

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

ASPECTOS DE SUA APLICAÇÃO NO BRASIL COMO UM PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO

Pela Dr.^a Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO TEMA; 1. A qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio; 2. A aplicação dos princípios gerais de direito; 3. Os princípios gerais de direito como inerentes à idéia de *sistema jurídico* — CAPÍTULO I: ORIGEM E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA; 1. Direito romano 2. Direito comparado-sistemas alemão e francês; 3. Direito brasileiro — CAPÍTULO II: A TEORIA GERAL DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA; 1. O fundamento do enriquecimento sem causa; 2. Requisitos; 2.1. Enriquecimento; 2.2. Obtenção do enriquecimento *à custa de outrem*; 2.3. Inexistência de causa justificativa — CAPÍTULO III: O PAGAMENTO INDEVIDO; 1. O pagamento indevido como modalidade do enriquecimento sem causa; 2. O pagamento voluntário-prova do erro; 3. Termo e condição; 4. Objeto da restituição; 5. Casos em que se exclui a obrigação de restituir — CAPÍTULO IV: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA PELOS TRIBUNAIS — 1. Considerações preliminares; 2. A aplicação do enriquecimento sem causa como um princípio — CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

APRESENTAÇÃO DO TEMA

1. A qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio

Não existe em nosso direito uma conceituação legal do que seja o enriquecimento sem causa, uma vez que o Código Civil brasileiro optou por não consagrar o instituto em um preceito geral que compreendesse todas as hipóteses de enriquecimento geradoras da correspectiva obrigação de restituir. ⁽¹⁾ A esta orientação se opõem o Código alemão (BGB) e o Código Suíço de Obrigações, entre outros, que explicitam a adesão à teoria do enriquecimento sem causa através de uma enunciação expressa da obrigação genérica de restituir o que for adquirido sem causa justificativa. Seguindo os mesmos passos, o Código Civil português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, estabelece no art. 473 que *«Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou»*.

No caso brasileiro, a falta de expressa regulamentação legal tem dado lugar a uma certa desorientação doutrinária relativamente à abrangência do enriquecimento sem causa, cujos reflexos, como veremos adiante, se fazem sentir no tratamento que os Tribunais têm conferido à matéria. A própria utilização indiscriminada dos termos *enriquecimento sem causa* e *enriquecimento ilícito* — invocados, quase sempre, como expressões sinónimas — é indicativa desta falta de critérios na fixação do âmbito de sua aplicação. ⁽²⁾

⁽¹⁾ Tal opção é justificada por Clovis Bevilacqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*, Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1975, p. 99), ao comentar o art. 964 do Código Civil, que dispõe sobre o pagamento indevido, sob a perspectiva da impossibilidade: «(...) porque as suas várias espécies não se subordinam a um princípio unificador (...); e sob a perspectiva da desnecessidade, citando exemplos em que a obrigação de restituir se configura como consequência da condição resolutiva tácita: «Não estão sem providência no Código, êsses casos, como não estão todos os possíveis». Voltaremos ao assunto no Capítulo I, ao tratarmos da evolução legislativa do princípio do enriquecimento sem causa.

⁽²⁾ A teoria geral do enriquecimento sem causa compreende hipóteses em que a obrigação de restituir não guarda qualquer relação de causalidade com a caracterização da

Parte desta falta de uniformidade traduz-se na própria conceituação do enriquecimento sem causa como um princípio geral de direito. Com efeito, hoje, a doutrina predominante sinaliza no sentido de reconhecer no direito positivo brasileiro manifestações concretas do acolhimento da teoria do enriquecimento sem causa que justificariam a sua qualificação como um princípio do ordenamento civilista.

A este respeito, preceitua Orlando Gomes:

«Não há, em nosso Direito, preceito geral a respeito do *enriquecimento sem causa*, como em outros.

A lacuna não deve, entretanto, ser interpretada como rejeição ao *princípio* segundo o qual deve restituir a vantagem patrimonial que obteve injustamente. Se é certa a inexistência de norma genérica proibitiva do enriquecimento sem causa, também é inquestionável a vigência de regras particulares que o proíbem nos casos mais comuns» (grifo nosso). ⁽³⁾

Em nota de rodapé, o mesmo autor complementa: «*Aplicações do princípio encontram-se nos arts. 513, 515, 541, 613, 1332, 1339, dentre outros*» (grifo nosso).

Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz, ao discorrer sobre os princípios gerais de direito, afirma que:

«Muitos desses princípios estão contidos em normas (...). Porém, em sua grande maioria, estão implícitos no sistema jurídico civil, exemplificativamente: (...) 3) o da proibição do locupletamento ilícito». ⁽⁴⁾

ilicitude, constituindo o enriquecimento ilícito, sob este prisma, uma espécie do gênero *enriquecimento sem causa*. Sobre os requisitos do enriquecimento sem causa, ver, *infra*, Capítulo II.

⁽³⁾ Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro, 8.^a edição, 1992, p. 302.

⁽⁴⁾ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das Obrigações*, 2.^o vol., Saraiva, São Paulo, 7.^a edição, 1993, p. 59.

E, ainda, Antunes Varela, comentando o Código Civil brasileiro:

«A idéia de que as pessoas devem restituir aquilo com que, *sem causa justificativa*, se enriqueceram à custa de outrem estende-se, no entanto, a *muitas outras situações*, embora não previstas directamente na lei, *porque corresponde a um daqueles princípios gerais de direito a que se refere o artigo 4.º da Lei de Introdução*» (grifo nosso). ⁽⁵⁾

No entanto, se é certo que a doutrina majoritária concebe o enriquecimento sem causa como um princípio acolhido pelo ordenamento, observa-se igualmente que semelhante afirmação, por não se desdobrar, acaba por resultar vazia de conteúdo. O objectivo do presente trabalho é, precisamente, examinar o enriquecimento sem causa a partir de sua qualificação como um princípio.

Neste sentido, reservamos à Introdução uma reflexão acerca da aplicação dos princípios gerais de direito, com isto fixando desde já a perspectiva a partir da qual o enriquecimento sem causa será estudado. Ao longo do trabalho, a qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio será uma questão recorrente, pelo que deve ser este o nosso ponto de partida. Dentro da mesma perspectiva, dedicamos um capítulo específico ao exame da jurisprudência, já que, por não estar o princípio em exame previsto expressamente no ordenamento jurídico, a sua efectividade encontra nas decisões judiciais uma fonte privilegiada.

2. A aplicação dos princípios gerais de direito

A Lei de Introdução ao Código Civil contém uma regra acerca da aplicação dos princípios gerais de direito, dispondo que:

«Art. 4.º — Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito».

⁽⁵⁾ Antunes Varela, *Direito das Obrigações*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 180.

A leitura do dispositivo citado conduz à conclusão de que os princípios desempenham função subsidiária à lei e de que constituem o último recurso de integração, sobre eles prevalecendo, nesta ordem, a analogia e os costumes. Esta interpretação, que atribui aos princípios uma função secundária em face da lei, é confirmada pelo disposto no Código de Processo Civil, de 1973:

«Art. 126 — O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito».

No entanto, semelhante interpretação não coincide, no caso da aplicação do enriquecimento sem causa, com a posição jurisprudencial. Observa-se, ao contrário, que os Tribunais, precisamente por reconhecerem no enriquecimento sem causa a natureza de um princípio, nele encontram fundamento para decidir em oposição a normas expressas:

«Correção monetária. Mútuo rural. Incidência. Evolução dos fatos económicos 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 nos mútuos rurais, a evolução dos fatos económicos 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 monetária como imperativo económico, jurídico e ético indispensável à justa composição dos danos e ao fiel adimplemento das obrigações, dispensou a prévia autorização legal para a sua aplicação. (...)» (*in*: Revista dos Tribunais, junho de 1991, 668/167, REsp n.º 122 - MS - 4.ª Turma do STJ).

A tendência à invocação dos princípios gerais não mais como meio supletivo de integração legislativa, mas como verdadeira condição de validade das normas, parece fundar-se na concepção, hoje proeminente, do ordenamento jurídico como um *sistema normativo*. Com efeito, a aplicação dos princípios gerais de direito, quando impeditiva da incidência de uma norma expressa deles dissonante, faz-se ao argumento de que assim se preserva o *espírito do sistema*, ou, o que dá no mesmo, é atribuída à chamada interpretação *sistemática* da lei.

«A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros institutos análogos; força é, também, afinal pôr tudo em relação com os *princípios gerais*, o conjunto do *sistema* em vigor» ⁽⁶⁾

3. Os princípios gerais de direito como inerentes à ideia de sistema jurídico.

A interpretação sistemática, como explica Caio Mário, parte da «*subordinação da norma a um conjunto de disposições de maior generalização*». ⁽⁷⁾ Os princípios seriam, então, estas *disposições genéricas*, na medida em que lhe preservariam a coerência e a unidade.

A este respeito, é interessante notar que as expressões *sistema* e *princípios*, embora utilizadas na literatura jurídica em vários sentidos, costumam ser definidas uma pela outra. Norberto Bobbio, ⁽⁸⁾ por exemplo, ao identificar os três sentidos mais frequentemente

⁽⁶⁾ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 9.^a edição, 1979, p. 130.

⁽⁷⁾ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, Forense, Rio de Janeiro, 2.^a edição, 1990, p. 139.

⁽⁸⁾ Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Polis e UnB, São Paulo-Brasília, 1991, p. 75 e segs.

atribuídos à expressão *sistema normativo*, remete, em cada caso, para um ou vários princípios:

I — O primeiro deles é o de sistema dedutivo, isto é, o ordenamento jurídico é um *sistema* na medida em que deduzível de *princípios gerais*.

II — A segunda acepção de sistema jurídico é meramente funcional, não contendo qualquer significado intrínseco, tampouco valorativo. O ordenamento jurídico não é intrinsecamente um sistema, mas, através de um procedimento indutivo, pode-se chegar, com método, à construção de conceitos, classificações e *princípios* que o *sistemizam*.

III — O terceiro e último significado atribuído à palavra sistema deriva de uma necessidade lógica: «o ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis». ⁽⁹⁾

Já Orlando Gomes, ⁽¹⁰⁾ ao deter-se sobre os princípios gerais de direito, também identifica a existência de três acepções mais comuns, que, conforme Brethe de la Gressaye e Laborde Lacoste, resultam numa classificação em três grupos, cada um dos quais caracterizando um tipo de sistema:

I — «O primeiro é constituído pelos princípios que servem de base à organização social e política».

II — «O segundo, pelos adágios, máximas, parémi-
as ou brocardos, os chamados provérbios jurídicos, de aplicação corrente, que apresentam uma condensação tradicional de princípios gerais».

III — «O terceiro, pelos princípios decorrentes da natureza mesma das instituições sociais, investigados e formulados pela doutrina».

⁽⁹⁾ Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 80.

⁽¹⁰⁾ Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil, Forense*, Rio de Janeiro, 1974, p. 65.

As classificações de Bobbio e Orlando Gomes são bastante elucidativas. Em primeiro lugar, observa-se, quanto a Bobbio, que os três tipos de sistema pressupõem a existência de princípios: o primeiro, como causa; o segundo, como consequência; e o terceiro, embora não explicitamente, funda-se também num princípio: aquele segundo o qual é vedada a incompatibilidade entre as normas do ordenamento. É, portanto, este *terceiro sistema* também um sistema do tipo dedutivo. Relacionando estes tipos de sistemas com a classificação dos princípios referida em Orlando Gomes, verifica-se que os princípios *que servem de base à ordem social e política* (grupo I) dão origem à primeira e à terceira acepções de sistema descritas por Bobbio — o sistema dedutivo. O segundo e o terceiro grupos não diferem na substância, ambos resultando do exame do ordenamento como posto, distinguindo-se apenas na forma de sua exteriorização. Tais princípios parecem encaixar-se na segunda acepção de sistema referenciada por Bobbio — sistema indutivo. Resultam tais princípios, não de valores abstratos — como sejam a equidade, a justiça, a segurança... —, mas de procedimentos lógicos de generalização e condensação das normas expressas do sistema.

Com isto, quer-se demonstrar que, se, por um lado, princípio e sistema são idéias que se confundem — tanto que a definição de uma guarda relação de necessária reciprocidade com a da outra —, por outro, constituem conceitos vagos, sujeitos a variadas interpretações. Por outras palavras, a invocação de um princípio em ofensa a norma expressa não necessariamente subverte a ordem fixada no art. 4.º da Lei de Introdução, desde que por *princípio* se entendam normas que, embora não positivadas, estejam compreendidas, virtual e implicitamente, no sistema.

Com efeito, se as normas compõem um sistema, isto significa reconhecer que entre elas existe uma relação ordenada por princípios. A ideia de princípio é, como vimos, inerente à de sistema, o que, em última instância, implica a impossibilidade de compreensão de uma norma isoladamente, a partir de seu próprio conteúdo. O conteúdo da norma não se esgota naquela proposição isolada, antes resultando da sua articulação funcional com a proposição genérica — princípio — da qual constitui mera especificação. Seguindo-se tal raciocínio, teríamos que concluir que os princípios

gerais nada mais são do que normas, uma vez que destas não se distinguem essencialmente, mas apenas pelo grau de indeterminação de suas proposições. Neste sentido, Larenz afirma que o que distingue um princípio de uma norma jurídica expressa é precisamente o fato de aquele conter «*uma idéia jurídica geral que se não exaure nas suas aplicações concretas*». ⁽¹¹⁾ Em outra passagem, o mesmo autor frisa a abrangência *transbordante* do princípio como o seu elemento característico, ressaltando que não é a generalidade, em si, que o distingue como tal, e sim a sua *multilateral aplicabilidade*:

«Os princípios jurídicos não são «princípios» por serem proposições jurídicas maximamente gerais, mas porque albergam em si uma ideia especificamente jurídica, que pode revelar-se em diferentes complexos de regulamentação e pode servir de fundamento espiritual a diferentes proposições jurídicas ou à totalidade de um regime normativo; e porque, correspondentemente, são «susceptíveis de evolução». ⁽¹²⁾

Conduzindo a concepção sistemática do ordenamento ao seu grau máximo, poderíamos afirmar que os princípios o integram com eficácia normativa, o que levaria a jurisprudência, em certos casos, a sobrepor-lhes a normas de direito legislado, expressamente previstas no ordenamento, mas *sistematicamente* incompatíveis com ele.

Desta forma, ao sustentar a prevalência de um princípio sobre uma norma expressa, não se está, segundo tal raciocínio, a contradizer o art. 4.º da LICC, eis que o carácter sistemático do ordenamento jurídico permitiria que, antes de configurada a lacuna, pudesse ser aplicada norma que, embora não expressa, se reputasse implícita ao sistema, por ser deste induzível. Esta parece ser a posição de Carlos Maximiliano:

«Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sis-

⁽¹¹⁾ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2.ª edição, 1969, p. 579.

⁽¹²⁾ Karl Larenz, *op. cit.*, p. 581.

tema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as directivas ideais do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Se é deficiente o repositório de normas, se não oferece, *explícita ou implicitamente*, e nem sequer por analogia, o meio de regular ou resolver um caso concreto, o estudioso, o magistrado ou o funcionário administrativo como que renova o trabalho do legislador (...). ⁽¹³⁾

A referência aos *princípios gerais de direito* como último recurso de regulamentação só poderia ser entendida, portanto, como uma referência, não a normas imanentes (pois que a sua existência impediria a configuração de lacuna), mas como princípios que, ao invés de induzíveis do sistema (como são as normas não expressas antes aludidas), são o seu fundamento axiológico, sendo o sistema, assim, deles deduzível. Desse modo, os princípios gerais de direito, tal como referidos na LICC e no CPC, seriam os valores de ordem moral, situados fora do sistema, sobre os quais, em tese, deveria fundar-se o direito, pois *servem de base*, nas palavras de Orlando Gomes, à *ordem social e política*.

A propósito, vale assinalar que a redação originalmente prevista para o atual art. 4.º da LICC se referia a *princípios deduzidos do espírito da lei*. Para Carlos Maximiliano, ⁽¹⁴⁾ a substituição por *princípios gerais de direito* estaria a indicar que agora podem ser invocadas ideias não obrigatoriamente deduzíveis do sistema. No entanto, tal modificação parece justificar, ao contrário, a distinção entre duas categorias de princípios, às quais correspondem diversos graus de efetividade: a) os princípios gerais de direito, aos quais se relega uma função subsidiária à lei; e b) os princípios *deduzíveis do espírito da lei*, que, por isso mesmo, retêm eficácia normativa.

Por outras vias, Miguel Reale chega a conclusão semelhante:

«Esclarecido esse ponto, cabe, outrossim, ponderar que os princípios gerais de direito não têm função apenas

⁽¹³⁾ Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 295.

⁽¹⁴⁾ Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 296.

no caso particular de lacunas encontradas na legislação, como ainda se sustenta por anacrônico apego a uma concepção «legalista» do Direito.

Em verdade, toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico». ⁽¹⁵⁾

Reduzindo o nível de abstração, parece lícito afirmar que a qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio tanto pode justificar-se por ser a ideia inspirada por imperativos de equidade e de justiça (dedução), como em razão de, sob o prisma do ordenamento jurídico, tal ideia resultar da sistematização de normas expressas que vedam o enriquecimento injustificado (indução). Não há, assim, resposta conclusiva acerca da natureza jurídica dos princípios, tampouco do enriquecimento sem causa assim qualificado, uma vez que o seu significado se altera, em última instância, de acordo com as conveniências do intérprete, ou, por outras palavras, conforme a abrangência, em termos de eficácia normativa, que a jurisprudência lhe pretenda conferir.

Do que dissemos até ao momento, deverá ter ficado claro que os princípios gerais de direito admitem uma tipologia variada, dela dependendo o grau de eficácia normativa a eles atribuído. Mais uma vez recorrendo às lições de Larenz, verificamos que os princípios tanto podem materializar-se através de proposições jurídicas expressas — que, como tal, são imediatamente vinculativas —, como através de postulados ético-jurídicos, reconhecidos jurisprudencialmente e, portanto, apenas mediatemente vinculativos. ⁽¹⁶⁾ Imprescindível reproduzir a sistematização do autor:

«Se bem que os princípios jurídicos tenham em regra o carácter de simples ideias rectoras, ainda carecidas

⁽¹⁵⁾ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, São Paulo, 20.^a edição, 1993, p. 311.

⁽¹⁶⁾ Larenz, *op. cit.*, p. 581

de acabamento mais preciso, e a decisão dos casos individuais não possa ser deles inferida de modo imediato — mas unicamente pela mediação, ou de uma norma legal concretizadora do princípio, ou no caso das lacunas, com o auxílio de considerações metódicas especiais (como a analogia ou a formação de grupos típicos de casos) — há no entanto princípios que estão condensados em um critério imediatamente aplicável, e que têm por isso a função de normas (não só *ratio legis*, mas a própria *lex*)». ⁽¹⁷⁾

A qual destas duas categorias pertence o princípio do enriquecimento sem causa, pretendemos responder a partir do exame dos fundamentos jurisprudenciais, objeto de capítulo específico, tendente a concretizar as premissas teóricas até ao momento referidas.

Antes, porém, de verificar qual a interpretação que os Tribunais vêm conferindo à qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio, cumpre analisar a sua formação histórica, o direito comparado e a posição da doutrina diante da construção de sua teoria geral.

CAPÍTULO I

ORIGEM E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

1. Direito romano

A origem histórico-legislativa do repúdio ao enriquecimento sem causa perder-se no tempo: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento ut iniura fieri locupletiores*, já preconizava Pompônio. ⁽¹⁸⁾ O direito romano, embora não nos tenha

⁽¹⁷⁾ Larenz, *op. cit.*, p. 581.

⁽¹⁸⁾ A máxima é traduzida por Pontes de Miranda (*in: Tratado de Direito Privado*, Tomo 26, Revista dos Tribunais, São Paulo, 3.ª edição, 1984, § 3.132, p. 120): «É de equidade, por direito natural, que ninguém se locuplete com detrimento ou injúria de outrem» (*Digesto, Livro 50, tít. 17, fr. 206*).

legado a sistematização do princípio, regulou hipóteses específicas — *condictiones* — em que a obrigação de restituir se sobrepunha ao formalismo do direito primitivo, vergando a rigidez do sistema aos imperativos da justiça. Tratava-se de meios técnicos de aplicação da equidade a situações casuisticamente definidas, em que o deslocamento patrimonial se revelava carecedor de uma causa que o legitimasse. ⁽¹⁹⁾ O colombiano Pedro E. Bautista Quintero, na tese de doutorado defendida perante a Pontificia Universidad Javeriana, focaliza a função das *condictiones*, ensinando que:

«Mediante las *condictiones* se cuestionaba entonces, no validez del respectivo acto, sino el enriquecimiento en sí, es decir, las consecuencias; en el fondo lo que se buscaba con estas acciones era contrarrestar ou subsanar las consecuencias rigurosas de las formalidades prescritas en el derecho romano, con fundamento en la equidad y la justicia». ⁽²⁰⁾

Silvio Rodrigues também ressalta o objectivo das *condictiones*, salientando que, na Roma mais antiga, a solenidade do ato, e não a sua causa, era geradora da obrigação. ⁽²¹⁾ Desta forma, os negócios jurídicos produziavam efeitos, abstraindo-se da causa que, do ponto de vista da equidade, se lhes devia pressupor, por isso que chamados de negócios *abstratos*. ⁽²²⁾ Tal circunstância, contudo, não significa que tais negócios não se tivessem constituído a partir de uma causa; apenas que esta não determinava a sua validade, que

⁽¹⁹⁾ Maynz e Girad, citados por Jorge Americano (in: *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa-Dos institutos de direito em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado*), Livraria Acadêmica, Saraiva & Cia., São Paulo, 1933. pp. 15-16), referem-se às *condictiones*, confirmando que: «Tôdas estas extensões revelam a retratação do formalismo para dar lugar à influência acentuada da equidade».

⁽²⁰⁾ Pedro E. Bautista Quintero, *Del enriquecimiento sem causa y sus aplicaciones en el derecho colombiano*, tese de doutorado, Pontificia Universidad Javeriana, 1970, p. 6.

⁽²¹⁾ Silvio Rodrigues, *Curso de Direito Civil*, Vol. II, Saraiva, São Paulo, 21.ª edição, 1993, p. 180.

⁽²²⁾ Sobre o conceito de negócio abstrato, ver *infra* a exposição sobre os sistemas alemão e francês.

resultava, antes, da observância de determinadas formalidades. Explica o autor:

«Tal estrutura jurídica, possível na pequena Roma dos tempos mais antigos, tornou-se inoperante à medida que a civilização romana avassalava o mundo, em que a sociedade local se tornava cosmopolita e se estendia.

As *condictiones* representam temperamento à rigidez do sistema vigente. Elas não se dirigem contra o fundamento jurídico do negócio em si, pois este, como vimos, é ato abstrato. Mas o pretor podia impedir o efeito jurídico injusto, defluente do ato, e obrigar, mediante a *condictio*, a devolução daquilo que fora recebido injustamente». ⁽²³⁾

O estudo das *condictiones* justifica-se, entretanto, não apenas por representarem, do ponto de vista histórico, o embrião do princípio, mas, sobretudo, em razão de explicitarem preceitos até hoje reproduzidos nos sistemas jurídicos modernos, principalmente naqueles em que, como o nosso, não se formulou preceito genérico de acolhimento ao princípio.

Condictio ob causam datorum ou condictio causa data, causa non secuta

Esta *condictio* aplicava-se a situações em que a causa pela qual antecipadamente se havia realizado o deslocamento patrimonial não se verificara. É a hipótese típica da doação com encargo, no caso de este não vir a ser cumprido pelo donatário, ou do dote entregue em vista de um casamento que não se chega a consumar. O enriquecimento deveria, portanto, resultar de uma atribuição causada por um evento de realização futura que, ao final, não se produzira.

Orosimbo Nonato cita Teixeira de Freitas (*Notas a Correia Telles, Doutrina das Ações*, § 9.º) para esclarecer a improcedência da *condictio* se o réu opuser que «*não se locupletou com a causa*

⁽²³⁾ Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 181.

nem tivera culpa em não se ter ela efetuado, ou que a causa fôra designada em utilidade dêle réu, sòmente». ⁽²⁴⁾

Adriano Vaz Serra, por sua vez, ampara-se em Sohm, Mitteis e Wenger, para delimitar a incidência da *condictio* às hipóteses em que se configure uma *datio*, pelo que as deslocações patrimoniais ensejadas por fatos da natureza escapariam de seu âmbito. ⁽²⁵⁾

Condictio indebiti

Correspondente ao que hoje se disciplina como *pagamento indevido* (art. 964 e segs. do CC), a acção aplicava-se aos casos de pagamento de uma dívida inexistente. Pressupunha o *animus solvendi* ou, sob outra perspectiva, o erro do *solvens*, que pagava na falsa convicção de que estava obrigado a fazê-lo. Há quem sustente ser esta uma modalidade da *condictio ob causam datorum*, acima caracterizada, uma vez que a inexistência da dívida que se pretendia solver configura hipótese análoga de não consecução da causa em vista da qual haja sido feita a prestação. Neste sentido, a atribuição de uma *condictio* específica justificar-se-ia por aspectos práticos — frequência desta última hipótese —, e não por imperativos propriamente lógicos. ⁽²⁶⁾ Semelhante observação desconsidera, no entanto, a incidência desta mesma *condictio* sobre situações em que, embora existisse a dívida, era paga uma coisa por outra, se pagava mais do que o devido ou, ainda, tratando-se de obrigação alternativa, a prestação era feita sobre uma coisa determinada pelo credor, quando ao devedor cabia a escolha.

De acordo com Jorge Americano, três são os pressupostos desta acção: «a) uma prestação *solucionis causa*; b) *ausencia de obrigação civil ou natural, pela qual esta fosse devida*; c) o erro, consistente na crença, pelo *solvens*, de que satisfazia a uma obrigação». ⁽²⁷⁾

⁽²⁴⁾ Orosimbo Nonato, *Curso de Obrigações*, Vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1960, p. 94.

⁽²⁵⁾ Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Enriquecimento sem causa*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.ºs 81 e 82, Lisboa, 1959, p. 67.

⁽²⁶⁾ Sohm, Mitteis, Wenger, *Derecho privado romano*, citados por Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *op. cit.*, p. 67.

⁽²⁷⁾ Jorge Americano, *op. cit.*, p. 16.

Condictio ob turpem vel iniustam causam

Esta ação concedia ao autor da prestação o direito de restituição se a mesma tivesse sido obtida pelo *accipiens* para fins imorais ou proibidos pelo direito, sendo irrelevante a circunstância de que tais objectivos tivessem sido ou não alcançados. No caso de o *solvens* ter tido em vista escopo imoral ou ilícito, não lhe era dado o direito à restituição, uma vez que ninguém se pode beneficiar alegando a própria torpeza.

Tal solução é passível de crítica, na medida em que não prevê mecanismos de estímulo ao arrependimento, como seria a hipótese de o mandante de um crime, por cuja execução já tivesse pago, ter direito à restituição, caso impedisse a prática da ação delituosa. ⁽²⁸⁾

Condictio sine causa

Discute-se se tal *condictio* constituía uma formulação genérica das demais ou se era apenas mais uma modalidade, cabível subsidiariamente, quando aquelas se revelassem inapropriadas. A concepção desta *condictio* como abrangente das demais parece dominar na doutrina, ⁽²⁹⁾ o que não significa, entretanto, que não pressupusesse a aplicação de uma *condictio* específica eventualmente cabível.

Orosimbo Nonato situa a *condictio sine causa* nos seguintes termos:

«O exame da *condictio* no direito romano leva ao remate de não se encontrar em seus quadros uma construção teórica, perfeita e completa, do enriquecimento sem causa, abalizando-se aquele direito na aplicação de vias expedientes para adversá-lo, como o fez, convizinando-se, nesse processo, à moderna ação de enriquecimento. E o princípio que informou a prática dessas vias e expedientes através de diversos casos (*condictio indebiti*,

⁽²⁸⁾ Cf. Jorge Americano, *op. cit.*, pp. 35 e 36.

⁽²⁹⁾ Neste sentido, ver, entre outros, Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 182; Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 128; Jorge Americano, *op. cit.*, p. 23.

condictio ob causam datorum ou causa data causa non secuta, condictio ob turpem vel injustam causam) depa-rou seu acume e generalização na *condictio sine causa*, suscitada pelo Imperador. (...)

Através da norma de Justiniano, o princípio logrou generalização, adquiriu amplitude poderosa a abranger os casos descompreendidos nas categorias já aludidas». ⁽³⁰⁾

Assim é que, subsidiária ou não, a *condictio sine causa* é hoje projetada no direito moderno como a concretização, em termos genéricos, do princípio do enriquecimento sem causa.

Observa-se, a propósito, que, enquanto as demais *condictiones* foram, sem grandes controvérsias, acolhidas nos ordenamentos que sofreram a influência do direito romano, a *condictio sine causa* — como enunciação genérica do princípio — tem sido, ao contrário, objeto de grandes divergências, especialmente no tocante à sua aplicabilidade e à sua extensão.

2. Direito comparado - sistemas alemão e francês

No contexto do direito comparado, o tratamento legal conferido ao princípio do enriquecimento sem causa biparte-se em duas escolas: o sistema alemão, que consagra de forma explícita e genérica a obrigação de restituir o que sem causa se adquiriu, e o sistema francês, que, como o brasileiro, não procedeu a uma formulação legal do princípio. O objectivo é apenas apontar as características e os fundamentos genéricos de tais sistemas relativamente à consagração ou não do princípio do enriquecimento sem causa, sem nos determos em dispositivos específicos de um e de outro.

Sistema alemão

O Código Civil alemão (BGB), promulgado em 1896, empreendeu a unificação e a sistematização das *conditiones*

⁽³⁰⁾ Orosimbo Nonato, *op. cit.*, p. 94.

romanas, instituindo o enriquecimento sem causa como um instituto autônomo, fonte específica de obrigações, ao lado dos contratos e dos atos ilícitos. ⁽³¹⁾ O preceito genérico encontra-se estabelecido no § 812, que transcrevemos da tradução francesa:

«Art. 812 — Quicon que, par prestation faite par une autre personne ou de toute autre manière, fait *une acquisition sans cause juridique aux dépens de cette autre personne*, est obligé vis-a-vis d'elle à restitution. Cette obligation existe également lorsque la cause juridique disparaît ultérieurement ou que le résultat poursuivi au moyen d'une prestation, tel qu'il ressort du *contenu de l'acte juridique*, ne se réalise pas.

Est également considérée comme prestation la reconnaissance contractuelle de l'existence ou de la non-existence d'un rapport d'obligation» (grifamos). ⁽³²⁾

Constituem requisitos deste princípio geral: um enriquecimento; ser este enriquecimento feito às expensas de alguém; inexistência, originária ou superveniente, de causa jurídica que justifique a aquisição.

Embora tais requisitos sejam pertinentes ao princípio que engloba as demais *condictiones*, o Código disciplina parte daquelas originalmente previstas no direito romano de forma particularizada, fixando, portanto, requisitos específicos. Assim é que a *condictio indebiti*, tal como no sistema do nosso Código (art. 965), exige a prova do erro do *solvens* relativamente à existência da obrigação como condição para a obrigação de restituir: «*La prestation effectué dans le but d'exécuter un engagement ne peut être répétée*,

⁽³¹⁾ Agostinho Alvim (*Do enriquecimento sem causa*, Revista Forense, Vol. 173, p. 48, 1957) ressalta que o Código alemão, embora constitua um paradigma na matéria, foi promulgado 15 anos depois do Código suíço, este sim precursor no estabelecimento de uma fórmula genérica de condenação do enriquecimento sem causa. No entanto, dado o desenvolvimento que a doutrina alemã deu à matéria, atribui-se ao ordenamento daquele país a condição de modelo dentre os que consagraram de forma expressa o princípio.

⁽³²⁾ In: *Code Allemand*, Traduit et annoté par C. Bufnoir, P. Cazelles, J. Challamel, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy-Ullmann, R. Saleilles, Paris, Imprimerie Nationale, 1906.

si l'auteur de la prestation a su qu'il n'était pas obligé a la prestation (...)» (§ 814 do BGB).

Sendo o § 812 o preceito geral sobre o assunto, vamos dedicar-lhe um pouco mais de atenção, aduzindo algumas observações que constam dos comentários ao BGB, elaborados por juristas franceses da maior envergadura. ⁽³³⁾ Trata-se de observações que se referem especificamente ao artigo em exame, que de forma alguma exaurem o estudo da teoria geral do princípio, a qual será objeto de capítulo próprio (Cap. II).

Os referidos civilistas conceituam o enriquecimento como a aquisição de uma coisa ou de um direito, inclusivamente a posse, assim como a liberação de uma dívida ou mesmo o ato de fazer evitar despesas e desembolsos. Assim é que, nos termos do artigo em questão, a transferência patrimonial em que consiste o enriquecimento tanto pode derivar de um ato praticado pelo beneficiário como por um terceiro ou pelo próprio lesado. Além da aquisição derivada de um ato jurídico, incluem-se no âmbito da pretensão genérica de enriquecimento sem causa os incrementos patrimoniais resultantes de acidentes naturais.

Os citados autores observam que o crescimento da fortuna de uma pessoa corresponde, em geral, a uma diminuição de bens de outra. Mas, nos termos da redação final do BGB, não é necessário que alguém enriqueça com os bens provenientes de outra pessoa, antes basta que esse enriquecimento ocorra à sua custa.

A substituição do casuísmo das *condictiones* por uma fórmula elaborada a partir da noção geral de causa jurídica poderia sugerir, segundo os comentaristas, que o juiz estivesse autorizado a perquirir os motivos individuais, subjetivos, que tivessem determinado a obrigação. O conceito de causa adotado pelo BGB, no entanto, é objetivo, na medida em que esta deve resultar do *conteúdo do ato jurídico* (§ 812, *in fine*), e não da análise da vontade interna dos sujeitos da obrigação. Com isto, evitar-se-ia, segundo os autores franceses, o uso indiscriminado, nas transações, de uma psicologia subjetiva cheia de incertezas e perigos.

Agostinho Alvim destaca detalhes redacionais do § 812 do BGB para demonstrar a generalidade que se buscou dar ao princí-

⁽³³⁾ *Op. cit.*, p. 368 e segs.

pio, a qual poderia restar prejudicada em razão de uma formulação expressa. Exemplifica Agostinho Alvim:

«A expressão de *qualquer outro modo* é muito compreensiva e ampla, pois abrange qualquer enriquecimento, abstração feita de um fato do empobrecido.

Quando fala na restituição, o Código evita a palavra *coisa*, cujo sentido é mais restrito.

Finalmente, emprega a locução *à custa de*, para o fim de alargar a compreensão do texto, porque, uma coisa é alguém enriquecer-se por fato de outrem (idéia estreita); outra, é enriquecer-se à custa de outrem, o que pode prescindir de um fato do empobrecido». ⁽³⁴⁾

O desenvolvimento da teoria do enriquecimento sem causa na Alemanha é atribuído à existência, naquele direito, de inúmeros negócios jurídicos abstratos, que, por produzirem efeitos independentemente da causa que os tenha motivado, não deixam ao antigo titular prejudicado outro meio que não seja o das *condictiones*. Serpa Lopes explica:

«No direito germânico, o problema do enriquecimento sem causa apresenta um aspecto da mais alta relevância. Isto deve-se atribuir à circunstância de sua orientação se ter definido no sentido da adoção do caráter *abstrato* do vínculo contratual. Remonta-se, dêste modo, ao Direito Romano, onde o ritual formalístico ou a ausência de sinalgmaticidade constituíam terreno propício à abstração da relação contratual, isto é, o ser ela válida por si mesma sem levar em conta o porquê de sua origem». ⁽³⁵⁾

Por não ser a falta de causa, nos negócios jurídicos abstratos, um obstáculo, *a priori*, à sua existência válida, não cabe a ação de anulação. No entanto, por meio da ação de enriquecimento sem

⁽³⁴⁾ Agostinho Alvim, *op. cit.*, p. 50.

⁽³⁵⁾ M. M. de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Vol. 5, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro. 1961, p. 75.

causa, a subsistência do negócio pode ficar comprometida, porquanto os seus resultados econômicos poderão ser atingidos pela obrigação de restituição.

Clovis Bevilacqua, referindo-se à *condictio sine causa* do direito romano, esclarece que, nas obrigações que se contraíam independentemente da existência de causa, esta operava como um título de retenção, impedindo que o *accipiens* conservasse a propriedade da coisa assim adquirida «*porque ninguém podia exercer direitos de proprietário ou de possuidor sem um título, sem uma razão, a que a lei reconhecesse valor*». ⁽³⁶⁾

Assim é que, nos negócios jurídicos abstratos, a causa não tem função essencial, endógena, mas repercute sobre os seus efeitos. Ouçamos o professor Adriano Vaz Serra:

«No negócio abstrato, a declaração de vontade não inclui a causa como elemento constitutivo do negócio, ao passo que, no negócio causal, a causa integra-se na declaração de vontade, de modo que, neste, a falta de causa produz a nulidade do negócio, enquanto, naquele, esta falta não afecta a validade do negócio, mas apenas a sua eficácia, dado que pode basear uma pretensão de enriquecimento. ⁽³⁷⁾

A classificação dos negócios jurídicos em causais e abstratos relaciona-se, portanto, não com a existência de uma causa, mas com a relevância, direta ou indireta, respectivamente, que esta tem no tocante aos seus efeitos. ⁽³⁸⁾

É lícito concluir, desta forma, que, em se tratando de um negócio classificado como abstrato, a desconstituição de seus efeitos através da pretensão de enriquecimento assume relevância pro-

⁽³⁶⁾ Clovis Bevilacqua, *Direito das Obrigações*, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 3.^a edição, 1931, § 37, p. 116. Neste mesmo sentido, ver, entre outros, Adriano Vaz Serra, *op. cit.*, p. 33; e Pedro E. Bautista Quintero, *op. cit.*, p. 16.

⁽³⁷⁾ Adriano Vaz Serra, *Negócios Abstratos*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 83, 1959, Lisboa.

⁽³⁸⁾ Neste sentido, adverte Pontes de Miranda (*op. cit.*, p. 158): «Tem-se ainda de frisar que o crédito abstrato não é crédito para o qual não tenha havido uma causa. É crédito em que se *abstraiu* da causa; por isso, é dito crédito *abstrato*, e não *sem causa*».

cessual. Vale dizer: ao empobrecido incumbe o ônus de provar a falta da causa, pois a sua existência, por imperativos de segurança e estabilidade de determinadas relações jurídicas, é protegida por uma presunção de natureza *iuris tantum*.

O papel do enriquecimento sem causa na Alemanha é de tal forma relevante que, fora do capítulo especificamente destinado à sua regulamentação, disposições isoladas traduzem o princípio, remetendo o intérprete, de forma expressa, à disciplina daquele instituto. É o caso da restituição do objecto da doação por recusa injustificada do donatário em ministrar ao doador alimentos de que este precisa, bem como por descumprimento do encargo. Em ambas as hipóteses — previstas, respectivamente, nos §§ 528 e 531 do BGB — a lei determina seja a restituição efetuada *segundo as regras do enriquecimento sem causa*.

Sistema francês

Na França, ao contrário, o princípio dependeu da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência para se desenvolver. A opção no sentido de não se positivar o enriquecimento sem causa, mas tão-somente algumas de suas modalidades específicas, em dispositivos isolados, é justificada pela adesão à teoria causalista, que, expressa no Código Napoleão, ensejava a ação de nulidade em favor dos que se empobrecessem injustificadamente. É o que, baseando-se em Torino Enrique, relata Pedro E. Bautista Quintero em sua tese:

«En su elaboración predominó la idea de la causa; ella vino a asumir en las obligaciones y prestaciones el carácter de elemento esencial, razón por la cual restringió el campo de la CONDICTIO e hizo que se ampliara grandemente la extensión del ejercicio de las acciones de nulid». ⁽³⁹⁾

No entanto, a jurisprudência francesa, ainda em 1892, aludia ao enriquecimento sem causa como razão de decidir. Tratava-se de

⁽³⁹⁾ Pedro E. Bautista Quintero, *op. cit.*, p. 18.

um locatário insolvente que, nesta condição, não tinha meios de pagar nem ao proprietário do imóvel nem ao vendedor de fertilizantes, de quem havia adquirido adubo para fertilizar as terras locadas. Despejado por falta de pagamento, decidiu-se, então, deferir a ação *de in rem verso* em favor do fornecedor de adubos face ao proprietário, uma vez que este, se não pagasse, se teria enriquecido sem causa, beneficiando-se de uma terra fertilizada às custas do aludido vendedor.

A partir desta decisão, a jurisprudência e a doutrina francesas por muito tempo oscilaram entre o reconhecimento da existência de uma *ação geral de enriquecimento sem causa* — não obstante a falta de textos legais que a regulassem — e a crítica à adoção de tal princípio. O professor Adriano Vaz Serra traz-nos subsídios interessantes ao citar Carbonnier e a sua objeção ao princípio:

«Antes que perigoso (o autor refere-se à 'fluidez' do princípio), poderia perguntar-se, numa direcção muito diferente, se não é falacioso, porque é inútil. Nos casos mais práticos, instituições tecnicamente experimentadas como a gestão de negócios e a repetição do indevido teriam sem dúvida bastado». ⁽⁴⁰⁾

Carbonnier conclui, com ironia:

«Fora daí, seria preciso talvez reconhecer a existência de entidades coletivas além dos indivíduos: o negociante de adubos tinha confiado na exploração agrícola e não no cultivador; o fornecedor de alimentos, na família, e não naquele dos seus membros que está sem recursos». ⁽⁴¹⁾

Já segundo o diagnóstico de Orosimbo Nonato, «a inexistência de um texto especial no Código francês não tem impedido reconhecerem os autores a existência e a voga do princípio aludido». ⁽⁴²⁾ Neste mesmo sentido, Serpa Lopes — amparado em Mazeaud,

⁽⁴⁰⁾ Adriano Vaz Serra, *op. cit.*, p. 16.

⁽⁴¹⁾ *Idem.*

⁽⁴²⁾ Orosimbo Nonato, *op. cit.*, p. 88.

Josserand, Ripert e Esmein — já vislumbrava no direito francês a tendência para erigir o enriquecimento sem causa como uma fonte de obrigações. ⁽⁴³⁾

A falta de um preceito expresso, somada à posição de parte significativa da jurisprudência e da doutrina francesas, que reconhecem no enriquecimento sem causa um princípio virtual e implícito no sistema jurídico, compõem um cenário teórico muito semelhante ao brasileiro.

3. Direito brasileiro

O Código Civil brasileiro, como já foi assinalado, não contém preceito genérico regulador do enriquecimento sem causa. Não obstante, tal lacuna é considerada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência dominantes, irrelevante para efeito de se admitir a aplicabilidade de uma pretensão geral de enriquecimento. Ao longo deste item traçaremos, em breves linhas, a evolução do instituto na doutrina, especialmente os seus reflexos na política legislativa, consubstanciada pelos projetos de Código Civil elaborados nas últimas décadas.

Posições doutrinárias antagônicas

A opção do legislador pátrio no sentido de não consagrar expressamente, de forma orgânica e uniforme, o princípio do enriquecimento sem causa, preferindo regulá-lo através de aplicações esparsas e fracionárias, é muito criticada pela doutrina.

Na maior parte das vezes, esta crítica constrói-se a partir da contraposição aos argumentos de Clovis Bevilacqua — impossibilidade e desnecessidade de regulação —, com base em cuja orientação o Código não disciplinou o princípio com autonomia. Contra a tese da *impossibilidade*, argumenta Orosimbo Nonato:

Que o assunto se encrespe de certas dificuldades, nenhuma dúvida ou entredúvida ocorre, observando-se até certa corrente doutrinária pregadora da desconvizi-

⁽⁴³⁾ Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 74.

nhança e desafinidade entre o enriquecimento sem causa e o pagamento indevido.

Mas, vai talvez demasia em ver o irremovível da *impossibilidade*, onde avultarão *dificuldades*, não despidiendas, é certo, mas adversadas no direito alemão, no direito suíço, no direito japonês, no direito russo, no direito mexicano, no projeto franco-italiano de código de obrigações.

Deixou, assim, o nosso Código, apesar dos modelos suso indicados, de versar a matéria '*con sistema y generalidad*', como, aliás, observa o professor Alfredo Colmo (*Obligaciones*, pág. 475, n.º 688). ⁽⁴⁴⁾

Já contra a tese da *desnecessidade*, argumenta Carvalho de Mendonça:

«É forçoso renunciar ao ideal de abranger em uma única e sintética fórmula todos os casos de enriquecimento sem causa.

O melhor expediente foi o do Código suíço e do Código alemão: pôr o princípio do enriquecimento como regra fundamental do indébito, *a fim de evitar as deficiências de uma classificação à moda romana, como fêz o Cód. Civil francês*» (grifamos). ⁽⁴⁵⁾

Em defesa do sistema vigente, destaca-se Jorge Americano, que, em sua obra sobre o assunto, dá a impressão de se ter dedicado ao tema com o propósito incondicional de se opor a todas as críticas que se pudessem formular acerca do tratamento dado à matéria pelo Código Civil.

Tarefa difícil é sintetizar o seu raciocínio, que parte de variadas premissas, algumas delas até contraditórias entre si. Reforçando a posição de Clovis Bevilacqua, o autor empenha-se em demonstrar que o Código Civil contém institutos com características definidas, próprias, cuja aplicação resulta no impedimento do

⁽⁴⁴⁾ Orosimbo Nonato, *op. cit.*, pp. 84 e 85.

⁽⁴⁵⁾ Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, Tomo I, Revista Forense, Rio de Janeiro, 4.ª edição, 1956, p. 489.

enriquecimento sem causa, o que, portanto, revela a sua desnecessidade. Assim ocorre, sustenta o autor, com as ações anulatórias e os princípios que as informam:

«Quando o acto se annulla por assentar no ilícito, teremos uma *condictio ob turpem causam* (Cód. Civil, art. 45, II), ou nos bastam os princípios gerais. (...)

Quando a causa da anulação é o impossível, temos a *condictio sine causa* (Cód. Civil, art. 145, II) ou nos bastam os princípios gerais.

Quando o acto se annulla por defeito de forma ou preterição de solemnidade (Cód. Civil, art. 145, III e IV), ou por ser taxativamente declarado nullo ou sem efeito (art. 145, V), temos propriamente os princípios geraes que regulam as nullidades». ⁽⁴⁶⁾

Em todos estes casos, e tantos outros que se poderiam acrescentar, Jorge Americano sustenta que a vedação ao enriquecimento sem causa é consequência, e não fundamento da solução legal. As bases de seu raciocínio tornam-se bem claras quando analisa a hipótese do pagamento feito ao incapaz. Segundo o art. 158 do Código Civil, a anulação do ato opera a restituição das partes ao estado anterior em que se achavam antes de sua prática. O art. 157, no entanto, abre uma exceção em favor do patrimônio do incapaz, estabelecendo que: «*Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga*». Opondo-se àqueles que vêem na parte final do art. 157 a consagração da teoria geral do enriquecimento sem causa, Jorge Americano argumenta:

«Princípio geral: restauração ao estado anterior. Exceção, para proteger o patrimônio dos incapazes. Retorno á regra geral, desde que o patrimonio não soffra dano.

Este retorno á regra geral, não é propriamente a theoria do não locupletamento sem causa legitima, com caracteristicos proprios.

⁽⁴⁶⁾ Jorge Americano, *op. cit.*, p. 44.

Ha uma theoria geral, e uma excepção. Não vigo-
rando a excepção, por não caber o respectivo principio
em determinado espaço juridico, este se preenche pelo
systema geral». ⁽⁴⁷⁾

A lógica do raciocínio do autor, no entanto, parece circuns-
crever-se a uma concepção totalitária e legalista, que, talvez apro-
priada ao seu tempo, hoje nos parece inadequada. Inicialmente,
afirma que os casos reputados de enriquecimento sem causa mere-
cem do Código Civil tratamento específico, deduzindo daí a des-
necessidade de uma teoria geral:

«Ora, falam os autores de uma theoria do enriqueci-
mento sem causa. Mas até aqui temos visto que *todo caso*
de locupletamento apontado como injusto encontra sem-
pre a sua disciplina em um texto legal» (grifamos).⁽⁴⁸⁾

Contra tal argumento, basta afirmar que a lei, por definição,
não poderia jamais prever *todos* os casos concretos que por ela
devem ser regulados. Com efeito, o fato de a teoria do enriqueci-
mento sem causa se desenvolver a partir dos casos previstos na lei
não pode levar à conclusão de que tais sejam os únicos a ocorrer
na prática. Antes, o que assim se pretende é induzir um princípio
que, por informar aquelas situações, deve, por igual razão, infor-
mar a solução de outras que se lhes assemelhem: *ubi eadem ratio,*
idem jus. Ocorre que — e por isso referimo-la como legalista — a
concepção do autor não admite a aplicabilidade dos princípios
gerais de direito, embora reconheça que nas hipóteses por ele
mesmo destacadas a *função* da lei seja evitar o enriquecimento sem
causa. Eis a conclusão de Jorge Americano, que admite a existên-
cia dos princípios, mas lhes nega eficácia:

«Mas á proporção que vamos subindo na escala,
vamos perdendo em precisão, e, quando induzimos um
princípio, verificamos que as sucessivas abstrações do
accidental para só conservar o essencial attribuiram-lhe

⁽⁴⁷⁾ *idem*, p. 45.

⁽⁴⁸⁾ *Idem*, p. 97.

uma feição idealística que já não permite a aplicação directa a qualquer caso concreto que se apresente.

Por consequência, de um princípio induzido não se pode fazer uma aplicação prática sinão através do instituto ou dos institutos que forneceram a indução: isto é retornando do geral ao particular pelo processo dedutivo».⁽⁴⁹⁾

Vê-se, assim, que os críticos à consagração expressa do princípio não lhe negam a existência, apenas a sua aplicabilidade como tal. Ademais, não o reconhecem como um instituto passível de regulamentação autónoma, eis que a sua amplitude e fluidez o subordinam, sob o prisma dogmático, a institutos específicos, já experimentados, como sejam a teoria das nulidades ou mesmo a responsabilidade civil, disto deduzindo ao mesmo tempo a inutilidade e a impossibilidade de uma tal regulamentação.

Posição dominante

Os doutrinadores até hoje incumbidos de elaborar projetos de um novo Código Civil ou de um Código de Obrigações vêm regulando de forma expressa e sistemática o princípio, embora sejam unânimes em reconhecer que a lacuna (a ser suprimida) não obsta sua aplicação.

Assim é que o Anteprojeto de Código de Obrigações, de 1941, elaborado por Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahнемann Guimarães, destina um capítulo à regulação do enriquecimento sem causa, nele inserindo a disciplina do pagamento indevido, enunciando o princípio geral nos seguintes termos:

Art. 143 — Quem se enriquece indevidamente, à custa de outrem, fica obrigado a restituir, na medida de seu lucro, o que lhe não era devido, embora a causa venha a faltar depois de obtido o proveito.

Da mesma forma, em 1965, o Projeto de Código de Obrigações, cujo ponto de partida foi o Anteprojeto elaborado por Caio

⁽⁴⁹⁾ *Idem*, p. 113.

Mário da Silva Pereira, destinou ao enriquecimento sem causa um capítulo específico, dispondo que:

Art. 889 — Quem se enriquecer indevidamente, à custa de outrem, fica obrigado a indemnizar, na medida do lucro, a diminuição patrimonial que causa.

Art. 890 — Cabe a restituição do indébito, posto que venha a causa a faltar depois de obtido o proveito e ainda no caso de o enriquecimento constituir no recebimento de coisa certa.

Nesta mesma esteira, o Anteprojeto de Código Civil de 1972, subscrito por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, consignou em termos genéricos o princípio do enriquecimento sem causa, dispondo que:

Art. 926 — Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único — Se o enriquecimento tiver por objecto uma coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la. Se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 927 — A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 928 — Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Conforme visto até aqui, a discussão em torno da enunciação expressa, sistemática e geral do princípio divide-se em duas correntes diametralmente opostas: a primeira, contrária à expressa disposição legal do princípio, alega não ser ele necessário, tampouco reduzível a uma formalização abrangente de todos os casos legais dos quais é induzido; a segunda, majoritária, postula a positivação

do princípio, recorrendo à respectiva *teoria geral* para provar que a alegada prescindibilidade parte de duas premissas falsas: a) a de que *todos* os casos já se encontram regulamentados e b) a de que o enriquecimento sem causa não possui autonomia dogmática, ora subordinando-se à doutrina da responsabilidade civil, ora aos preceitos que regulam as nulidades. Por isso, a sua aplicação jurisprudencial, hoje tão largamente disseminada, deve, segundo esta corrente, fortalecer-se como o recurso, então tornado possível, a uma norma expressa que o consagre.

A pedra de toque para aderir a uma ou a outra das duas correntes parece estar no exame do enriquecimento sem causa, tal como concebido pela teoria geral, que sobre ele se vem construindo independentemente das teorias relativas à responsabilidade civil e às nulidades. Tal exame demonstrará que uma sistematização legal do princípio é inovadora quando comparada ao que hoje já se encontra regulado sob o âmbito específico de cada um daqueles dois institutos. Assim, o próximo capítulo examinará a teoria geral do princípio, isto é, os seus fundamentos e pressupostos, bem como o objecto da obrigação de restituir com base no enriquecimento sem causa, que, como tentaremos demonstrar, o especificam face a outros institutos que com ele se reputam semelhantes.

CAPÍTULO II

A TEORIA GERAL DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

1. O fundamento do enriquecimento sem causa

A construção de uma teoria do enriquecimento sem causa é trabalho do direito moderno, vez que o direito romano não logrou a sistematização do princípio, em termos genéricos e acabados. ⁽⁵⁰⁾ Tratando-se, portanto, de uma teoria recente, muitas são as controvérsias em torno da matéria, sendo difícil encontrar unani-

⁽⁵⁰⁾ Orosimbo Nonato, *op. cit.*, pp. 97-98

midade entre os autores, a começar pelo próprio fundamento do princípio:

«O interessante, porém, é que a respeito do fundamento dêsse princípio universal de direito, não há acordo entre os mestres. Ao invés, o que se nota é uma divergência cada vez mais radical, que não prejudica, todavia, reconheçam todos que, quaisquer que sejam êsses fundamentos, são evidentemente de ordem superior, a ponto de se imporem desde logo e de tal forma, que não deixam dúvida quanto à justiça da aplicação invariável da regra onde quer que haja um enriquecimento à custa alheia».⁽⁵¹⁾

Grande parte dos autores alude à equidade como fundamento da condenação do enriquecimento sem causa. Assim, já ensinava Clovis Bevilacqua — observando a disparidade dos casos em que se particulariza o princípio — que só a equidade, por sua abrangência, poderia ser utilizada como critério orientador do intérprete. ⁽⁵²⁾

No entanto, precisamente por ser um conceito vago e fluido, há autores que rejeitam seja a equidade o suporte do enriquecimento sem causa:

«(...) Pero esto de la equidad es tan elástico, tan pouco preciso, que dentro de ello, como dentro de cualquier cosa que, como ella, seja de subjetiva apreciación, pueden caber todos los criterios y las soluciones más diversas y hasta contradictorias. Ello sin contar estas dos circunstancias más positivas: 1.^a todo el derecho es hijo de la equidad, en cuanto es expresión de lo justo, por donde nada habría allí de privativo para el enriquecimiento; 2.^a fuera de ello, es equitativa la action de

⁽⁵¹⁾ J. M. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Obrigações*, Vol. XII, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro e São Paulo, 9.^a ed., 1974, pp. 377-378.

⁽⁵²⁾ Clovis Bevilacqua, *Direito das Obrigações*, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 3.^a edição, 1931, p. 115.

repetición, cuáles son los factores concretos que determinan al legislador para consagrarla (por donde se ve que la explicación de la equidad apenas si trasladaría el asunto, pues ella misma requiere la explicación que se busca)». ⁽⁵³⁾

A crítica de Colmo, no entanto, não é conclusiva, na medida em que o autor se limita a rejeitar todas as teorias que buscam fundamentar o princípio do enriquecimento sem causa, sem apresentar solução para o impasse.

Historicamente, não há dúvidas de que o princípio do enriquecimento sem causa se estriba no princípio maior da equidade. As tentativas de encontrar em outras fórmulas o suporte do repúdio ao locupletamento injusto parecem ter origem muito mais na preocupação em lhe precisar o conteúdo do que, propriamente, em negar a inspiração equitativa que determinou a sua inclusão dentre os postulados básicos de justiça.

Por outras palavras, busca-se contrariar a tese — defendida, entre outros, por Jorge Americano —, segundo a qual a relação entre o enriquecimento sem causa e a equidade é a comprovação de que aquele não poderia ser delimitado dogmaticamente:

«É apenas uma formula de synthese imprecisa, sem rigor doutrinário, empregada usualmente para exprimir as varias resultantes do principio da equidade combinado a diversos outros principios informativos da legislação». ⁽⁵⁴⁾

A seguir, a título de ilustração, comentaremos três destas tentativas, que buscaram precisar o que havia de essencial no conjunto multifacetado das manifestações do enriquecimento sem causa, restringindo, através de construções teóricas — a nosso ver, improcedentes —, a equidade como sua inspiração primordial.

⁽⁵³⁾ Alfredo Colmo, *De las Obligaciones en General*, Libreria y Casa Editora de Jesus Menendez, Buenos Aires, 1920, p. 482.

⁽⁵⁴⁾ Jorge Americano, *op. cit.*, p. 53.

O enriquecimento sem causa e a gestão de negócios

A qualificação do enriquecimento sem causa como uma variante da gestão de negócios é atribuída a Laurent. ⁽⁵⁵⁾ Segundo esta teoria, o locupletamento, tal como a gestão, pressupõe uma ingerência no negócio alheio, da qual resulta lucro, pelo que o proprietário deve restituir ao gestor o lucro que este produziu, sob pena de se enriquecer sem causa. ⁽⁵⁶⁾

Serpa Lopes critica esta teoria, sustentando que a gestão de negócios difere da ação *de in rem verso*, na medida em que aquela parte de uma idéia de *necessidade* estranha ao enriquecimento sem causa. Assim, enquanto a intervenção que se processa na gestão deriva de uma necessidade identificada pelo gestor, o enriquecimento sem causa pode derivar de fenômenos variados, que não se inspiram em contingências de inevitabilidade. ⁽⁵⁷⁾ Por outro lado, observa o jurista, a medida da restituição constitui outro fator diferenciador entre ambos os institutos:

«(...) no enriquecimento sem causa, o reequilíbrio patrimonial se processa em bases restritas, de acordo com o proveito realmente obtido pelo enriquecido, ao passo que, na Gestão de Negócios, provada a sua utilidade, a recomposição se processa com um ressarcimento amplo, abrangendo tudo aquilo quanto o gestor efetivamente despendeu». ⁽⁵⁸⁾

Com todo efeito, não é difícil criticar esta concepção limitada e reducionista da teoria do enriquecimento sem causa. Afinal, a obrigação do dono em favor do gestor é uma das particularizações do enriquecimento sem causa; este é o fundamento daquela, e não vice-versa. Cunha Gonçalves, em observação transcrita por Carva-

⁽⁵⁵⁾ Cf. Jorge Americano, *op. cit.*, p. 9; e J. M. de Carvalho Santos, *op. cit.*, p. 380.

⁽⁵⁶⁾ Sobre a teoria ora em comento, pode-se consultar, entre outros, Orosimbo Nonato, *op. cit.*, pp. 111-112, que também conclui pela sua improcedência.

⁽⁵⁷⁾ Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Vol. 5, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro e São Paulo, 1961, p. 66.

⁽⁵⁸⁾ *Idem*.

lho Santos, ensina que subordinar o enriquecimento sem causa aos limites de uma gestão de negócios é tomar a parte pelo todo:

«Sem dúvida, há casos de gestão de negócios que podem suscitar a questão do locupletamento, como atrás se viu, não sendo exata, por isso, a opinião que exclui em absoluto esta questão da teoria da gestão (ALVES MOREIRA, II, pág. 680); mas pode haver locupletamento sem gestão alguma de negócios alheios, sendo esta até a hipótese mais frequente. O locupletamento pode dar-se por ato do locupletador ou de terceiro». ⁽⁵⁹⁾

O enriquecimento sem causa e a teoria do risco criado

Embora criativa, esta teoria se afigura igualmente improcedente. Trata-se de conceber o enriquecimento sem causa como um complemento necessário da teoria do risco criado. Por este critério, aquele que cria os riscos deve suportá-los. Assim, pela mesma razão, quem cria o lucro — quem lhe dá *causa* — deve aproveitar-se dele. Ripert e Teisseire, citados por Jorge Americano, dilucidam esta teoria:

«As mesmas razões, as mesmas considerações, levam-nos a considerar bom e justo que cada actividade possa reivindicar para si os resultados uteis que são obra sua. Esta segunda proposição está em exacta correspondencia com a primeira, é o complemento necessario della, e todas as razões que se podem aduzir em apoio d'uma podem invocar-se para a justificação da outra. Quem causou o risco, diz-se, deve supportal-o, quem é causa do lucro, deve aproveitar-se d'elle. Se ha uma theoria do risco creado, é necessario que haja uma teoria do lucro creado» ⁽⁶⁰⁾

⁽⁵⁹⁾ J. M. Carvalho Santos, *op. cit.*, p. 381.

⁽⁶⁰⁾ Jorge Americano, *op. cit.*, p. 101.

Serpa Lopes arrola como argumento contrário a esta tese a circunstância de que tal concepção do princípio do enriquecimento sem causa exclui de seu âmbito os casos de locupletamento originários de atos praticados pelo enriquecido ou por terceiros. ⁽⁶¹⁾ Neste mesmo sentido, observa Carvalho Santos a existência de casos em que o enriquecimento se verifica sem que um lucro haja sido *causado* por alguém, pelo que, por não abranger a totalidade dos casos, a doutrina em questão não traduz a realidade. ⁽⁶²⁾

A teoria da destinação jurídica dos bens

Esta terceira teoria é exposta por Fernando Noronha, que a ela atribui a função de autonomizar o enriquecimento sem causa frente a outros institutos que se fundam na equidade. ⁽⁶³⁾ Segundo tal teoria, a destinação — ou ordenação — jurídica dos bens deflui da atribuição de certos direitos absolutos que o sistema jurídico promove em favor de seus titulares: os direitos da personalidade e os direitos reais. Explica o citado autor:

«Por exemplo, se o sistema jurídico estabelece a propriedade privada, está reconhecendo ao proprietário o aproveitamento econômico das coisas sobre que recai o seu direito. Por isso, se uma empresa coloca em terreno inaproveitado um *outdoor* publicitário sem autorização do dono, ele (sic) terá de pagar o preço da utilização que fez em seu proveito, mesmo que o dono do imóvel não tenha sofrido qualquer dano, porque de outra forma a empresa estaria enriquecendo-se à custa deste. (...)»

Como diz Larenz, há que se respeitar «a atribuição dos bens conforme ao direito»; uma aquisição «foi feita sem fundamento jurídico quando, segundo a atribuição ou coordenação dos bens, corresponde a outra pessoa». ⁽⁶⁴⁾

⁽⁶¹⁾ Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 67.

⁽⁶²⁾ J. M. Carvalho Santos, *op. cit.*, p. 382.

⁽⁶³⁾ Fernando Noronha, *Enriquecimento sem causa*, in *Revista de Direito Civil*, n.º 56, p. 57.

⁽⁶⁴⁾ *Idem*.

Mais uma vez, encontra-se implícita a preocupação em negar a equidade como fundamento do enriquecimento sem causa, como se, do contrário, o princípio não se pudesse aplicar de forma segura e delimitada. Embora admissíveis as conclusões a que chega esta teoria, não logra êxito como substitutiva da equidade, uma vez que a aludida *destinação jurídica dos bens* constitui uma premissa não menos vaga; aliás, não destoa da equidade, pois é precisamente esta que determina seja a utilização injustificada de bens fundamento da restituição do proveito daí derivado.

A equidade como fundamento do princípio

Desta pequena amostra já se pode concluir que perscrutar o fundamento do enriquecimento sem causa fora da equidade, além de lhe negar as origens, constitui um exercício de criatividade intelectual, do qual não se podem extrair consequências práticas elucidativas de seus requisitos e efeitos. ⁽⁶⁵⁾ Desta forma, aderimos à posição dominante, que justifica a ação *de in rem verso* através dos princípios clássicos da justiça e do direito, o que, entretanto, não significa afastar a possibilidade de delimitar dogmaticamente a aplicação e a extensão do enriquecimento sem causa. É o que se passa a demonstrar, através do estudo dos seus requisitos, tal como concebidos por aqueles que se dedicaram à formulação de uma teoria geral sobre o princípio.

2. Requisitos

O exame da doutrina acerca dos requisitos da obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa demonstra, mais

⁽⁶⁵⁾ Agostinho Alvim (*op. cit.*, p. 52), para quem o fundamento da condenação por enriquecimento sem causa é de ordem moral, relativiza a discussão em torno do fundamento último do instituto, especialmente no que diz respeito às distinções entre moral, equidade, direito natural e os princípios gerais, afirmando ceticamente que: «(...) o fato de ter um fundamento não impede que tenha outro, podendo uma só regra originar-se de um daqueles princípios, sem excluir outro».

uma vez, não haver na matéria muitos pontos de convergência entre os autores. No entanto, embora intensos debates se possam travar por ocasião do desdobramento de tais requisitos, é possível identificar três deles que são sistematicamente repetidos pelos autores: *a)* um enriquecimento por parte do obrigado à restituição; *b)* ser este enriquecimento obtido às custas do autor da pretensão; *c)* inexistência de causa que o justifique. Por ser esta tríplice classificação dos requisitos para o cabimento da ação *de in rem verso* um ponto de convergência entre os autores pesquisados, será a mesma adotada como parâmetro da exposição que se segue.

2.1. Enriquecimento

O primeiro requisito para o nascimento da obrigação de restituir, fundada no locupletamento injustificado, é o enriquecimento de alguém, ou, se quisermos, o locupletamento.

Considera-se enriquecimento qualquer incremento ou melhora da situação patrimonial de uma pessoa. Este proveito pode representar-se de diversas formas, seja com aumento do ativo, seja com a diminuição do passivo patrimonial, seja, ainda, com a poupança de um gasto que, de outra forma, teria sido despendido pelo enriquecido. ⁽⁶⁶⁾ Assim, tanto a aquisição de um direito ou de um bem como a melhora da situação patrimonial através da liberação de uma dívida constituem formas diversas de enriquecimento. Neste particular, portanto, a caracterização do enriquecimento sem causa encontra um paralelo na do dano, já que o enriquecimento tanto pode representar-se através de um *lucrum emergens*, como através de um *dannum cessans*.

⁽⁶⁶⁾ Antunes Varela (*Direito das Obrigações*, Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 195) exemplifica: «É o caso de alguém prestar alimentos a uma criança na errônea persuasão de esta ser o seu filho ou de ser o alimentante o parente sobre quem o encargo recai. O verdadeiro pai, ou o parente realmente mais próximo, enriquecem-se, nestes casos, na medida em que poupam uma despesa que lhes incumbia suportar».

Natureza da vantagem caracterizadora do enriquecimento

A primeira questão a ser dirimida acerca da caracterização do enriquecimento, como requisito para a ação de restituição, respeita à sua natureza. Vale dizer: tal enriquecimento pode ser moral ou, ao contrário, é necessariamente patrimonial? A questão suscita três posições distintas, conforme seja a finalidade atribuída à ação *de in rem verso*.

A primeira é a de que o enriquecimento ensejador da restituição deve traduzir-se numa vantagem patrimonial, isto é, apreciável economicamente. Significa dizer que tanto pode a vantagem ter-se originado de um benefício moral ou intelectual auferido pelo *enriquecido* como de um deslocamento patrimonial processado em seu favor. Em qualquer hipótese, contudo, há-de ser a vantagem *apreciável em dinheiro*.⁽⁶⁷⁾ Segundo tal corrente, o princípio do enriquecimento sem causa tem por finalidade, na expressão de Renard, *o reequilíbrio econômico dos patrimônios*⁽⁶⁸⁾, pelo que não abrange compensações de ordem puramente moral.

A segunda alternativa também restringe o escopo da restituição fundada no enriquecimento sem causa ao restabelecimento do equilíbrio patrimonial, mas sustenta inexistir a ação *de in rem verso* diante de uma vantagem moral, já que, se é verdade que tal vantagem pode ser convertida em valores pecuniários, são estes, e não aquela, que devem ser objeto de restituição.⁽⁶⁹⁾ Trata-se, no entanto, de um rigorismo conceitual desprovido de eficácia prática. Ora, se a vantagem moral redundando em consequências patrimoniais indiretas, nenhuma diferença há em que se reconheça o direito à restituição com base em tal vantagem ou com base em tais consequências. De uma forma imediata ou mediata, o que importa é que ambas as correntes opinam favoravelmente à restituição originária de uma vantagem de natureza moral, desde que apreciável economicamente.

(67) Neste sentido, Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 81; e Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 1991, 5.ª edição, p. 394.

(68) *Étude sur les conditions d'application de l'action d'enrichissement dans le droit français moderne*, Rev. Trim. de Droit Civil, 1920, p. 248, citado por Adriano Vaz Serra, *op. cit.*, p. 89.

(69) Adriano Vaz Serra (*op. cit.*, p. 90) alude aos defensores desta corrente na Itália, especificamente a D'Onofrio.

A terceira posição adoptada acerca da natureza moral ou patrimonial da vantagem caracterizadora do enriquecimento para fins de restituição é a que aceita possa o mesmo advir de uma vantagem puramente moral, inapreciável sob o prisma económico. Note-se que, em se tratando de uma vantagem desta natureza, não se configura, a rigor, qualquer enriquecimento — uma vez que não se pode avaliá-la em termos patrimoniais —, apenas um empobrecimento. A pergunta é portanto, se poderá neste caso, o empobrecido ser *ressarcido*, ainda que não haja propriamente a figura do *enriquecido*. A este respeito, Adriano Vaz Serra pondera que:

«Conquanto uma pretensão de enriquecimento, em hipóteses destas, pudesse ser havida como equitativa (tanto ou mais do que em casos de enriquecimento material), ela esbarra com dificuldades sérias, entre as quais a de que *o enriquecido não viu aumentado o seu património*, podendo, por isso, ver-se em embaraços para dar ao empobrecido uma quantia representativa do seu enriquecimento» (grifamos).⁽⁷⁰⁾

Vaz Serra, no entanto, não chega a posicionar-se contrariamente à pretensão nestas hipóteses, limitando-se a advertir quanto às suas desvantagens, concluindo, timidamente e em termos vacilantes, que:

«Atendendo, porém, a que, em certos casos, pode mostrar-se realmente equitativo que se conceda ao empobrecido uma pretensão de enriquecimento contra a outra parte, e não convindo talvez fechar a porta à possibilidade de a jurisprudência a atribuir, poderia porventura estabelecer-se que, se o empobrecimento é puramente não patrimonial, tem o empobrecido, material ou moralmente, uma pretensão de enriquecimento contra ele, desde que seja justificada por um interesse suficientemente forte para merecer a protecção do direito e se mostre equitativa em face das circunstâncias». ⁽⁷¹⁾

⁽⁷⁰⁾ Adriano Vaz Serra, *op. cit.*, p. 91.

⁽⁷¹⁾ Adriano Vaz Serra, *op. cit.*, pp. 91-92.

A nós parece correta a primeira das três teorias expostas (considerando, entretanto, coincidir esta com os resultados práticos da segunda). Com efeito, a terceira corrente parte de uma premissa equivocada, qual seja, a de que a um dano moral corresponde uma *vantagem* da mesma natureza, a qual deveria, portanto, ser *restituída*. Ocorre que não é concebível que alguém possa beneficiar-se de uma vantagem puramente moral, que de forma alguma repercute no seu patrimônio. O dano moral não enseja uma *restituição*, senão uma compensação, cujas premissas, próprias do regime da responsabilidade civil, não se confundem com o princípio do enriquecimento sem causa. Ora, a reparação por danos morais — que hoje merece expressa disposição constitucional (art. 5.º X) — tem por fundamento a compensação do sofrimento da vítima e a punição do agente *responsável* por esta dor ⁽⁷²⁾ — conceitos estranhos à configuração do enriquecimento sem causa. Em última instância, admitir que o dano moral possa ser objeto de reparação por via da *condictio sine causa* é negar o enriquecimento como seu requisito, o que, parece-nos, resultaria no esvaziamento do princípio, uma vez que a sua extensão restaria desprovida de qualquer parâmetro.

Enriquecimento *real* e enriquecimento *patrimonial*

A distinção entre o enriquecimento *real* e o enriquecimento *patrimonial* constitui uma outra questão importante no tocante à caracterização do enriquecimento como requisito da obrigação de restituir. Trata-se de dois ângulos sob os quais pode o enriquecimento ser quantificado, cada um dos quais determinador de critérios distintos para a avaliação do montante a ser restituído.

O enriquecimento *real* resulta da quantificação objetiva e autônoma do valor correspondente à vantagem adquirida. ⁽⁷³⁾ Já o enriquecimento *patrimonial* é aquele que resulta do exame comparativo do patrimônio do enriquecido, antes e depois da aquisição da vantagem, ou seja, «(...) *entre a sua situação efectiva (situação*

⁽⁷²⁾ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 3.ª edição, 1992. p. 60.

⁽⁷³⁾ Cf. Mário Júlio de Almeida Costa, *op. cit.*, p. 393.

real) e aquela em que se encontraria se a deslocação se não houvesse verificado (situação hipotética)». ⁽⁷⁴⁾

Exemplifique-se: se uma pessoa, por erro, se instala em propriedade de outra, o enriquecimento *real* equivalerá ao valor do aluguel da propriedade, considerado em termos objetivos, isto é, o preço que resultar da avaliação do referido imóvel. O enriquecimento *patrimonial*, ao invés, não é dado pelo valor do imóvel efetivamente ocupado, mas pelo valor daquele que, inexistente o erro, teria sido alugado pelo enriquecido. ⁽⁷⁵⁾

Conclui-se, sob uma outra perspectiva, que a caracterização do enriquecimento como *real* ou *patrimonial* está ligada ao ângulo subjetivo que se adote para determinar o valor da restituição: se o que se tem em vista é o *empobrecido*, a restituição fundada na ação *de in rem verso* é medida pelo enriquecimento *real*; ao invés, se o parâmetro para a restituição não for o que se perdeu, mas sim o que foi adquirido, o enriquecimento a ser considerado será o *patrimonial*, pois é este que reflete o desequilíbrio econômico a partir do referencial do *enriquecido*. Nesta última hipótese, portanto, o empobrecimento do autor da pretensão é irrelevante para a quantificação do objecto da restituição.

A doutrina tende a considerar, para efeito da caracterização do enriquecimento sem causa, apenas o enriquecimento *patrimonial*.⁽⁷⁶⁾ É recorrente, entre os autores pesquisados, a alusão à definição de Von Tuhr, que consagra este entendimento predominante no sentido de que o enriquecimento, para fins da ação *de in rem verso*, é o que se infere da análise comparativa do *patri-*

⁽⁷⁴⁾ *Idem*.

⁽⁷⁵⁾ O exemplo encontra-se em Antunes Varella (*op. cit.*, p. 195). Fernando Noronha (*op. cit.*, p. 65) aborda exemplo semelhante: «Imaginemos uma pessoa que já havia decidido passar as férias na praia «X», onde os aluguéis são em conta, quando um amigo põe à sua disposição uma casa na praia «Y», mais sofisticada. Suponhamos que, afinal, a casa não era do amigo, mas de terceira pessoa, que reivindica a sua posse. O veranista, ocupando a casa, enriqueceu-se, mas apenas no montante do aluguel que despenderia na outra praia (despesa poupada). O seu enriquecimento pode ser maior ou menor do que o dano sofrido pelo proprietário (...)».

⁽⁷⁶⁾ Neste sentido, Almeida Costa, *op. cit.*, p. 395; Antunes Varella, p. 195; Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 65; Serpa Lopes, *op. cit.*, pp. 81-82; Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 303; Vaz Serra, *op. cit.*, p. 74.

mônio do enriquecido antes e depois do deslocamento injustificado. ⁽⁷⁷⁾

A distinção entre o enriquecimento *real* e o enriquecimento *patrimonial* introduz o exame do segundo requisito, qual seja, a obtenção do enriquecimento *às custas de outrem*. É que, ao se admitir como parâmetro da medida de restituição apenas o enriquecimento *patrimonial*, se desconsidera, aparentemente, a existência de uma relação entre tal enriquecimento e um correspondente empobrecimento daquele à custa de quem a vantagem foi adquirida. Como se vê, é necessário analisar o alcance da expressão *à custa de outrem*, que, ao contrário do que se poderia inicialmente supor, pode não significar *por conta de um empobrecimento de alguém*. É o que se discute no próximo item.

2.2. Obtenção do enriquecimento *à custa de outrem*

Este segundo requisito a que alude a doutrina acerca da teoria geral do enriquecimento sem causa diz respeito à legitimidade ativa para se requerer a restituição. O autor da pretensão há de ser aquele à custa de quem foi obtida vantagem injustificada em favor do réu. É o mesmo que dizer que o enriquecimento só adquire relevância jurídica, a ponto de se tornar exigível a sua restituição, se e quando obtido à custa de outrem.

Mas em que consiste este requisito? Como vimos atrás, parte da doutrina entende configurar-se enriquecimento ensejador da ação de *in rem verso* sem que a pessoa legitimada para ajuizá-la tenha sofrido uma diminuição em seu patrimônio. ⁽⁷⁸⁾ É o caso, antes referido, do imóvel indevidamente utilizado, se o proprietário não tivesse planejado alugá-lo. Nesta hipótese, se é verdade que houve, por parte do enriquecido, a poupança de uma despesa, não

⁽⁷⁷⁾ Von Tuhr é citado, entre outros, por Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 81.

⁽⁷⁸⁾ Agostinho Alvim (*op. cit.*, pp. 58-59) refere-se exatamente a esta questão ao salientar que a substituição da expressão *enriquecimento que resulta do patrimônio de alguém*, constante do Projeto do Cód. Civ. alemão, por *à custa de outrem* «permite não considerar essencial o desequilíbrio entre os dois patrimônios», concluindo que «o empobrecimento é requisito que excepcionalmente pode faltar».

se pode falar, a princípio, de um empobrecimento do proprietário, imaginando-se, por exemplo, que ele sequer conhecia, à época da ocupação, a existência do referido imóvel. Seria, portanto, segundo este raciocínio, incorreto pressupor como requisito da ação *de in rem verso* uma correspondência ou — como se referem alguns autores — uma relação de causalidade direta entre o empobrecimento do autor e o enriquecimento do réu: a restituição processar-se-ia exclusivamente a partir da perspectiva do enriquecimento, e não do empobrecimento, que, no exemplo, não teria sequer existido (a situação do autor da pretensão é exatamente a mesma antes e depois do uso indevido de sua propriedade).

A partir destas premissas, poder-se-ia concluir que a expressão *à custa de outrem*, ao invés de pressupor o empobrecimento do legitimado à restituição, significa tão-somente que o enriquecimento foi obtido *à custa de bens jurídicos alheios*. Esta é a posição de Diogo Leite de Campos, autor de inúmeras obras sobre o assunto:

«(...) há que se averiguar se o enriquecimento foi obtido à custa de bens jurídicos alheios. Uma vez assente este pressuposto, podemos concluir, com bastante segurança, que todo o enriquecimento é de restituir. *Não haverá, pois, que exigir qualquer dano, real ou patrimonial, do credor, qualquer empobrecimento deste* (grifo nosso).⁽⁷⁹⁾

Fernando Noronha critica a concepção de Leite de Campos, ponderando que a utilização de bens alheios necessariamente representa um empobrecimento, uma vez que, em relação ao proprietário, reflete *«a frustração de um valor que de direito lhe devia pertencer»*.⁽⁸⁰⁾ Não discorda do autor português, no entanto, pois admite a restituição independentemente de uma relação de causalidade entre o empobrecimento e o enriquecimento, uma vez que *«(...) o objetivo da ordem jurídica é a remoção de um enriqueci-*

⁽⁷⁹⁾ Diogo Leite de Campos, *Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil e Nulidade*, in Revista dos Tribunais n.º 560, Junho de 1982, p. 262.

⁽⁸⁰⁾ Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 66.

mento, e não a reparação do dano eventualmente sofrido.(...)» ⁽⁸¹⁾
A divergência é menor do que aparenta à primeira vista, não atingindo o fundo da questão, apenas a forma. Com efeito, do cotejo entre ambas as transcrições, infere-se que, o que Leite de Campos define como *empobrecimento*, Fernando Noronha refere como *dano*.

Outra corrente doutrinária, no entanto, entende que, ao se exigir que o enriquecimento seja obtido às custas de outrem, se tem em vista condicionar a restituição à existência de uma relação de causa e efeito entre o empobrecimento do autor e o enriquecimento do réu. Assim, opina Serpa Lopes:

«A noção de enriquecimento sem causa, além de exigir, de um lado, a existência de um enriquecimento, e, de outro, a de um empobrecimento, impõe, ainda, um terceiro elemento: a união dêsses dois elementos vinculados por uma relação de causa e efeito». ⁽⁸²⁾

A discussão, aparentemente circunscrita a controvérsias puramente teóricas, produz relevantes efeitos práticos, especialmente no tocante à medida da restituição. A admitir-se que o enriquecimento obtido à custa de outrem é a aquisição correspondente, do ponto de vista da causalidade, a uma perda patrimonial, a obrigação de restituir seria quantificada a partir deste empobrecimento, e não do enriquecimento, sob pena de se verificar um enriquecimento sem causa às avessas. Se, por exemplo, na hipótese do imóvel indevidamente utilizado, o proprietário nem sequer soubesse da sua existência, a restituição apurada com base no valor do aluguel representaria um enriquecimento sem causa por parte do proprietário.

Ao contrário, se se abstrai a idéia de relação de causalidade entre o empobrecimento e o enriquecimento, incidindo a ação *de in rem verso* apenas sobre o que for efetivamente adquirido pelo réu, a exigência de que tal enriquecimento tenha sido obtido *à custa de outrem* passa a não mais significar que um empobrecimento tenha

⁽⁸¹⁾ Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 67.

⁽⁸²⁾ Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 83.

causado o enriquecimento, e por isso deva ser restituído, mas apenas que o fato objetivo do qual deriva o enriquecimento guarda pertinência subjectiva com a pessoa legitimada a exigir a restituição. Antunes Varela, comentando o requisito em análise, cita dois exemplos bastante eloquentes.

«Admitamos que o dono do cavalo com o qual um amigo, utilizando abusivamente o animal, ganhou avultadíssimo prêmio, não estaria disposto a participar no certâmen; ou que o dono da obra editada sem autorização, por terceiro que com a edição fez largos proventos, não queria decididamente publicá-la». ⁽⁸³⁾

Embora nestes casos, como observa o professor de Coimbra, não se possa falar em empobrecimento no sentido estrito da palavra — uma vez que sequer se verificou uma privação do aumento, pois o titular não teria disposto da coisa —, alega-se que, por ser *dele* o bem cuja utilização gerou o enriquecimento, tal vantagem tenha sido obtida *à sua custa*.

Assim é que — e este nos parece um entendimento sustentável — o requisito em exame não exige uma relação de causalidade entre o empobrecimento e o enriquecimento, que, como acabamos de ver, podem não coincidir quantitativamente, mas sim que o *fato* do qual derive o enriquecimento seja imputável a pessoa diversa do enriquecido. Esta parece ser a conclusão de Mário Júlio de Almeida Costa, que subscrevemos:

«O requisito em apreço não significa necessariamente que a diminuição suportada pelo empobrecido tenha de ser igual à vantagem conseguida pelo enriquecido. Pode até não se verificar qualquer efectivo empobrecimento. Na verdade, o instituto abrange situações em que a vantagem adquirida por uma pessoa não resulta de um correspondente sacrifício económico sofrido por outra — diminuição patrimonial ou simples privação de um aumento —, embora se haja produzido a expensas desta, à sua custa. Recordem-se, por exemplo, certos

⁽⁸³⁾ Antunes Varela, *op. cit.*, p. 199.