

QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA: ABANDONO DA TRADIÇÃO JURÍDICA EUROPÉIA EM NOME DA EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO?

Vivianne Geraldine Ferreira

*Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,
Brasil. Doutoranda em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha¹.*

RESUMO:

O presente artigo trata do Projeto de Quadro Comum de Referência, que tem como objetivo oferecer um regulamento comum de direito privado europeu, especialmente na área de direito das obrigações. No entanto, para a elaboração do projeto acadêmico foram realizadas opções que podem impedir a verificação desse objetivo: a formulação de regras e definições de direito privado unicamente na língua inglesa, a indefinição da futura (e eventual) função do PQCR, a amplitude das matérias por ele regulamentadas e, particularmente, sua falta de legitimação, causada especialmente pelo afastamento da tradição jurídica continental. Para evidenciar este ponto de vista, serão aqui analisadas as regras do PQCR sobre formação dos contratos, intervenção benevolente nos negócios de outrem e enriquecimento injustificado.

Palavras-chave: Quadro comum de referência – harmonização – direito europeu dos contratos – direito comparado.

ABSTRACT:

This article is about the Draft Common Frame of Reference, whose objective is providing a common regulation for the European Private Law, especially for the Law of Obligations. However, choices were made for the elaboration of the academic draft that could frustrate the achievement of such objective: the formulation of rules and definitions for the European Private Law only in English, the indefinite future (and eventual) function of the DCFR, the wide coverage of its subjects and in particularly the absence of legitimation caused by its distance from the continental legal traditions. To emphasise this point of view, the rules of the DCFR about the formation of contracts, benevolent intervention in another's affairs und unjustified enrichment will be analysed.

Keywords: Common Frame of Reference – harmonisation – European Private Law – Comparative Law.

Quadro Comum de Referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do Direito?

Sumário: I. Introdução. I.1 Contexto de surgimento do PQCR: necessidade de maior coerência no direito europeu dos contratos. I.2 Possíveis funções do PQCR. I.3 Estrutura e conteúdo. II. Controvérsias acerca do PQCR. II.1 O inglês como idioma de trabalho. II. 2 Dificuldade de adaptação do PQCR às possíveis funções do QCR. II. 3 Amplitude do conteúdo abrangido pelo PQCR. II. 4 Legitimação. III. Análise crítica do PQCR. III. 1 Formação dos contratos. III. 2 Intervenção benevolente nos negócios de outrem. III.3 Enriquecimento injustificado. IV. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

Nos dias 17 a 19 de abril de 2008, realizou-se na cidade de Osnabrück, Alemanha, o congresso *Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung – Inhalte – Anwendung*², organizado pela *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*³. As discussões que tiveram lugar neste congresso foram ponto de partida e inspiração para a elaboração do presente artigo, que tratará criticamente do Projeto de Quadro Comum de Referência, seu significado, problemas e possíveis implicações.

I.1. Contexto de surgimento do PQCR: necessidade de maior coerência no direito europeu dos contratos

A atual regulação comunitária sobre contratos se caracteriza pela sua pontualidade, ou seja, pelo tratamento de temas específicos considerados especialmente problemáticos para a integração europeia. Apesar dos avanços obtidos, esse método tem se mostrado insuficiente para eliminar divergências entre as ordens jurídicas nacionais que possam prejudicar o livre comércio. Também a uniformidade na aplicação do direito comunitário já existente é comprometida pela existência de diferentes regras nacionais: Ao aplicar uma norma comunitária, direta ou indiretamente, é natural que se

1 A autora é bolsista do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD), a quem agradece o suporte recebido. A autora gostaria ainda de agradecer ao Prof. Dr. Christian Baldus (*Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Universidade de Heidelberg) e ao Prof. Dr. Ramón P. Rodríguez Montero (Universidade da Coruña) por todo o apoio e assistência recebidos na elaboração deste artigo.

2 O Quadro Comum de Referência: Formação – Conteúdos – Aplicação. Em inglês, *Common Frame of Reference*. O projeto acadêmico foi publicado sob o título *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference* (Princípios, Definições e Regras-modelo de Direito Privado Europeu: Projeto de Quadro Comum de Referência). Doravante será utilizada a sigla PQCR, quando houver referência ao projeto acadêmico. Quando se tratar do Quadro Comum de Referência político, será utilizada a sigla QCR.

Para uma análise crítica do PQCR, ver: “AA. VV.” (Eidenmüller, Horst; Faust, Florian; Grigoleit, Hans Christoph; Jansen, Nils; Wagner, Gerhard; Zimmermann, Reinhard), *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme*, JZ 11/2008, p. 529-550; Schulze, Reiner; Wilhelmsson, Thomas, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law rules*, ERCL 2/2008, p. 154-168. Sobre

3 Revista de Direito Privado Comunitário (www.gemeinschaftsprivatrecht.de).

recorra a institutos jurídicos já conhecidos, ou seja, pertencentes ao direito nacional. Como possível solução para os problemas apontados, a Comissão Europeia, em comunicado no ano de 2003 ao Parlamento Europeu e ao Conselho⁴, refere-se à elaboração de um quadro comum de referência. Este quadro comum abrangeria as melhores soluções em relação à terminologia e regras comuns de direito dos contratos. Seus objetivos seriam especialmente: (i.) servir de base para o legislador comunitário para revisão e melhora do direito comunitário existente; (ii.) fornecer ao legislador nacional parâmetros para a aplicação do direito comunitário, bem como para uma eventual reforma do direito nacional quando não houver regulamentação comunitária⁵; e (iii.) oferecer o fundamento de um futuro instrumento opcional. Em novo comunicado em 2004⁶ a Comissão deu seguimento ao plano de ação apresentado anteriormente, confirmando a realização de um QCR⁷.

Nesse contexto se enquadra a elaboração do projeto acadêmico de um quadro comum de referência. O PQCR é fruto do trabalho de dois grupos de pesquisa, o *Study Group on a European Civil Code*⁸ e o *Research Group on Existing EC Private Law*⁹ (também conhecido como *Acquis Group*), e tem como objetivo – dentre outros – servir de modelo para um futuro QCR político.

I.2. Possíveis funções do PQCR

As principais e possíveis funções do QCR foram apontadas pela Comissão em seus dois comunicados e acima brevemente apresentadas. O PQCR, porém, tem autonomia em relação ao QCR e, pois, pode ainda desempenhar outras funções¹⁰ além de servir de possível modelo para o QCR: (i.) fomentar o estudo do direito privado na União Europeia; (ii.) destacar que, a despeito das diferenças existentes, há semelhanças entre as ordens jurídicas nacionais; (iii.) contribuir para uma europeização informal do direito privado.

Dentre essas possíveis funções não resta claro qual delas deverá efetivar-se. Muito depende das opções que serão realizadas em relação ao QCR, isto é, qual a função que o QCR deverá desempenhar e qual será sua natureza jurídica. Nesse ponto, o projeto de um QCR sofreu considerável revés com a posição do Conselho datada de 18 de abril de 2008¹¹. Objetivo do QCR seria, segundo a visão do Conselho, servir de instrumento dirigido ao legislador comunitário a fim de contribuir para uma melhor legis-

4 Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Maior coerência no Direito Europeu dos Contratos: Plano de Ação*, COM (2003) 68 final.

5 As funções (i.) e (ii.) correspondem à denominada função de “caixa de ferramentas” (*tool box*).

6 Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *O Direito Europeu dos Contratos e a revisão do acervo: O caminho a seguir*, COM (2004) 651 final.

7 Em comunicado de imprensa de 18 de abril de 2008, assumiu o Conselho posição sobre o QCR (8397/08, disponível em: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st08/st08397.pt08.pdf>; ver também 8092/08, disponível em: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st08/st08092.pt08.pdf>). A consideração sobre a posição será em seguida retomada.

8 Grupo de estudo sobre um Código Civil Europeu, em tradução livre (<http://www.sgecc.net>).

9 Grupo de pesquisa sobre o direito privado comunitário existente, em tradução livre (<http://www.acquis-group.org>).

10 “AA. VV.”, (von Bar, Christian; Clive, Eric; Schulte-Nölke, Hans), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, München, 2008, pp. 6 ss.

11 A esse respeito, ver Remien, Oliver, *Zweck, Inhalt, Anwendungsbereich und Rechtswirkung des Gemeinsamen Referenzrahmens: Eine erste Analyse des Standpunktes des Justizministerrates vom 18.04.2008*, GPR 3/08, p. 124 ss.

lação¹². As funções de um código europeu ou de instrumento opcional foram expressamente afastadas pelo Conselho¹³.

I.3. Estrutura e conteúdo

O PQCR é estruturalmente subdividido em livros, capítulos, seções, subseções e artigos. Além disso, o Livro IV, que trata de contratos específicos, é dividido em partes. Assim, o projeto se aproxima de um código de direito continental, ao menos no que se refere à sua estrutura.

O conteúdo do PQCR, por sua vez, é mais amplo do que o inicialmente desejado pela Comissão Européia, porque não se restringe apenas ao direito dos contratos, mas alcança também o direito das obrigações em geral e, na sua edição final, deverá oferecer regras comuns sobre a propriedade móvel¹⁴. Os livros do PQCR são divididos segundo seu conteúdo: Livro I – Disposições gerais; Livro II – Contratos e outros atos jurídicos; Livro III – Obrigações e direitos correspondentes; Livro IV – Contratos específicos e direitos e obrigações deles decorrentes; Livro V – Intervenção benevolente nos negócios de outrem; Livro VI – Responsabilidade não contratual advinda de dano causado a outrem, Livro VII – Enriquecimento injustificado.

O idioma dessa primeira publicação do PQCR é o inglês, que foi também o idioma de trabalho dos grupos que participaram da sua elaboração¹⁵.

O art. I.-1:101 trata do campo de aplicação do PQCR. Dele são expressamente excluídas as relações jurídicas e obrigações de direito público, bem como aquelas relacionadas: (i.) ao estado ou capacidade jurídica das pessoas; (ii.) a testamentos e sucessões; (iii.) ao direito de família; (iv.) à letra de câmbio, cheques ou notas promissórias e outros títulos de crédito; (v.) às relações trabalhistas; (vi.) à propriedade ou direitos de garantia sobre bens imóveis; (vii.) ao direito societário; (viii.) a procedimento ou execução.

Neste ponto, cumpre indagar se o Direito Civil de Galicia, em especial o previsto na Lei 2/2006, poderia ser afastado em favor da aplicação das regras previstas no PQCR. O Título I da Lei 2/2006 disciplina a proteção dos menores e está, pois, fora do campo de aplicação do PQCR. O mesmo é válido para o Título II (da adoção), Título III (da autotutela), Título IV (da situação de ausência não declarada), Título V (da casa e da *veciña*), Título VI (direitos reais), Título VIII (da companhia familiar galega), Título IX (do regime econômico familiar) e Título X (da sucessão por causa de morte). O Título III, por sua vez, trata de contratos, especificamente dos contratos de arrendamento rústico, de parcerias e do vitalício (art. 99 a 156). Caso o PQCR receba força vinculante, esses contratos seriam também regulados ao menos pelas normas do PQCR aplicáveis aos contratos em geral, uma vez que não se trata de nenhum contrato específico disciplinado no Livro IV do PQCR¹⁶.

12 Comunicado de imprensa 8397/08, p. 18.

13 8092/08, p. 2.

14 A posição do Conselho diverge do PQCR também no que se refere ao conteúdo de um QCR, como será analisado adiante.

15 “AA. VV.” (von Bar, Christian; Clive, Eric; Schulte-Nölke, Hans), *Principles...* “cit.”, p. 23.

16 A nosso ver, não resta suficientemente claro se as regras do PQCR seriam aplicáveis a contratos por ele não disciplinados. Entendemos, porém, que, a partir do art. II.-1:108, é possível concluir que as normas gerais do PQCR serão aplicáveis a contratos, observado seu campo de aplicação (art. I.-1:101), ainda que tais contratos não sejam previstos pelo Livro IV, que trata de tipos específicos de contratos.

O preâmbulo da Lei 2/2006 ressalta o fundamento histórico do Direito Civil de Galicia, bem como o fato de suas regras estarem ligadas aos costumes e à realidade social do povo galego. O costume, aliás, é o primeiro fundamento do Direito de Galicia¹⁷, sendo expressamente reconhecido pela Lei 2/2006 como fonte de direito (art. 2). As particularidades dessa ordem jurídica são refletidas nos institutos por ela disciplinados, com destaque para a importância central da família e da propriedade agrária – e todas as relações jurídicas relacionadas a esses dois institutos.

Regras gerais dificilmente satisfarão esse anseio legítimo por normas apropriadas à realidade específica de um povo, de uma região. Isso se verifica já numa brevíssima análise de regras do Direito Civil da Galicia em confronto com normas do PQCR. A Lei 2/2006, ao tratar do contrato de arrendamento, por exemplo, estabelece em seu art. 109 a hipótese de extinção do contrato em razão da impossibilidade física do arrendatário em dar continuidade ao uso e aproveitamento do prédio; o art. 112 concede ao arrendatário a faculdade de desistir do contrato transcorrido o prazo de dois anos. Essas hipóteses, dentre outras, estão de acordo com a natureza do contrato de arrendamento e com a sua função. A aplicação de normas gerais que não levem tais características em consideração pode, pois, ser prejudicial ao cumprimento pelo contrato da sua função conceitual, causando o esvaziamento do tipo contratual e a sua inadequação à disciplina de determinados interesses.

II. CONTROVÉRSIAS ACERCA DO PQCR

Não apenas os propósitos almejados para um (P)QCR, mas também a tarefa a qual se dedicaram os autores do PQCR são grandiosos e, justamente por isso, apresentam grande dificuldade. O projeto acadêmico é fruto de uma extensa pesquisa de direito comparado, onde se buscou encontrar a melhor solução para cada problema concernente ao direito das obrigações, o que por si só já seria extremamente significativo e valioso.

É evidente que harmonizar tantas ordens jurídicas – no mínimo 27, uma vez que em alguns países membros coexistem mais de uma, como é o caso de Espanha e Reino Unido –, cada uma delas com sua própria tradição e cultura (apesar das suas semelhanças), não seria fácil. Escolhas e decisões tiveram de ser tomadas, sendo impossível satisfazer a um número tão grande de interessados. No entanto, a par do respeito que tal obra deve certamente inspirar (e que seus autores certamente merecem), é necessário que haja sobre ela reflexão e questionamento, uma vez que é possível que o PQCR se torne, ao menos em parte, instrumento aplicável às obrigações europeias transnacionais. Em especial, é preciso indagar se a busca por regras comuns, em outras palavras, se a europeização do direito privado não significaria justamente um grande golpe nas tradições jurídicas europeias. O que deve ser sacrificado em prol da regulação comum? E mais, como garantir que – tratando-se de regras e terminologia comuns – as tradições nacionais e regionais estejam efetivamente representadas, de forma que se possa nelas reconhecer certa autoridade? Estas perguntas são o pano de fundo das considerações que serão realizadas a seguir.

¹⁷ A respeito do direito galego e suas origens, ver: Rodríguez Montero, Ramón P., *La costumbre y el derecho consuetudinario galego*, Revista Jurídica del Notariado, n. 54, 2005, p. 187 ss.; Rodríguez Montero, Ramón P., Sobre el proceso de formalización legislativa de las peculiaridades jurídico-civiles de Galicia: Un repaso histórico hasta la reciente ley de Derecho Civil de Galicia de 2006, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n. 10, 2006, p. 1011 ss.

II.1. O inglês como idioma de trabalho

Várias são as objeções que podem ser levantadas contra o projeto acadêmico. A própria escolha da língua inglesa como idioma do PQCR é questionável¹⁸. Ora, se o que se busca é uniformidade e coerência em relação à terminologia e regras comuns, seria talvez recomendável que, para que tais objetivos fossem efetivamente alcançados, houvesse sua elaboração ou tradução em mais de um idioma. É discutível se a opção pelo idioma inglês não fala contra o próprio PQCR, uma vez que esta língua não seria a mais indicada para fornecer os conceitos necessários para regras jurídicas comuns de direito privado. Determinados conceitos expressos em inglês são por vezes inexatos, vagos ou mesmo incorretos. É o que se pode dizer de palavras como *void* ou *withdrawal*, que podem possuir mais de um significado considerado o direito continental¹⁹. Outros conceitos simplesmente não são adequados ao instituto jurídico que expressam: é o caso de *benevolent intervention*, que será posteriormente objeto de análise. Direito é linguagem: A redação unicamente em inglês (ou a partir dele) poderia permitir entendimentos diversos ou equivocados, baseados na correlação com o direito e idiomas nacionais, em relação a termos que se pretendem comuns. Além disso, o direito, assim como o idioma, está profundamente relacionado com a cultura de cada povo. Abrir mão de ambos, ao mesmo tempo, parece bastante desproporcional e tem um negativo valor simbólico, ainda que involuntário.

II. 2. Dificuldade de adaptação do PQCR às possíveis funções do QCR

Outro problema do PQCR é a indefinição quanto à sua função. Essa indefinição, evidentemente, não pode ser atribuída aos autores do projeto. Pelo contrário, ela é consequência dos termos muito gerais nos quais a necessidade de elaboração de um (P)QCR foi estabelecida. Como afirmado acima, o QCR poderia servir a três funções diferentes: caixa de ferramentas para o legislador comunitário no aperfeiçoamento da legislação, caixa de ferramentas para o legislador nacional e modelo para um futuro instrumento opcional. É de se indagar se tais funções são realmente compatíveis ou se sua incompatibilidade tem como efeito certa incongruência interna do PQCR. Ora, seria mesmo possível elaborar um modelo de regras que possua destinatários tão díspares como o legislador e os particulares? Por exemplo, a função do PQCR como instrumento opcional, cuja aplicação seria decidida pelos particulares titulares da relação jurídica, pode ser prejudicada pela adoção de certos princípios estranhos à atividade empresarial – considerando que a opção por um instrumento comum fosse especialmente atraente no caso de contratos transnacionais celebrados entre empresas. Como exemplo, é possível citar o princípio da solidariedade²⁰. Outro problema do PQCR é a adoção de um grande número de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, o que também prejudica que ele seja adotado como instrumento opcional²¹.

Esse ponto crítico do PQCR mantém-se caso prevaleça a posição tomada pelo Conselho em 18 de abril de 2008, segundo a qual a função do QCR deveria ser a de *tool*

18 Segundo os editores do PQCR, futuramente haverá a tradução em outros idiomas (“AA. VV.” [von Bar, Christian; Clive, Eric; Schulte-Nölke, Hans], *Principles...* “cit.”, p. 23).

19 Usando como parâmetro o direito brasileiro, teríamos como correspondentes a *withdrawal* rescisão e resolução do contrato, ambos com significados diversos. Em relação a *void*, teríamos nulo e anulável, além de – em certos casos – ineficaz.

20 “AA. VV.” (von Bar, Christian; Clive, Eric; Schulte-Nölke, Hans, coord.), *Principles...* “cit.”, p. 17.

21 “AA. VV.” (Eidenmüller, Horst; Faust, Florian; Grigoleit, Hans Christoph; Jansen, Nils; Wagner, Gerhard; Zimmermann, Reinhard), *Der Gemeinsame Referenzrahmen...* “cit.”, p. 537.

box para o legislador comunitário. Nesse ponto, é de se ressaltar que é questionável mesmo a Comunidade Européia é competente para legislar em todas as matérias abrangidas pelo PQCR.

II. 3. Amplitude do conteúdo abrangido pelo PQCR

O ponto de partida para elaboração de um QCR foi a constatação pela Comissão Européia dos prejuízos causados ao livre comércio justamente pelas diferenças existentes nas ordens jurídicas nacionais em matéria de direito contratual. Este seria, pois, o escopo inicial de um projeto de quadro comum. O PQCR, porém, vai muito além dessa questão. Como mencionado anteriormente, outras áreas do direito civil são objeto de regulação, como a responsabilidade civil extracontratual e mesmo, futuramente, a propriedade móvel. Essa extensão do conteúdo regulado pelo PQCR, porém, suscita a dúvida se uma harmonização tão ampla seria realmente necessária, o que pode de certo modo diminuir a viabilidade do projeto. Ainda, essa amplitude colide com a função do QCR como instrumento opcional.

O Conselho se manifestou a favor de um QCR que tenha como área de aplicação o direito contratual em geral, incluindo direito do consumidor²². Áreas incluídas no PQCR, como responsabilidade civil extracontratual, gestão de negócios, enriquecimento sem causa e direitos reais sobre coisas móveis, estariam automaticamente fora do âmbito de um QCR, o que enfraquece o projeto acadêmico. A área de aplicação do QCR poderá ainda ser revista, mas a amplitude do PQCR depõe contra sua viabilidade e aceitação políticas²³.

II. 4. Legitimação

Este é o ponto mais crítico – e frágil – envolvendo o PQCR: sua aparente falta de legitimação. Foi também provavelmente a questão mais abordada no congresso em Osnabrück: A falta de autoridade, a falta de força de convencimento do projeto.

Várias causas podem ser apontadas para esta rejeição inicial do projeto. Em primeiro lugar, a pesquisa realizada pelos grupos de trabalho baseou-se no direito comparado, a fim de buscar as melhores soluções para um direito contratual europeu. Porém, esta intenção revela-se insuficiente quando os países membros, por meio dos integrantes dos grupos de trabalho, não possuem a mesma representatividade. Dos 71 membros do grupo coordenador do *Study Group*, apenas quatro são juristas espanhóis e dois portugueses. Entre os 54 membros do *Acquis Group*, há seis juristas espanhóis e dois juristas portugueses.

Se considerarmos um país como a Espanha e suas comunidades autônomas, com características tão diversas, é extremamente provável que os interesses e a cultura jurídica dessas regiões não tenham sido suficientemente representados nos trabalhos dos grupos de pesquisa. É necessário indagar se, a par de suas inquestionáveis qualificações acadêmicas, os juristas participantes realmente falam por toda a comunidade jurídica representada. Os pesquisadores espanhóis membros do *Study Group* são ligados a quatro universidades espanholas: Universidade de Castilla-La Mancha, Universidade de Valência, Universidade de Barcelona e Universidade de Lérida. No caso do *Acquis*

22 8397/08, p. 18.

23 A esse respeito, ver: Remien, Oliver, *Zweck ... "cit."*, p. 127. Sobre uma análise crítica ao caráter abstrato do PQCR e seu extenso campo de aplicação como obstáculo à sua aceitação, ver: Schulze, Reiner; Wilhelmsson, Thomas, *From the Draft... "cit."*, p. 154 ss.

Group, três universidades são representadas: Universidade de Barcelona, Universidade Autônoma de Barcelona e Universidade de Lérida. Sem (novamente) questionar a imparcialidade dos pesquisadores, mas, tendo em vista este quadro, não é possível defender que as ordens jurídicas existentes na Espanha tenham sido suficientemente consideradas na elaboração do PQCR.

Por outro lado, ainda que houvesse o mesmo peso e mesma representatividade para todos os países membros – e regiões – na elaboração do PQCR, ainda assim seria possível que as decisões tomadas não agradassem a todos e se afastassem ao menos parcialmente dos respectivos direitos nacionais. Não basta, pois, buscar legitimação no direito comparado: é necessária outra fonte, que possua tal autoridade capaz de emprestar força a uma regra que eventualmente se afaste de certa ordem jurídica nacional. Uma fonte intimamente ligada com a tradição jurídica européia e que, infelizmente, parece ter sido colocada de lado na elaboração do PQCR é o Direito Romano²⁴. O Direito Romano se faz presente em todos os Códigos europeus, em maior ou menor grau. É certo que não houve sua recepção uniforme pelas diferentes ordens jurídicas nacionais. Porém, a par das divergências surgidas durante os processos de recepção, as semelhanças ainda podem ser encontradas. O retorno às origens do direito privado europeu, isto é, o retorno ao direito romano pode não apenas evidenciar essas semelhanças, como também justificar e amenizar as eventuais diferenças existentes. Abrir mão dessa valiosa herança comum européia importa em nítida falta de legitimação de qualquer projeto transnacional de regulação.

Um exemplo do desligamento do PQCR em relação à tradição jurídica continental e seu fundamento romano é a definição dada pelo projeto à obrigação²⁵. “An ‘obligation’ is a duty to perform which one party to a legal relationship, the debtor, owes to another party, the creditor” (Anexo I do PQCR; também art. III.-1:101). Ora, definir obrigação como o dever de realizar a prestação é negar a própria origem histórica do instituto. Obrigação era no Direito Romano o vínculo que se formava entre devedor e credor e em razão do qual o primeiro deve determinada prestação ao segundo²⁶. A partir dessa definição desenvolve-se todo o direito das obrigações. O art. 397 do CC port. assim define a obrigação: “Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”. O § 241 I BGB deixa claro que o dever de realizar a prestação tem como fundamento a obrigação. Obrigação e dever de realizar a prestação, pois, não se confundem²⁷.

A negação de um instituto consagrado pelo direito romano tem como efeito o não reconhecimento pelos seus potenciais destinatários da própria ordem jurídica (e suas

24 Kunkel, Wolfgang; Schermaier, Martin, *Römische Rechtsgeschichte*, 14. ed., 2005, p. 241 s.; Kaser, Max; Knütel, Rolf, *Römisches Privatrecht*, Munique, 18. ed., 2005, p. 12. Sobre o papel da História do Direito e do Direito Romano para a discussão do Direito Privado Comunitário, ver: Andrés Santos, Francisco J., *Was erwartet sich die Geschichte des Europäischen Privatrechts von der deutschen Rechtswissenschaft?*, in: “AA. VV.” (Baldus, Christian; Müller-Graff, Peter-Christian, coord.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, München, 2006; Zimmermann, Reinhard, *Römisches Recht und europäische Kultur*, JZ 1/2007, p. 1 ss.; Baldus, Christian, “Warum Exegese? Einige Thesen zur Methode der privatrechtlichen Romanistik”, in: “AA. VV.” (Uruszczak, Waclaw et. al.), *Essays in Roman Law and Legal History dedicated to Janusz Sondel*, Kraków, 2008 (no prelo). Versão anterior em espanhol: Baldus, Christian, “Algunas tesis acerca del método de la romanística yusprivatística”, in: Carvajal, Patricio-Ignacio (ed.), *Estudios de Derecho Romano em Homenaje al Prof. Dr. Francisco Samper Polo*, Santiago de Chile, 2007.

25 Essa mesma crítica à definição de obrigação pelo PQCR foi levantada em Osnabrück pelo Prof. Alessio Zaccaria (Universidade de Verona) em sua palestra.

26 Fernández Barreiro, A.; Paricio, Javier, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Madrid, 2005, p. 299. Kaser, Max, *Römisches Privatrecht*... “cit.”, p. 158; Liebs, Detlef, *Römisches Recht*... “cit.”, p. 228 ss. A respeito da *obligatio*, ver: Falcone, Giuseppe, “*Obligatio est iuris vinculum*”, Torino, 2003.

27 Nesse mesmo sentido, art. 1088 CC esp., que identifica o objeto da prestação.

origens romanas) nesse projeto transnacional de regulação do direito das obrigações. Quando a própria definição de obrigação não encontra respaldo histórico-jurídico, torna-se muito mais difícil aceitar que tal projeto possa legitimamente substituir, ao todo ou em parte, o direito nacional. Melhor teria sido levar especialmente em consideração o legado que nos foi deixado pelos romanos, legado este que une toda a Europa continental e que, pela sua importância, não deve ser esquecido²⁸.

III. ANÁLISE CRÍTICA DO PQCR

É nítido que o PQCR possui uma estrutura comum ao direito europeu continental, ou seja, semelhante à de um código civil, embora não o pretenda ser. Porém, como demonstrado acima, seu conteúdo se afasta dessa tradição continental, impressão essa que é reforçada ao se analisar suas regras propriamente ditas. Com o propósito de verificar como o PQCR lidou com questões específicas do direito privado, serão analisados a seguir três institutos previstos no PQCR: formação do contrato, intervenção benevolente nos negócios de outrem e enriquecimento injustificado. Para tanto, serão realizadas referências ao direito comparado, especialmente aos direitos alemão, espanhol e português, bem como ao direito romano, quando for apropriado.

III. 1. Formação dos contratos

A formação dos contratos é disciplinada no Livro II, Capítulo 4, do PQCR. São seus requisitos, nos termos do art. II.-4.101, a intenção de se estabelecer uma relação jurídica vinculante ou de produzir algum outro efeito jurídico, assim como a presença de consentimento suficiente. Tal intenção deve ser, segundo o art. II.-4:102, interpretada objetivamente, ou seja, considerando o que a outra parte razoavelmente entendeu a partir das afirmações ou condutas do declarante. Por outro lado, consentimento suficiente estará presente se as partes definiram suficientemente os termos do contrato ou se o conteúdo do contrato puder ser suficientemente determinado (art. II.-4:103).

A Seção 2 do Capítulo 4 trata, por sua vez, da oferta e aceitação. Requisitos da oferta são a intenção de que o contrato reste formado com a aceitação e a apresentação de termos suficientemente definidos para formar o contrato (art. II.-4:201).

A oferta poderá ser retratada caso o destinatário receba a retratação antes de ter despachado a aceitação ou, no caso de aceitação por conduta, antes da formação do contrato (art. II.-4:202). A retratação será, no entanto, ineficaz se a oferta for irrevogável, se a oferta tiver prazo para aceitação ou se fosse razoável que o destinatário confiasse na irrevogabilidade da oferta e agisse segundo tal confiança (art. II.-4:202:3).

Em princípio, pois, nos termos do estabelecido pelo PQCR, a oferta é passível de retratação. Assim, optaram os autores do PQCR pela solução dada pelo *common law* à questão da oferta e seus efeitos jurídicos²⁹. A possibilidade de retratação da oferta é, da mesma forma como ocorre no *common law*, amenizada pela regra segundo a qual a aceitação é válida a partir de sua expedição. Não é necessário, atendidos os demais

²⁸ É de se ressaltar que a tradição jurídica romana é legado comum não apenas à Europa continental, como também – dentre outros – à América Latina.

²⁹ Zweigert, Konrad; Kötz, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3a. ed., Tübingen, 1996, p.351 s.

requisitos para a formação dos contratos, que o proponente efetivamente receba ou possa ter acesso à aceitação.

A opção do PQCR quanto ao regime jurídico da oferta diverge daquela realizada pelas ordens jurídicas da família romano-germânica³⁰. O BGB e o CCport. determinam o vínculo do proponente à oferta por ele realizada (§ 145 BGB e art. 230 CCport.). Como a oferta é irrevogável (exceto se, antes ou ao mesmo tempo do recebimento da oferta, o destinatário tiver recebido a retratação – § 130 I 2 BGB e art. 230, 2 CCport.), são estabelecidos prazos para a aceitação³¹: § 147 BGB e art. 228 CCport.

Relacionada aos efeitos jurídicos da oferta está a questão sobre o tempo de conclusão do contrato. O contrato será tido como concluído quando, caso a aceitação tenha sido despachada pelo destinatário da oferta, ela alcance o proponente (art. II.-4:205). Aqui é encontrada uma divergência em relação ao estabelecido pelo *common law*, onde a expedição da aceitação marca a conclusão do contrato³². A partir da expedição da aceitação, a oferta não poderá mais ser retratada. A conclusão do contrato, porém, é postergada para chegada da aceitação ao poder do proponente, assim como disposto no BGB (§ 130) e CCport. (art. 224).

Ao exigir que a aceitação chegue ao poder do proponente para que o contrato esteja formado, estabelece o PQCR regra mais adequada ao princípio da consensualidade dos contratos vigente no direito continental. A mera expedição da aceitação não é suficiente para a conclusão do contrato, uma vez que este tem como fundamento o consenso, o encontro de vontades. Este retorno ao direito continental, de certa forma, neutraliza a possível estranheza causada pela regra estabelecida no art. II.-4:202:1 (retratibilidade – ao menos inicial – da oferta).

III. 2. Intervenção benevolente nos negócios de outrem

O Livro V do PQCR trata da ali denominada *benevolent intervention in another's affairs* (PQCR Ben. Int.), instituto este correspondente ao da gestão de negócios.

Nos termos do artigo V.-1:101, as normas previstas no Livro V são aplicáveis quando certa pessoa (denominada *intervener*) agir com a intenção predominante de beneficiar outrem (denominada *principal*). Requisito é que o *intervener* tenha *reasonable ground* para assim agir ou que o *principal* prontamente (isto é, sem que a demora cause prejuízo ao *intervener*) ratifique o ato de intervenção. Não haverá motivo razoável para a intenção, no entanto, se o *intervener* tiver razoável chance de conhecer a vontade do *principal* e não o tenha feito ou se ele sabe ou seria razoavelmente de se esperar que ele soubesse que a intervenção ia de encontro com a vontade do *principal*.

Interessante notar que o PQCR fala em intervenção, não em gestão de negócios, terminologia consagrada pelo direito europeu continental³³. É de se questionar se inter-

30 O CCesp., a esse respeito, estabelece cláusula geral: art. 1262.

31 Também o PQCR estabelece prazo para a aceitação: art. II.-4:206.

32 Zweigert, Konrad; Kötz, Hein, *Einführung...* “cit.”, p. 352.

33 Por exemplo, BGB: *Geschäftsführung ohne Auftrag* (§§ 677-687); Código Civil Espanhol: *gestión de negocios ajenos* (arts. 1888-1894); Código Civil Português: *gestão de negócios* (arts. 464-472). Christian von Bar, um dos autores e organizadores do PQCR, afirma que a opção pelo termo *benevolent intervention in another's affairs* se deu pela ausência de termo correspondente no *common law*. Além disso, as denominações usuais não correspondem às características atuais do instituto: ao falar em negócios, tem-se a (falsa) impressão que há referência apenas a interesse econômico (von Bar, Christian, *The Principles of European Law (PEL) on Benevolent Intervention in Another's Affairs and on Unjustified Enrichment*, ERA 2006-2, p. 2 s.

venção seria um termo mais amplo que gestão, que, por sua vez, já abrange a prática tanto de atos jurídicos quanto de meros fatos³⁴, dirigidos, porém, à administração ou conservação de um negócio (entendido em sentido amplo).

O PQCR não é claro ao estabelecer os requisitos para a caracterização da *Ben. Int.* O intuito predominante de se beneficiar o *principal* suprimiria a necessidade de utilidade da intervenção? A intenção do *intervener* (critério subjetivo) prevaleceria sobre os meios escolhidos por ele (critério objetivo), quando fossem analisadas a intervenção e a responsabilidade do *intervener*?

Em segundo lugar, não é definido pelo PQCR o que seria o motivo razoável que o *intervener* necessariamente deveria ter para que fossem aplicadas as normas sobre *Ben. Int.* Esse motivo está relacionado com quem: com o *intervener* (amizade, solidariedade, etc.) ou com o *principal* (perigo iminente, por exemplo)? O que aconteceria se o *intervener* tivesse a intenção de beneficiar não somente o *principal*, mas também a si próprio³⁵? Todas estas questões não são respondidas pelo PQCR.

O art. V.-2:101 dispõe sobre os deveres do *intervener*. Ele primeiramente deve agir com *reasonable care* (art. V.-2:101:1:1:a). Novamente, o PQCR não se refere aos critérios que deverão ser utilizados para auferir se tal “cuidado razoável” está ou não presente na conduta do *intervener*. A ação do *intervener* deve ser comparada à conduta de um bom pai de família (como disposto no art. 1889 do Código Civil espanhol) ou à conduta do *intervener* em relação aos seus próprios negócios? O padrão de conduta a ser exigido do *intervener* durante a intervenção, a qual, é de se ressaltar, ele não estava obrigado, não resta suficientemente estabelecido.

O *intervener* também deve agir de maneira que sua intervenção esteja em conformidade com a vontade do *principal* por ele conhecida ou que fosse razoavelmente esperado que conhecesse (art. V.-2:101:1:b). Exceção é feita em relação ao art. V.-1:102, que trata da intervenção para cumprimento de dever de outrem. No tocante a esta exceção, a norma encontra-se em harmonia com o § 679 BGB (desconsideração da vontade do dono do negócio quando do cumprimento de dever deste, por parte do gestor, relacionado ao interesse público ou a dever de prestar alimentos), com o art. 1894 do CCesp. (direito do gestor de reclamar ao dono do negócio ou a quem teria a obrigação de lhe prestar alimentos, reciprocamente, os alimentos ou os gastos funerários pagos) e, de certa forma, com o art. 465, a do CCport. (desconsideração da vontade do dono do negócio, caso esta seja contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes).

Em suma, excetuado o disposto no art. V.-1:102, o *intervener* tem o dever de agir conforme a vontade do *principal*. O PQCR, porém, não faz referência ao interesse do *principal*, como o fazem expressamente o BGB (§ 677) e o CCport. (art. 465, a). Esta lacuna evidencia uma fraqueza, a nosso ver, do PQCR: a falta de conexão entre os deveres do *intervener* e os deveres do *principal*. A esta questão voltaremos mais adiante.

O art. V.-2:101:1:c estabelece ainda o dever de comunicar o *principal* acerca da intervenção, assim como o fazem o BGB (§ 681) e o CCport. (art. 465 b, d).

Finalmente, o art. V.-2:101:2 estabelece o dever de não interromper a intervenção iniciada, a menos que haja uma boa razão para a interrupção. Neste ponto, o PQCR se aproxima do Código Civil português, que expressamente estabelece a res-

34 Kaser, Max; Knütel, Rolf, *Römisches...* “cit.”, p. 233.

35 Já em Roma não era necessário altruísmo para a configuração da gestão de negócios. Além disso, era possível haver, com a gestão de negócios, o cumprimento de dever próprio: Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cidade do Cabo, 1990, p. 438 s.

ponsabilidade do gestor pelos danos causados pela injustificada interrupção da gestão (art. 466º).

A infração de um dos deveres previstos no art. V-2:101, acima mencionados, ou no art. V-2:103 (deveres do *intervener* depois de encerrada a intervenção) acarreta a responsabilidade do *intervener*, que é disciplinada pelo art. V-2.102 do PQCR. Haverá tal responsabilidade por quebra de dever se o dano for resultado de um risco que o *intervener* criou, aumentou ou intencionalmente deu continuidade. Não é claro, pois, se o dano pode ser efeito de uma conduta culposa do *intervener* ou se é necessário o dolo. Esta inexactidão torna-se ainda mais clara se confrontada tal norma com as regras já existentes no direito comparado: segundo o BGB, o gestor é responsável mesmo pelo dano causado por caso fortuito, se a gestão era contrária à vontade real ou presumida do dono do negócio e o primeiro soubesse ou pudesse ter conhecimento dessa contrariedade (§ 678). Porém, caso o gestor aja para proteger o dono do negócio de ameaça de dano iminente, ele será responsável apenas por dono ou por culpa lata (§ 680). O CCesp. determina que o gestor será responsável pelos prejuízos causados pela gestão por sua culpa ou negligência (art. 1889). Se o gestor realizar operação arriscada que não fosse do costume do dono do negócio ou se colocou interesse próprio a frente de interesse do dono, será ainda responsável por caso fortuito (art. 1891). Por fim, o CCport. estabelece que o gestor responderá pelos danos causados por culpa (art. 466). As três variantes de responsabilidade do gestor – por dolo, culpa ou mesmo caso fortuito – já estavam presentes no direito romano³⁶. Elas são reflexos da própria natureza da gestão de negócios: o conflito entre a autonomia privada e o altruísmo, entre a liberdade e a solidariedade por meio da tutela desinteressada de negócio alheio³⁷. Assim, a responsabilidade não pode ser tão grave a ponto de tornar proibitiva a proteção de interesse de outrem, nem tão leve a ponto de incentivar a gestão descuidada, irrefletida.

Essa inexactidão do PQCR parece ser fruto da desconexão da *Ben. Int.* com as origens do instituto – inegavelmente, a gestão de negócios³⁸. Esta tem como base o paralelo entre os deveres do gestor e os deveres do dono do negócio. Por essa razão, duas eram as ações romanas relacionadas à gestão de negócios: a *actio directa*, cujo titular era o dono do negócio, e a *actio negotiorum gestorum contraria*, cujo titular era o gestor sob a condição de ter exercido a gestão no interesse do dono do negócio³⁹.

Este paralelo não é encontrado no PQCR, que trata dos deveres do *intervener* (capítulo 2) e, em seguida, dos seus direitos (capítulo 3). Por outro lado, como já mencionado, o PQCR não determina expressamente que a intervenção deva ser realizada no interesse do *principal*. Na gestão de negócios, porém, é condição para que o gestor seja reembolsado ou indenizado pelo dono do negócio que os interesses deste último tenham sido atendidos (art. 1893 CCesp., art. 468, 1 CCport., § 683 BGB). Caso contrário, seriam aplicáveis as regras referentes ao enriquecimento sem causa (art. 468, 2 CCport., § 684 BGB).

Segundo o PQCR, aparentemente, basta que os gastos estejam razoavelmente relacionados com os propósitos da intervenção (art. V-3:101). Esta regra é atenuada

36 Kaser, Max; Knütel, Rolf, *Römisches...* “cit.”, p. 234.

37 Zimmermann, Reinhard, *The Law...* “cit.”, p. 446.

38 Sobre gestão de negócios no Direito Romano, ver: Seiler, Hans Hermann, *Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im römisches Recht*, Köln/Graz, 1968; Cenderelli, Aldo, *La negotiorum gestio*, Torino, 1997; Finazzi, Giovanni, *Richerche in tema de negotiorum gestio*, vol. I (1999), vol. II/1 (2993) e vol. II/2 (2006), Napoli.

39 Fernández Barreiro, A.; Paricio, Javier, *Fundamentos...* “cit.”, p. 393; Kaser, Max; Knütel, Rolf, *Römisches...* “cit.”, p. 234.

pelo art. V.3:104:2, que prevê a exclusão dos direitos do *intervener* caso tal medida seja justa e razoável sob determinadas considerações. Ainda assim, porém, a regra é demasiadamente favorável ao *intervener*, desequilibrando a relação que é estabelecida, por meio da intervenção, entre *intervener* e *principal*.

Por fim, o art. V.-3:106 estabelece que o *intervener* age como representante do *principal* se houver a expectativa razoável de que as obrigações assumidas beneficiem o *principal*. Desta forma, o *principal* estará vinculado às ações do *intervener*, em outras palavras, estará obrigado. Não parece bastante técnico, porém, estabelecer tal representação para que a intervenção tenha frente ao *principal* tal efeito. Tendo em vista o art. 1893 CCesp., a vinculação do dono do negócio tem fundamento na aferição de vantagens por este a partir da gestão, e não na sua representação pelo gestor.

Em resumo, é bastante criticável a recepção da gestão de negócios pelo PQCR. As normas ali estabelecidas são extensas, complicadas e muito detalhadas⁴⁰, mas, ainda assim, não regulamentam adequadamente toda a matéria. É mesmo de se indagar se caberia tal regulação, ou seja, se a ausência de uma regra europeia sobre a gestão de negócios seria efetivamente um obstáculo para o mercado comum⁴¹. Por outro lado, a inexatidão no tratamento da matéria é efeito da descaracterização da gestão de negócios⁴², o que é evidentemente um empecilho para a aplicação do PQCR.

III.3. Enriquecimento injustificado

O enriquecimento injustificado (*unjustified enrichment*) é objeto do Livro VII do PQCR. Nos termos do artigo VII.-1:101, aquele que obtiver um enriquecimento injustificado atribuível à desvantagem de outrem é obrigado para com este a reverter tal enriquecimento. Esta é a regra básica sobre enriquecimento injustificado do PQCR (nesse sentido, art. 473 CCport. e § 812 BGB⁴³); no entanto, o projeto vai além e define enriquecimento (art. VII.-3:101) e desvantagem (art. VII.-3:102), bem como apresenta um rol de casos onde a atribuição entre ambos estará presente (art. VII.-4:101)⁴⁴.

Dessa forma, o enriquecimento se dá por meio de um aumento nos bens ou diminuição de garantias, pelo recebimento de um serviço ou trabalho realizado ou pelo uso de bens de outrem (art. VII.-3:101:1). Os casos de enriquecimento são, portanto, concretamente previstos no PQCR. Mais recomendável seria a previsão de uma norma

40 Sobre o “ânimo regulador” nas áreas de intervenção benevolente e enriquecimento injustificado: “AA. VV.” (Eidenmüller, Horst; Faust, Florian; Grigoleit, Hans Christoph; Jansen, Nils; Wagner, Gerhard; Zimmermann, Reinhard), *Der Gemeinsame Referenzrahmen...*, “cit.”, p. 531).

41 A favor da previsão de normas sobre Ben. Int. tendo em vista a função de *tool box*: Sprau, Hartwig, *Benevolent intervention in another's affairs: Some remarks on the Draft Report presented by the Study Group on a European Civil Code*, ERA 2006-2, p. 220 ss.

42 Um dos motivos desse afastamento poderia ser a reticência do *common law* em abraçar a gestão de negócios. Assim, buscou-se um instituto que se mostrasse neutro a esta ordem jurídica. O resultado, porém, é bastante criticável, como acima argumentado.

43 Seguindo a tradição do *Code Civil*, o CCesp. não prevê regra geral sobre o enriquecimento sem causa, mas sim trata do pagamento indevido (art. 1895 ss.). É, porém, reconhecido pela jurisprudência um princípio geral de proibição do enriquecimento sem causa (cf. Lacruz Berdejo, José Luis et al., *Derecho de Obligaciones: Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito*, Madrid, 1999).

44 Também no capítulo sobre atribuição, são previstos dois artigos que relacionam enriquecimento injustificado e intervenção, a saber: art. VII.-4:105 e VII.-4:106. Assim, a propriedade de determinados bens é transferida do prejudicado para o enriquecido por interferência do *intervener*, estará configurado enriquecimento (art. VII.-4:105:2). Nos termos do art. VII.-4:106:1, ao prejudicado é dada a possibilidade de ratificar ato do *intervener* que dispõe ou usa de bem do primeiro em ato jurídico com outrem. Questionável é, porém, a disciplina desses casos dentre aqueles de enriquecimento injustificado.

geral, como no CCport. ou no BGB (ou, ainda, no CCesp. no que se refere ao pagamento indevido), uma vez que é possível que o grau de concretização do art. VII.-3:101:1 restrinja excessivamente seu campo de aplicação.

A desvantagem, por sua vez, é definida no art. VII.-3:102:1 e se dá por meio de uma diminuição nos bens ou aumento das garantias, pela realização de um serviço ou de um trabalho ou pelo uso de bens de outrem. A delimitação dos casos de desvantagem, a nosso ver, vai de encontro ao caráter abstrato da *condictio*: como ação abstrata, era a *condictio* aplicável a todos os casos nos quais o réu devesse certa quantia ou coisa ao autor⁴⁵, que fora obtida sem haver uma causa juridicamente reconhecida para tanto.

Por fim, casos de atribuição do enriquecimento de um à desvantagem de outro são previstos no art. VII.-4:101. Assim, haverá atribuição quando um bem do prejudicado for por ele transferido ao enriquecido; quando o prejudicado realizar serviço ou prestação ao enriquecido; quando o enriquecido usar um bem do prejudicado; quando um bem do enriquecido por melhorado pelo prejudicado; e, por fim, quando o enriquecido for exonerado de uma garantia pelo prejudicado. O “caput” do artigo diz, no entanto, que: *an enrichment is attributable to another's disadvantage in particular where...* A partir da redação, é viável o entendimento de que o rol apresentado pelo art. VII.-4:101 seja exemplificativo. Pelo contrário, os casos previstos nos art. VII.-3:101 e 3:102 seriam taxativos, não sendo admitidos outros casos de enriquecimento ou desvantagem que não os ali expressamente previstos.

O art. VII.-2:101:1 dispõe sobre os casos nos quais o enriquecimento será injustificado: quando o enriquecimento não for consequência de contrato ou outro ato jurídico, de ordem judicial ou lei, ou quando o prejudicado não tiver consentido de forma livre e sem erro com a desvantagem.

O enriquecimento pela falta do resultado previsto ou da expectativa frustrada é disciplinado pelo art. VII.-2:101:4. Desta forma, o enriquecimento também será injustificado: se o prejudicado com ele concordou para um propósito que não foi alcançado ou com uma expectativa que não foi realizada; se o enriquecido tinha conhecimento ou se fosse razoável que ele tivesse conhecimento de tal propósito ou expectativa; e se o enriquecido aceitou ou se fosse razoável que ele tivesse aceitado que o enriquecimento deveria ser revertido em tais circunstâncias. Esse último requisito para a configuração do enriquecimento injustificado no caso de falta do resultado previsto ou da expectativa frustrada (a concordância do enriquecido com o dever de reversão do enriquecimento) não é exigido nem pelo CCport. (art. 473, 2) nem pelo BGB (§ 815). Melhor seria a manutenção de critérios objetivos para a existência de enriquecimento injustificado. Tal exigência ameaça a segurança jurídica e a própria eficácia do instituto, por relacionar o dever de repetição à vontade do enriquecido – justamente o beneficiado pelo enriquecimento injustificado.

A repetição do enriquecimento, por sua vez, é disciplinada pelos art. VII.-5:101 (caso o objeto do enriquecimento seja um bem transferível) e art. VII.-5:102 (caso seja um bem não transferível). Tratando-se de bem passível de transferência, a repetição se dá por meio da devolução do mesmo para o prejudicado (art. VII.-5:101:1). O enriquecido pode, caso a repetição lhe custe esforço ou despesa desproporcional, optar por pagar o equivalente em dinheiro ao bem transferido (art. VII.-5:101:2). O mesmo se

⁴⁵ Zweigert, Konrad; Kötz, Hein, *Einführung...* “cit.”, p. 539; Fernández Barreiro, A.; Paricio, Javier, *Fundamentos...* “cit.”, p. 347; Kaser, Max; Knütel, Rolf, *Römisches...* “cit.”, p. 241. Sobre *condictio*, ver: Saccoccio, Antonio, *Si certum pepetur: dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, 2002; Hähnchen, Susanne, *Die causa conditionis: ein Beitrag zum klassischen römischen Konditionenrecht*, Berlin, 2003.

aplica quando não for mais possível devolver o bem objeto do enriquecimento (art. VII.-5:101:3). Se, porém, o enriquecido obtiver substituto em troca do bem originalmente objeto de enriquecimento, o substituto deverá ser devolvido ao prejudicado se o enriquecido estivesse de boa-fé ao tempo da disposição ou perda do bem e se o enriquecido assim escolher. Por outro lado, haverá esse mesmo dever de repetição se o enriquecido não estivesse de boa-fé, se o prejudicado assim o quiser e se, finalmente, esta escolha for equânime (art. VII.-5:101:4). Boa-fé, nesse caso, significa desconhecer que o enriquecimento era ou poderia ser tido como injustificado (art. VII.-5:101:5).

Se o bem objeto do enriquecimento não for passível de transferência, deverá ser pago ao prejudicado o correspondente ao valor do bem – *value* (art. VII.-5:102:1). O PQCR não deixa claro, no entanto, em que momento este valor deverá ser averiguado (ao momento do enriquecimento ou da repetição). Se o enriquecido não tiver consentido com o enriquecimento ou se ele estava em boa-fé, deverá ser pago apenas o *saving* (art. VII.-5:102:2), ou seja, a diminuição do valor do bem ou aumento das garantias que deveriam ser suportadas pelo enriquecimento caso o enriquecimento não houvesse ocorrido (art. VII.-5:103:2). O PQCR define valor, por sua vez, como aquilo que seria legitimamente acordado como preço por partes com intenção real de se obrigar (art. VII.-5:103:1).

O Capítulo 6 do Livro VII do PQCR trata das exceções à pretensão de obter a repetição do enriquecimento. Assim, o enriquecido não estará obrigado a repetir o enriquecimento na medida em que ele suportou um prejuízo com a disposição do enriquecimento ou vice-versa, a menos que esse “desenriquecimento” subsistisse mesmo se o enriquecimento não houvesse ocorrido (art. VII.-6:101:1). Tal desenriquecimento deverá ser desconsiderado se o enriquecido obteve para ele um substituto; se o enriquecido não estava de boa-fé no momento do desenriquecimento, a menos que o prejudicado também sofresse prejuízo mesmo com a repetição do enriquecimento ou se ao tempo do enriquecimento estivesse o enriquecido de boa-fé, se o desenriquecimento fosse anterior à existência da obrigação de repetir o enriquecimento e se o desenriquecimento for consequência da realização de um risco pelo qual o enriquecido não puder ser tido como responsável; ou se o bem objeto do enriquecimento for não transferível e para ele tiver sido ajustado preço ou valor (art. VII.-6:101:2 combinado com art. VII.-5:102:3).

Por outro lado, o enriquecido não será obrigado a repetir o enriquecimento se em troca deste ele conferir enriquecimento a outra pessoa e se, a este tempo, o enriquecido ainda estivesse de boa-fé (art. 6:102).

Por fim, o Capítulo 7 trata, em suma, das relações entre o enriquecimento injustificado e outras normas.

Já é questionável – assim como a previsão de regras sobre intervenção benevolente – a necessidade de regulação do enriquecimento injustificado por um quadro comum de referência⁴⁶. As regras apresentadas pelo PQCR são extensas e bastante detalhadas, ao contrário do direito comparado, que apresenta regras gerais e sucintas sobre o tema. Aí reside, porém, o ponto fraco da regulação desta matéria pelo projeto acadêmico, o que inclusive dificulta sua comparação com normas correspondentes de outras ordens jurídicas. O enriquecimento sem causa é tradicionalmente um recurso subsidiário, aplicável aos casos onde não caiba repetição nos termos de outras normas expressas (por força do término de um contrato, por exemplo). Por essa mesma razão, o enriquecimento sem causa é tratado em termos gerais, a fim de abranger todos esses casos

46 Contra: Wendehorst, Christiane C., *The Draft Principles of European Unjustified Enrichment Law prepared by the Study Group on a European Civil Code: A comment*, ERA 2006-2, p. 244 ss.

residuais. O direito à repetição em razão de enriquecimento sem causa é previsto, nesses termos gerais, no BGB (§ 812), no CCport. (art. 473) e, no que se refere ao pagamento indevido, no CCesp. (art. 1895). Essas normas são suficientemente delimitadas a fim de não gerar insegurança, mas são gerais a ponto de abarcar todo o universo de casos que não recaem sobre outras formas de repetição. Essa qualidade, infelizmente, falta ao PQCR: a previsão de normas detalhadas exageradamente e por demasiado complicadas pode ter como efeito indesejado a inaptidão do instituto em oferecer resposta eficaz a um número indeterminado de casos.

IV. CONCLUSÃO

A tarefa bravamente enfrentada pelos grupos de trabalho na elaboração do PQCR era imensa: elaboração de princípios, definições e regras-modelo de direito privado europeu. É de se ter em mente, pois, a inquestionável seriedade e dedicação dos juristas envolvidos.

O que se obteve foi um conjunto amplo de regras, aptas em princípio a cobrir grande parte do direito privado europeu. As próprias características do PQCR, porém, diminuem sua atratividade, seja como fonte de inspiração para o legislador comunitário ou nacional, seja como opção ou substituto ao direito nacional.

Certo é que normas comuns de direito privado europeu sempre se afastarão aqui ou ali de uma ou mais ordens jurídicas. Esse distanciamento, porém, não pode ser tão grande a ponto de causar estranheza ou, pior, de não suscitar qualquer identificação entre as novas normas propostas e aquelas das quais se abre mão. Nesse ponto, é consideravelmente grave que as especificidades regionais tenham sido deixadas de lado. Sem considerar as particularidades históricas e sociais de Galícia, dentre outros, dificilmente poderá ser o PQCR visto como apropriado para a solução dos problemas próprios desta região. Por outro lado, é improvável que normas comuns, resultados de uma combinação de *common law* e *civil law*, substituam com sucesso institutos consagrados pelo fenômeno histórico.

Assim, em que pesem os problemas apresentados pelo PQCR e anteriormente mencionados, o mais grave deles é a questão da legitimação. Mesmo tratando-se de normas comuns, é necessário que algo pertencente à própria tradição jurídica seja visto refletido nessas normas. Somente desta forma elas poderão ser vistas como aceitáveis.

É essencial, assim, que a tradição jurídica européia, especificamente a tradição continental, seja respeitada e mantida na elaboração de normas comuns. Nesse ponto, tem fundamental valor a história do direito e, em especial, o estudo do Direito Romano. A partir de uma base comum e principalmente da experiência histórica – com seus sucessos e fracassos – pode ser construída uma nova ordem jurídica européia. As raízes romanas do direito privado continental oferecem parâmetros relativamente seguros para a regulamentação de um direito privado comum europeu. Mais: a consideração sobre a manutenção ou alteração de institutos romanos ao longo do tempo pelas diversas ordens jurídicas européias pode dizer muito sobre as chances de aceitação de normas comuns. Num campo ainda cercado de tantas incertezas, não se pode abrir mão dessas informações.

A unificação do direito privado europeu parece inevitável. O que não é inevitável é a completa renúncia à tradição européia, que, consagrada pelo passado, tem ainda muito a oferecer ao futuro.