

Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil.

**Ex-Diretor da Faculdade de
Direito da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro (UERJ).**

Ana Carolina Brochado Teixeira

**Doutora em Direito Civil
pela UERJ.**

**Mestre em Direito Privado
pela PUC Minas.**

**Professora do Centro
Universitário UNA.**

Advogada.

Vitor Almeida

**Doutorando e Mestre em
Direito Civil pela UERJ.**

**Professor de Direito Civil
da UFRRJ.**

**Professor Convidado dos
Cursos de Especialização da
PUC-Rio, do CEPED-UERJ
e da EMERJ.**

Advogado.

**DA DOGMÁTICA
À EFETIVIDADE DO DIREITO CIVIL**

**ANAIIS DO CONGRESSO INTERNACIONAL
DE DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL –
IV CONGRESSO DO IBDCVIL**

© 2017 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flortano de Azevedo Marques Neto
Alcides Fagundes Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freilias
Carlos Mário da Silva Velloso	Luclano Peraz
Carmen Lúcia Antunes Rocha	Lício Dalpino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cláudia Bezerra	Marcio Carmarrossano
Christiana Fortini	Marcelo Ehrhardt Jr.
Dionair Adelaide Vinesti Groti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Boddemann Moreira	Oswaldo Orlan de Pontes Saraiva Filho
Emerson Cabraldo	Paulo Modesto
Fabrizio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rosal	Sergio Guerra
Flávio Henrique Uena Pereira	Walber de Moura Aguiar



Lúcia Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Buzidquilo Siqueira Avólio
Av. Afonso Pena, 2770 - 13º andar - Savassi - CEP 30130-012
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br - editoriaforum@editoriaforum.com.br

D064	Da dogmática à realidade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBDCCVIL/Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Vitor Almeida (Coord.) - Belo Horizonte : Fórum, 2017. 787 p. ISBN: 978-85-450-0319-9
	1. Direito Civil. I. Tepedino, Gustavo. II. Teixeira, Ana Carolina Brochado. III. Almeida, Vitor. IV. Título.
	DDO 342.1 CDU 347

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à realidade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBDCCVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 787 p. ISBN 978-85-450-0319-9.

PREFÁCIO	23
GUSTAVO TEPEDINO	
PARTE I	
CAPÍTULO 1	
A RAZOABILIDADE NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	
GUSTAVO TEPEDINO	27
1.1 Técnicas de interpretação e princípio da segurança jurídica	27
1.2 O panorama jurisprudencial: hesitações e dificuldades conceituais	29
1.3 Razoabilidade e proporcionalidade: o proporcional é razoável?	31
1.4 Razoabilidade como método necessário e permanente: a identificação de critérios substanciais em julgados do Superior Tribunal de Justiça	33
1.5 Perigos do formalismo e do subjetivismo na legalidade constitucional	35
CAPÍTULO 2	
A TUTELA DAS VULNERABILIDADES NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	
HELOISA HELENA BARBOZA, VITOR ALMEIDA	37
Notas introdutórias	37
2.1 Vulnerabilidade: noção jurídica	38
2.2 A necessária preservação da autonomia dos vulneráveis	45
2.3 Instrumentos de tutela das vulnerabilidades: o exemplo dos mecanismos de apoio ao exercício da capacidade da pessoa com deficiência	47
Considerações finais	50
CAPÍTULO 3	
VULNERABILIDADE EXISTENCIAL NA INTERNET	
DEBORAH PEREIRA PINTO DOS SANTOS	51
3.1 Introdução: proteção da pessoa humana na era virtual	51
3.2 Preeminência das situações existenciais sobre as situações patrimoniais	53

A RELATIVIZAÇÃO DO DUPLO LIMITE
E DA SUBSIDIARIEDADE NAS
AÇÕES POR ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

CARLOS NELSON KONDER

PATRICK SAAR

8.1 Introdução

O campo do chamado direito restitutivo, fundado na vedação ao enriquecimento sem causa, em sua trajetória comparativamente menos prestigiada que a responsabilidade civil e os contratos, tem sido, não obstante, objeto de um esforço histórico e incansável pelos poucos doutrinadores que a ele se dedicam, em uma busca quase quixotesca, de uma luta idealista, que carrega a fé e a esperança do cavaleiro em reparar o mundo de grandes problemas - invisível, por vezes, aos olhos mais atentos e leais.¹

Este estudo busca focalizar dois pontos dessa empreitada que vem ganhando certo destaque no esforço por arejar a teoria do enriquecimento sem causa com novas perspectivas: a relativização da teoria do duplo limite e a interpretação da exigência de subsidiariedade. Trata-se de esforço, ora na figura de Dom Quixote, ora na de Sancho Pança, voltado a lutas que não se mostraram bem-sucedidas no sentido de demonstrar não a certeza dos acertos, mas apenas a viabilidade de algumas tentativas.

8.2 A doutrina clássica do enriquecimento sem causa e os novos
desafios do lucro da intervenção

O princípio de vedação ao enriquecimento sem causa sempre suscitou ampla divergência por sua generalidade. Visto de uma forma abrangente e aludido como um

¹ CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. *Dom Quixote*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p. 118.

princípio moral, ligado à justiça comutativa pelo famoso brocardo de Ulpiano ("dar a cada um o que é seu"), o instituto tardou a ser explicitamente positivado no ordenamento brasileiro. Hoje encontrado nos arts. 884 a 886 do Código Civil, pôs-se em questão uma nova consideração, qual seja, o alcance da ação de enriquecimento, chamada tradicionalmente pela doutrina de ação *de in rem verso*.

Enquanto a responsabilidade civil visa, com base no princípio do *neminem laedere*, a reparar um dano sofrido pela vítima em razão de um ato ilícito (culposo) ou em virtude de uma atividade de risco (responsabilidade objetiva), conferindo uma proteção dinâmica ao patrimônio e voltada para o ressarcimento pleno da vítima (obrigação de indenizar), o enriquecimento sem causa é um instrumento de proteção estática do patrimônio, que abarca casos que não seriam cobertos pela responsabilidade civil, pela ausência de seus pressupostos.² A reparação do dano sofrido, quando ocorre, é sempre indireta, pois o que se busca é remover a vantagem auferida por um para transferi-la a quem ela era de direito.³

A teoria do enriquecimento sem causa, nesses termos, desempenha o papel de inibir quaisquer adições patrimoniais que não tenham um porquê jurídico. Se se paga uma parcela há necessidade de se perguntar o que está sendo pago; feita qualquer beneficência ou serviço por uma pessoa, não poderá outra se beneficiar dela sem pagar a devida contraprestação. No entanto, como preceitua Caio Mário da Silva Pereira, esta doutrina, pela ausência de sistematização e aprofundamento dos romanos em níveis elevados como se deu nos contratos, obteve seu desenvolvimento e seu respectivo assentamento por meio da doutrina moderna.⁴

Esta, no intuito de traduzir mais cientificamente o instituto, elencou alguns requisitos para a existência do enriquecimento sem causa, como: i) o dano sofrido por um sujeito; ii) o enriquecimento auferido por outro; iii) um nexo de causalidade entre dano e enriquecimento; iv) a ausência de uma justificativa legal; v) a subsidiariedade da ação de locupletamento e; v) o duplo limite entre o dano e o enriquecimento.⁵ Entretanto, ainda que estas reflexões tenham contribuído com alto valor instrumental, houve, com desenvolvimento doutrinário, a relativização de muitos desses requisitos. Assim, hoje, já predomina o entendimento de que para a caracterização do enriquecimento sem causa não é necessário nexo de causalidade entre o dano e o enriquecimento, bastando que ambos derivem da mesma conduta,⁶ e que, tecnicamente, sequer o dano seria um requisito, exigência própria da responsabilidade civil.⁷ Outros requisitos, como a subsidiariedade da ação e a contensão no duplo limite, vêm sendo objeto de novas interpretações, especialmente diante de novos desafios que se colocam para o direito restitutivo.

Assim, persiste, no ordenamento contemporâneo, a vedação a enriquecer às custas de outrem, sem um fato jurídico idôneo a justificar esse enriquecimento, em decorrência da própria face principiológica do enriquecimento sem causa: o que é de cada um, isto é, o destino econômico de seus direitos e de seus bens, também deve lhe pertencer. Contudo, nem sempre as linhas do que é seu e do que é meu, especialmente quando há algum entrelaçamento patrimonial injustificado, são vistas com tanta facilidade.

Os entrelaçamentos patrimoniais pela própria integração socioeconômica entre os indivíduos, são iminentes a qualquer sociedade, mas ficam mais frequentes quanto mais complexo se tornar o sistema de circulação de bens. Hipótese cada vez mais frequente é o chamado "lucro da intervenção": o "lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa".⁸

Tomem-se o exemplo de uma sociedade que se utiliza ilícitamente da imagem de uma atriz famosa para aumentar a venda de seu produto, obtendo lucros espetaculares. Existe, nessa situação, um dano e também um lucro. Ainda que exista a responsabilização da pessoa jurídica pelo dano causado, que seria a utilização indevida da imagem da cantora e os danos morais, os lucros por ela auferidos conseguiriam não só cobrir os gastos relativos aos danos causados, como também tornar vantajosa a intervenção.⁹

A situação exposta coloca algumas questões justamente frente o alcance da ação de enriquecimento, tais como: o lucro obtido pertence ao interventor (aquele que se utiliza de bem ou direito alheio) ou ao locupletado (aquele cujo bem ou direito fora utilizado indevidamente)? Haveria o referido lucro sem a existência do dito direito locupletado ou sem a atuação do próprio interventor? Isto posto, pertenceria o lucro a ambos e, se sim, em que proporção para cada?

As dificuldades se agravam diante de um caso de lucro da intervenção cujo interventor aja de uma forma menos ofensiva. Imagine-se que dois amigos A e B faltem sobre como o trator de B agiliza duas vezes mais o arar da fazenda. B, durante a conversa entrega as chaves do trator a A, pedindo-lhe de forma ambígua que o utilize da melhor forma possível para que este não se deteriore pois estará fora do estado por alguns meses. Terminada a viagem, sabe B que A utilizou, diversas vezes, seu trator para o arado da própria fazenda de A. Assim, estende-se a mesma pergunta: o lucro auferido pela utilização do trator pertence a A ou a B? Seria de ambos? Se sim, em que medida? Um e outro caso tratam do mesmo fenômeno, mas poderiam todos os casos, em suas mais diferentes manifestações, serem reconduzidos às mesmas soluções ou esta medida única implicaria injustiça a uma das partes? Em suma, o que seria dar a cada um o que é seu, nos termos da doutrina clássica do enriquecimento sem causa?

O problema do lucro da intervenção teve sua primeira exposição por Fritz Schulz e a solução dada por ele mostrou-se aquém do desejado; para ele, todo o lucro deveria ir ao locupletado, pois foi seu direito ou seu bem a gênese desse entrelaçamento patrimonial indesejado.¹⁰ Contudo, esta solução foi reputada como excessiva devesa do locupletado, de forma a gerar um novo enriquecimento sem causa a partir do saneamento

² KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEREPINO, Gustavo (Coord.), *Obrigação: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 369-377.

³ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 188. Sobre a distinção v. também CAMPOS, Diogo de Leite. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, v. 71, n. 560, p. 259-266, jun. 1987.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 271-278. v. II.

⁵ Para uma análise crítica dos requisitos tradicionais e sua evolução, v. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 224 e ss.

⁶ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 7-19.

⁷ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 60-61.

⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

⁹ Sérgio Savi coloca a questão da seguinte forma: "em que medida e a que título, a vantagem patrimonial obtida pelo interventor deve ser restituída ao titular de direito?" (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9).

¹⁰ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 50-51.

de outro. Não se encontrou, portanto, um ponto que satisfizesse o equilíbrio entre o patrimônio do interventor e o patrimônio do titular do direito. Dessa forma, busca-se o desenvolvimento de parâmetros necessários para reequilibrar a relação sem a criação de um novo locupletamento indevido. Parece que o estabelecimento de tais parâmetros impõe retornar aos requisitos clássicos do enriquecimento sem causa com novo viés interpretativo, em especial a subsidiariedade e o duplo limite.

8.3 Dificuldades da teoria do duplo limite

Diferentemente da responsabilidade civil, cujo montante indenizatório é *a priori* definido pela extensão do dano (art. 944, *caput*, do Código Civil), e cujo fundamento pode ser encontrado na culpa do agente ou no risco de sua atividade (art. 927 do Código Civil), para a ação *de in rem verso* não existem limites positivos, nem explícita o legislador que alique relevância da consideração da culpa sobre o enriquecimento. Resta à doutrina – exclusivamente – interpretar o art. 884 do Código Civil:

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 objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Assim, nos casos em que o enriquecimento não era um objeto determinado, mas um acréscimo patrimonial ou a poupança de uma despesa, foi necessário desenvolver uma interpretação que estabelecesse um *quantum* reputado justo. Chamada de “teoria do duplo limite”, estabeleceu-se que o valor da restituição não poderia passar de duas formas de calcular o enriquecimento. Para sua compreensão, cumpre abordar a diferenciação entre os conceitos de: i) dano real e dano patrimonial; e ii) enriquecimento real e enriquecimento patrimonial.

A caracterização do dano ou do enriquecimento como “real” diz respeito à sua vinculação direta ao que de fato fora subtraído ou adicionado ao patrimônio. Assim, por exemplo, se furtaram a bicicleta de João, o dano real de João é a bicicleta e o enriquecimento real do assaltante será também a bicicleta.

A qualificação como “patrimonial”, por sua vez, envolve a comparação com uma hipótese, isto é, a construção de um cenário que demonstraria o quanto fora perdido ou ganho sem o bem locupletado. Assim, se José é taxista e roubaram o seu carro, o dano patrimonial dele será tudo o que José perdeu e deixou de ganhar com o roubo, isto é, uma estimativa das viagens feitas durante o período do qual foi privado de sua ferramenta de trabalho. Quanto ao enriquecimento patrimonial, se Carlos fosse administrador de uma loja de roupas de médio-grande porte e, indevidamente, houvesse se utilizado do nome de x para que alcançasse respeito e preferência dos compradores, o acréscimo de vendas atingido, comparado com o que obteria sem o uso do nome alheio, será o valor patrimonial.¹¹

¹¹ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 25-26. “Chamamos aqui de dano real ao valor objetivo do prejuízo sofrido pelo lesado ou empobrecido; dano patrimonial à diferença

Para a teoria do duplo limite estaria o alcance da ação *de in rem verso* não apenas restrito entre o dano real do locupletado e o enriquecimento patrimonial do locupletante, mas necessariamente condicionado ao mais baixo dentre os limites impostos.¹² Ou seja, pela ação de enriquecimento, não se poderia pretender nem mais que o dano real, nem mais que o enriquecimento patrimonial.

Se a atribuição da totalidade do lucro ao locupletado é problemática, também parece controversa a atribuição ao locupletado do menor dos valores entre o dano real e o enriquecimento patrimonial, especialmente nos casos de lucro da intervenção. Em que pese a necessidade de oferecer parâmetros para o alcance da pretensão de enriquecimento, a utilização do dano real de um lado e do enriquecimento patrimonial de outro não parece ser a melhor opção.

A utilização do dano real como um dos limites revela sua fragilidade, de início, nos casos em que o interventor se valeu de direito alheio, sem com ele produzir dano ao patrimônio do locupletado. Em outras palavras, inexistindo dano real e, simultaneamente, devendo optar o aplicador do direito (que se baseia na teoria do duplo limite) pelo menor *quantum* na ação, o valor a ser restituído haveria de ser zero.

O problema com relação ao dano real não se manifesta apenas pela existência de enriquecimentos que não causem danos, mas pela própria utilização de dano (seja patrimonial ou real) em um instituto que visa ao interventor e não ao locupletado. O enriquecimento sem causa não possui como escopo o patrimônio do indivíduo que sofreu o dano, mas sim o do indivíduo que se valeu do direito de outro. O enfoque no dano refere-se ao instituto da responsabilidade civil e não ao do locupletamento indevido.

Nesse sentido, os limites da ação de enriquecimento devem voltar-se ao enriquecimento e a ele exclusivamente. Devem ligar-se ao patrimônio do interventor, ou seja, ao enriquecimento real e ao enriquecimento patrimonial. Nesse cenário, jamais uma ação de enriquecimento estaria limitada ao zero, isto é, ao dano real. Por exemplo, no caso de um jóquei que utiliza um cavalo que não lhe fora disponibilizado e ganha a competição, a ação de enriquecimento começaria do enriquecimento real (que seria o valor da utilização do cavalo) e o enriquecimento patrimonial, que seria o prêmio da corrida. Opõe-se, assim, à utilização do dano real do locupletado, que seria zero e, escolhendo o menor dos dois limites, restaria como zero o objeto da ação de enriquecimento.

Estabelecido que os limites devem ser o enriquecimento real e o patrimonial, e não o dano, afasta-se – nesse ponto – o perigo de intrinsecidades de parâmetros próprios da responsabilidade civil nas delimitações da ação de enriquecimento. Cumpre ainda, todavia, colocar em xeque a determinação indicada, pela versão clássica da teoria do duplo limite, de optar-se pelo menor dos dois. Cabe ponderar se seria possível atribuir

entre a situação em que ele presentemente se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se o facto constitutivo da obrigação de indenizar ou restituir não se tivesse verificado (situação hipotética) [...] Não só o dano, porém, pode conceber-se destes dois modos, sendo também o enriquecimento. Este correspondet, numa concepção real, ao valor objectivo da vantagem real adquirida; uma concepção patrimonial, que resulte da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se não se tivesse verificado a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir”.

¹² NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 282. “Pela teoria do duplo limite, o empobrecido tem direito à restituição do menor valor entre o empobrecimento e enriquecimento [...] Se da vantagem injustamente obtida surgir um enriquecimento superior ao empobrecimento, o pleito do empobrecido estará limitado ao valor do empobrecimento e não àquele superior, pois passaria a ser enriquecedor”.

ao intérprete a possibilidade de adotar soluções intermediárias entre os dois limites, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

Se pensarmos o que é propriamente o enriquecimento sem causa no lucro da intervenção chegaríamos à conclusão de que ele deve partir do enriquecimento real, ou seja, o bem ou o direito apropriado ou consumido por outrem sem qualquer justificativa legal – essa parcela obrigatoriamente deveria ser restituída ao locupletado. Entretanto, quando o enriquecimento patrimonial for maior que o enriquecimento real, seria isso suficiente? Entra em discussão, após a restituição do enriquecimento real, a percentagem a ser paga decorrente desta apropriação, no caso, a parcela do enriquecimento patrimonial, que será os efeitos do bem ou direito locupletado sobre o patrimônio do interventor. Assim, esta parcela sofreria dilatação por meio de parâmetros que justificassem que o interventor restituisse mais do que o enriquecimento real, ainda que sem ultrapassar o valor do esquecimento patrimonial.

Uma das hipóteses discutidas doutrinarmente consideraria o comportamento do interventor, que pode ser viabilidade pela utilização da boa-fé subjetiva, em analogia às suas menções no Código Civil para casos específicos de intervenção. É o que se observa, por exemplo, no tratamento dos frutos colhidos de bens alheios (arts. 1214-1220), das construções e plantações em terrenos ou com materiais de outrem (arts. 1255-1256), e ainda nos regimes da tradição (art. 1268), da confusão, da comissão e da adjunção (arts. 1272-1274).

A analogia, nesses casos, não é incontroversa, já que eles se referem a hipóteses antigas e mais simples, por vezes inadequadas à complexidade das situações existentes ao lucro da intervenção, bem como uma ampliação indevida das hipóteses em que o ordenamento sanciona a má-fé.¹³ Afirma-se, por exemplo, a inviabilidade de serem os bens intelectuais postos sob posse, em virtude de sua natureza diferenciada, como pressupõem alguns artigos sobre a confusão de bens materiais.¹⁴

Por outro lado, tendo em vista que a ausência de critérios tem levado parte da doutrina a recorrer a critérios próprios da responsabilidade, atribuindo-a ainda função punitivo-pedagógica,¹⁵ resta mais plausível a analogia com um critério utilizado pelo legislador de forma recorrente no âmbito dos direitos reais, os indícios de seu comportamento, elementos estritamente casuísticos, do fato frente aos fenômenos do lucro da intervenção. Ambas as figuras, como exposto, poderiam conceder parte de seu lucro ao

locupletado, mas a percentagem concedida, entretanto, haverá de ser menos gravosa para um (interventor de boa-fé) do que para o outro (interventor de má-fé).¹⁶

Outro critério seria a maior consideração do nexo causal entre a titularidade do direito ou bem locupletado sobre o lucro criado em comparação com a conduta do interventor, verificando-se a proporção em que cada um contribuiu para produzir o lucro. Imagine-se, por exemplo, que A é um aluno de economia e, por algumas análises no mercado de capitais, encontra o momento perfeito para especular. Ele, desesperado em busca de capital, vai a diversos bancos. Contudo, por sua aparente inexperiência, não obtém nenhum recurso. A, então, maliciosamente, engana B (de forma que, posteriormente, mostrou-se inescusável) e toma para si um montante x e, finalmente, aplica o dinheiro. Em um intervalo curto, atinge-se a soma de 200t.

A má-fé dele, com base no critério anterior, já justificaria conceder a B um valor superior ao enriquecimento real (x). Justificaria, todavia, a devolução da integralidade do enriquecimento patrimonial obtido (200x)? Notamos, aqui, a imprescindibilidade do bem de B para a obtenção de todo o patrimônio de A, mas como poderíamos, dado o exemplo, dispensar a aguda destreza de A, seu próprio trabalho? O critério do grau de contribuição causal permitiria, nessas situações, considerar não apenas o ânimo do interventor, mas também os limites que necessitamos dar à "noção rígida do nexo de causalidade".¹⁸

A complexidade do processo de quantificação, portanto, impõe o debate acerca da consideração desses critérios, impondo, na impossibilidade de um tabelamento rígido próprio da teoria clássica do duplo limite, parâmetros para guiar o intérprete na consideração das peculiaridades do caso concreto.

8.4 A questão da subsidiariedade

Outro problema encontrado na interpretação do enriquecimento sem causa se manifesta na interpretação do art. 886 do Código Civil, no qual se lê: "Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido". Para a doutrina tradicional, em qualquer situação em que for aplicável outro instituto do Código Civil não poderíamos aplicar o locupletamento indevido.¹⁹ Isso se torna especialmente mais delicado nos casos em que o enriquecimento sem causa pode ser enquadrado junto com a responsabilidade civil, como acontece, por vezes, nas hipóteses de lucro de intervenção.

Por exemplo, nos casos em que o lucro decorrente da intervenção for maior do que o dano causado pela intervenção, como no exemplo da atriz, se seguíssemos a interpretação de subsidiariedade dada ao locupletamento indevido nesses termos abstratos, seria inutilizado o instituto, e continuaria a persistir o lucro da intervenção. A demanda de responsabilidade civil se limitaria à extensão do dano e o lucro restante ficaria para

¹³ LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 174. Thiago Lins, nesse sentido, adverte que "tutelado a má-fé por analogia, for das hipóteses legais do possuidor de má-fé, poderia surgir uma distorção do mecanismo do lucro da intervenção, que visa precipuamente a restituição do lucro, cuja produção estava destinada a outrem. E, ao assim proceder, parece que o enriquecimento sem causa serviria de instrumento de punição da má-fé fora das hipóteses legalmente autorizadas" (LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 173).

¹⁴ LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 173.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59: "Na responsabilidade civil em sentido restrito, a indenização é medida pela extensão dos danos (art. 944, CC), e que aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo (art. 927, CC). Todavia, se o princípio da reparação integral é a própria alma da função reparatória da responsabilidade, não podemos olvidar do princípio da prevenção e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade para prefigurarmos situações em que haverá a consideração de um responsável, sem que se lhe impute qualquer dano atual ou esse dano não possa ser provado ou quantificado. Portanto, melhor do que se afirmar "responsabilidade sem dano" – que invariavelmente remeteria a uma responsabilidade aporética – ao lidarmos com a prevenção no âmbito do direito de danos, seja pelo apelo à função punitiva à precaução, é que se pronuncie responsabilidade independente de dano".

¹⁶ LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 173.

¹⁷ COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 16, afirma que "o grau de contribuição relativa daqueles bens [do titular], em confronto com os demais fatores de produção no processo que o interventor desencadeou e de que resultou o lucro pode ser muito diverso".

¹⁸ LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

¹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 265-266.

o interventor, tornando vantajosa sua intervenção ilícita. Nessa mera colocação, já se mostra problemática a interpretação normalmente dada ao art. 886 do Código Civil, isso porque dano e enriquecimento são fenômenos diferentes.

Em doutrina, não é rara a estratégia de, nesses casos, dispensar a invocação do enriquecimento sem causa, majorando à indenização devida para atribuir-lhe função punitiva, ao arripio do disposto no *caput* do art. 944 do Código Civil, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano.²⁰ No entanto, tal postura parece ainda mais problemática que o esforço por relativizar a regra de subsidiariedade do enriquecimento sem causa, já que a atribuição de uma função punitiva às vertbas indenizatórias sem a devida previsão legal sacrifica o princípio da tipicidade (*ultima crimen, nulla poena sine lege*); impõe *bis in idem*, já que vários atos geradores também são crimes; implica procedimento punitivo sem os mecanismos processuais e as garantias típicas do procedimento penal; o efeito punitivo é mitigado no âmbito civil porque nem sempre o responsável direto é o culpado, como nos casos de dano; enfim, mistura-se reparação com punição e, enquanto a punição considera dano causado, a responsabilidade civil considera o dano sofrido.

Além disso, a possibilidade de majorar a indenização com o intuito punitivo, bem como a possibilidade – esta reconhecida no parágrafo único do mesmo dispositivo – de reduzir a indenização com base no grau de culpa esbarram no mesmo problema de mensuração. Cumprir, portanto, persistir no esforço de interpretar a regra da subsidiariedade de maneira a impedir as intervenções lucrativas pelo enriquecimento sem causa nos casos em que também se configure hipótese de responsabilidade civil.

Consideremos novamente o exemplo de dois amigos A e B que falam sobre como o trator de B agiliza duas vezes mais o arar da fazenda. B, durante a conversa, entrega as chaves do trator a A, pedindo-lhe que o guardasse, pois estará fora do estado por alguns meses e está atrasado para seu voo. Terminada a viagem, sabe B que A utilizou, diversas vezes, seu trator para o arado da própria fazenda, impedindo que fizesse do próprio B fosse arada. O dano e o enriquecimento seriam a utilização do trator? Seria o indivíduo A imputado duplamente pelo mesmo fato, mas por justificativas diversas? Cumpre examinar a interpretação adequada a ser dada à subsidiariedade do art. 886 do Código Civil.

Os institutos abordam prismas diferentes sobre o mesmo evento. A utilizou o trator de B e, simultaneamente, lucrrou com isso. Assim, não só B deve ser ressarcido pelo dano sofrido, decorrente da indisponibilidade do bem para os fins dados, como também deve o patrimônio de A sofrer uma diminuição pelo enriquecimento obtido injustificadamente, o lucro obtido pela utilização em sua própria fazenda, restituindo a B o que lhe é de direito.

Para melhor fixar a questão, cumpre retomar as considerações feitas quanto aos limites da ação de enriquecimento: estaria, de um lado, o enriquecimento real (o custo poupado com a utilização não autorizada do trator, o valor de mercado do seu aluguel,

por exemplo) e, do outro, o enriquecimento patrimonial (o aumento da produção obtido, em comparação com o que teria ocorrido se não utilizado o trator de B). Como deve o ordenamento ser capaz de subtrair esta adição patrimonial indevida? Como conciliar isso com o valor que já será pago pelo prejuízo causado a B por impedi-lo de arar as próprias terras? Não há de se confundir as ações propostas: enriquecimento sem causa e responsabilidade civil em diversas situações são institutos necessariamente complementares.

Na parte final do art. 886 do Código Civil é visto que a subsidiariedade somente se aplica quando “a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. O que daria base para interpretar a subsidiariedade seria a ideia de *dano*, explicitada no artigo ao se falar em *prejuízo*. Orlando Gomes já expunha suas reservas frente à ação de enriquecimento:

A ação de enriquecimento sem causa cabe toda vez que, havendo direito de pedir a restituição de bem obtido sem causa justificativa da aquisição, o *prejudicado* não dispõe de outra ação para exercê-lo. Tem, portanto, caráter subsidiário. Só se justifica nas hipóteses em que não haja outro meio para obter a *reparação do direito lesado*. A esta conclusão, aceita pela maioria dos escritores, chegou o direito italiano no qual não cabe, quando o *prejudicado* pode obter por meio de outra ação, *indenização do dano* sofrido. Se não fora assim, todas as ações seriam absorvidas pela *in rem verso*, convertido o princípio condenatório do enriquecimento sem causa numa panaceia.²¹

Assim, é necessário ter em vista que a redação do art. 886 do Código Civil se constrói das palavras-chave naturais à responsabilidade civil (*prejudicado, reparação do direito lesado e indenização do dano*), enquanto para a aplicação do enriquecimento sem causa é necessária única e exclusivamente a ausência de uma justificativa legal para a obtenção de dado lucro, como preleciona o art. 884 do Código Civil. Assim, até o ponto em que a vítima tem meios para se ressarcir do dano, presentes os pressupostos da responsabilidade civil, não se aplica o enriquecimento sem causa, mas a partir do ponto em que o lucro obtido extrapassa o dano, ou que falta algum outro requisito para a demanda indenizatória, não haveria obstáculo à aplicação do enriquecimento sem causa.

Imagine-se o seguinte exemplo: A equivocadamente depositou na conta de B a quantia x. Nesse caso, A incute a B uma situação de enriquecimento sem causa. No caso exposto, a quantia x depositada é vista como dano (visto pelo patrimônio de A) e também como enriquecimento (visto pelo patrimônio de B), em um nexo deslocamento patrimonial. Contudo, faltando os elementos necessários à responsabilidade civil, como há ausência de culpa de B na criação do dano e, conseqüentemente, ausência de um polo passivo para a ação de responsabilidade, não haveria possibilidade de ser resolvida a questão pela responsabilidade civil.

Com isso, mostra-se o enriquecimento sem causa como a *ultima ratio* para o saneamento de deslocamentos patrimoniais cuja existência seja de alguma forma autônoma a quaisquer requisitos essenciais à responsabilidade civil. Assim, nota-se o caráter *específico* do art. 886 do Código Civil, pelo qual um acréscimo patrimonial injustificado é resolvido pelo desfazimento de um enriquecimento, quando inaplicáveis

²⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 209. TERRÉ, Chiara Antonia Spadacini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Jurua, 2014. p. 35-68; LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 115.

²¹ GOMES, Orlando. *Obrigação*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 302.

ou insuficientes os mecanismos da responsabilidade civil, como por vezes ocorre nos exemplos do lucto da intervenção.

8.5 Conclusão

Diversos são os debates que se verificam na doutrina brasileira de forma a possibilitar o desenvolvimento do direito resolutório. Entre eles merecem destaque, em primeiro lugar, as reformulações na teoria do duplo limite, para rejeitar a utilização dos danos reais (empobrecimento do titular do direito/bem), cuja sustentação não encontra esteio na fórmula “às custas de outrem”, do art. 884 do Código Civil, bem como para considerar o enriquecimento real e patrimonial como limites mínimo e máximo para o objeto da restituição, desenvolvendo critérios para essa ponderação, e não se pautar apenas no menor dos dois.

Em segundo lugar, no que tange à subsidiariedade, que impossibilitaria a aplicação em conjunto com qualquer outro instituto, segundo uma leitura inicial do art. 886 do Código Civil, cumpre repensar seu significado especialmente no que tange à responsabilidade civil. Assim, o empicillo somente se manifestaria até onde presentes os requisitos para a ação indenizatória, em prejuízo da incidência da ação de enriquecimento caso persista lucto após o ressarcimento do dano.

É fato que os excitantes debates que regem as novas leituras do enriquecimento com causa não trazem respostas fechadas às questões que contemporaneamente se colocam, mas servem para, de forma ponderada, estimular os potenciais ainda dormentes deste instituto pouco conhecido.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KONDIR, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEREZINA, LILIANA; TEREXIA, ANA CAROLINA BROCCIAO; ALMEIDA, VITOR (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional - IV Congresso do IBD/CVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 147-156. ISBN 978-85-450-0319-9.

QUAIS OS IMPACTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO SOCIETÁRIO?¹

MARCOS EHRHARDT JR.

Introdução

Ao tratarmos da boa-fé na experiência jurídica brasileira, não podemos perder de vista que sua compreensão está relacionada aos fatores socioculturais de determinado lugar e momento, refletindo a realidade que informa a ordem jurídica em que está inserida. No entanto, tal constatação dificulta sua análise e, sobretudo, a comparação de sua utilização nos diversos ordenamentos jurídicos.

Tendo como ponto de partida a tradicional dicotomia entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva, devemos anotar que a boa-fé subjetiva (“boa-fé crença”) relaciona-se ao desconhecimento de determinada circunstância, no que difere da boa-fé em sua dimensão normativa, a boa-fé objetiva, que diz respeito à confiança e à legítima expectativa do sujeito (“boa-fé lealdade”). Embora seja possível distinguir as espécies, deve-se anotar que não existe independência entre elas, pois sua divergência serve de medida para a complementação dos conceitos.

Na última década, o avanço nos estudos da espécie objetiva da boa-fé parece ter provocado em alguns a falsa impressão de que tal conceito tem por função substituir a perspectiva subjetiva do instituto, o que não é o melhor entendimento para descrever a situação. A relação entre as noções subjetiva e objetiva de boa-fé deve ser de coexistência, complementariedade, não sendo útil eliminar a análise dos aspectos subjetivos, em diversas situações que inclusive continuam previstas na legislação de regência.

¹ Artigo baseado na palestra proferida durante o IV Congresso Internacional do IBD/Civil, realizado no Rio de Janeiro em 20.10.2016.