

casos de uso de coisa alheia sem prejuízo algum para o proprietário.

Decorre do exposto que só numa visão restrita se torna possível aludir a *empobrecimento* ou *sacrifício econômico*. A inteira compreensão do instituto leva, em vez disso, a considerar apenas, como seu requisito indispensável, a necessidade de que haja *suporte do enriquecimento por outrem*, que se produza um *locupletamento à custa alheia*, ou seja, *com bens jurídicos pertencentes a pessoa diversa* (sublinhamos). ⁽⁸⁴⁾

Medida da restituição

Da análise das várias correntes doutrinárias existentes acerca da determinação da expressão *à custa de outrem* já se podem entrever diversas teorias para determinar os critérios de quantificação do montante a ser restituído com base no enriquecimento sem causa. Assim, previamente ao exame do terceiro requisito — inexistência de causa justificativa —, inserimos neste item o estudo da obrigação de restituir, cuja determinação se prende às reflexões antes feitas sobre os dois primeiros requisitos.

Mais uma vez, depara-se com dificuldades em consagrar uma fórmula genérica, dadas as inúmeras formas de que se pode revestir o enriquecimento.

Uma análise da questão *em tese* demonstra que, a admitir-se como parâmetro da restituição o enriquecimento *patrimonial*, desconsiderando-se o empobrecimento, a medida da restituição será apurada a partir do valor da vantagem adquirida. Assim, recorrendo-se o exemplo do imóvel alugado, de cuja existência o proprietário sequer tinha conhecimento, a restituição seria feita a partir do valor do imóvel que teria sido alugado pelo enriquecido — enriquecimento *patrimonial* —, independentemente de se configurar um efetivo prejuízo por parte do proprietário.

Esta é, no entanto, uma solução teórica, cuja aplicação prática é duvidosa. Em primeiro lugar, poderia o enriquecido alegar que

⁽⁸⁴⁾ Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 396-397.

jamais pensara em alugar um imóvel, e só se utilizou daquele porque pensara ter sido o mesmo oferecido gratuitamente pelo legítimo proprietário. Nesta hipótese, a existência do enriquecimento passaria a depender de um exame, pouco objetivo, acerca das intenções do réu, pois que o enriquecimento *patrimonial* resulta da comparação entre a situação efetiva e aquela que se teria verificado caso o deslocamento patrimonial se não tivesse realizado. Por outro lado, se não existe qualquer dano — qualquer empobrecimento em sentido lato —, a restituição do aluguel que se teria supostamente despendido não nos parece consubstanciar uma decisão equânime. Com efeito, assentado anteriormente ser o fundamento da pretensão de enriquecimento sem causa a equidade, dela não podemos fugir ao analisar estas hipóteses em que não se verifica perda patrimonial, apenas acréscimo. Trata-se, sem dúvida, de uma questão tortuosa.

Para solucioná-la, parte significativa da doutrina, embora reconheça a não obrigatoriedade de coincidência quantitativa entre o enriquecimento e o empobrecimento, alude a este último como um dos requisitos da ação *de in rem verso*,⁽⁸⁵⁾ deduzindo daí que «quando houver diferença entre os montantes do enriquecimento e do empobrecimento, a indenização se fixará pela cifra menor». ⁽⁸⁶⁾

Este duplo limite para a restituição — o enriquecimento e o empobrecimento — afigura-se-nos como uma solução mais equitativa. Com efeito, o escopo da ação *de in rem verso* é tão-somente *restituir* algo que foi perdido sem causa, e não indenizar ou compensar o uso abusivo de uma propriedade, que desafia outra ação, tampouco reconstituir o *status quo ante*, consequência própria da decretação de nulidade. Neste sentido, explica Almeida Costa que:

«(...) o beneficiado deve entregar, em princípio, na medida do seu respectivo locupletamento, isto é, aten-

⁽⁸⁵⁾ Cf. Agostinho Alvim (*op. cit.*, p. 58), que se ampara em Windscheid, Ennecerus, Jossierand, Henri, Léon e Jean Mazeaud, e, ainda, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. II, Forense, 1991, Rio de Janeiro, p. 206; e Orlando Gomes, *Obrigações...*, p. 303, entre outros.

⁽⁸⁶⁾ Cf., entre outros, Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 178.

dendo-se ao seu *enriquecimento patrimonial* ou efectivo e não *real*; nunca mais, todavia, do que o quantitativo do empobrecimento do lesado, caso este se mostre inferior àquele. Do contrário, a obrigação de restituir determinaria, por seu turno, um enriquecimento injustificado». ⁽⁸⁷⁾

É rigorosamente a mesma tese defendida, entre nós, por Agostinho Alvim, que a expõe didaticamente nos seguintes termos:

«No que toca à estimativa, para o efeito da restituição, em regra há correspondência de valor entre o enriquecimento e o empobrecimento.

Quando não há, ensinam alguns mestres que a devolução não pode ser superior ao enriquecimento, ao contrário do que se passa no caso de dano, onde a medida é o desfalque.

Por essa razão, se o empobrecimento fôr superior ao enriquecimento, perde o empobrecido. (...)

A medida será então o *empobrecimento*, porque, de outra maneira, o empobrecido passaria a enriquecido recebendo além do necessário para o reequilíbrio do seu património». ⁽⁸⁸⁾

Registre-se, porém, que, no caso específico de intromissão em bens jurídicos alheios, as circunstâncias concretas, se não ensejarem outra ação, podem determinar seja restituída a vantagem que à custa daqueles bens foi obtida pelo beneficiado. A lesão, no caso, é pressuposta pelo ordenamento. Esta é a posição de Diogo Leite de Campos:

«Parece pouco crível que o legislador queira assegurar a alguém o gozo de certo bem, com todas as utilidades dele decorrentes, e, uma vez esse bem usufruído *contra legem*, por outrem, a proteção ao titular do direito lesado diminua. A obrigação de restituir o enriquecimento é uma continuação da atuação jurídica do direito,

⁽⁸⁷⁾ Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 410-411.

⁽⁸⁸⁾ Agostinho Alvim, *op. cit.*, p. 57.

tendo por objeto o resultado da utilização ou emprego de bens jurídicos alheios». ⁽⁸⁹⁾

Ainda nestes casos, porém, seria aplicável a teoria do duplo limite, desde que se considere o empobrecimento *real*, e não o *patrimonial*. Fernando Noronha, adepto desta corrente, argumenta que:

«Se quisermos continuar falando da teoria do duplo limite nestes casos de exploração de bens, trabalho ou outros direitos de outrem, deveremos dizer que se aqui a ação *de in rem verso* ainda tem como limites o enriquecimento e o dano, este agora não é uma diminuição patrimonial (dano patrimonial), mas a *frustração de um aumento, igual ao valor econômico reservado ou destinado ao prejudicado*, segundo a ordenação jurídica dos bens (dano real). Enquanto o enriquecimento é medido em termos patrimoniais, já o dano será medido, nestes casos, em termos reais» (grifamos). ⁽⁹⁰⁾

Como se teve em vista demonstrar, esta é uma questão de difícil solução. As alternativas não parecem suscetíveis de uma opção apriorística, mas dependem das circunstâncias concretas de cada caso. Estas dificuldades, no entanto, não depõem contra a aplicabilidade do enriquecimento sem causa, antes confirmam o seu estatuto de um princípio geral de direito, que, por isto mesmo, deve ajustar-se aos casos concretos, mantendo-se, em tese, certa elasticidade indispensável à sua aplicação como tal.

2.3. Inexistência de causa justificativa

A inexistência de causa justificativa do enriquecimento constitui o terceiro requisito da pretensão em exame. É dizer: o enri-

⁽⁸⁹⁾ Diogo Leite de Campos, *op. cit.*, p. 262.

⁽⁹⁰⁾ Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 68.

quecimento obtido à custa de outrem só é restituível quando careça de causa que o justifique.

A definição do que seja *causa* é tarefa que não ousamos aprofundar. Com efeito, a literatura jurídica utiliza-se do termo para múltiplos fins, uma verdadeira *sinonímia*, como define Orlando Gomes.⁽⁹¹⁾ Já tivemos oportunidade, no Capítulo I, de comentar a classificação dos negócios jurídicos em causais e abstratos. Naquele momento, tínhamos em vista comparar, sob a perspectiva histórica, os sistemas alemão e francês, apontados como dois paradigmas com relação ao tratamento legislativo que se pode conferir ao princípio do enriquecimento sem causa. A causa foi abordada, então, como um elemento de validade do negócio jurídico. No terreno específico do enriquecimento sem causa, agora não mais sob o prisma histórico, a causa deve ser analisada a partir de sua função legitimadora do enriquecimento. Desde sentido específico a ser atribuído à noção de causa nos fala Orlando Gomes:

«Este último requisito não é de caracterização fácil, em virtude da confusa sinonímia da palavra *causa*. Não possui, no particular, o significado que tem como um dos requisitos dos contratos, mas sentido próprio, restrito, que melhor se define acrescentando-lhe a qualificação própria, como fazem os alemães. Trata-se, com efeito de *causa de atribuição patrimonial*». ⁽⁹²⁾

A seguir, conclui Orlando Gomes que, para se saber se o enriquecimento à custa de outrem deve ser restituído, é preciso indagar da justiça, legitimidade ou licitude, em sentido amplo, da causa que o originou. O professor Leite de Campos demonstra compartilhar de entendimento semelhante, afirmando que a noção de causa representa, para efeito do cabimento da acção *de in rem verso*, «o julgamento ético-jurídico do fenómeno enriquecimento à custa de outrem» ⁽⁹³⁾

Como já vimos, o enriquecimento sem causa dispensa a caracterização de fato ilícito, ou antijurídico, bastando que seja

⁽⁹¹⁾ Orlando Gomes, *Direito das Obrigações...*, p. 303.

⁽⁹²⁾ Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 303.

⁽⁹³⁾ Diogo Leite de Campos, *op. cit.*, p. 260.

reprovável, pelos princípios do sistema. A esta reprovação se dá o nome de inexistência de causa — causa justificativa, causa legítima. À causa não se prestam definições estáticas, uma vez que o seu conceito resulta da dinâmica do ordenamento, dos seus princípios. A inexistência de causa é, portanto, o que determina a ilegitimidade ou a injustiça substancial do enriquecimento. ⁽⁹⁴⁾ Trata-se de conceitos, por definição, indeterminados, cujo significado varia conforme as circunstâncias concretas de cada caso. É esta indeterminação do conceito de causa legítima ou justificativa, ligada à noção primeira de justiça social, que faz do enriquecimento sem causa um princípio do ordenamento, revestido da amplitude característica dos princípios.

Leite de Campos insiste na diferenciação do conceito de causa como elemento do negócio jurídico e como elemento do princípio do enriquecimento injustificado. Se é certo que hoje, depois de muitos esforços, o conceito de causa se encontra subordinado às estruturas e valores positivados do ordenamento, observa o mesmo autor que, no domínio específico do enriquecimento sem causa, «*continua a fazer-se sentir a necessidade que o Direito experimenta, para ser ele mesmo, de recorrer constantemente à concepção social de justiça*». ⁽⁹⁵⁾

Assim é que, para Carvalho Santos, dizer-se sem causa o enriquecimento é o mesmo que enriquecimento *sem direito*, ⁽⁹⁶⁾ não no sentido de que seja antijurídico ou ilícito, mas injusto, ilegítimo, *ajurídico*. A causa é considerada como o elemento que empresta equidade ao enriquecimento, ou, nas palavras do autor: «*o elemento moral da ação in rem verso é a injustiça do enriquecimento; é o enriquecimento contrário ao direito — cum alterum detrimento et injuria*». ⁽⁹⁷⁾

Desta forma, o exame do requisito em questão não comporta uma enunciação unitária, genérica e apriorística do que seja causa para efeito de se negar a ação *de in rem verso*. Dadas as ilimitadas hipóteses de enriquecimento, a existência ou não de uma causa

⁽⁹⁴⁾ Almeida Costa, *op. cit.*, p. 400.

⁽⁹⁵⁾ Diogo Leite de Campos, *op. cit.*, p. 260.

⁽⁹⁶⁾ J. M. Carvalho Santos, *op. cit.*, p. 387.

⁽⁹⁷⁾ *Idem*.

dependerá das circunstâncias específicas de cada uma delas. Antunes Varela exemplifica:

«Se a atribuição consiste numa *prestação* destinada a *cumprir uma obrigação*, a causa consiste na *obrigação* que a prestação efetuada visa extinguir. (...)

Se o enriquecimento provier dum ato praticado pelo próprio enriquecido ao abrigo dum direito que se arroga, a causa da atribuição reside no direito invocado». ⁽⁹⁸⁾

Não se admitindo, portanto, uma relação exaustiva das causas que podem justificar o enriquecimento, a doutrina agrupa-as em duas grandes categorias: a lei e os negócios jurídicos. ⁽⁹⁹⁾

A lei actua como causa justificativa do enriquecimento nas hipóteses, por exemplo, de usucapião e de prescrição. Na primeira, a aquisição da propriedade carece de um título justificativo, mas a lei, por razões de segurança jurídica, assegura ao beneficiado acrescentar ao seu património o direito de propriedade relativo à coisa usucapida. Na hipótese de prescrição de uma dívida, a aquisição patrimonial também carece de um título que a justifique sob o prisma da equidade, mas a lei, mais uma vez em busca da estabilidade e da segurança das relações jurídicas, reconhece ao devedor o direito de reter o valor patrimonial correspondente à prestação não mais exigível.

Nas duas hipóteses citadas, o enriquecimento processa-se pelo decurso do tempo, sendo a lei o seu fundamento mediato. Outras vezes, porém, é a própria lei que constitui o fundamento imediato do enriquecimento sem causa, mas, ao contrário do que ocorre nos exemplos precedentes, determina seja a desvantagem *real* do empobrecido restituída. Trata-se, por exemplo, da pintura que é feita em tela alheia. A especificação assim obtida, segundo determina o art. 614, pertence ao pintor, mas este deverá restituir ao proprietário da tela o valor desta, tudo conforme expressamente determinado em lei.

⁽⁹⁸⁾ Antunes Varela, *op. cit.*, p. 196.

⁽⁹⁹⁾ Neste sentido, ver, entre outros. Sílvia Rodrigues, *op. cit.*, p. 178; e Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 68.

Ao lado da lei, os negócios jurídicos são considerados causa justificativa do enriquecimento obtido à custa de outrem. Assim, mesmo que o contrato de compra e venda, por hipótese, estabeleça um preço muito abaixo do praticado no mercado, em princípio a vantagem do comprador não será restituível, porquanto tem como *causa* um negócio jurídico válido celebrado entre as partes. ⁽¹⁰⁰⁾

Outra causa que também justifica o enriquecimento é, no caso de ato praticado pelo que se diz *empobrecido*, o seu *interesse pessoal*. Imagine-se a construção de um dique, para represar águas, que beneficia as propriedades adjacentes. Ainda que a referida obra implique um custo excessivo para quem a realizou, não cabe a ação *de in rem verso* face aos demais proprietários, uma vez que a construção se efetivou em interesse exclusivo do que arcou com os respectivos custos. ⁽¹⁰¹⁾ Trata-se do princípio segundo o qual «*se alguém trabalha útilmente para si, mas enriquece, ao mesmo tempo, outrem, não tem contra este um crédito de enriquecimento*». ⁽¹⁰²⁾

O critério da utilidade e do interesse, todavia, comporta exceções. Assim é que, em sede de direito tributário, se autoriza o Estado a cobrar tributos — no caso, a contribuição de melhoria — que têm como fundamento precisamente a valorização de propriedades em razão de obra realizada pelo Poder Público.

É despidendo frisar a importância do conceito de causa para a caracterização do princípio, integrante que é de sua própria denominação. No entanto, trata-se de um conceito pouco preciso. Com efeito, o processo de caracterização de um determinado facto ou acto como causa legítima para o enriquecimento não encontra na doutrina diretivas objetivas. Entretanto, o que pode parecer uma falha na teoria geral do enriquecimento sem causa, uma prova de sua inaplicabilidade, afigura-se-nos como uma característica típica (e indispensável) de um princípio geral de direito, que depende, para a sua consolidação como tal, da construção jurisprudencial. A explicação para esta indeterminação conceitual, senão a justifi-

⁽¹⁰⁰⁾ O exemplo é dado por Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 69.

⁽¹⁰¹⁾ Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 69.

⁽¹⁰²⁾ Vaz Serra, *op. cit.*, p. 161.

cativa para tal amplitude, reside, precisamente, no sentido especial que se pretende conferir à noção de causa; um sentido de equidade e de justiça, insubordinável a fórmulas teóricas estáticas e acabadas. Estamos convencidos de que a subsistência da função originária do princípio — ligada, como vimos, ao fortalecimento da equidade em detrimento do formalismo — depende da não definição do conceito de causa, sob pena de lhe ser restringida de tal forma a aplicação que ele deixe de ter a extensão própria aos princípios gerais de direito.

Desta forma, o Capítulo IV é especificamente destinado a analisar a posição da jurisprudência que, a respeito da caracterização da causa como justificativa do enriquecimento, é uma fonte fundamental para reflexões, pois que, ao contrário do sustentado pela doutrina, ela se vem posicionando no sentido de sobrepor o princípio à lei e aos negócios jurídicos, desta forma tornando ainda mais polêmica a discussão acerca do conceito de causa para fins de imposição ao enriquecido da obrigação de restituir.

Antes, porém, de analisarmos tais julgados, cumpre examinar separadamente uma das modalidades de enriquecimento sem causa previstas no Código Civil. Trata-se do pagamento indevido, que merece exame à parte por constituir-se, do ponto de vista legislativo, na mais completa particularização do princípio do enriquecimento sem causa.

CAPÍTULO III

O PAGAMENTO INDEVIDO

1. O pagamento indevido como modalidade do enriquecimento sem causa

Sob o título *Do Pagamento Indevido*, o Código Civil impõe a quem recebeu o que não lhe era devido a obrigação de restituir:

Art. 964 — Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir.

A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

Questão preliminar suscitada pelo dispositivo em tela consiste em se estabelecer a sua relação com o enriquecimento sem causa. Tradicionalmente, a obrigação de restituir fundada na inexistência de dívida — seja do ponto de vista subjetivo, seja objetivamente considerada — é associada, em seu fundamento, à teoria geral do enriquecimento sem causa, constituindo modalidade típica de aplicação do princípio. A restituição do pagamento indevido opera-se, entende a doutrina predominante, face à inexistência de *causa*, seja porque a dívida não existe, seja porque tenha cessado de existir, seja, finalmente, porque quem pagou não era o devedor, embora a prestação correspondesse a dívida existente. Neste sentido já lecionava Ruggiero:

«A restituição do indevido pertence ao mais amplo conceito do enriquecimento sem causa, pressupondo um pagamento feito quando não existia vínculo ou, ainda que existisse, quando ele não estava isento de exceções ou defesas que podiam ter-lhe paralizado a eficácia. Que o vínculo não existisse, ou que existisse mas entre pessoas diversas, não importa, porque, se o devedor pagar a pessoa diversa do credor ou se o credor exigir de um terceiro que não é o devedor e que não pague em nome deste, é sempre verdade que entre *solvens* e *accipiens* não existia aquele vínculo, que é causa e justificação de uma *solutio*». ⁽¹⁰³⁾

Entre nós, a conceituação da obrigação derivada do pagamento indevido como uma especificação do princípio do enriquecimento sem causa é também fixada a partir da investigação da *ratio* da restituição, bem como de sua origem histórica como uma das várias *condictiones sine causa* previstas pelo direito

⁽¹⁰³⁾ Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III. Traduzido da 6.ª edição italiana por Ary dos Santos, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1937, p. 410.

romano. Vejamos o que dizem alguns de nossos principais civilistas:

Carvalho Santos:

«A repetição do pagamento indevido é uma das aplicações tradicionais do princípio de que *ninguém deve locupletar-se à custa alheia*». ⁽¹⁰⁴⁾

Silvio Rodrigues:

«O pagamento indevido constitui no plano teórico, apenas, um capítulo de assunto mais amplo que é o enriquecimento sem causa. Este representa o gênero do qual aquele não passa de espécie». ⁽¹⁰⁵⁾

Caio Mário da Silva Pereira:

«O Código Civil brasileiro dá, pois, corpo ao pagamento indevido, cuja repetição pelo *solvens* vai afinar com a regra da equidade, enquanto outros defendem esta inspiração contra todo ataque. Mas nem por isto se negará tratar-se de modalidade específica de enriquecimento não causado, como se vê da opinião hoje corrente, mesmo entre escritores de sistemas que não disciplinam com independência o instituto mais amplo». ⁽¹⁰⁶⁾

Clovis Bevilacqua:

«O *pagamento indevido* é uma das formas do enriquecimento ilegítimo, contra o qual o direito romano armava o prejudicado de ações *stricti juris*, denominadas *condictiones sine causa*. Entre essas *condictiones* havia a

⁽¹⁰⁴⁾ Carvalho Santos, *op. cit.*, p. 390.

⁽¹⁰⁵⁾ Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 173.

⁽¹⁰⁶⁾ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 207.

⁽¹⁰⁷⁾ Clovis Bevilacqua, *Comentários...*, p. 99.

condictio indebiti, o direito de exigir o que se pagasse indevidamente».

Orlando Gomes:

«O *Direito Romano* conhecia outras *condictiones* que, fundadas na mesma razão, não tinham, entretanto, como *pressuposto*, um *pagamento*. Mas como todas assentam no princípio de que não deve haver locupletamento sem causa ou em razão de causa injustificada, é conveniente tecer brevíssimas considerações sobre algumas das espécies admitidas». ⁽¹⁰⁸⁾

Destoando dos autores citados, Washington de Barros Monteiro, ⁽¹⁰⁹⁾ ao discorrer sobre o pagamento indevido, equipara-o ao enriquecimento sem causa, o que, no entanto, nos parece um equívoco, pois, como se verificou no capítulo anterior, pode o enriquecimento sem causa dar-se independentemente da existência de um *pagamento*, tomada a palavra na sua acepção técnica. Por outro lado, conforme também se verá no momento oportuno, situações há em que os limites da ação de restituição fundada no pagamento indevido, tal como prevista em lei, excluem hipóteses em que, pelo princípio geral, haveria enriquecimento sem causa, desta forma resultando nítida a relação de espécie e gênero entre um e outro.

Desta forma, o exame do pagamento indevido, tal como expressamente regulado na lei, justifica-se na medida em que constitui um «*caso particular de enriquecimento sem causa*», ⁽¹¹⁰⁾ contribuindo, portanto, para a compreensão do fenômeno mais amplo do qual não é senão uma manifestação concreta e fragmentada, que mereceu do Código Civil expressa regulamentação. Neste sentido, sempre tendo em vista o princípio geral no qual está inserido, destacamos apenas alguns aspectos da disciplina legal conferida ao pagamento indevido.

⁽¹⁰⁸⁾ Orlando Gomes, *op. cit.*, pp. 298-299.

⁽¹⁰⁹⁾ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, Vol. 4, 1.ª Parte, Saraiva, São Paulo, 26.ª edição, 1993, p. 267 e segs.

⁽¹¹⁰⁾ Antunes Varella, *op. cit.*, p. 180.

2. O pagamento voluntário — prova do erro

O Código Civil, nos artigos 964 e 969, define o que seja o pagamento indevido para efeito de conferir ao *solvens* o direito à restituição. É indevido o pagamento realizado com a intenção de solver dívida inexistente — indébito objetivo — e o pagamento que, embora extinguindo obrigação existente à época de sua realização, seja efetuado por quem não é devedor — indébito subjetivo.

Em ambos os casos, a lei erige como condição para o direito à restituição que o pagamento, se voluntário, haja sido efetuado por erro. Eis os termos taxativos do art. 965:

«Ao que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro».

Para Clovis Bevilacqua, ⁽¹¹¹⁾ a questão não oferece maiores dúvidas. À míngua de prova do erro, presume-se, alternativamente, ter o *solvens* cometido uma liberalidade ou ter ele interesse em dissimular a verdadeira causa da obrigação, que, se de fato existia, impede a caracterização do pagamento como indevido.

A singeleza do raciocínio do Mestre, no entanto, não parece corresponder às dúvidas que hoje tal dispositivo suscita, a começar pela própria redação do dispositivo do Código. Com efeito, se alguém voluntariamente *pagou* o indevido, é porque incorreu em erro. Melhor seria se a lei se referisse àquele que *alega ter pago o indevido*... ⁽¹¹²⁾ Mas as perplexidades não param aí. É tudo menos óbvio presumir-se uma liberalidade...

O comentário de Orlando Gomes acerca do dispositivo é bem eloquente no demonstrar a sua complexidade:

«O ônus da prova incumbe ao autor da ação de repetição, isto é, a quem alega ter pago indevidamente. Não é difícil provar, porque quem prova ter pago sem pree-

⁽¹¹¹⁾ Clovis Bevilacqua, *Comentários*..., p. 100.

⁽¹¹²⁾ Cf. Pontes de Miranda (*op. cit.*, p. 163); «Quem pagou *per errorem* tem a *condictio*; se o faz *sciens*, houve doação. Mas a contradição estala: quem doa não *paga*, ainda que preste cientemente. Adimplir o que *seria* dívida não é doar; para que se doe, é preciso que não se deva o que se dá».

xistir obrigação tem a seu favor a presunção de que pagou por *erro*». ⁽¹¹³⁾

A presunção de que nos fala o autor parece, num primeiro exame, contradizer o texto da lei. O ônus da prova recai sobre o *solvens* precisamente em razão de contra ele militar a presunção de que foi cometida uma liberalidade. A prova do erro é, por isso mesmo, necessária para que semelhante presunção *legal* seja ilidida.

No entanto, se o conteúdo aparente da norma parece contrário às conclusões de Orlando Gomes, é comum encontrar na doutrina interpretações que, como a dele, visam a mitigar o seu rigor ou, quando menos, a questioná-lo. ⁽¹¹⁴⁾ Neste sentido, Carvalho de Mendonça, em parecer citado por Carvalho Santos, restringe a exigência da prova do erro àquelas hipóteses em que, pelas circunstâncias concretas que se apresentem, se configure a presunção de que houve uma doação:

«O pagamento voluntário que neutraliza a ação de repetição é aquele que faz presumir uma doação». ⁽¹¹⁵⁾

As razões desta conclusão são assim aduzidas por Carvalho de Mendonça:

«Feita a prova de que se pagou o que não se devia resulta como consequência lógica e presumível que se pagou por erro. Ninguém pode ser reputado tão descuidado do que é seu que voluntariamente dissipe seus bens. Todo o pagamento implica uma obrigação que tende a solver: consequentemente, quem provar ter pago sem obrigação preexistente, tem por isso mesmo provado que o fez por erro e então incumbe a quem recebeu demons-

⁽¹¹³⁾ Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 300.

⁽¹¹⁴⁾ Cf., no plano das críticas, Antunes Varella (*op. cit.*, p. 183): «A presunção não é de todo fundada, porque não faltam casos em que a pessoa paga na *dúvida* sobre a existência da dívida, ou persuadida até da inexistência desta, com o simples intuito de evitar a ação judicial da outra parte ou o risco da sua condenação (injusta), por não dispor do necessário documento de quitação».

⁽¹¹⁵⁾ J. M. de Carvalho Santos, *op. cit.*, p. 398.

trar que existia causa para o pagamento, ou excluir a prova de ausência de causa». ⁽¹¹⁶⁾

Este jogo de presunções — ora contrárias ao *solvens*, ora dispensando-o de provar o erro — já é, por si só, demonstrativo das controvérsias geradas pelo dispositivo em referência.

E não podia ser diferente. Com efeito, longos debates se poderiam aqui travar sobre o que se deve entender por *pagamento voluntário*. A tendência, hoje, parece ser a de reduzir o espectro de voluntariedade a hipóteses em que a mesma seja patente. Seguindo estes passos, o recente Código de Defesa do Consumidor inverteu o ônus da prova, estabelecendo, no parágrafo único do artigo 42, que:

«O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, *salvo hipótese de engano justificável*» (grifo nosso).

Neste caso, parece ter o legislador entendido que a *cobrança* da quantia desfigura a voluntariedade do pagamento, desta forma não se cogitando da prova do erro como essencial à caracterização do indébito.

Com efeito, a pedra de toque para a interpretação do dispositivo do Código Civil parece estar no conceito de voluntariedade. O erro representa falta de ciência, por parte do *solvens*, da inexistência do débito. Para que se caracterize a voluntariedade, no entanto, não apenas deve o *solvens* estar ciente da falta de justificação, como, sobretudo, prestar em condições de absoluta espontaneidade, sem qualquer espécie de provocação por parte do *accipiens*. Demonstrado, pelo autor da ação de repetição, que o pagamento se dera a partir de provocação, ainda que não caracterizadora de coação, por parte do réu, caberá a este — e aqui se

⁽¹¹⁶⁾ M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações ou Teoria Geral dos Direitos de Crédito*, Tomo I, Revista Forense, 4.ª edição, 1956, comentada e atualizada por José de Aguiar Dias, p. 493.

alude à presunção antes referida por Orlando Gomes — demonstrar inexistir qualquer atitude sua capaz de descaracterizar a espontaneidade da *solutio*. Uma vez espontâneo, desfigurado estará o *pagamento*, não mais se cogitando de causa que o justifique, mas sim de uma liberalidade cujos efeitos são imutáveis, por isso que produzidos em conformidade com a lei.

É precisamente a partir de uma intelecção mais restrita do que seja a voluntariedade — justificável na medida em que se trata de uma exceção — que hoje se entende ser restituível o imposto pago indevidamente: a simples ameaça de sofrer medidas judiciais, ainda que se tenha ciência de que o tributo não é devido, impede seja o pagamento caracterizado como voluntário. ⁽¹¹⁷⁾

Da mesma forma, a simples dúvida acerca da existência ou não de dívida já se nos afigura suficiente para que a voluntariedade seja desfigurada: quem paga porque receava ser a prestação devida não paga *voluntariamente*.

Assim é que, sem aderir à tese extremada de Carvalho de Mendonça, nos parece que a aplicação do dispositivo deve pautar-se pelas circunstâncias do caso concreto. Vale dizer: a voluntariedade e o erro não são conceitos rígidos, variando até mesmo em razão da atividade daqueles que os aleguem em seu proveito. Por outras palavras, não é razoável que os pagamentos efetuados por um banco e por uma pessoa de pouca experiência em transações comerciais possam ser analisados, para efeito de se caracterizar a voluntariedade e o erro, a partir de premissas idênticas. Trata-se de elementos subjetivos que, como tal, não se sujeitam a uma conceituação objetiva e apriorística, dependendo das circunstâncias trazidas pelos casos concretos.

Sobre a importância do exame das condições pessoais daquele que se pretende beneficiar do erro, Silvio Rodrigues — embora não se refira ao erro do art. 964, mas àquele elencado como defeito do ato jurídico — oferece-nos subsídios doutrinários e jurisprudenciais que reforçam a linha de raciocínio até aqui exposta.

⁽¹¹⁷⁾ Pode igualmente justificar a restituição do imposto o fato de ser ele ilegal, sendo por isto nula a sua cobrança. Neste caso, porém, não mais se cogita de *pagamento*, mas de verdadeiro confisco, sequer havendo necessidade de recorrer à dogmática do pagamento indevido.

O autor sustenta que o erro inescusável não configura defeito do ato jurídico — irrelevante se o pressuposto da escusabilidade não foi expressamente contemplado na lei — eis que ínsito à própria ideia de erro como causa de anulação do contrato. Se é certa a inadmissibilidade do erro inescusável, certo é também que a *inescusabilidade* não pode ser determinada senão em face das circunstâncias concretas do caso. Com arrimo na jurisprudência, o autor assim pondera:

«Noutro aresto, por igual, se reafirma a necessidade de o erro ser escusável, para poder aproveitar a quem o alega. *Apenas o critério para apurar a culpa varia; em vez de ser o abstrato, baseado no comportamento de um homem de diligência ordinária, considera-se o caso concreto, ou seja, levam-se em conta as condições pessoais de quem errou.*

Diz o arresto:

«*O erro que dá causa à anulação do contrato é o erro escusável, cumprindo a esse propósito examinar as condições pessoais da parte que o alega. Não o pode invocar, em relação ao terreno comprado e que não serve para construção, em virtude de recuo determinado pela Municipalidade, o construtor que deve, por força de sua actividade, estar a par das deliberações da Prefeitura no tocante à sua especialidade*» (in *Rev. Forense*, 90/438) (grifamos). ⁽¹¹⁸⁾

O erro como pressuposto da obrigação de restituir

Até o momento, vimos discutindo acerca da caracterização da voluntariedade e do erro para efeito de se configurar o pagamento indevido. Uma vez necessária a prova do erro sempre que se verificar uma prestação voluntária, cumpre indagar se, em razão da

⁽¹¹⁸⁾ Silvío Rodrigues, *Direito Civil, Parte Geral*, Volume I, Saraiva, São Paulo, 23.^a edição, 1993, p. 203.

singularidade do efeito que, neste caso, a lei atribui ao erro do *solvens* — ilidir a presunção de liberalidade —, a este erro se aplicam as considerações pertinentes ao erro que tem por efeito a anulação do ato jurídico (CC arts. 86 a 91).

A este respeito, adotamos a posição defendida por Fernando Noronha, para quem a exigência de que se prove o erro no pagamento feito voluntariamente, por ter a função específica de ilidir uma presunção de liberalidade, é menos rígida do que aquela contemplada em geral para a anulação dos negócios jurídicos. Pode-se mesmo fazer um paralelo com a noção de voluntariedade, que, como vimos de ver, é restrita, descaracterizando-se o pagamento dito voluntário, ainda que não se configure uma atitude do *accipiens* capitulável como coação. O autor explica:

«Sendo esta a razão de ser da exigência da prova do erro no pagamento indevido, compreende-se que aqui, e diversamente do que acontece em geral nos negócios jurídicos, qualquer erro de direito ou de fato, substancial ou não, justifique a repetição do indevido. Esta até é possível quando não tenha havido erro e o *solvens* só tenha pago algo que sabia não dever por haver sido compelido a tal, em circunstâncias similares à da coação, mas que não sejam suficientes para caracterizar esta, como vício do negócio jurídico». ⁽¹¹⁹⁾

3. Termo e condição

Outra questão controvertida na disciplina do pagamento indevido diz respeito à disposição contida no art. 964, *in fine*:

«A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição».

Trata-se da hipótese de uma dívida sujeita a condição suspensiva, que é paga antes do implemento da condição. Poder-se-ia afirmar, a princípio, que o dispositivo contém uma norma supér-

⁽¹¹⁹⁾ Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 70.

flua, uma vez que o pagamento de dívida condicional antes de cumprida a condição configura hipótese de pagamento de dívida inexistente, e, portanto, enquadrável na hipótese geral do *caput* do art. 964. Ocorre que, ao referir-se expressamente à dívida condicional, o legislador parece ter pretendido excluir da disciplina do pagamento indevido o pagamento de obrigação a termo, efetuado antes do advento deste.

Como é sabido, a condição distingue-se do termo na medida em que este é de ocorrência certa, enquanto aquela se define como um fato futuro e *incerto*. Disto decorre que o direito subordinado a uma condição suspensiva não é adquirido antes que esta se implemente, ao passo que, sujeito a um termo inicial, apenas o exercício do direito é suspenso, mas não a sua aquisição. Trata-se da conclusão deduzível da conjugação dos artigos 118 e 123 do Código Civil, que assim dispõem:

Art. 118 — Subordinando-se a eficácia do ato a condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Art. 123 — O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito.

Assim é que, paga a dívida antes do advento do termo inicial, não haveria lugar, no âmbito do pagamento indevido, à restituição daquilo com que o *accipiens* se haja enriquecido, como decorrência do pagamento antecipado. Trata-se, entretanto, de uma hipótese em que, especialmente em tempos de elevada corrosão monetária, se pode caracterizar um enriquecimento sem causa em favor do credor, que recebe uma mesma quantia em data anterior ao vencimento da dívida.

Neste sentido, o Código Civil português regulou a matéria da seguinte forma:

«Art. 476, n.º 3 — A prestação feita por erro desculpável antes do vencimento da obrigação só dá lugar à repetição daquilo com que o credor se enriqueceu por efeito do cumprimento antecipado».

De lege ferenda, entendemos ser a solução do Código Civil português recomendável para o nosso sistema. Com efeito, se o pagamento indevido pressupõe a inexistência do débito, o termo, por não repercutir sobre a aquisição do direito, mas tão-somente sobre o seu exercício, não deve dar lugar à repetição, pois que indébito não existe. Deve dar lugar, isto sim, a uma pretensão geral de enriquecimento sem causa, incidente sobre o lucro do *accipiens*, mais precisamente sobre a correção monetária e os juros legais que a antecipação do pagamento houver originado.

Neste sentido, o Projeto de Código de Obrigações, de 1965, consignou que:

«Art. 891 — Se o devedor, ignorando o termo, paga dívida antes do vencimento, pode repetir, no limite do prejuízo, o enriquecimento consequente à antecipação, não lhe assistindo entretanto qualquer direito se solver conscientemente a obrigação antes de expirado o prazo».

O erro do *accipiens* é irrelevante para efeito de se configurar o pagamento indevido. Ainda que este aceite a prestação persuadido de que tal resulta de uma liberalidade do *solvens*, mesmo assim é obrigado a restituir. No entanto, para efeito de se quantificar a obrigação de restituir, a boa ou a má fé do adquirente assume relevância. É o que se passa a demonstrar.

4. Objeto da restituição

A quantificação da obrigação de restituir depende do exame da situação do *accipiens*, no que se refere à boa ou má fé da sua conduta. Assim é, por exemplo, em relação a *frutos, acessões e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido* (art. 966), aos quais o Código determina sejam aplicados os artigos 510 a 519, que procedem à disciplina dos efeitos da posse a partir, precisamente, da boa ou da má fé do possuidor.

A boa fé é igualmente considerada pelo disposto no art. 969, que determina que, recebido indevidamente um imóvel, e vindo este a ser alienado de má fé, o *accipiens* é obrigado não só à res-

tituição do respectivo preço, como também ao pagamento das perdas e danos correlatas. A reivindicação, no caso, só cabe se o terceiro adquirente estava de má fé ou se o imóvel lhe foi atribuído a título gratuito. Neste último caso, abstrai-se a primeira transferência, resolvendo-se o pagamento indevido como se a coisa dada em pagamento houvesse sido adquirida diretamente pelo terceiro.

5. Casos em que se exclui a obrigação de restituir

Os artigos 969, 970 e 971 do Código Civil disciplinam os casos em que não cabe a obrigação de restituir.

O primeiro dos artigos citados contempla a hipótese de pagamento subjetivamente indevido, em que o *accipiens*, recebendo esse pagamento por conta de dívida verdadeira, por isso se libera dos meios que tinha de exigí-la. Neste caso, o *solvens*, que pagou dívida na verdade devida por um terceiro, fica impedido de acionar o *accipiens*, mas pode, por via regressiva, acionar o verdadeiro devedor ou seu fiador. Desta forma, evita-se uma possível fraude entre o devedor e o *solvens* que alegasse ter pago em erro.

É igualmente irrepetível o que se paga por uma dívida prescrita ou por uma obrigação natural. Em ambos os casos, o débito existe, pelo que não há que se cogitar de restituição do *indevido*. Note-se, porém, que, se o pagamento indevido, mesmo de obrigação natural ou prescrita, se realizar por erro, é ele restituível, em face dos princípios gerais que se aplicam à matéria.

Finalmente, não cabe restituição se o que foi indevidamente dado em pagamento tinha em vista a consecução de um fim imoral ou ilícito (art. 971). Já tivemos oportunidade de comentar este dispositivo, por ocasião da abordagem histórica do princípio do enriquecimento sem causa, mais precisamente da *condictio ob turpem vel iniustam causam* (Capítulo I)

Além do pagamento indevido, o Código Civil contém inúmeras outras disposições reputadas tributárias ao princípio do enriquecimento sem causa. Orlando Gomes, a título de exemplificação, cita os artigos 513, 515, 541 (atual art. 20 do Código de

Águas), 613, 964, 1332 e 1339. ⁽¹²⁰⁾ O professor Caio Mário, por sua vez, refere-se ao princípio do enriquecimento sem causa ao tratar do pagamento feito ao incapaz (art. 936) ⁽¹²¹⁾ e da novação, quando a nova obrigação for inoperante. ⁽¹²²⁾ Tendo em vista que o presente trabalho tem por escopo o exame do princípio, e não de suas particularizações, não nos vamos deter na análise pormenorizada de tais hipóteses, o que desvirtuaria os fins a que se presta a monografia.

CAPÍTULO IV

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA PELOS TRIBUNAIS

1. Considerações preliminares

Este capítulo ocupa-se do exame de julgados que qualificam o enriquecimento sem causa como um princípio e, nesta condição, o aplicam como razão de decidir. Reportamo-nos, portanto, às considerações inicialmente feitas na Introdução, em que definimos como perspectiva o estudo do enriquecimento sem causa a partir de sua conceituação como um princípio geral de direito.

Trata-se de uma análise exemplificativa. A amostragem, formada de dez acórdãos, não se pretende conclusiva, na medida em que as decisões destacadas só o foram porque contribuem para a reflexão, não constituindo, ao menos intencionalmente, um elemento de convicção em favor de uma ou outra das teses nelas defendidas.

O presente capítulo é estruturado a partir das decisões selecionadas, objeto do item 2 abaixo, cada uma delas indicada por algarismos romanos.

⁽¹²⁰⁾ Orlando Gomes, *Obrigações*, Forense, Rio de Janeiro, 4.^a edição, 1976, p. 305.

⁽¹²¹⁾ Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 123.

⁽¹²²⁾ Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 163.

2. A aplicação do enriquecimento sem causa como um princípio

Vimos no Capítulo II que a inexistência de uma causa justificativa é um dos pressupostos da obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa. Naquela oportunidade, destacamos a lei e os atos jurídicos como duas categorias de causas que, uma vez configuradas, impedem seja o enriquecimento considerado injustificado.

Ocorre que, sob o argumento de que se trata de um princípio geral de direito, os Tribunais vêm decidindo de encontro à lei e aos contratos. A seguir, dez decisões são transcritas em seus trechos principais e comentadas especificamente no que diz respeito a uma aparente tendência dos Tribunais no sentido de não admitir a procedência legal ou contratual de um ganho patrimonial como impositiva de sua caracterização como um enriquecimento sem causa.

I — EMENTA: «*Correção Monetária. Mútuo rural. Incidência. Evolução dos fatos econômicos e construção pretoriana. Regra Moral. Invocação de ofensa à Lei 4.829/65, ao Dec.-Lei 167/67 e ao art. 145, II, do CC brasileiro. Dissídio notório. Recurso desprovido.*

1. *Mesmo que se admita que a intenção inicial do legislador tenha sido a de excluir a correção monetária dos mútuos rurais, a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a sua não incidência, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa, recordada, ainda, a lição de que a regra moral está acima das leis positivas.*

2. *Construção pretoriana e doutrinária, antecipando-se ao legislador, adotando a correção como imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à justa composição dos danos e ao fiel adimplemento das obrigações, dispensou a prévia autorização legal para a sua aplicação. (...)» (Resp. n.º 2.122 — MS, 4.ª T. do STJ, j. 14.5.90, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in RT 668/167 — Junho de 1991)*

Esta decisão foi citada na Introdução para ilustrar a abrangência que parte da jurisprudência vem atribuindo ao princípio do

enriquecimento sem causa. Agora, que já temos mais subsídios para analisá-la, o acórdão reveste-se de maior significação.

Inicialmente, observa-se que o tema *correção monetária* é daqueles que mais dão ensejo a decisões fundadas no repúdio ao locupletamento injusto. Com efeito, a não previsão legal de actualização monetária, em confronto com a alta inflação, gera uma situação de fato quase esquizofrênia, que os juízes houveram por bem mitigar com fundamento no princípio em exame.

O recurso especial em análise tem como tema central a legalidade da correção monetária em sede de crédito rural. Conhecido com fundamento na divergência pretoriana (alínea «c», III, do art. 105 da CF), o recurso suscita a questão que, para o Relator, constitui «um dos mais polêmicos temas em apreciação na jurisprudência nacional de nossos dias». O cerne de toda esta controvérsia reside na interpretação da Lei 4.829/65, que institucionalizou o crédito rural, prevendo a incidência de juros, mas silenciando acerca da correção monetária. A intenção do legislador, exposta no art. 1.º da referida lei, era fomentar o desenvolvimento da atividade rural através da instituição de sistemas facilitados de financiamento. Assim, embora constante do projeto original (Projeto 3.125/65), a previsão de correção monetária veio a ser vetada, não mais dispondo a lei a este respeito.

Neste sentido, argumenta o recorrente o não cabimento da correção monetária em sede de crédito rural, alegando que a legislação específica que regula tal modalidade de crédito não a permite. A inexistência de lei autorizadora da incidência de correção monetária constituiria, de acordo com as razões do recorrente, empecilho ao deferimento de qualquer reajuste, salvo a hipótese, no caso inexistente, de derivar tal mandamento da Constituição Federal. Alega, por fim, que a convenção contrária à lei é nula, a teor do art. 145, II, do CC: «É nulo o ato jurídico: (...) II — Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto».

Embora a decisão no sentido de se confirmar a incidência de correção monetária tenha sido unânime, há que se registrar que o voto do Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo, é o que, pelos fundamentos utilizados, transcritos na ementa, mais diretamente se liga à discussão acerca da efetividade do princípio do enriquecimento sem causa. Com efeito, ambos os Ministros Barros Mon-

teiro e Bueno de Souza decidem pela incidência da correção monetária, fundados em que as normas invocadas no apelo do recorrente não a excluiriam. Desta forma, a convenção no sentido de que se reajustasse o valor devido era válida e de observância obrigatória entre as partes. Assim, o princípio do enriquecimento sem causa é invocado, não como razão de decidir, mas como um mero reforço à constatação da legalidade, *in casu*, da correção monetária. Nota-se bem a preocupação, especialmente no voto do Ministro Bueno de Souza, em consignar que, se a legislação reguladora do financiamento rural houvesse, como queria supor o recorrente, vedado a correção monetária, esta não se aplicaria, por contrária à lei. O trecho abaixo transcrito ilustra a utilização do princípio do enriquecimento sem causa como forma de reafirmar o que já se encontra disposto na lei, e não de se lhe contrapor:

«Para o caso dos autos, não há norma especial excludente da correção monetária: o simples fato de as normas a que aludem os litigantes não se referirem, de modo expresso, a disposições autorizadoras da correção monetária não tem o alcance de afastar sua incidência, decorrente de princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa».

Ao contrário, o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo dá ao princípio do enriquecimento sem causa uma efetividade mais ampla, discorrendo extensamente sobre a *justiça* da correção monetária, ainda que não pactuada. A propósito, o Ministro cita o professor Geraldo Vidigal para afirmar que:

«(,,,) a sua aplicação (de correção monetária) seria indissoluvelmente necessária em *todos* os contratos de crédito, *por considerações elementares de justiça*, de ordenação tolerável do convívio social, de circulação e distribuição eficiente e *equitativa* dos recursos do crédito, de forma a poderem irrigar toda a atividade produtiva» (grifo nosso).

Ao longo do voto do Ministro Relator, resta clara a intenção de dar à lei uma interpretação sistemática, condizente com a teleo-

logia do ordenamento. Assim, parece razoável inferir de seu raciocínio que, embora não faça uma afirmação expressa neste sentido, o Ministro teme uma interpretação — tal como a de seus colegas — literal, pois poderia levar a uma conclusão oposta àquela mais condizente com os imperativos de justiça e de equidade tantas vezes citados em seu voto. Com efeito, se a simples omissão da lei já fosse suficiente para que não houvesse empecilho ao estabelecimento de correção monetária, não haveria necessidade de se invocar, como o faz o eminente Ministro, o magistério de Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, v. XII, 23), para afirmar que as leis devem ser interpretadas «*com o espírito ao nível de seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade ambiente*».

O que se deve destacar a respeito desta decisão é a tendência, a partir dos fundamentos utilizados especialmente pelo Ministro Relator no sentido de que, em nome do princípio do enriquecimento sem causa, seja aplicada a correção monetária *em qualquer hipótese*. Este raciocínio demonstra a fragilidade da classificação das causas legitimadoras do enriquecimento, abordada no Capítulo II. Vimos, então, que a doutrina elenca como tais a lei e os negócios jurídicos, ambos relativizados, na decisão em tela, na sua função de impedir a configuração de um enriquecimento injustificado.

Ressalte-se, porém, que a jurisprudência acerca da matéria concreta discutida nestes autos se firmou no sentido de que a legislação ordinária aplicável ao crédito rural não impede a incidência de correção monetária (Súmula 16 do STJ), não havendo mais necessidade, portanto, de se invocar o princípio do enriquecimento sem causa, o que, entretanto, não lhe retira a importância como fator determinante desta evolução.

II — EMENTA: «*Correção Monetária. Início de incidência. Ação ordinária de cobrança de cheque e de notas promissórias. Restabelecimento do voto que mandou pagar a correção monetária a partir do protesto das notas promissórias. Discussão sobre a natureza da ação e das obrigações. Entendimento de que está superada a Lei federal 6.899/81. Voto vencedor e votos vencidos*». (EInfrs. n.º 408.884-6/1, 2.ª C. Cível do TASP, j. 21.3.90, Rel. Juiz Rodrigues de Carvalho, in RT 663/99-Janeiro de 1991)

Deparamo-nos, novamente, com a aplicação do princípio do enriquecimento sem causa em tema de correção monetária. O enriquecimento sem causa é aplicado como um princípio geral ao qual se confere eficácia não apenas supletiva, mas verdadeiramente normativa, na medida em que capaz de se sobrepor à legislação específica que o contrarie, tornando-a, como consigna a ementa oficial, «superada».

Trata-se de embargos infringentes opostos contra a decisão que fixou, como termo inicial da correção monetária, a data da propositura da ação ordinária de cobrança. Tal entendimento firma-se na combinação dos dispositivos contidos nos §§ 1.º e 2.º do art. 2.º da Lei 6.899/81, que fixam, para as *execuções* de títulos de dívida líquida e certa, a data do respectivo vencimento como termo inicial da correção monetária e, para os *demais* casos, a data do ajuizamento da respectiva ação. O embargante requer prevaleça o voto vencido, que entendeu cabível a correção desde a data da apresentação do cheque e do protesto das notas promissórias, muito embora a hipótese não fosse de execução, pois a prescrição do título determinou a sua cobrança através de um processo de conhecimento.

Decidiu a maioria, no entanto, dar provimento aos embargos, retroagindo a correção monetária à data do vencimento da obrigação, e assim o fez por entender que a Lei 6899/81, cuja aplicabilidade ao caso concreto é indiscutível, já «cumpriu sua missão histórica», sendo tarefa do hermeneuta «atualizá-la». Eis os termos do voto do Juiz Bruno Netto, que expressam a tese vencedora:

«A Lei 6.899/81 cumpriu sua missão histórica, estando superada pelos fatores sócioeconômicos, que exigem do intérprete, do hermeneuta, num momento zetético, um ato criativo, ampliando os seus limites, modificando-a pelos usos e costumes, pela realidade social, buscando, dentro de sua própria motivação de existência, a motivação da existência de modificação que lhe dá atualidade, modernidade. Em resumo, o princípio axiológico de justiça que a inspirou, seu espírito, é a mesma motivação atualizadora. (...)

Assim, para se evitar o «ludíbrio ao credor» ou, em sentido inverso, em nome do princípio que veda o enriquecimento sem

causa por parte do devedor, é dever do aplicador do direito julgar conforme a evolução dos fatos sociais e econômicos, adotando a correção monetária, mesmo que em oposição a norma expressa. Embora tal não seja dito com todas as letras, não se pode inferir conclusão diversa do raciocínio do Juiz Bruno Netto, *verbis*:

Diante disso, não se pode negar o grande e relevante papel que deve desempenhar a jurisprudência na reestruturação do direito do credor, a justificar que o juiz antecipe-se, muitas vezes ao legislador na integração do fenômeno jurídico, adotando em suas decisões a correção monetária das dívidas em dinheiro, decorrentes de títulos de crédito, para que ela não se constitua um ludíbrio ao credor».

A este argumento opõe-se a tese legalista. Enquanto o fundamento da maioria é o princípio do enriquecimento sem causa, o voto vencido, de autoria do Juiz Sena Rebouças, rejeita, em reverência à legalidade sobre a qual se ergue o nosso sistema jurídico, possa um princípio contrapor-se ao texto expresso da lei. O papel da jurisprudência é, portanto, residual, não lhe cabendo, em qualquer hipótese, inovar, muito menos decidir em confronto à lei aplicável ao caso concreto:

«No Brasil, o sistema é legal; decorre de lei em pleno vigor, lei que não ofende o sentimento ético geral (...) e, pois, não admite o fundamento «*cessante ratione...*» que lhe opõe a d. maioria (ofensivo do art. 2.º da LICC), não havendo espaço para criação do Direito através da jurisprudência. Qualquer tentativa, longe de representar a antecipação do juiz ao legislador (porque o legislador já se antecipou) e longe de configurar *das richtige Recht* (porque vai justamente afrontá-lo), resultará em sentença contrária a texto expresso da lei federal, pressupondo recurso especial para o STJ (CF de 1988, art. 105, III, «a») e de ação rescisória (CPC, art. 485, V)».

Conclui o voto vencido do Juiz Sena Rebouças:

«Tudo isso está em vigor através de lei, não havendo como pleitear, menos ainda como decidir *contra legem*.

Ao contrário do r. entendimento em sentido oposto, não se cuidando de dívida de valor, mas de dinheiro, e não existindo execução, mas cobrança através de um processo de conhecimento, aplica-se o art. 1.º, § 2.º, da Lei federal 6.899/81, calculando-se a correção monetária do principal a partir do ajuizamento da ação».

A extensão do princípio do enriquecimento sem causa em face de lei expressa que com ele seja incompatível é, portanto, o cerne da discussão. Ressalta-se neste acórdão o fato de tal discussão não permanecer subjacente ou secundária em relação a outras controvérsias jurídicas, mas, ao contrário, ser enfrentada de forma explícita e — o que é ainda mais revelador — ser a eficácia do princípio *contra legem* a razão de se decidir.

III — EMENTA: «*Administrativo — Correção Monetária — A atualização do valor do débito resulta do princípio que veda enriquecimento sem justa causa. Cumpre ajustar o valor formal ao valor substancial. Nesse quadrante, não se deve conferir a títulos de dívida líquida e certa (Lei n.º 6899/81) significado restrito, eminentemente formal, de documento que enuncie a dívida, revestido das formalidades legais. Compreende qualquer relação jurídica que defina, de modo constatado pelo devedor, a existência e o quantum da dívida. Nesse caso, o devedor não é tomado de surpresa e sabe da obrigação. Não a satisfazendo, evidencia o propósito de resistir à pretensão do credor*». (REsp. n.º 27.326-6-SP, 6.ª T. do STJ, j. 29.9.92, Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, in Revista do Sup. Trib. Just., a. 5 (42), p. 462-Fevereiro de 1993)

Confirmando a tese exposta na decisão anterior, oriunda do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, este acórdão, agora do Superior Tribunal de Justiça, defende uma interpretação flexível, *sistemática*, da Lei 6899/81, de forma a retroagir a incidência da correção monetária à data do vencimento da obrigação, ainda que não se trate de uma execução, como previsto na citada Lei.

Trata-se, segundo o Ministro Relator Vicente Cernicchiaro, de «*ponderar o aspecto material*», fazendo incidir a regra relativa às execuções de títulos de dívida líquida e certa a toda a relação jurí-

dica que defina, «*de modo constatado pelo devedor, a existência e o quantum da dívida*». Mantendo-se a mesma terminologia utilizada pelo Ministro, poderíamos extrair de seu raciocínio a conclusão de que o referido aspecto *material* corresponde ao princípio do enriquecimento sem causa e, como tal, deve sobrepor-se ao aspecto *formal*. Identifica-se, portanto, a lei com a formalidade, o que é uma conclusão, quando menos, pouco óbvia.

Registre-se, ainda, que, por se tratar de um débito da Administração Pública, decisões como esta são ainda mais expressivas da tendência em se buscar, através do princípio do enriquecimento sem causa, soluções consideradas *materialmente* justas, mesmo que em prejuízo do texto expresso da lei. Isto porque, além de se empregar um princípio como técnica hermenêutica que resulta em descumprimento dos termos expressos da lei aplicável, a hipótese, em tese, estaria sujeita aos princípios regedores do direito administrativo, notadamente o princípio da estrita legalidade. ⁽¹²³⁾

IV — EMENTA: «*Correção Monetária — Débito da fazenda Pública — Incidência sob pena de se beneficiar indevidamente com o atraso no pagamento — Atualização, ademais, decorrente do dever de probidade e seriedade no trato da coisa pública*». (AL n.º 445.543-0, 7.ª C. Cível do TASP, j. 28.8.90, Rel. Juiz Régis de Oliveira, in RT 669/113 — Julho de 1991)

Aqui, ainda em sede de direito administrativo, prevalece a tese que considera o princípio do enriquecimento sem causa opo-nível à Administração, ainda que a lei pertinente às ações de desapropriação, invocada pela Fazenda Pública, não admitisse a atuali-

⁽¹²³⁾ Em reverência precisamente ao princípio da legalidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo já havia fixado entendimento segundo o qual a não previsão de correção monetária em contrato administrativo impede seja a mesma cobrada sobre as parcelas pagas com atraso, sob pena de se transpor indevidamente os limites pactuados, considerada irrelevante a circunstância de assim se promover um enriquecimento do Poder Público em detrimento do particular que com ele contrate. (Ap. n.º 128-358-1, 1.ª C. Cível do TJSP, j. 25.9.90, Rel. Des. Roque Komatsu, in RT 669/80-Julho de 1991)

zação do débito senão a partir de um ano de atraso (no caso haviam decorrido 10 meses). ⁽¹²⁴⁾

Sustenta o Relator, com amparo no princípio do enriquecimento sem causa, a inaplicabilidade de tal dispositivo legal:

«A lei relativa às ações de desapropriação que estabelece a não atualização se não a contar de um ano a partir da data de apresentação do laudo é de inconstitucionalidade gritante. É dever do Poder Judiciário resguardar os direitos lesados e restaurar a ordem jurídica, quando agredida».

Trata-se, portanto, de conceber *agredida a ordem jurídica* por uma lei que contrarie um princípio que nela não está expresso, mas que se reputa implícito no sistema normativo e vinculativo das normas que o integram.

Com relação ao fato de se tratar de um débito de natureza administrativa, sujeito, portanto, ao princípio constitucional da legalidade (art. 37, CF), o Juiz Relator Régis de Oliveira mostra-se irredutível ao afirmar taxativamente que:

«Mais que ninguém, o administrador tem o dever de probidade e de seriedade no trato com a coisa pública. Em consequência, não pode pensar em não pagar a correção monetária de seus débitos, sob pena de beneficiar-se indevidamente com o atraso no pagamento».

V — EMENTA: «Condomínio — Cobrança de quotas condominiais — Correção monetária. Mesmo omissa a convenção acerca da correção monetária, tem esta incidência, atualizando-se o débito, pois o contrário constituiria verdadeiro enriquecimento sem causa, dado o elevado percentual inflacionário». (Ap. Cív. n.º 60.990, 2.ª C. do TARJ, j. 30.06.88, Rel. Juiz Paulo Sérgio Fabião, in RF 309/143, Março de 1990)

⁽¹²⁴⁾ Registe-se, a propósito, existência de Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, estipulando que o termo inicial da correção monetária na desapropriação, prevista no § 2.º do art. 26 do Dec.-Lei 3365/41, é o laudo de avaliação (S. do TFR).

Mais uma vez o princípio do enriquecimento sem causa constitui a razão de se decidir em oposição a uma norma legal expressa. Assim considera o Juiz Relator:

«É certo que a regra constante do § 3.º do art. 12 da Lei n.º 4591/64 somente prevê a incidência da correção monetária se a convenção estipular. Porém, verifica-se que a convenção data de 24.10.44, não prevendo a incidência de correção, como é óbvio de se compreender, pois naquela época a espiral inflacionária não era tão gritante como nos dias atuais».

O princípio passa a ter a função não mais supletiva, de aplicação em caso de lacuna legal, mas de recurso primário de interpretação da norma e dos contratos. Interpretação esta que, neste e nos demais casos citados, resulta numa decisão discrepante — senão contrária — do texto expresso da lei.

VI — EMENTA: *«Devida correção monetária durante a vigência de plano governamental de reforma econômica se verificada continuidade do processo inflacionário no período. A aplicação do princípio do nominalismo, nas circunstâncias, importaria ofensa ao princípio da boa-fé, propiciando enriquecimento sem causa».* (Ap. Cív. n.º 434.987-7, 2.ª C. Cível do TASP, j. 8.5.91, Rel. Juiz Sena Rebouças, in RT 672/128 — Outubro de 1991)

Os planos governamentais de estabilização econômica, quando instituídos através de um sistema de normas que veda a correção monetária, também dão ensejo à discussão acerca da aplicação do princípio do enriquecimento sem causa, invocado como fator determinante da incidência de atualização, com isto se descumprindo leis específicas que proíbam tal reajuste.

Embora as circunstâncias sejam diversas daquelas que motivaram as decisões acima citadas, a discussão é essencialmente a mesma. Afirma-se então que:

«Não adianta que a autoridade econômica se utilize da lei para dizer que não existe inflação, se ela existir! Se existir continua degradando a vocação de Justiça do

Estado. É a mesma coisa quando a lei (citada por interesse econômico) diz que não existe correção monetária, se existir inflação!»

O acórdão é dos mais eloquentes, enfrentando explicitamente o problema de se aplicar um princípio *contra legem*. Um problema que, para o Relator, Juiz Sena Rebouças, se traduz num *dever* do Poder Judiciário, sob pena de se transformar a função jurisdicional em «instrumento de um processo de engodo» ou «em cúmplice daquilo que se convencionou chamar de enriquecimento sem causa». Em nome deste princípio, o juiz tem o dever de descumprir as leis que repugnam ao sentimento geral de equidade, «evitando, nas palavras do Relator, um resultado absurdo e economicamente indefensável». E conclui: «É o que se permite ao juiz, inclusive nos sistemas, como o nosso, de subordinação à norma legal». ⁽¹²⁵⁾

Desviando-se da matéria de fato trazida a exame, o Juiz Relator acusou o Estado de muitas vezes se valer da inflação para se beneficiar indevidamente, citando, a propósito, as intermináveis discussões judiciais sobre as dívidas da Fazenda Pública, que terminam por ser pagas, conforme mandamento constitucional (art. 100, § 1.º da CF), através de precatórios impeditivos, na prática, da preservação do valor real do crédito.

VII — EMENTA: «Ofício Judicante — Postura do Magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrando o indispensável apoio, formalizá-la. Desapropriação — Justa indenização — Correção monetária — Termo inicial. O título executivo judicial referente a demanda de cobrança, em face da chamada desapropriação indireta, assenta-se em provimento que assegura a justa indenização. Impossível é olvidá-lo mediante o empréstimo de

⁽¹²⁵⁾ É interessante notar que o mesmo Juiz, em decisão mais recente, se posicionou em sentido totalmente contrário, sustentando, em voto vencido, a inaplicabilidade, em sistemas legais como o nosso, de um princípio em contrariedade à lei (ver *supra* Ementa II).

valor maior a trecho que encerre, como termo inicial da correção monetária, a data do trânsito em julgado da sentença de liquidação. A passagem dos anos sem que a decisão se tornasse definitiva acabaria por esvaziar o conteúdo econômico do que sentenciado, conduzindo a verdadeiro enriquecimento sem causa da entidade desapropriante (...)» (RExt. n.º 111.787 — GO, 2.ª T. do STF, j. 16.04.91, Rel. Ministro Aldir Passarinho, in RTJ 136/1292)

O Relator, Ministro Aldir Passarinho, único dissidente, não conheceu do recurso, baseado em que a decisão a ser reformada já transitara em julgado, razão pela qual não mais poderia, em sede recursal, ser modificada.

No entanto, embora indiscutível o trânsito em julgado da decisão que fixara o termo inicial da correção monetária, o Ministro Marco Aurélio argumentou que a sua manutenção implicaria o enriquecimento sem causa daquele que promovera a desapropriação, pelo que opinava favoravelmente ao recorrente.

Neste mesmo sentido, o Ministro Carlos Velloso deu provimento ao recurso, argumentando que, na hipótese, se configurava um conflito entre dois princípios constitucionais: a coisa julgada — garantia dos direitos subjetivos em geral — e a justa indenização — garantia de um direito subjetivo específico que, no caso, estaria sendo violado. Assim, para se dirimir tal conflito, deveria ser observado o princípio que dá proteção imediata ao direito do recorrente — justa indenização —, sob pena de o princípio de garantia geral — coisa julgada — restar indiretamente prejudicado. Conclui, enfatizando a interpretação sistemática e teleológica, o Ministro Carlos Velloso: «*Importa, destarte, construir, na espécie, para fazer valer o conteúdo teleológico ou finalístico da norma constitucional vista de forma sistematizada*».

Deste discurso não destoou o voto do Ministro Paulo Brossard, ao afirmar, em termos enfáticos, que:

«Diga-se o que disser, Cr\$ 643, 10 não é indenização de 97,5 alqueires goianos em nenhum lugar, e o Supremo Tribunal, diante desta evidência, não pode ligar a sua autoridade à destruição de um direito constitucional».

Postulando a retração dos efeitos da coisa julgada, em nome dos próprios fins a que serve, o Ministro Célio Borja acompanhou a maioria, declarando tratar-se de uma hipótese de verdadeiro confisco travestido. Concluiu com a seguinte indagação:

«O instituto da coisa julgada é ou não destinado a proteger o direito contra as investidas do legislador, assim como a justa indenização se propõe exatamente proteger o proprietário contra o desapossamento ilegal ou o apossamento legal por parte do Poder Público?».

Além do fato de ter sido proferida pela mais alta Corte do país, a importância desta decisão manifesta-se na circunstância de sustentar a aplicação do princípio do enriquecimento sem causa contra a lei, sob a alegação de que o mesmo é derivado, no caso, da própria Constituição Federal, através da garantia à justa indenização nas hipóteses de desapropriação.

VIII — EMENTA: *«Mútuo. Empréstimo em moeda estrangeira. Conversão pela data da obrigação. Enriquecimento sem causa. A conversão da moeda estrangeira em moeda nacional se faz pelo câmbio da data em que foi contraída a obrigação, e não do seu pagamento, pois, com base no enriquecimento sem causa, apenas se restituem as partes ao «status quo ante». (RExt. n.º 80.172 — RJ Plenário, STF, j. 8.9.76, Rel. Ministro Moreira alves, in Jurisprudência Brasileira 70/74 — 1976)*

Embora muito mais antiga e, sob certo aspecto, excluída do cenário até agora delineado, citamos esta decisão, dada a magnificência da argumentação desenvolvida pelo Ministro Moreira Alves, Relator do recurso, donde se extrai a aplicação do enriquecimento sem causa em duas direções antagônicas.

Defendendo a teste à qual a maioria aderiu, Moreira Alves sustentou que a nulidade do mútuo contraído em moeda estrangeira é parcial, pois incide apenas sobre o objeto do pagamento, subsistindo íntegra a dívida. Do contrário, a admitir-se a nulidade da obrigação e, como consequência, a exoneração do mutuário, este se enriqueceria sem causa.

Escusamo-nos de discorrer sobre a tese vencida, que entendeu devida a quantia resultante do câmbio feito à data do efetivo pagamento da dívida, pois não o fez à luz do princípio do enriquecimento sem causa, sem sequer o referir, mas a partir de leis especiais que se julgou aplicáveis à espécie.

Como já dito, o Ministro Moreira alves restringiu os efeitos da nulidade do mútuo pactuado em moeda estrangeira à estipulação do pagamento nesta moeda. A obrigação, em si mesma, subsiste. Desta forma — e assim sustenta em reverência ao princípio do enriquecimento sem causa —, o valor do pagamento, a ser efetuado necessariamente em moeda nacional, corresponderá ao valor obtido mediante a conversão, no caso, dos dólares americanos em cruzeiros à data em que foi contraída a obrigação. Trata-se de restituir as partes ao *status quo ante*, obstaculizando-se o enriquecimento do devedor às custas do credor.

A lógica perfeita do raciocínio de Moreira Alves dá lugar, no entanto, a algumas ponderações, especialmente à luz das decisões anteriormente citadas, que impõem a correção monetária como um instrumento de garantia ao princípio do enriquecimento sem causa.

Deduz-se do raciocínio do Ministro que a prestação calculada pelo câmbio da data de sua efetiva entrega, em simetria à falta de pagamento por nulidade, também levaria ao enriquecimento sem causa, na medida em que, «*se se admitisse a conversão pelo câmbio do dia do pagamento, estaria (o mutuante) recebendo, em função da moeda nacional desvalorizada, mais do que emprestara (...)*».

Não nos parece que o mutuante, nesta última hipótese, fosse receber mais. O fato é que, a admitir-se o câmbio da data do pagamento, a proibição legal restaria inócua, configurando-se um enriquecimento sem causa, na medida em que contrário à lei. Com efeito, em termos estritamente econômicos, quem empresta, como foi o caso, US\$ 6 mil, empresta, com o perdão da redundância, US\$ 6 mil. Se a moeda nacional, como deixa entrever a afirmação do Ministro, sofreu desvalorização, então, ao contrário da sua conclusão, o mutuante pago com base no câmbio da data da obrigação recebe *menos*, embora nominalmente a quantia seja a mesma. Neste sentido, como ilustram as decisões acima citadas, tem evoluído a jurisprudência, que não hesita em aplicar o princípio como

fundamento de uma solução que afaste a incidência de uma norma expressa.

Com efeito, admitindo-se a aplicabilidade da teoria do enriquecimento sem causa à espécie, a solução deveria ser retroagir o câmbio à data da obrigação — assim julgando-se de acordo com a lei —, mas fazer incidir sobre a quantia daí resultante a correção monetária apurada até à data do efetivo pagamento. Assim, impedir-se-ia fosse a oscilação cambial parâmetro de correção monetária (o que a lei proíbe), mas, em apreço ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, preservar-se-ia o poder aquisitivo da quantia mutuada.

IX — EMENTA: «*Consórcio de Automóveis. Devolução de prestações já pagas pelo participante desistente ou excluído. Correção Monetária. A cláusula do contrato de adesão, que exclui a atualização da quantia a ser restituída, é de ser considerada leonina e sem validade, importando em locupletamento da Administradora*». (REsp. n.º 7.326-RS, 4.ª T. do STJ, j. 23.04.91, Rel. Ministro Athos Carneiro, in Revista do Sup. Trib. de Justiça, a 3 (21), p. 484, Maio de 1991)

O Ministro Athos Carneiro, além de aduzir aspectos específicos relacionados à sistemática operacional e administrativa dos consórcios, que estariam a determinar a incidência de correção monetária, alude, como argumento principal em favor de sua tese, ao princípio do enriquecimento sem causa, cuja não observância consagraria a iniquidade. Eis os termos de sua conclusão:

«(...) pagar em época de juros bancários de 10.000% a.a., sem a atualização da moeda, é não pagar, pelo que de imediato se afasta a pretensão da validade da cláusula que afasta a correção monetária, por consagrar a iniquidade da devolução do nada».

O que se deve destacar na presente decisão é o fato de se atribuir ao princípio do enriquecimento sem causa eficácia legal, com o condão de tornar nula uma cláusula validamente convencionada pelas partes. Verifica-se, portanto — e isto parece ser uma constante —, que o negócio jurídico não constitui uma causa justifica-

tiva do enriquecimento. Note-se, a propósito, que a Súmula 35 do STJ veio consolidar tal entendimento, fixando que *«incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio»*.

X — EMENTA: *«A sistemática da correção monetária dos débitos resultantes de decisão judicial positivada pela Lei 6899/81 constitui vero princípio jurídico, aplicável a relações jurídicas de todas as espécies e de todos os ramos do Direito»*. (Resp. 23766-3, 1.^a T. do STJ, j. 19.8.92, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in Revista de Direito Civil 62/203)

Vimos em decisões anteriores que a Lei 6899/81 é considerada, à luz do princípio do enriquecimento sem causa, superada, especialmente no tocante ao termo inicial da correção monetária, para aquelas dívidas que, não obstante sejam materialmente líquidas e certas, não ensejam ações de execução.

Aqui, embora se busque, da mesma forma, a incidência de correção monetária, como se trata de um débito judicial, a citada lei merece as maiores reverências, sendo erigida à condição de verdadeiro princípio jurídico, e, como tal, informador de todas as relações obrigacionais.

Trata-se de se reconhecer devida a correção monetária correspondente à inflação do mês de janeiro/89, cujo índice havia sido expurgado, na tentativa promovida pelo Poder Executivo de implementar mais um plano de estabilização da economia.

Sustenta a Fazenda Pública haver ofensa à Lei 7730, de 31 de Janeiro de 1989, requerendo seja a atualização monetária calculada com base nas Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) e, após a sua extinção, pelos Bônus do Tesouro Nacional (BTN), também posteriormente extintos.

Com vistas a sobrepor a Lei 6899/81, que determina a incidência de correção monetária sobre quaisquer débitos judiciais, à Lei 7730, que expurgara a inflação de Janeiro/89, o Min. Relator desenvolveu a sua argumentação a partir da premissa de que a primeira consistia numa lei superior, vez que consignatória de um princípio. Tal princípio, que assim se qualificava em razão do con-

teúdo da lei em tela, elevava-lhe o *status* jurídico, tornando-a opo-nível a outras que, da mesma hierarquia, lhe sobreviessem. Refe-rindo-se ao preceito contido no art. 1.º da Lei 6899/81, que deter-mina a incidência de correção monetária sobre débitos judiciais, pondera o Min. Relator:

«Tal preceito, apesar de formalmente estar contido em lei *stricto sensu*, pode ser considerado mais que uma norma jurídica ordinária, consubstanciando verdadeiro *princípio jurídico* que perpassa toda a sistemática de execução de obrigações pecuniárias derivadas do julga-mento de processos. *Pode-se creditar-lhe mesmo certa prevalência dentre as normas de mesmo escalão, dada a sua relevância para o ordenamento jurídico*, surgida que foi após demorado debate jurisprudencial e destinada a atender reclamo ocasionado pelo então já crescente des-gaste da moeda frente à inflação» (grifo nosso).

Assim, atribui-se à lei em questão não apenas uma eficácia objetiva ampla, no sentido de que incidente sobre relações jurídi-cas de todas as espécies e de todos os ramos do direito, mas — e isto é que se quer fazer notar — atribui-se a um princípio, que nela se reconhece consignado, eficácia *contra legem* ilimitada tempo-ralmente.

Uma mesma lei, portanto, ora é vista como *superada* (ver EMENTA II), ora como *irrevogável*, estando subjacente a tais posições um mesmo princípio: o princípio do enriquecimento sem causa.

CONCLUSÃO

Para se finalizar um trabalho, há dois métodos de que se pode valer o seu autor: o retrospectivo, através do qual recapitula o que já foi dito anteriormente, e o prospectivo, que busca sugerir alguns prognósticos com base nas informações até então articuladas. Há também, como já nos dizia um célebre escritor, um terceiro método, que consiste em, simplesmente, abandonar um trabalho e

começar outro. Para Borges, seus livros não tinham fim, por isso escrevia tantos: começava um para interromper o anterior. Embora sejam os dois primeiros métodos utilizados na presente Conclusão, é difícil chegar a uma idéia que sintetize, de forma conclusiva, as considerações feitas ao longo destas páginas. No entanto, algumas reflexões finais devemos fazer, senão por uma questão de método, pela simples razão de que não temos mais *livros* a escrever.

Retrospectivamente, conclui-se que o enriquecimento sem causa vem sendo concebido, doutrinária e jurisprudencialmente, como um princípio implícito ao sistema normativo. Como tal, poderíamos dizer que é ele um daqueles princípios que conferem ao ordenamento um *nexo de sentido*, na expressão de Larenz, ou, como refere Reale, indispensável à *unidade axiológica* do ordenamento. A qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio, por si só, já é indicativa da amplitude que se lhe pretende dar. Os princípios, sejam eles implícitos ou explícitos, são assim reconhecidos como entidades normativas superiores às normas não principiológicas. Esta é uma das constatações a que se chega ao final do trabalho. Com efeito, ainda que expressos através de normas, os princípios só o são por um trabalho hermenêutico que, em busca de aplicar tais normas com maior abrangência, o intérprete desenvolve a partir de uma concepção sistemática das leis e dos institutos jurídicos. Assim, a hierarquia dos princípios reciprocamente considerados, sejam implícitos ou explícitos, ou mesmo deles com relação à lei, é essencialmente mutável, pois depende, em última instância, dos desideratos do intérprete.

A posição de preeminência que a jurisprudência brasileira vem dando ao princípio do enriquecimento sem causa, conferindo-lhe eficácia *contra legem*, é ao mesmo tempo razão e conclusão desta monografia. Não nos parece possa ser delimitado um marco temporal a partir do qual este posicionamento, de início hesitante, se tenha acentuado, alcançando as mais altas cortes do país; mas seguramente a Constituição de 1988, ao consignar, como fundamentos do Estado, princípios até então reputados implícitos, vem suscitando exegeses cada vez mais pautadas pela equidade, a dignidade da pessoa humana e, em última instância, a justiça social. Dentre tais exegeses, parece inserir-se a ideia de que se deve restituir aquilo com que alguém se enriqueceu sem uma *razão justa*,

sendo considerada irrelevante a procedência legal ou contratual desta *razão*.

Caramuru Afonso Francisco, ao focalizar o princípio do enriquecimento sem causa como determinante de inovações em matéria contratual, é eloquente como porta-voz desta tendência para lhe conferir eficácia normativa:

«(...) a teoria do enriquecimento sem causa tem hoje um papel muito preciso no seio de uma sociedade como a brasileira: ser um mecanismo de equilíbrio nas contratações, inculcando nas relações hoje guiadas pela concentração econômica e pelo intervencionismo estatal uma dose de equidade, uma defesa do economicamente mais fraco, um disciplinador do poder econômico e da intervenção desmedida do Estado, procurando reverter situações paradoxais que acabam sendo criadas pela contrariedade de normas e regulamentos hoje existentes no mundo jurídico». ⁽¹²⁶⁾

Podemos concluir, portanto, que o enriquecimento sem causa vem sendo aplicado como um princípio que tem função de verdadeira norma, e não apenas, para utilizar e categorização de Larenz referida na Introdução, como uma diretriz carente de acabamento mais preciso.

Já sob o prisma prospectivo, podemos arriscar, quando muito, algumas tendências com relação ao enriquecimento sem causa, notadamente a de se conferir ao princípio a normatividade expressa que sistemas elaborados mais recentemente já consignaram. Esta tendência, agora sob a ótica valorativa, não necessariamente resultaria no fim das inúmeras controvérsias hoje suscitadas, pois não cremos que a lei, em si mesma, possa pacificá-las. Ao contrário, é provável que o processo de explicitação de um princípio reconhecido como implícito no sistema resulte na limitação de sua abrangência, o que não parece condizer com o recente posicionamento jurisprudencial já examinado.

⁽¹²⁶⁾ Caramuru Afonso Francisco. *O enriquecimento sem Causa nos Contratos*, in *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, coord. Carlos Alberto Bittar, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 93.

Por fim, frise-se que, ao inserir o enriquecimento sem causa na problemática das fontes do direito, não se pretendeu chegar ao fim do trabalho com prognósticos conclusivos, mas suscitar uma reflexão sobre o papel difuso que a jurisprudência lhe atribui, afirmando a sua efetividade como um princípio geral de direito. O objetivo foi apresentar um diagnóstico, cujos resultados e correspondente avaliação, entretanto, exigiriam uma outra monografia.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Agostinho. *Do Enriquecimento sem Causa*, Separata da Revista dos Tribunais, vol. 259, São Paulo, 1957.
- AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o Enriquecimento sem Causa (Dos institutos em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado)*, Ed. Livraria Acadêmica, Saraiva e Cia., São Paulo, 1933.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*, Ed. Rio, edição histórica, Rio de Janeiro, 1975.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*, Ed. Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 3.ª edição, 1931.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Editoras Polis e UNB, São Paulo-Brasília, 1991.
- BUFNOIR, C. *et al.*, *Code allemand*, L'imprimerie Nationale, Paris, 1906.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil e Nulidade*. In Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 560, Junho de 1982.
- COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*, Libreria y Casa Editora de Jesus Menendez, Buenos Aires, 1920.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, Ed. Almedina, Coimbra, 5.ª edição, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das Obrigações*, 2.º Vol., Ed. Saraiva, São Paulo, 7.ª edição, 1993.
- ECO, Umberto. *Como se Faz uma Tese*, Ed. Perspectiva, São Paulo, 9.ª edição, 1992.
- FRANÇA, Rubem Limongi. *Princípios Gerais de Direito*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.ª edição, 1971.

- FRANCISCO, Caramuru Afonso. *O Enriquecimento sem Causa nos Contratos*. In *Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, Coord. Carlos Alberto Bittar, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1974.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 8.ª edição, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2.ª edição, 1969.
- LOPES, M. M. de Serpa. *Curso de Direito Civil (Fontes Contratuais das Obrigações, Responsabilidade Civil)*, Vol. V, Ed. Livraria Freitas Bastos, 1961.
- LOPES, M. M. de Serpa. *Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos)*, Vol. I, Ed. Livraria Freitas Bastos, 3.ª edição, 1961.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 9.ª edição, 1979.
- MENDONÇA, M. I. Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações* T. I, Ed. Rev. Forense, Rio de Janeiro, 4.ª edição, 1956.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, T. 26, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 3.ª edição, 1984.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, Vol. 4, 1.ª Parte, Ed. Saraiva, São Paulo, 26.ª edição, 1993.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*, Vol. II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960.
- NORONHA, Fernando. *Enriquecimento sem causa*, In *Revista de Direito Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 56, Abril/Junho de 1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.ª edição, 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 3.ª edição, 1992.
- QUINTERO, Pedro E. Bautista. *Del Enriquecimiento sen causa y sus aplicaciones en el derecho colombiano*. Tese de doutorado, Pontificia Universidad Javeriana, 1970.
- REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1994.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, 20.ª edição, 1993.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, Vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 23.ª edição, 1993.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, Vol. II, Ed. Saraiva, São Paulo, 21.ª edição, 1993.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Obrigações*, Vol. XII, Ed. Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro e São Paulo, 9.ª edição, 1974.

- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Enriquecimento sem causa*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.ºs 81 e 82, Lisboa, 1959.
- VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 10.ª edição, 1992.