **Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado**, Bahia, 1897, p. 101.
- BONELL, Michael Joachim. **A Restatement of Principles for International Commercial Contracts: an Academic Exercise or Practical Need?** Rev. de Droit des Affaires Internationales, p. 873, 1988.
- CASELLA, Paulo Borba. Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito. In: CASELLA, Paulo Borba e ARAÚJO, Nádia. (coord.). **Integração Jurídica interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro**. São Paulo, 1988, p. 85.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. 1ª edição. São Paulo: Editora FGV, 2006. p. 120.
- DAVID, René. **L’Originalité des droit de L’Amerique Latine, em Le droit comparé, droits d’hier, droits de demain**. Paris, 1982.
- DAVID, René. **The International Unification of Private Law**. Nova York: J.C.B. Mohr, 1971. p. 264-265.
- DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C.; VIDAL, A. (Coord. y Ed.). **Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017. p. 16.
- Declaração Constitutiva do Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano**. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B4pfm-dmuycMwi16eXNRMkcwMnc/view>>. Acesso em 1º de abril de 2018.
- DEL’OLMO, Augusto Florisbal; JAEGER JUNIOR, Augusto. **Curso de Direito Internacional Privado**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 319-322.
- DIAMOND, Aubrey L. **Conventions and their Revision**, in: Jean Georges Sauveplanne (dir.) *Unification and the Comparative Law in Theory and Practice*. Kluwer. Boston, 1984,p. 45- 46.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume2: teoria geral das obrigações. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41.
- Endereço eletrônico da Università di Roma ‘Sapienza’**. Disponível em: <<http://gomppublic.uniroma1.it/Docenti/Render.aspx?UID=41dfdce6-185d-4735-8cd9-b6819a7a2f18>>. Acesso em 2 de abril de 2018.
- Endereço eletrônico do GADAL (Antecedentes históricos)**. Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/antecedentes/>>. Acesso em 1º de abril de 2018.
- Endereço eletrônico do GADAL (I Encontro do Grupo)** Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/gadal-i-lima-2013/>>. Acesso em 3 abril de 2018.

Endereço eletrônico do GADAL (Membros) Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/miembros/>>. Acesso em 3 de abril de 2018.

Endereço eletrônico do GADAL (Quem somos) Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/quienes-somos/>>. Acesso em 3 de abril de 2018.

Endereço eletrônico do GADAL. Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/>>. Acesso em 1º de abril de 2018.

ESBORRAZ, David Fabio. **La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano.** Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. n. 237, p.185, Chile, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa.** Coordenação de Marina Baird Ferreira. 5ª Edição. Curitiba: Positivo, 2010. p. 137.

GALGANO, Francesco. **The new lex mercatoria.** Annual Survey of International & Comparative Law, v. 2., 1995.

GOLDRING, John. **Globalization, National Sovereignty and the Harmonization of Laws.** Rev. de Droit Uniforme, p. 435-449, 1988.

GRANDE, Elisabeta. **Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação de modelos.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2009. p. 191.

HUERTA, M. I. T. **El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional.** Anuário Mexicano de Derecho Internacional, v.7, 2006. p. 513-549.

IANNI, Octavio. **A questão nacional na América Latina.** São Paulo, v. 2, n.1, p.5-40, Mar. 1988.

JEAMMAUD, Antoine. **Unification, Uniformisation, Harmonisation. Vers un Code européen de la consommation.** Bruylant: Bruxelas, 1998. p. 35.

KAMDEM, Innocent Fetze. **Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique.** Revue de droit uniforme, 2008. p. 609-649.

KOSKENNIEMI, Martti. **Sources of International Law.** New York: Ashgate Publishing, 2016. p. 179.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** v.2., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 245-246.

MATEUCCI, Mario. **Introduction a l'étude systématique du droit uniforme.** RCADI, t. 91, 1975-I, p. 391, *apud* OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização Jurídica no Direito Internacional.** São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 42.

Miriam Webster Online Dictionary. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/amphibology>>. Acesso em 10 de junho de 2018.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.
OLIVEIRA, Renata Fialho de. **Harmonização Jurídica no Direito Internacional.** São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 42.

Online Dictionary (Dictionary.com) Disponível em: <<http://www.dictionary.com/browse/vinculum>>. Acesso em 16 de junho de 2018.

PABST. H. **MERCOSUL: Direito da Integração.** Rio de Janeiro, 1991. p.1.

PEREIRA, Jailson. **Princípios do Unidroit e sua aplicabilidade nos contratos internacionais de transporte marítimo e de compra e venda de mercadorias**. São Paulo: Appris Editora, 2017. p. 150.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 05-07.

RAMÍREZ, Catalina Salgado. **Breves reflexiones sobre la interacción entre ‘ordenamiento’ y ‘sistema’ de ius romanum**. In: BASSO, Maristela. et al. **Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano: liber discipulorum para el professor Sandro Schipani**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 171.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Parte geral das obrigações**. 32ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 03-04.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo, 2001, p. 30.

SACCO, Rodolfo. **Introduzione al diritto comparato**. Turim: Padova, 1992. p.148.

SALEILLES. **Étude sur la Théorie Générale de l’Obligation d’après le premier projet de Code Civil pour l’Empire Allemand**. 3ª ed. Paris, 1925. P.2

SCHIPANI, S. “**Reler” os códigos de Justiniano**, trad. ao port. por D. Tonato. In: SCHIPANI, S.; ARAUJO, Danilo B. dos Santos G. de (Orgs.). **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**, São Paulo, 2015. p. 79 – 116. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13840>>, acesso em 12 de jun. 2018.

SCHIPANI, Sandro. **Armonización y unificación del derecho**. In: SCHIPANI, Sandro; DE ARAÚJO, Danilo B. Dos Santos G., **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 232.

SCHIPANI, Sandro. **Codici civili nel sistema latino-americano**. Estratto da: DIGESTO dele Discipline Privatistiche, Sezione Civile. UTET Giuridica:Milano, 2004, P. 287.

SCHIPANI, Sandro. **II ‘Método Didático’ di Augusto Teixeira de Freitas (Prime Osservazioni)**. p. 533-554. In: SCHIPANI, Sandro. et. al. **Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano**. Padova: Roma, 1983.

SCHIPANI, Sandro. **O nascimento do modelo de código**. In: SCHIPANI, Sandro; DE ARAÚJO, Danilo B. Dos Santos G., **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 58.

SCHIPANI, Sandro. **Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito**. Rev. De Informação Legislativa, Brasília, 2004, p. 363-376.

SCHIPANI, Sandro. **Sistema jurídico latino-americano e os códigos civis**. In: SCHIPANI, Sandro; DE ARAÚJO, Danilo B. Dos Santos G., **Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. p. 300-301.

SCHMITTOFF, Clive M. **The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions**. Roma:Annuaire UNIDROIT, 1968. p. 525-526.

Seminário Internacional Armonización da la Teoria General de las Obligaciones en el Derecho Latinoamericano, que ocorreu nos dias 29 e 30 de junho de 2017 no Salón Nueva York do Club de la Unión e no Edificio del Reloj da Universidad de los Andes. Acesso em 11 de junho de 2018. Disponível em: <<https://gadal.uexternado.edu.co/vii-encuentro-del-grupo->

para-la-armonizacion-del-derecho-en-america-latina-santiago-de-chile-27-28-29-y-30-de-junio-de-2017/>. Acesso em 4 de abril de 2018.

TABOSA, Agerson. **DIREITO ROMANO**. Fortaleza: Imprensa Universitária UFC, 1999, p. 257.

TONATO, Dalva Carmen. **A limitação dos juro convencionais e seu modus operandi no sistema jurídico romanístico – continuidade e ruptura de Justiniano ao subsistema jurídico latino-americano**. Tese de magister em Sistema giuridico romanístico, unificazione del diritto e diritto dell'integrazione, Roma, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. **Da obrigações em geral**. 7 ed. São Paulo: Almedina, 2004. v.2., p. 64.

VIDIGAL, Erick. **A *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil**. Brasília, n. 186, abr./jun. 2010. p. 172.

VILLARREAL, Martha Lucía Neme. **Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana**. Rev. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 621-635, maio/ago, 2017.

VILLARREAL, Martha Lucía Neme. **Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana**. Rev. Pensar, Fortaleza, 2017 v. 22. n. 2. p. 621-635.

ANEXO A - Armonización del derecho de las obligaciones en Latinoamérica: Manifiesto del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL)

El sub-sistema jurídico latinoamericano posee su propia especificidad dentro del sistema jurídico romano-germánico o, en otros términos, de la tradición del *Civil Law*; y, en general, respecto a las demás tradiciones jurídicas. Ya, a finales del siglo XIX, Clovis Belviláqua había identificado y sistematizado diversos elementos unitarios – los cuales fueron, sucesivamente, confirmados por distintos juristas y comparatistas del viejo y del

nuevo continente – que permitieron afirmar la singularidad de los ordenamientos jurídicos de América Latina respecto a los demás sistemas jurídicos comparados.

Esa especificidad del sub-sistema jurídico latinoamericano no se ha perdido con el desarrollo moderno y/o contemporáneo del derecho en América Latina. Por el contrario, se ha confirmado y enriquecido con la evolución de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos; que, en buena medida, ha respondido a su historia y a las condiciones sociales, económicas y culturales propias del sub-continente, así como, a las necesidades, a las problemáticas y/o a los objetivos comunes de los países latinoamericanos.

De allí que frente a las exigencias de: a) el respeto de los Derechos y las Libertades Fundamentales y de los Derechos Humanos, b) la preservación de la democracia, c) la igualdad y autodeterminación de los pueblos, incluyendo la soberanía sobre sus propios recursos naturales, d) la igualdad – no solo formal sino también material – de las personas y el respeto por la diversidad, incluyendo aquella de carácter cultural, e) el desarrollo económico sustentable, f) el mejoramiento de la calidad de vida de la población, incluyendo el acceso a los bienes y/o servicios esenciales; y, g) la preservación del medio ambiente, las soluciones jurídicas adoptadas por los ordenamientos jurídicos de América Latina han puesto de manifiesto ulteriores elementos comunes o de unidad, que reafirman y enriquecen la especificidad del sub-sistema jurídico latinoamericano.

En tal sentido, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, además de compartir una misma tradición jurídica – fundada en una base sociocultural común, identificada en el bloque “romano-ibero-indígena” – y de poseer elementos de unidad y de especificidad respecto al sistema romano-germánico; así como, elementos de unidad y de resistencia frente a otras tradiciones jurídicas y, en especial, a aquella del *Common Law*, comparten: a) la primacía de la tutela de la persona humana, y de la protección de los Derechos Fundamentales y de los Derechos Humanos; los cuales no solo han sido reconocidos expresamente por las diversas Constituciones de América Latina, sino que además estas últimas contienen una “cláusula abierta de derechos” e/o incorporan en sus respectivos ordenamientos jurídicos – frecuentemente con jerarquía constitucional – los Derechos Humanos reconocidos por las Convenciones Internacionales en materia, debidamente suscritas y ratificadas por el respectivo Estado. De allí que, en el sub-sistema jurídico latinoamericano, se haya asistido a una progresiva extensión e/o integración de los derechos consagrados en las Cartas Magnas latinoamericanas; b) la supremacía constitucional, asegurada por distintos mecanismos ordinarios y extraordinarios dirigidos a garantizar el respeto de la norma constitucional¹⁹¹; los cuales han determinado la interpretación constitucionalmente orientada del entero cuadro normativo, incluyendo el derecho privado; c) la actualización del derecho vigente en los Códigos civiles y/o de comercio (o mercantiles), por obra de la doctrina y/o de la jurisprudencia, frente a los desafíos contemporáneos, a la realidad y/o a las problemáticas

¹⁹¹ En los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, el respeto de la norma constitucional se encuentra garantizado por distintos mecanismos ordinarios y extraordinarios dirigidos a asegurar la supremacía constitucional. Entre los primeros, destacan los diversos modelos de control de legitimidad constitucional presentes en América Latina. En tal sentido, Argentina posee un control difuso de constitucionalidad, introducido por la decisión de la Suprema Corte de la Nación Argentina en el caso Sojo (1887). Otros países – como Bolivia, Chile y Uruguay – han adoptado un sistema de control concentrado de constitucionalidad; cuyo origen se encuentra en la Constitución venezolana de 1858, que consagró la potestad de la Corte Suprema de declarar la nulidad de los actos normativos de las provincias y, a partir de 1893, de la legislación nacional por contrariedad a la Constitución. Por otra parte, los ordenamientos brasileño, colombiano, peruano y venezolano han combinado el control difuso con el modelo del control concentrado de constitucionalidad (denominado sistema mixto o integral). Entre los mecanismos extraordinarios, en cambio, destaca el amparo constitucional, creado por la Constitución del Estado de Yucatán de 1841; y, posteriormente, extendido a nivel federal por el Acta de Reformas de 1847 y por la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.

propias de la región; d) la proliferación de normativas de carácter sectorial o especial; cuyas soluciones jurídicas, en cierta medida, se alejan de aquellas contenidas en los Códigos civiles y/o de comercio (o mercantiles), determinando, en consecuencia, la pérdida de centralidad de los Códigos en el sistema de derecho privado; e) la aspiración de justicia en los intercambios económicos; especialmente, en aquellos en los que las partes de la relación se encuentran en una objetiva situación de desigualdad; f) la reinterpretación a la luz de la propia tradición jurídica de conceptos, categorías y/o reglas jurídicas provenientes de otras tradiciones jurídicas; que, si bien han ingresado a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, especialmente mediante modelos contractuales de origen anglosajón¹⁹², han sido reinterpretados conforme a los principios, las reglas, los conceptos y/o categorías de la propia tradición jurídica, en virtud de la aplicabilidad de la legislación y de la jurisdicción del respectivo país latinoamericano, en atención a las cláusulas calvo y/o de inmunidad de jurisdicción¹⁹³, de inclusión obligatoria en los contratos de interés público en numerosos ordenamientos jurídicos de América Latina; y, g) la exigencia de contar con marcos normativos capaces de atraer y/o mantener inversiones – y, por lo tanto, previsibles, accesibles, competitivos y eficientes – para asegurar el aprovechamiento de sus propios recursos y el desarrollo socio-económico de la región; así como, para cumplir con los compromisos adquiridos en el marco de acuerdos y/o tratados de integración económica, a nivel bilateral, sub-regional, regional o global.

Estos contemporáneos elementos comunes o de unidad de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos imponen: a) la renovación del derecho privado: de un lado, a la luz de los principios y valores del sub-sistema jurídico latinoamericano; así como, de aquellos que resultan de su evolución – en particular, en atención a la constitucionalización del derecho privado; y, a la aspiración de justicia en los intercambios y, en general, en las relaciones jurídicas – y, del otro lado, de los principios y valores que deben orientar al sub-sistema jurídico latinoamericano frente a los desafíos socioeconómicos de la región en el siglo XXI; b) la integración del derecho privado por las soluciones identificadas (y compartidas) por la doctrina y/o la jurisprudencia latinoamericana ante los desafíos contemporáneos, la realidad socioeconómica y/o las problemáticas propias del sub-continente, con el objeto de reducir o eliminar la brecha entre el derecho vigente en las codificaciones latinoamericanas y el derecho viviente en la práctica; y, en consecuencia, restaurar la seguridad jurídica y la seguridad en los intercambios, que ofrece el derecho; y, c) la reorganización del derecho privado, especialmente, en atención a las soluciones e innovaciones jurídicas provenientes de las normativas sectoriales o especiales; las cuales imponen su coordinación con los principios y las reglas generales del sistema de derecho privado al fin de respetar la lógica general/especial del mismo y, por lo tanto, asegurar la coherencia del sistema de derecho privado latinoamericano.

Si bien la armonización del derecho privado en América Latina podría justificarse, como en otras experiencias jurídicas, en la necesidad de establecer reglas comunes que faciliten los intercambios comerciales y/o que aseguren el funcionamiento del mercado o, en general, para ofrecer un modelo normativo completo, sistemático, coherente y eficiente tanto a los países latinoamericanos como a sus bloques de integración regional, el proyecto de Código Marco de las Obligaciones del Grupo para la Armonización del Derecho en América

¹⁹² En la práctica, los modelos contractuales foráneos son frecuentemente empleados en los países latinoamericanos a los fines de recibir la inversión extranjera en diversos sectores como: el aprovechamiento de los recursos naturales, el desarrollo de infraestructura, la prestación de servicios, etc.

¹⁹³ Las cláusulas calvo y/o de inmunidad de jurisdicción, cuyo origen se remonta a la Doctrina (del eminente jurista argentino Carlos) Calvo, son incorporadas obligatoriamente en los contratos celebrados con el Estado, contratos de interés público o contratos administrativos en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Latina (GADAL) no se circunscribe a esas *rationes*, sino que además se extiende a las mencionadas exigencias de renovación, integración y reorganización del derecho privado latinoamericano, prestando especial atención a los principios y valores que orientan el sub-sistema jurídico latinoamericano; así como, a su especificidad y riqueza, con el objetivo de ofrecer soluciones jurídicas capaces de responder tanto a las exigencias y/o a los desafíos del mundo global en el nuevo milenio como a las necesidades y/o a las problemáticas propias del sub-continente.

En otras palabras, el proyecto de Código Marco de las Obligaciones del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina se propone responder a las exigencias de renovación, integración y reorganización del derecho privado latinoamericano o, en general, a la necesidad de seguridad jurídica – y, en particular, de seguridad en los intercambios económicos – en armonía con los principios y los valores que orientan el sub-sistema jurídico latinoamericano, especialmente, la tutela de la persona humana, el respeto de los Derechos y las Libertades Fundamentales, la igualdad, la justicia y la buena fe.

De esta manera, el proyecto de Código Marco de las Obligaciones del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL), diversamente a los demás y/o precedentes intentos de armonización del derecho privado en Latinoamérica, no se limita a un enfoque meramente académico o tecnocrático que, al concentrarse exclusivamente en los aspectos técnico-jurídicos y, en particular, en aquellos de carácter normativo, prescinde de las reales condiciones y problemáticas del sustrato latinoamericano, sino que se extiende a la consideración de estas últimas. Por lo tanto, es atento al diálogo con los demás formantes de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos; y, además, posee una identidad verdaderamente latinoamericana, aunque es abierto al desarrollo de las demás experiencias jurídicas comparadas, en particular, a los proyectos de armonizaciones del derecho privado y a las más recientes reformas normativas en materia.

Sin duda, la identidad latinoamericana del Código Marco del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL) le confiere su legitimidad – que también resulta de la representación en los trabajos del proyecto de los ordenamientos jurídicos argentino, brasileño, chileno, colombiano, cubano, mexicano, peruano y venezolano; así como, de la apertura y/o la exhortación a la participación de los demás ordenamientos jurídicos latinoamericanos – y su efectividad frente a los desafíos del mundo global, y ante las exigencias y/o las problemáticas del sub-continente.

Asimismo, la identidad latinoamericana del proyecto de Código Marco del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL), y la especificidad del subsistema jurídico latinoamericano, orientan la elección del ámbito objetivo del proyecto de Código Marco de las Obligaciones. De hecho, en la sistemática de los Códigos civiles latinoamericanos, la obligación juega un rol central en el sistema de derecho privado (y, en general, del derecho), independientemente de sus fuentes, es decir, los hechos y/o los actos jurídicos y, en particular, el contrato.

En efecto, en los Códigos civiles latinoamericanos, la obligación y el contrato constituyen las categorías jurídicas ordenantes del derecho privado patrimonial, en atención al más intenso romanismo de dichos Códigos respecto a las codificaciones de la tradición romano-germánica; así como, por la influencia de la tradición ibérica en los mismos. Sin embargo, los padres fundadores del derecho privado latinoamericano: Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vélez Sarsfield, subrayaron la centralidad de la obligación en el sub-sistema jurídico latinoamericano al generalizar y/o anteponer su disciplina a aquella de su principal fuente, es decir, el contrato

De allí que, en una primera fase, el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL) opte por armonizar el derecho de las obligaciones con el propósito de elaborar una teoría general de las obligaciones en Latinoamérica.

La elección de iniciar el proceso de armonización del derecho privado en América Latina a partir de la categoría ordenante del derecho privado patrimonial no solo valoriza la especificidad del sub-sistema jurídico latinoamericano sino que, de un lado, le confiere simplicidad y coherencia al “Código Marco” por regular una categoría general y abstracta y, en consecuencia, por respetar la lógica general/especial del sistema de derecho privado patrimonial; y, del otro lado, le confiere fuerza expansiva a las distintas fuentes de las obligaciones, que serán objeto de armonización en una fase sucesiva.

ANEXO B - CÓDIGO - MARCO DE OBRIGAÇÕES PARA A AMÉRICA LATINA

TÍTULO I

Da obrigação

Artigo 1. Definição. A obrigação é o vínculo jurídico pelo qual um sujeito, o devedor, é constringido a adimplir uma prestação destinada a satisfazer um interesse tutelável de outro sujeito, o credor.

Artigo 2. Elementos da obrigação. Os elementos da obrigação são:

- a) Os sujeitos, um passivo ou devedor e outro ativo ou credor, cada um dos quais podendo ser uma ou mais pessoas determinadas ou determináveis.
- b) O vínculo obrigatório, que considerado do ponto de vista do devedor assume o nome de débito ou de obrigação e, do ponto de vista do credor, o de direito pessoal ou de crédito.
- c) O objeto, consistente em uma obrigação física e juridicamente possível, lícita, determinada ou determinável e suscetível de avaliação econômica.
- d) O interesse tutelável do credor, o qual pode ser patrimonial ou extrapatrimonial.

Artigo 3. Fontes das obrigações. A obrigação nasce de um contrato, de um fato ilícito ou de qualquer outro ato ou fato

idôneo a produzi-la, em conformidade com o sistema jurídico latino-americano.

Artigo 4. Obrigação real. A obrigação real tem sua fonte na titularidade de um direito real ou na posse de coisas. A mesma se transmite ao sucessor no direito real ou na posse, ficando liberado o antecessor, exceto estipulação ou disposição legal em contrário.

TÍTULO II **

Dos princípios gerais em matéria de obrigações

Artigo 5. Princípios gerais do direito. A interpretação e integração deste Código regem-se pelos princípios gerais de direito, em particular por aqueles que inspiram o sistema jurídico latino-americano.

Artigo 6. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana e a tutela de seus direitos fundamentais, especialmente a liberdade, a igualdade e o princípio de não discriminação, regem o nascimento, o adimplemento, a interpretação e a extinção das obrigações.

Artigo 7. Princípio de boa-fé. Âmbito de aplicação e caráter imperativo. O princípio de boa-fé rege o

vínculo obrigacional no momento de seu nascimento, adimplemento e extinção.

Consequentemente, o credor e o devedor devem se comportar de modo a preservar a integridade das vantagens legítimas do vínculo obrigacional.

É vedado excluir a aplicação do princípio da boa-fé.

Artigo 8. Funções integrativa e interpretativa da boa-fé. O conteúdo e o alcance do vínculo obrigacional devem ser integrados e interpretados segundo as exigências da boa-fé, tendo em conta a sua fonte, natureza e finalidade.

Artigo 9. Vedação de abuso de direito. Os direitos devem ser exercidos em conformidade com as exigências e nos limites que impõem os princípios inspiradores deste Código.

Artigo 10. Vedação de *venire contra factum proprium*. O credor e o devedor devem observar a exigência de coerência que a boa-fé impõe e, consequentemente, não podem atuar em contradição com as suas condutas precedentes que tenham gerado alguma legítima expectativa nos demais sujeitos do vínculo obrigatório.

Artigo 11. Princípio de equidade. A interpretação, a determinação do conteúdo e a exigibilidade das obrigações são

guiadas pelo princípio de equidade, em harmonia com os outros princípios que inspiram este Código.

Artigo 12. Consequências da violação dos princípios. Os comportamentos contrários aos princípios que inspiram este Código não produzem nenhum efeito.

Consequentemente, em caso de ameaça de violação a tais princípios, ou de concretização de um comportamento contrário a estes, o interessado tem o direito de requerer, de acordo com o caso, a sua inibição ou cessação, o adimplemento in natura ou por equivalente dos respectivos deveres que permitam preservar os princípios que se tentou transgredir, bem como o ressarcimento de qualquer tipo de dano sofrido.

