

GUSTAVO TEPEDINO

Coordenador

Esta obra pretende oferecer aos estudantes e profissionais do direito, da maneira mais clara possível, o exame dos temas que compõem a teoria geral das obrigações, não apenas a partir das inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002, mas considerando os novos paradigmas do direito privado. Sem abrir mão do sentido crítico, procurou-se ressaltar as alterações legislativas, cotejando-as com a experiência jurisprudencial construída a partir da Constituição de 1988.

Buscou-se pensar na relação obrigacional como processo funcional e dinâmico, condicionada pela realidade econômica de seu tempo, e informada pelo conjunto de valores que permeiam o ordenamento, como sistema aberto de fontes normativas, unificadas pela ordem pública constitucional.

Por isso mesmo, as inúmeras propostas interpretativas aqui lançadas foram construídas a partir de problemas concretos com que a prática jurisprudencial brasileira tem se deparado, analisados sob a ótica da funcionalização dos interesses em questão às relações jurídicas existenciais e à efetivação da solidariedade constitucional.



# OBRIGAÇÕES

ESTUDOS NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Alice dos Santos Soares  
Ana Luiza Maia Nevares  
Anderson Schreiber  
Bárbara Almeida de Araújo  
Beatriz Conde Miranda  
Carlos Nelson Konder  
Celso Quintella Aleixo  
Flavia Maria Zangerolame  
Gabriela Tabet  
Gisela Sampaio da Cruz  
Gustavo Birenbaum  
Gustavo Tepedino  
José Dionízio da Rocha  
José Eduardo C. B. Junqueira Ferraz  
Marcelo Junqueira Calixto  
Mauricio Moreira Mendonça de Menezes  
Pedro Oliveira da Costa  
Raquel Bellini de Oliveira Salles  
Roberta Mauro e Silva  
Sérgio Savi

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.  
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ  
CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135  
FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 / 3860-6199 - Fax: (21) 2589-1962  
FILIAL SP: Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359  
FILIAL PE: Tel.: (81) 3223-4988 - Fax: (81) 3223-1176

LIVRARIA CENTRO (RJ): Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873  
LIVRARIA IPANEMA (RJ): Tel: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888

**www.editorarenovar.com.br**      **renovar@editorarenovar.com.br**  
**SAC: 0800-221863**

© 2005 by Livraria Editora Renovar Ltda.

*Conselho Editorial:*

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente  
Carlos Alberto Menezes Direito  
Caio Tácito  
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.  
Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)  
Ricardo Pereira Lira  
Ricardo Lobo Torres  
Vicente de Paulo Barretto

*Revisão Tipográfica:* Fernando Guedes

*Capa:* Simone Villas-Boas

*Editoração Eletrônica:* TopTextos Edições Gráficas Ltda.

01984

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

O280      Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. / Coord. Gustavo Tepedino — Rio de Janeiro: Renovar, 2005.  
574p. : 23cm.

ISBN 85-7147-514-8

1. Direito civil — Brasil. I. Tepedino, Gustavo.

CDD 346.81

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)  
Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

## Sumário

Apresentação .....	XI
1. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes Marcelo Junqueira Calixto .....	1
2. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422) Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber.....	29
3. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos (art. 421) Pedro Oliveira da Costa.....	45
4. Relações Reais e Relações Obrigacionais: Propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras Roberta Mauro e Silva .....	69
5. As obrigações <i>propter rem</i> Bárbara Almeida de Araújo.....	99
6. Classificação: Obrigações de dar, fazer e não fazer (arts. 233 a 251) Gustavo Birenbaum .....	121
7. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado (arts. 252 a 256) Gisela Sampaio da Cruz .....	147
8. Obrigações Divisíveis e Indivisíveis e Obrigações Solidárias (arts. 257 a 285) Flavia Maria Zangerolame.....	181

9. Cessão e circulação de crédito no Código Civil (arts. 286 a 298)	
Maurício Moreira Mendonça de Menezes .....	211
10. Assunção de dívida (arts. 299 a 303)	
Beatriz Conde Miranda .....	249
11. Pagamento (arts. 304 a 314 e arts. 319 a 333)	
Celso Quintella Aleixo .....	275
12. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil	
Raquel Bellini de Oliveira Salles.....	303
13. Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional (arts. 315 a 318)	
Gabriela Tabet .....	333
14. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido (arts. 876 a 886)	
Carlos Nelson Konder.....	369
15. Pagamento indireto ou especial (arts. 334 a 359)	
Alice dos Santos Soares .....	399
16. Extinção das obrigações sem pagamento: novação, compensação, confusão e remissão (arts. 360 a 388)	
Ana Luiza Maia Nevares .....	429
17. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos (arts. 389 a 405)	
Sérgio Savi.....	457
18. Os juros e o novo Código Civil: uma abordagem doutrinária e jurisprudencial (arts. 406 e 407)	
José Eduardo Coelho Branco Junqueira Ferraz .....	489
19. Aspectos pontuais da cláusula penal (arts. 408 a 416)	
Tatiana Magalhães Florence.....	513
20. Das arras ou sinal (arts. 417 a 420)	
José Dionízio da Rocha .....	539

## Autores

### Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Diretor da Revista Trimestral de Direito Civil. Presidente do Instituto de Direito Civil.

### Alice dos Santos Soares

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil e Direito Processual Civil da Universidade Veiga de Almeida (*Campi Tijuca e Cabo Frio*). Advogada.

### Ana Luiza Maia Nevares

Mestre e Doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio e do Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Civil Constitucional da UERJ. Membro do Conselho Assessor da Revista Trimestral de Direito Civil. Advogada.

### Anderson Schreiber

Mestre em Direito Civil pela UERJ e Doutorando em Direito Privado Comparado pela *Università degli Studi del Molise* (Itália). Professor de Direito Civil da PUC-Rio. Professor do curso de pós-graduação da FGV. Vice-presidente do Instituto de Direito Civil. Membro do Conselho Assessor da Revista Trimestral de Direito Civil. Advogado.

### Bárbara Almeida de Araújo

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogada.

**Beatriz Conde Miranda**

Mestranda em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Público e Direito Privado através do Convênio EMERJ-UNESA. Pesquisadora da Fundação Getúlio Vargas. Bolsista da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro.

**Carlos Nelson Konder**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor de Direito Civil da PUC-Rio. Membro do Conselho Assessor da Revista Trimestral de Direito Civil.

**Celso Quintella Aleixo**

Mestrando em Direito Civil pela UERJ. Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**Flavia Maria Zangerolame**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil do Centro Universitário da Cidade.

**Gabriela Tabet**

Mestranda em Direito Civil pela UERJ. Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**Gisela Sampaio da Cruz**

Mestre e Doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil dos cursos de pós-graduação *latu sensu* da UERJ e da FGV. Membro do Conselho Assessor da Revista Trimestral de Direito Civil. Advogada.

**Gustavo Birenbaum**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogado.

**José Dionízio da Rocha**

Mestrando em Direito Civil pela UERJ. Especialista em direito privado pela UFF.

**José Eduardo Coelho Branco Junqueira Ferraz**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogado.

**Marcelo Junqueira Calixto**

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela UERJ. Professor Agregado de Direito Civil da PUC-Rio. Professor dos cursos de Pós-Graduação *latu sensu* da UERJ, da FGV e da PUC-Rio. Advogado.

**Mauricio Moreira Mendonça de Menezes**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Assistente de Direito Comercial da UERJ. Advogado.

**Pedro Oliveira da Costa**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogado.

**Raquel Bellini de Oliveira Salles**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogada.

**Roberta Mauro e Silva**

Mestre e doutoranda em Direito Civil na UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio. Advogada.

**Sérgio Savi**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UCAM. Professor do curso de Pós-graduação *latu sensu* de Direito Civil da UCAM Advogado.

**Tatiana Magalhães Florence**

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Advogada.

# Enriquecimento sem causa e pagamento indevido

Carlos Nelson Konder

1. Introdução. 2. O enriquecimento sem causa como princípio. Aplicações jurisprudenciais. 3. Enriquecimento sem causa como instituto. 4. Modalidades. 5. Requisitos. 5.1. Enriquecimento. 5.2. Às custas de outrem. 5.3. Sem causa. 5.4. A controversa subsidiariedade do instituto. 6. Outros institutos que consagram o princípio. 7. Pagamento indevido.

## 1. Introdução

A idéia geral de que ao direito não é admissível um acréscimo patrimonial às custas de outrem sem um fato jurídico idôneo a justificá-lo é traduzida tecnicamente como a vedação ao enriquecimento sem causa. Esta valoração, contudo, se projeta no campo da ciência do direito sob duas formas<sup>1</sup>: primeiro, como um *princípio*, que já vinha atuando em nosso ordenamento não só como parâmetro para o aplicador do direito em casos de lacuna, mas mesmo com força normativa superior em situações já regulamentadas. Além dessa face principiológica, o enriquecimento sem causa também se apresenta como uma fonte de obrigações, mais especificamente, fonte de uma obrigação de restituir aquilo que foi indevidamente objeto de locupletamento. Se antes tal obrigação de restituir era justificada apenas em situações específicas (como no caso de pagamento indevido), agora, este segundo aspecto encontra-se regulamentado de maneira abrangente pelos arts. 884 a 886 do Código Civil: o *instituto* do enriquecimento sem causa.

---

1 Neste sentido, Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166 e ss.

## 2. O enriquecimento sem causa como princípio. Aplicações jurisprudenciais

A vedação ao enriquecimento sem causa já era apontada como um princípio implícito de nosso sistema antes de sua previsão no Código Civil<sup>2</sup>, assim como costuma ser invocado nos demais sistemas de matriz romano-germânica, mesmo os que não o prevêm expressamente.<sup>3</sup> É inclusive indicado como um princípio não apenas do direito civil, mas aplicável aos diversos ramos do ordenamento de maneira geral.<sup>4</sup>

Esta aparente universalidade decorre de seu fundamento quase intuitivo, ligado às idéias de equidade e justiça comutativa.<sup>5</sup> Neste sentido, grande parte da doutrina atribui à vedação ao locupletamento às custas de outrem uma justificativa exclusivamente moral.<sup>6</sup> Por outro lado, outros doutrinadores preferem dar um conteúdo mais jurídico ao seu fundamento e justificam a aplicação do princípio a partir da

2 Entre tantos, pode-se destacar Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 289; e Orlando Gomes, *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 322-323.

3 Giovanni Ettore Nanni destaca a invocação do princípio na França, a partir do *arrêt Boudier* de 1892, *op. cit.*, p. 57. Na doutrina espanhola, entre outros, v. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, 5. ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 89-111.

4 Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, vol. 2, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 215. Pode-se exemplificar com sua aplicação no âmbito do direito administrativo, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, out-dez. 1997, p. 25-35. Até mesmo no direito do trabalho observa-se sua aplicação judicial: “CONTRATO DE TRABALHO — NULIDADE — ALCANCE DO VÍCIO — DISCIPLINA. A Carta da República não disciplina as conseqüências da nulidade do contrato de trabalho firmado, valendo notar que a prestação de serviços, *sob pena de consagrar-se o enriquecimento sem causa*, é conducente, por si só, à satisfação ao menos dos salários. AGRAVO — CARÁTER INFUNDADO — MULTA. Surgindo do exame do agravo a convicção sobre o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil” (STF, 2ª T., AgR 233108, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 01.06.1999, publ. DJ 06.08.99 — grifos nossos).

5 Teresa Negreiros, Enriquecimento sem causa — aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. v. 55, n. 3, dez. 1995, p. 792.

6 É a posição de Agostinho Alvim (Do Enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, v. 46, n. 259, maio 1957, p. 3-36), seguindo a lição de Georges Ripert em sua obra clássica, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris: LGDJ, 1929.

*teoria da destinação* (ou atribuição) *jurídica dos bens*.<sup>7</sup> Para esta doutrina:

“Tudo quanto os bens sejam capazes de render ou produzir no seu aproveitamento pertence, de acordo com o *conteúdo de afetação* ou *destinação* de tais direitos, ao sujeito que é seu titular. A pessoa que, intrometendo-se nesses bens jurídicos, retire da coisa qualquer vantagem patrimonial, *obté-la à custa alheia*, mesmo que o titular não estivesse disposto a praticar os atos donde a vantagem procede”.<sup>8</sup>

Além destas duas correntes, outros fundamentos foram buscados em doutrina para justificar a aplicação do princípio mesmo sem previsão legal. Merecem ser mencionadas, por exemplo, as recentes posições que buscam conciliar este princípio clássico com as recentes transformações que se vem operando no direito obrigacional.<sup>9</sup> Neste sentido, Judith Martins-Costa busca no princípio da boa-fé o fundamento para a vedação ao enriquecimento sem causa;<sup>10</sup> já Gio-

7 A *teoria da destinação jurídica dos bens* é sustentada por Fernando Noronha, para quem a autonomia do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações conduz à autonomia do seu fundamento, em oposição à invocação genérica da equidade (Enriquecimento sem causa, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 15, n. 56, abr./jun. 1991, p. 57). Já para Teresa Negreiros, aquela teoria é abrangida pela equidade: “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 a utilização injustificada de bens fundamento da restituição do proveito daí derivado” (Enriquecimento sem causa, *cit.*, p. 792).

8 Antunes Varela, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 200. A teoria da destinação jurídica dos bens, contudo, deve ser relativizada em face da ordem constitucional que consagra a função social da propriedade. Isto porque, sob esta nova ótica, a propriedade funcionalizada implica uma determinação conceitual qualitativamente diversa, que envolve a consideração de interesses não-proprietários igualmente merecedores de tutela (Gustavo Tepedino, Contornos constitucionais da propriedade privada, *Temas de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 303-332).

9 V., por todos, Gustavo Tepedino, As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Temas de direito civil*, *cit.*, p. 217-238, e Teresa Negreiros, *Teoria do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

10 Judith Martins-Costa, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45. Vale salientar que a autora dá uma maior abrangência a este princípio do que a maior parte da doutrina, uma vez que ela situa o equilíbrio econômico não como um princípio autônomo, mas como um aspecto da boa-fé (Teresa Negreiros, *Teoria do contrato*, *cit.*, p. 106).

vanni Ettore Nanni funda a proibição ao enriquecimento injustificado na incidência dos preceitos constitucionais sobre as relações obrigacionais.<sup>11</sup>

Esta tendência a informar o princípio de grande generalidade e abrangência revela-se especialmente na observação de como a utilização jurisprudencial do princípio geral do enriquecimento sem causa foi recorrente e com os mais variados intuitos.

Em diversas ocasiões o princípio é invocado no âmbito de aplicação de uma norma que atribua ao juiz um maior grau de discricionariedade, como é o caso da *redução do valor da cláusula penal* (CC, art. 413)<sup>12</sup> e da fixação do *quantum* indenizatório no *dano moral*.<sup>13</sup> Em tais casos, o princípio atua de maneira similar ao da razoabilidade, impondo ao aplicador uma ponderação que evite qualquer tipo de excesso.

Em outras decisões, o princípio aparece como *ratio decidendi* em situações em que a lei é obscura, ou mesmo para o suprimento de lacunas. É o exemplo dos bens adquiridos pelo esforço comum nos casamentos sob o regime da separação legal de bens, que se comuni-

11 Nas palavras do autor: “Ocorrendo uma ampla incidência de valores constitucionais nas relações jurídicas obrigacionais, é impensável cogitar que, em última hipótese, os sujeitos de direito não possam contar com o indissociável instrumento de justiça e equilíbrio patrimonial que é o enriquecimento injustificado” (Giovanni Ettore Nanni, *op. cit.*, p. 162).

12 Por exemplo, na seguinte decisão ainda com base no Código Civil de 1916: “CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLEMENTO. PERDA DO SINAL. Mesmo se o contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção estabelecer, para a hipótese de inadimplemento do promitente-comprador, a perda total das quantias pagas, e ainda que tenha sido celebrado antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, pode o juiz, autorizado pelo disposto no art. 924 do Código Civil, *reduzi-la a patamar justo, com o fito de evitar enriquecimento sem causa de sua imposição integral* adviria à promitente-vendedora que, pelas peculiaridades da espécie, decretasse a perda apenas do sinal. Recurso não conhecido” (STJ, 4ª T., Resp 108227, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 04/08/1998, publ. DJ 03.11.1998 RSTJ 114/279 — grifos nossos). O caso é citado por Eduardo Takemi Kataoka (*Vedação ao enriquecimento sem causa como princípio: sobre o sistema jurídico e os princípios a propósito da vedação ao enriquecimento sem causa*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: UERJ, 2000, p. 157).

13 Entre tantos, v. STJ, 4ª T., REsp 254.073, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 27.06.2002, publ. DJ 19.08.2002. No entanto, a invocação do enriquecimento sem causa nesta sede costuma ser desprovido de conteúdo característico e apenas oculta a falta de critérios de quantificação que acompanha a obscuridade na conceituação do dano moral pela jurisprudência. Sobre o tema v. Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

causa.<sup>14</sup>

Contudo, a aplicação jurisprudencial do enriquecimento sem causa não vem se limitando a utilizá-lo supletivamente, como um princípio geral de direito nos termos do art. 4º da LICC. Muitas vezes o princípio vem sendo invocado pela jurisprudência como uma “válvula de escape” interna ao sistema para situações nas quais a aplicação excessivamente rígida da lei levaria a situações explicitamente injustas.

Esta foi, por exemplo, a decisão do STJ no que toca ao cheque em garantia. De acordo com a L. 7.375/85, o cheque é ordem de pagamento à vista, cujas obrigações são autônomas e independentes (art. 13), o que impede a investigação causal. Contudo, uma vez que a praxe vem admitindo a utilização do cheque em garantia, o STJ entendeu que impedir, nestes casos, a invocação da causa acarretaria um enriquecimento sem causa.<sup>15</sup>

Em especial, o princípio vem sendo aplicado para garantir a atualização monetária dos valores das prestações, por vezes corroborando o

14 “DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUÊSTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNICABILIDADE. SÚMULA STF, ENUNCIADO N. 377. CORRENTES. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 258/259. RECURSO INACOLHIDO. I — Em se tratando de regime de separação obrigatória (Código Civil, art. 258), comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum. II — O enunciado n. 377 da sumula STF deve restringir-se aos aquêstos resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se afeiçoa a evolução do pensamento jurídico e *repudia o enriquecimento sem causa*. III — No âmbito do recurso especial não é admissível a apreciação da matéria fática estabelecida nas instâncias locais” (STJ, 4ª T., REsp 9938, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 09.06.1992, publ. DJ 03.08.1992, RF 320/84, RSTJ 39/413, RT 691/195).

15 “CHEQUE. EMBARGOS DE DEVEDOR. GARANTIA. INVESTIGAÇÃO DA CAUSA. 1. Reconhecendo embora a divergência doutrinária e jurisprudencial, não é razoável juridicamente admitir-se o cheque como caução, como garantia, e negar-se a relação entre a garantia e a sua causa. Essa posição permitiria toda sorte de abusos, *ocasionando o enriquecimento sem causa*, como no presente caso, no qual se ofereceu em garantia um cheque de valor muito maior do que o efetivamente comprometido. 2. Se a praxe no mercado aceita o cheque em garantia, vedar, em tese, a investigação da causa *debendi* propiciaria um desequilíbrio na relação jurídica entre partes, uma das quais, em casos de extrema necessidade, ficaria a depender do arbítrio da outra. Se o cheque ganhou essa dimensão, fora do critério legal, que tanto não regulou, e imperativo extrair a consequência própria, específica. por essa razão, e que deve ser admitida a investigação da causa *debendi*. 3. Recurso especial conhecido, mas, não provido” (STJ, 3ª T., REsp 111.154, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 21.11.1997, DJ 19.12.1997 — grifos nossos). O exemplo também é analisado por Eduardo Takemi Kataoka, *op. cit.*, p. 144.

princípio contratual do equilíbrio econômico entre as partes.<sup>16</sup> A utilização do princípio do enriquecimento sem causa para uma aplicação ampla da regra de atualização monetária — hoje objeto do art. 389 do CC — é objeto de diversas decisões:

“A correção monetária não é um *plus*, mas um *minus* que se agrega ao valor do crédito para evitar a desvalorização da moeda, em decorrência de processo inflacionário. Deve, portanto, incidir em todos os créditos para evitar o enriquecimento sem causa do devedor” (STJ, 1ª T., REsp 283.094, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julg. 06.08.2002, publ. DJ 30.09.2002).

Foi nesta seara que a força normativa do princípio do enriquecimento sem causa começou a ser discutida jurisprudencialmente. Neste sentido, o primeiro caso marcante referia-se à aplicação da Lei nº 4.829/65, sobre o mútuo rural. A previsão de juros vinha expressa no texto legal, mas o dispositivo do projeto de lei que trazia a correção monetária fora vetado, restando a lei silente sobre este ponto. Entre os vários argumentos invocados para que a omissão não fosse interpre-

16 O princípio do equilíbrio econômico, que encontra guarida no princípio constitucional da igualdade substancial, tem uma atuação mais incisiva e profunda sobre o conteúdo do contrato, uma vez que leva em conta uma distribuição concreta das vantagens e encargos atribuídos aos contratantes, com o intuito de proteger a parte vulnerável (Teresa Negreiros, *Teoria do contrato*, cit., pp. 154 e ss.). Contudo, ainda subsiste certa confusão na distinção: “A abrupta e forte desvalorização do real frente ao dólar americano constitui evento objetivo e inesperado apto a ensejar a revisão de cláusula contratual, de modo a *evitar o enriquecimento sem causa* de um contratante em detrimento do outro (art. 6º, V, do CDC), em avença na qual o risco cambial é repassado para o consumidor” (STJ, 3ª T., AGA 456.863, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 17.10.2002, publ. DJ 18.11.2002 — grifos nossos). Ou ainda: “CONSÓRCIO DE AUTOMÓVEIS. DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES JÁ PAGAS PELO PARTICIPANTE DESISTENTE OU EXCLUÍDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. Ao participante de consórcio que dele se afasta é devida, quando do encerramento do plano, a devolução das prestações pagas, com correção monetária. A cláusula do contrato de adesão que exclui a atualização da quantia a ser restituída, e de ser considerada leonina e sem validade, importando em locupletamento da administradora; não pode ser tida, outrossim, como cláusula penal, pois esta exige estipulação inequívoca e deve ser proporcional à gravidade do inadimplemento contratual. A correção monetária não é um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita. Juros moratórios cabíveis somente após a mora da administradora, encerrado o plano e não devolvidas corretamente as prestações. Conhecimento do recurso da administradora apenas pelo dissídio jurisprudencial, negando-lhe provimento” (STJ, 4ª T., REsp 7326, Rel. Min. Athos Carneiro, julg. 23.04.1991, publ. DJ 13.05.1991, RSTJ 33/458 e 21/483).

tada como uma proibição, e que os agricultores não se locupletassem graças à inflação galopante, o princípio do enriquecimento sem causa foi aduzido pelo relator, destacando um fundamento moral do princípio.<sup>17</sup>

A esta decisão, seguiu-se uma outra, do Tribunal de Alçada de São Paulo, que, mais radical, limitava a eficácia de uma lei federal com base no enriquecimento sem causa.<sup>18</sup> Nela, o princípio é aplicado de maneira a superar a lei federal, a qual determinava como termo inicial para a atualização dos valores a data da propositura da ação, enquanto, de acordo com o princípio, a correção deveria retroagir à data do vencimento da obrigação. Embora a decisão tenha sido mantida no STJ, os fundamentos foram ligeiramente distintos: o ministro relator defendeu a necessidade de ponderar o aspecto material em detrimento do formal e assim dispensou a necessidade de uma análise acerca do caráter normativo do princípio do enriquecimento sem causa.<sup>19</sup>

17 “Correção monetária. Mútuo rural. Incidência. Evolução dos fatos econômicos e construção pretoriana. Regra moral. Invocação de ofensa a lei 4829/65, ao d.l. 167/67 e ao art. 145 — II, CCB. Dissídio notório. Recurso desprovido. I- Mesmo que se admita que a intenção inicial do legislador tenha sido a de excluir a correção monetária dos mútuos rurais, a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a sua não-incidência, sob pena de prestigiar-se o *enriquecimento sem causa*, recordada ainda a lição de que regra moral esta *acima das leis positivas*. II- Construção pretoriana e doutrinária, antecipando-se ao legislador, adotando a correção como imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à justa composição dos danos e ao fiel adimplemento das obrigações, dispensou a prévia autorização legal para a sua aplicação.

III- Conhece-se do recurso especial sob a alínea c do art. 105-III da Constituição, mesmo quando a parte não faz a demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, se notório o dissídio na matéria, dado o escopo do recurso em assegurar a unidade do direito federal. (STJ, 4ª T., REsp 2122, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 14.05.1990, publ. DJ 11.06.1990, RDA 181/301, RT 668/167 — grifos nossos).

18 “Correção monetária. Início de incidência. Ação ordinária de cobrança de cheque e de notas promissórias. Restabelecimento do voto que mandou pagar a correção monetária a partir do protesto das notas promissórias. Discussão sobre a natureza da ação e das obrigações. Entendimento de que está superada a lei federal 6.899/81” (TASP, 2ª C. Civil, Emb. Infr. 408884-6/1, rel. juiz Rodrigues de Carvalho, julg. 21.03.90, publ. RT 663/99). A decisão é analisada por Teresa Negreiros (Enriquecimento sem causa, cit., p. 828) que destaca que nela “o enriquecimento sem causa é aplicado como um princípio geral ao qual se confere eficácia não apenas supletiva, mas verdadeiramente normativa, na medida em que capaz de se sobrepor à legislação específica que o contrarie, tornando-a, como consigna a ementa oficial, ‘superada’”.

19 “Administrativo — Correção monetária — A atualização do valor do débito resulta do princípio que veda enriquecimento sem justa causa. Cumpre ajustar o valor formal



No entanto, depois deste precedente, houve outros casos de aplicação do princípio do enriquecimento sem causa contra texto expresso de lei, no próprio TASP, como a aplicação contra disposição de plano econômico. Por conta disso, persistiu a necessidade de que os tribunais superiores debatessem a posição hierárquica do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa em nosso sistema.

A questão chegou ao STF por meio de certas decisões de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello. Em uma primeira decisão, em que se discute também o papel do magistrado na aplicação do direito, o princípio foi invocado em nome de uma justa indenização e contra a coisa julgada.<sup>20</sup> Mas a atribuição expressa de um caráter de princípio constitucional implícito veio em uma decisão posterior, em que se afirmou:

“[...] IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS — CRÉDITO — CORREÇÃO — PRINCÍPIO DA

---

ao valor substancial. Nesse quadrante, não se deve conferir a títulos de dívida líquida e certa (Lei n. 6.899/81) significado restrito eminentemente formal, de documento que enuncie a dívida, revestido das formalidades legais. Compreende qualquer relação jurídica, que defina de modo constatado pelo devedor, a existência e o *quantum* da dívida. Nesse caso, o devedor não é tomado de surpresa e sabe da obrigação. Não a satisfazendo, evidencia propósito de resistir a pretensão do credor. O vencimento do servidor é exemplo. Definido em lei, com data certa de pagamento, representa relação conhecida do estado. O atraso impõe a correção monetária” (STJ, 6ª T., REsp 27.027, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 22.09.1992, publ. DJ 19.10.1992, RSTJ 37/582).

20 “OFÍCIO JUDICANTE — POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la. DESAPROPRIAÇÃO — JUSTA INDENIZAÇÃO — CORREÇÃO MONETÁRIA — TERMO INICIAL. O título executivo judicial referente à demanda de cobrança, em face da chamada desapropriação indireta, assenta-se em provimento que assegura a justa indenização. Impossível é olvidá-lo mediante o empréstimo de valor maior a trecho que encerre, como termo inicial da correção monetária, a data do trânsito em julgado da sentença de liquidação. A passagem dos anos sem que a decisão se tornasse definitiva acabaria por esvaziar o conteúdo econômico do que sentenciado, conduzindo a verdadeiro enriquecimento sem causa da entidade desapropriante. O choque entre as duas partes do provimento resolve-se via homenagem ao preceito inserto no artigo 153, par. 22, da Constituição Federal de 1969, no que minimiza o direito de propriedade mas garante, na desapropriação, a justa indenização, a que não equivale conclusão sobre o direito a algumas centenas de cruzeiros pela perda de quase uma centena de alqueires produtivos” (STF, 2ª T., RE 111787, Rel. Min. Aldir Passarinho. Rel. p. acórdão Min. Marco Aurélio, julg. 16.04.1991, publ. DJ 13.09.91, RTJ 136-03/1292).

NÃO-CUMULATIVIDADE. Homenageia o princípio da não-cumulatividade decisão no sentido de considerar-se os créditos pelo valor devidamente corrigido, isso em face da passagem do tempo até a vinda a balha de definição da legitimidade respectiva, por ato da Fazenda do Estado. Descabe falar, na espécie, de transgressão ao princípio da legalidade. O alcance respectivo há de ser perquirido considerada a *garantia constitucional implícita vedadora do enriquecimento sem causa*” (STF, 2ª T., Ag. Inst. 182458, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 04.03.1997, publ. DJ 16.05.97 — grifos nossos).

Esta decisão, que reapareceu em outros julgados,<sup>21</sup> reverteu precedente anterior do STF, relatado pelo Ministro Moreira Alves, que expressamente negava qualquer caráter constitucional ao princípio.<sup>22</sup> Contudo, deve ser examinada com cautela.

A ampliação exagerada da abrangência do princípio, assim como seu posicionamento como norma constitucional, não vem desacompanhado de um certo esvaziamento de seu conteúdo e uma maior imprecisão em seus termos, o que acarreta um aumento da insegurança jurídica. Em razão disso, pode-se louvar a iniciativa do legislador de explicitar o instituto, se não tanto pela forma em que ficou positivado, ao menos pelo incentivo em aprofundar o debate acerca de seus requisitos.

---

21 “Consórcio — Preço — Prazo de Pagamento — Atualização das Parcelas — Dilação do Prazo. Mostra-se consentânea com as noções relativas ao ato jurídico perfeito a cobrança de parcelas suplementares decorrentes da projeção no tempo de majoração do preço do veículo. No contrato coletivo de consórcio, a obrigação primeira do consorciado é o pagamento total e atualizado do preço do veículo, ficando viabilizada, com isso, a entrega a todos os consorciados. *A ordem jurídico-constitucional não agasalha óptica conducente a verdadeiro enriquecimento sem causa*, potencializando-se interesse individual, momentâneo e isolado, em detrimento dos interesses do grupo e, portanto, da coletividade” (STF, 2ª T., RE 141298, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 13.05.1996, publ. DJ 18.06.01 — grifos nossos).

22 “Agravo regimental. — Inexiste violação ao texto constitucional mencionado, uma vez que esta corte ainda não chegou a admitir que fira o parágrafo 3. Do artigo 153 acórdão que não atenta contra a coisa julgada, mas que é atacado sob o fundamento de que, por haver declarado a nulidade de um contrato, possa ferir, por meio de repercussão, o ato jurídico perfeito do pagamento efetuado com base naquele. Se o aresto recorrido eventualmente incidu no *‘bis in idem’*, a violação terá sido do princípio que veda o *enriquecimento sem causa*, que nada tem que ver com o estabelecido no parágrafo 3º do artigo 153 da Carta Magna, *nem tão pouco se alça ao plano constitucional*. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, 1ª T., AI 122894, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.12.1987, publ. DJ 08.04.88 — grifos nossos).

### 3. Enriquecimento sem causa como instituto

Como se pode observar, a utilização do enriquecimento sem causa como princípio é antiga, vasta e, por vezes, pouco criteriosa. No entanto, a face mais concreta do enriquecimento sem causa é sua qualificação como fonte de uma obrigação de restituir. Ou seja, em uma situação em que ocorre o locupletamento de uma pessoa às custas de outrem, o enriquecimento sem causa geraria a obrigação de restituir àquela pessoa o que seria seu por direito. Esta idéia finca suas raízes históricas nas *condictiones* do direito romano, que eram “meios técnicos de aplicação da equidade a situações casuisticamente definidas, em que o deslocamento patrimonial se revelava carecedor de uma causa que o legitimasse”.<sup>23</sup>

Neste sentido, o enriquecimento sem causa costuma ser qualificado como uma fonte autônoma de obrigações, figurando ao lado da responsabilidade civil (por culpa ou por risco) e das obrigações de origem negocial (contrato e negócios unilaterais).<sup>24</sup>

A distinção com a responsabilidade civil é marcante. De um lado, 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). Ela confere uma proteção dinâmica ao patrimônio e se volta para o ressarcimento pleno da vítima, atribuindo uma obrigação de indenizar.

Já o enriquecimento sem causa é um instrumento de proteção estática do patrimônio;<sup>25</sup> posto menos intenso, abarca casos que não

seriam cobertos pela responsabilidade civil, uma vez que não há ilicitude (*stricto sensu*) ou dano.<sup>26</sup> 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. Como destaca Antunes Varela, “o verdadeiro objetivo da lei, numa interpretação racional dos seus comandos, não é o de reparar o dano sofrido pelo proprietário sacrificado, mas o de forçar o beneficiado a *restituir* aquilo com que ele fica *locupletado* à custa do outro”.<sup>27</sup>

Até o vigente Código Civil, não havia uma previsão legislativa geral do enriquecimento sem causa como fonte de uma obrigação de restituir, mas apenas a regulação de situações específicas.<sup>28</sup> A consagração do enriquecimento sem causa como um instituto supriu uma lacuna existente no nosso sistema, que pode ser observada na comparação com ordenamentos estrangeiros.

No sistema alemão, a regra geral de abstração dos negócios jurídicos restringe a aplicação prática da teoria das nulidades. Desse modo, uma série de efeitos claramente injustos que poderiam ser supridos por uma alegação de falta de causa, ou causa injusta, permaneceriam intocáveis em virtude da abstração dos negócios. A demanda por um instrumento capaz de atingir a injustiça de tais situações foi respondida exatamente pela previsão legislativa da possibilidade de acionar aquele que se enriqueceu às custas alheias, por meio da chamada *actio de in rem verso* — a ação por enriquecimento sem causa.<sup>29</sup>

23 Teresa Negreiros, Enriquecimento sem causa, *cit.*, p. 769.

24 Na doutrina nacional encontramos essa tripartição das fontes em Fernando Noronha, Enriquecimento sem causa, *cit.* O Código Civil português posiciona o enriquecimento sem causa ao lado dos contratos, dos negócios unilaterais, da gestão de negócios e da responsabilidade, todos dentro do capítulo das fontes das obrigações. O posicionamento no CC brasileiro na heterogênea categoria de “atos unilaterais” sofre críticas: “[...] trata-se de uma lamentável mixórdia de institutos diferentes, somente explicável pelo caráter unilateral da sua iniciativa, mas que poderiam muito bem ser tratados em títulos próprios” (Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 365).

25 Francisco Manuel Pereira Coelho (*O Enriquecimento e o Dano*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21) salienta esta diferença destacando que o enriquecimento sem causa protege simplesmente o poder de ter ou manter os bens, enquanto a responsabilidade civil protege, ainda, a liberdade de os mobilizar, adquirir e agir com eles ou sobre eles. O autor português destaca ainda a existência de correntes que incluem o enriquecimento sem causa na função sancionatória/repressiva da responsabilidade civil, mas

contrapõe desde logo se tratar de uma distorção grave, a começar pela questionável premissa — a existência de uma função sancionatória na responsabilidade civil (*ibid.*, p. 28-33).

26 Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 57 e ss.

27 Antunes Varela, *op. cit.*, p. 188. Sobre a distinção, v. também Diogo de Leite Campos, Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, v. 71, n. 560, jun. 1982, p. 259-266.

28 Poderíamos exemplificar com o art. 48 do Decreto nº 2.044/1908, que determina que o sacador ou aceitante da letra de câmbio e o emitente da nota promissória restitua com juros o valor do enriquecimento ao portador do título, independente da exoneração da responsabilidade cambial. Não se inclui como exemplo o enriquecimento ilícito que configura improbidade administrativa (art. 6º da Lei nº 8.429/92). Os casos de enriquecimento sem causa se situam em um âmbito de reprovabilidade perante os princípios do sistema, mas não de ilicitude *stricto sensu*. A ilicitude conduz, em regra, à responsabilidade, seja ela civil, administrativa ou penal. A distinção já era traçada com clareza por Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 26. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 159 e ss.

29 Eduardo Takemi Kataoka, *op. cit.*, p. 103-104.

Já no sistema francês ocorre o oposto. A causa figura expressamente como requisito de validade dos negócios jurídicos, o que permite que a sua falta acarrete a nulidade do próprio negócio.<sup>30</sup> O enriquecimento sem causa permanece lá apenas como princípio geral, desenvolvido em doutrina e jurisprudência,<sup>31</sup> incorporado em alguns dispositivos específicos. O recurso à teoria das nulidades supre, no mais das vezes, a ausência do enriquecimento sem causa.

No Brasil, o Código Civil de 1916 seguiu o modelo alemão e não elencou a causa como requisito de validade dos negócios.<sup>32</sup> No entanto, também não trazia previsão expressa do enriquecimento sem causa. Clóvis Bevilacqua justificava a omissão com base em uma impossibilidade de sistematizar o princípio.<sup>33</sup> A opção, contudo, foi objeto de grande controvérsia.<sup>34</sup>

30 Teresa Negreiros, Enriquecimento sem causa, *cit.*, pp. 773 e ss.

31 É a posição defendida por Mazeaud, Ripert e Josserand, segundo Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. V, 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 71.

32 Clóvis Bevilacqua sustentou, com base em argumento de Huc, que a noção de causa teve origem em verdadeiro *qui pro quo* filológico, que consistiu em uma falsa tradução do termo arcaico *cose*, que foi traduzido para *cause* (causa) em vez de seu verdadeiro significado, *chose* (coisa). Assim concebida equivocadamente por Domat, a teoria da causa fora esposada por Pothier e consagrada no Código Civil francês (1804). Nas palavras do próprio, posteriormente incorporadas aos seus comentários ao art. 90 do CC1916, “como bem diz Planiol, a noção de causa é perfeitamente inútil para a teoria dos atos jurídicos” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Bevilacqua*, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Rio, p. 338-340). Mesmo para os críticos a esta opção prevaleceu o entendimento de que, embora a inclusão da causa entre os requisitos de validade do negócio fosse uma idéia louvável, uma vez que o Código não a implementou, não cabia invocar a causa no ordenamento brasileiro, salvo a título de *lege ferenda* (Paulo Barbosa de Campos Filho, *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978, p. 156-157). Ressalte-se, contudo, a posição de Pontes de Miranda, para quem “A extirpação é inoperante, porque todo o seu sistema é fundado na causa.[...] No fundo, o mesmo ato ditatorial com que o projetador pretendeu eliminar condições ilícitas que não fossem consignadas na lei (art. 115). Algo de equivalente ao grito do professor de obstetrícia que se dirigisse às internadas: ‘Todos os recém-nascidos nasçam sem pernas’. Mas não nascem em milhões” (*op. cit.*, t. 3, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 100).

33 Clóvis Bevilacqua afirmava que o Código Civil de 1916 “não considerou o enriquecimento ilícito como figura especial de obrigação, ou como causa geradora de obrigação, porque suas diversas formas não se subordinam a um princípio unificador (...). Cada uma das formas por ele apresentada aparecerá em seu lugar” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. 4, 11. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1958, p. 97).

34 Como relata Teresa Negreiros, “Enriquecimento sem causa”... *cit.*, p. 780 e ss.

As objeções proliferaram e a utilidade da consagração legislativa do enriquecimento sem causa foi tornando-se quase pacífica em doutrina. Como resultado, o anteprojeto de código de obrigações de 1941 e os projetos de 1965 e de 1975 trouxeram o instituto em seu bojo e, finalmente, a vedação geral ao enriquecimento sem causa ganhou sede legislativa no Código Civil, a partir da cláusula geral no *caput* do seu artigo 884:

“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. [...]”

A construção de uma *fattispecie*, ainda que abrangente, pode implicar restrição na aplicação do enriquecimento sem causa, pois tipifica elementos que não eram necessários à incidência do princípio. Por conta disso, a larga e ampla utilização do princípio provavelmente dará lugar a decisões com maior rigor e cautela na utilização do instituto.<sup>35</sup> Antes, contudo, de passar ao exame dos elementos típicos necessários à aplicação do enriquecimento sem causa, vale analisar suas principais modalidades, de maneira a visualizar sua utilidade em situações concretas.

#### 4. Modalidades

O enriquecimento pode ocorrer em diversas situações, conforme as quais seus requisitos tomarão distintas formas. A modalidade mais clara de enriquecimento é aquela originada de uma *transferência patrimonial*, como no caso de pagamento indevido, ou quando o proprietário recebe a coisa com benfeitorias realizadas pelo possuidor. Contudo, há também o enriquecimento gerado pela *exploração de bens, trabalho ou direitos alheios*. Essas modalidades, mais complexas, têm como exemplos, respectivamente: a utilização de casa alheia, ou o caso do condômino que desfruta de toda a co-propriedade; a descoberta de direito à herança em virtude do trabalho de um genealogista (não contratado); e o uso de imagem alheia sem autorização.<sup>36</sup>

35 Teresa Negreiros, Enriquecimento sem causa, *cit.*, p. 842; e Eduardo Takemi Kataoka, *op. cit.*, p. 96.

Com base em outro critério classificatório — o causador do enriquecimento —, podemos distinguir três modalidades de enriquecimento sem causa. Primeiro, o enriquecimento produzido em virtude de *ato do enriquecido*. São os casos mais freqüentes, como o uso da imagem alheia, a colocação de *outdoor* de propaganda em terreno alheio e a obtenção de prêmio por meio da utilização de cavalo alheio em corrida, todos sem autorização do proprietário, ou ainda o consumo de bens alheios que lhe foram entregues por engano. Nestes casos, a regra é a restituição.

Pode ainda o enriquecimento decorrer de *ato do próprio* “*empobrecido*”, como no caso do pagamento indevido, ou da oficina que efetua mais reparos do que o combinado. Nestes casos, a configuração efetiva de um enriquecimento sem causa, na forma da lei, é excepcional. A obrigação de restituir existirá, no mais das vezes, de acordo com a boa-fé daquele que causou o enriquecimento, conforme previsão específica.

Enfim, o enriquecimento pode ser originado por *ato de outrem* ou por *fato natural*, como nos casos de avulsão, ou de bovinos que pastam em propriedade alheia.

Todos estes exemplos são de casos de *enriquecimento direto*.<sup>37</sup> Mas é possível cogitar também do *enriquecimento indireto*, que ocorre quando há pessoa interposta entre o enriquecido e aquele às custas de quem houve o enriquecimento. Nestes casos predomina o entendimento de que não deve ocorrer restituição, salvo previsão legal específica, como quem auferiu gratuitamente produto de crime (CC, art. 932, V), ou quem planta em terreno alheio com sementes de terceiro (CC, art. 1.257). A situação do enriquecimento indireto causa dificuldades, mas prevalece o entendimento de que, em regra, não cabe a restituição.<sup>38</sup> Como indica Fernando Noronha, nestes casos é praxe a lei exigir, para impor a restituição, a gratuidade da segunda transmissão e, por vezes, como no sistema francês, a insolvência da pessoa interposta.<sup>39</sup>

36 Os exemplos são de Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 60.

37 Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 62 e ss.

38 Mario Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 431.

39 Fernando Noronha, *op. cit.*, pp. 75-78.

## 5. Requisitos

### 5.1. Enriquecimento

O enriquecimento é de maneira unânime listado como requisito essencial, contudo, parte da doutrina se insurge contra a necessidade de que ele seja uma vantagem patrimonial. Para alguns autores poder-se-ia cogitar de uma vantagem moral, como o aluno que se aproveita de lições particulares alheias, ampliando sua bagagem de conhecimento.<sup>40</sup> No entanto, vale observar que mesmo a corrente que afirma caber a *actio de in rem verso* para vantagens morais tende a admiti-la somente quando acarrete efeitos patrimoniais;<sup>41</sup> neste caso, portanto, é o efeito patrimonial que será objeto de restituição.<sup>42</sup>

O cerne da discussão sobre o valor do enriquecimento está na distinção entre dois tipos de avaliação do enriquecimento: o enriquecimento *real* e o enriquecimento *patrimonial*. O enriquecimento real vincula-se ao objeto do enriquecimento. É a quantificação objetiva do valor da vantagem adquirida, o valor de uso do bem ou direito.<sup>43</sup>

Já o enriquecimento patrimonial está ligado ao sujeito enriquecido. E se calcula a partir do exame comparativo do seu patrimônio. É a diferença entre a situação real e a hipotética, isto é, se o fato que gerou o enriquecimento não tivesse ocorrido.<sup>44</sup>

Para fins de quantificação da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa, o parâmetro é o *enriquecimento patrimonial*.<sup>45</sup> Sob a concepção patrimonial, constitui enriquecimento qualquer melhora na situação patrimonial. Pode ser um aumento do ativo, como no pagamento indevido, nas benfeitorias realizadas pelo gestor e na acessão, uma diminuição do passivo, como no cumprimento de dívida alheia e

40 É a posição de Giovanni Ettore Nanni que sustenta ser tal corrente mais consentânea com a tendência de despatrimonialização do direito civil (*op. cit.*, p. 230 e ss.).

41 É o caso de Agostinho Alvim, *op. cit.*; p. 57. Serpa Lopes também se refere a uma vantagem moral apreciável em dinheiro (*op. cit.*, p. 71).

42 Teresa Negreiros, *Enriquecimento sem causa, cit.*, p. 794 e ss.

43 Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 26.

44 Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 26.

45 Como indica Teresa Negreiros, a posição é razoavelmente pacífica, defendida, por exemplo, por Mario Júlio de Almeida Costa, Antunes Varela, Serpa Lopes, Orlando Gomes e Vaz Serra (*Enriquecimento sem causa, cit.*, p. 797). Diogo Leite de Campos, contudo, pode aproximar-se mais da concepção real do enriquecimento com sua visão peculiar de que o enriquecimento é a *utilidade* que o beneficiado auferiu com o indevido deslocamento patrimonial (*op. cit.*, p. 261).

no pagamento de imposto pelo gestor, ou ainda a poupança de um gasto, como no pagamento de alimentos para outrem, ou o enterro realizado pelo gestor de negócios.<sup>46</sup>

A distinção é muito pertinente, como se depreende ao examinar casos concretos. No caso da utilização de imóvel alheio, por exemplo. Pensemos em alguém que desfrute da casa de veraneio de um amigo, supondo, de boa fé, ter-lhe sido emprestada, quando, na verdade, o amigo lhe entregara as chaves apenas para que fizesse o favor de checar se tudo estava em ordem na casa. A partir do mal entendido, o sujeito passa a desfrutar do imóvel alheio, que é de qualidade consideravelmente superior à da casa de veraneio que ele próprio — de poucas posses — alugaria, não fosse o empréstimo putativo.

Neste caso, o enriquecimento real auferido foi o valor de mercado do aluguel do imóvel utilizado, avaliado objetivamente. Contudo, o enriquecimento patrimonial, neste caso menor, foi a despesa que lhe foi poupada, a despesa que ele teria não fosse o ato causador do enriquecimento, ou seja, o aluguel da casa que ele hipoteticamente alugaria. É a diferença entre o que ele realmente despendeu — nada — e o que ele despenderia hipoteticamente — a despesa com a locação de uma outra casa, dentro das suas possibilidades. Isto porque a situação hipotética, no caso, é aquela que ocorreria se não existisse o fato que deu origem ao locupletamento.

Usando outro exemplo, vejamos o caso daquele que presta alimentos a filho alheio acreditando ser seu. O enriquecimento real seria simplesmente o valor da pensão alimentícia prestada. Por outro lado, o enriquecimento patrimonial auferido seria o valor da pensão alimentícia que o pai verdadeiro da criança faria. Ou seja, considerando que o valor da pensão é fixado pelo binômio necessidade-possibilidade, se as possibilidades do verdadeiro pai forem maiores, o enriquecimento patrimonial será maior do que o real. De outro lado, as possibilidades do verdadeiro pai podem ser menores, quando o enriquecimento patrimonial será de menor monta do que o real.<sup>47</sup>

46 Antunes Varela, *op. cit.*, p. 194-195.

47 Antunes Varela fornece ainda um terceiro exemplo: “Se Antônio, que fuma normalmente charutos de 5 cruzeiros, consome a caixa de 40 charutos de 20 cruzeiros destinados ao seu homônimo e entregues por lapso em sua casa, a soma com que ele realmente se locupletou é de 200 (e não de 800), por ser essa a despesa que o fumador poupou nos seus gastos normais” (*op. cit.*, p. 196). Fernando Noronha, de outro lado, entende que, quando de boa-fé, o enriquecido só é obrigado a restituir aquilo que ainda resta em seu patrimônio e, portanto, o exoneraria no exemplo citado (*op. cit.*, p.

No entanto, embora esteja definido que o enriquecimento que importa para a definição do valor da obrigação de restituir é o enriquecimento patrimonial, isto não significa dizer que o valor da obrigação de restituir seja sempre o do enriquecimento patrimonial. Trata-se de um parâmetro necessário, mas insuficiente. Como veremos, de acordo com a chamada *teoria do duplo limite*, o *quantum da actio de in rem verso* é guiado por dois parâmetros. Melhor dizendo, ele será, entre dois critérios, o menor. São estes critérios o enriquecimento patrimonial, de um lado, e, de outro, o “empobrecimento” real.

## 5.2. À custa de outrem

Muitos autores optam por não utilizar o termo “empobrecimento”, preferindo, em seu lugar, referir-se à necessidade de que o enriquecimento se dê às custas de outrem.<sup>48</sup> De acordo com a posição defendida pela idéia de destinação dos bens, o requisito para configuração do enriquecimento sem causa seria auferir um proveito alheio, uma vantagem que caberia a outrem — daí a locução, à custa de outrem, presente no art. 884 do CC.

O termo “empobrecimento” é rejeitado porque remete imediatamente à sua concepção patrimonial. Ele conduz à idéia de uma diminuição patrimonial, de uma comparação entre um patrimônio superior antes e um patrimônio diminuído depois. E isto, muitas vezes, não ocorrerá, como no caso da colocação de *outdoor* publicitário em terreno alheio — o proprietário do terreno não sofre qualquer prejuízo —; ou, ainda, no caso daquele que utiliza cavalo alheio para ganhar uma corrida da qual o dono do cavalo não participaria.<sup>49</sup>

Entretanto, aqui é da mesma maneira pertinente a distinção entre a concepção patrimonial e a concepção real do “empobrecimento”, embora ela se mostre menos clara neste ponto. O empobrecimento patrimonial é também calculado com base na diferença entre a situa-

60). A posição de Antunes Varela parece mais condizente com a sistemática do enriquecimento sem causa, pois a boa fé do enriquecido pode ser critério para minorar o objeto da restituição em casos específicos previstos em lei, mas não serve para exonerá-lo da obrigação de restituir em geral. Novamente, o ato que acarreta o enriquecimento não requer a má-fé do enriquecido; não se confunde com o ato ilícito que justifica a responsabilidade subjetiva.

48 Diogo de Leite Campos, *op. cit.*, p. 262.

49 O exemplo é de Antunes Varela, *op. cit.*, p. 199.

ção efetiva do empobrecido e a situação hipotética. Destaque-se, novamente, que a situação hipotética aqui é aquela na qual não ocorrera o fato que deu origem ao enriquecimento (e ao “empobrecimento”).

Já o empobrecimento real vincula-se às condições objetivas da vantagem auferida pelo enriquecido, ou melhor, neste caso, às condições objetivas da vantagem não fruída pelo “empobrecido”. Abstrai, portanto, qualquer especulação sobre a aplicação especial que o lesado teria dado ao bem, ou a relação com seus outros bens.<sup>50</sup> O empobrecimento patrimonial será maior que o real, por exemplo, se o lesado revenderia a coisa com lucro. Ao contrário, o empobrecimento real será maior se o bem se deterioraria ou seria vendido com prejuízo.

O que é requisito do enriquecimento sem causa — e que define o outro limite da obrigação de restituir — é o “empobrecimento” *real*, e não o patrimonial. Como foi observado, o patrimonial muitas vezes sequer ocorrerá.

Assim, mesmo os autores que se permitem usar o termo “empobrecimento” ressaltam que ele não possui sua acepção comum (patrimonial), mas aquela acepção real.<sup>51</sup> A questão aparenta ser, portanto, de cunho puramente terminológico.<sup>52</sup>

Tendo estes dois critérios em vista, é possível fixar o *quantum* da obrigação de restituir na *actio de in rem verso*. Segundo a *teoria do duplo limite*, o valor da restituição será, entre o enriquecimento patrimonial e o “empobrecimento” real, o de menor monta. Ou seja, quando houver diferença, o valor não pode ser maior do que qualquer um dos dois critérios.

Isto porque, como foi exposto, o instituto do enriquecimento sem causa não busca reparar o empobrecimento, indenizando a vítima de um dano, como na responsabilidade civil, nem restituir as partes ao estado anterior, como na decretação de uma nulidade. A pretensão da

50 Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 24-25.

51 É o caso de Fernando Noronha, que destaca: “É que mesmo dentro da orientação tradicional o dano ou ‘empobrecimento’ há de ser entendido no âmbito da teoria da destinação dos bens e, assim, consistirá na privação daquele valor econômico que estava destinado ao titular prejudicado. Portanto ele não significará que haja sempre um dano patrimonial, uma efetiva diminuição, uma diferença para menos na situação patrimonial do prejudicado, em relação àquela que existiria se não tivesse havido o enriquecimento da outra parte” (*op. cit.*, p. 66).

52 Como afirma Agostinho Alvim: “Vem daí o dizer-se que o *empobrecimento* é requisito que excepcionalmente pode faltar; ou então devemos dar ao termo um sentido que foge ao conceito que ele tem na teoria do patrimônio” (*op. cit.*, p. 58).

*actio de in rem verso* e comparativamente mais fraca, pois tem em vista apenas entregar uma vantagem a quem ela de direito pertencia.<sup>53</sup>

Nos casos em que o enriquecimento ocorre pela aquisição de um bem, a solução sequer demanda a aplicação do duplo limite: basta a restituição do bem, como vem expresso no parágrafo único do art. 884 do Código Civil:

“Art. 884. [...]”

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”.<sup>54</sup>

Quando se trata de transferências patrimoniais a solução é clara, diante da facilidade de aplicação da teoria do duplo limite. É o que exemplifica Fernando Noronha<sup>55</sup> com o caso de benfeitorias realizadas pelo possuidor: se o bem valia 500, o possuidor despendeu 50 na implementação das benfeitorias e o bem se valorizou em 100 — passando a valer 600 —, o enriquecimento foi maior que o “empobrecimento”, e o proprietário só deverá restituir 50. Se, ao contrário, o possuidor gastou 100 para fazer as benfeitorias, mas a coisa só valorizou 50 — passando a valer 550 —, teremos um caso em que o “empobrecimento” será maior que o enriquecimento, mas o proprietário também só estará obrigado a restituir 50 (o menor valor).

A dificuldade surge no caso da exploração de bens e direitos alheios. O “empobrecimento” será dado pelo montante que o benefi-

53 Embora francamente majoritária, a teoria do duplo limite encontra alguns opositores em doutrina, como é o caso de Giovanni Ettore Nanni, que alega a injustiça da limitação e busca na letra do artigo 884 subsídios para refutá-la: “Não se coaduna com os preceitos de uma sociedade que preza os padrões de liberdade, justiça e solidariedade prestigiar, ainda que em restrita escala, o enriquecido. O que justifica que, sendo o enriquecimento de, por exemplo, 20 e o empobrecimento de 15, tenha o empobrecido direito a receber somente 15? Não estaria o enriquecido obtendo um locupletamento injusto de 5?”; e mais adiante afirma: “A ação de enriquecimento sem causa não está sujeita à teoria do duplo limite, nem à concepção real do enriquecimento, devendo-se perquirir, no que concerne ao seu limite, mais do que a concepção patrimonial, o benefício auferido pelo enriquecido em decorrência da vantagem obtida pelo locupletamento” (*op. cit.*, p. 282 e p. 286, respectivamente).

54 Para Giovanni Ettore Nanni (*op. cit.*, p. 243), a hipótese de insubsistência da coisa também abrange a transferência a terceiros, o que corrobora o entendimento de que em casos de enriquecimento indireto a ação contra o enriquecido é excepcional.

55 *Op. cit.*, p. 66.

aferido com a venda ou aluguel do bem. São irrelevantes, para averiguar o “empobrecimento”, considerações hipotéticas como se o beneficiado teria, de fato, utilizado o bem. No caso do genealogista que informa ser o enriquecido herdeiro, cobram-se os honorários de praxe. No caso de imagem usada em publicidade sem autorização, cobra-se o cachê.

Há casos mais complexos, em que o empobrecido tem mesmo um lucro patrimonial. Seria o exemplo daquele que constrói um dique que beneficia a ele e ao vizinho, ou o co-proprietário que contrata um corretor sem autorização do outro, mas com isso garante maior preço para a venda do prédio. Agostinho Alvim entende que, em tais casos, cabe a ação para pedir a restituição do enriquecimento, em proporção da cota-parte.<sup>56</sup> Já Fernando Noronha acha que há uma causa justificadora do enriquecimento alheio, que é o interesse do próprio “empobrecido”.<sup>57</sup>

Reitere-se, no entanto, que a satisfação da vítima, objetivo da responsabilidade civil, não é tão pertinente para a configuração do enriquecimento sem causa, o qual se volta para a vantagem injustamente atribuída. Parece, segundo este ponto de vista, que os casos apresentados justificariam a restituição do enriquecimento, uma vez que, independente do lucro do “empobrecido”, apresentaram sim ao “enriquecido” uma vantagem às custas de outrem.

Alguns autores falam ainda da necessidade de um nexo de causalidade entre o “empobrecimento” e o enriquecimento.<sup>58</sup> Contudo, como explica Agostinho Alvim<sup>59</sup>, não há uma relação de causa e efeito entre enriquecimento e empobrecimento; o que deve haver é uma interdependência em virtude de um fato originário em comum, que causou ambos — o que se tem chamado de *indivisibilidade de origem*.

### 5.3. Sem causa

Embora os outros elementos típicos do enriquecimento sem causa também não sejam pacíficos, certamente a maior controvérsia dogmá-

56 *Op. cit.*, p. 63.

57 *Op. cit.*, p. 69.

58 É o caso de Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 73, e Giovanni Ettore Nanni, *op. cit.*, p. 250 e ss.

59 *Op. cit.*, p. 59. No mesmo sentido Mario Júlio de Almeida Costa, *op. cit.*, p. 429; e Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 425.

de causa.

A causa já é, em si, um conceito jurídico polissêmico. No sistema francês, trata-se da causa da obrigação, ligada à contra-prestação ou ao *animus donandi*, e nesse sentido vem carregada de subjetividade, razão pela qual costuma ser aproximada do motivo determinante para a celebração do negócio.<sup>60</sup> Já no sistema italiano, a causa traz uma acepção objetiva, como causa do contrato, que significa a sua função econômico-social<sup>61</sup> ou síntese dos seus efeitos essenciais<sup>62</sup>, e tem um papel determinante na configuração do equilíbrio econômico e na qualificação do negócio.<sup>63</sup> Já no sistema alemão, em que a causa não figura como requisito de validade do negócio jurídico, encontram-se referências à causa de atribuição patrimonial, ou à causa-fato jurídico (*causa efficiens*), em que a causa se equipara ao fato jurídico que dá origem à obrigação.<sup>64</sup>

Mas boa parte da doutrina entende que a ausência de causa que justifica a *actio de in rem verso* é ainda um tipo peculiar. Tratar-se-ia de uma fórmula geral de reprovabilidade com relação aos princípios do sistema<sup>65</sup>, um conceito que traduz a contrariedade do enriquecimento perante o ordenamento como um todo<sup>66</sup>. É a posição, por exemplo, de Mario Júlio de Almeida Costa:

“Quer dizer, reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico,

60 Judith Martins-Costa. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, Porto Alegre. v. 16, n. 45, mar. 1989, p. 213-244.

61 Emilio Betti. Causa del Negozio Giuridico. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1957.

62 Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 93 e ss.

63 Maria Celina Bodin de Moraes, O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, vol. 309, jan.-mar./1990, p. 33-61.

64 Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 173.

65 Teresa Negreiros, Enriquecimento sem causa, *cit.*, p. 806-807. A autora justifica: “A explicação para esta indeterminação conceitual, senão a justificativa para tal amplitude, reside, precisamente, no sentido especial que se pretende conferir à noção de causa; um sentido de equidade e de justiça, insubordinável a fórmulas teóricas estáticas e acabadas” (*idem*, p. 810).

66 Eduardo Takemi Kataoka, *op. cit.*, p. 104.

a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar”.<sup>67</sup>

Entretanto, abrindo mão de um exame mais apurado e rigoroso do conceito jurídico de causa, pode-se aplicar, sem excessivo rigor, a idéia de um título jurídico idôneo a justificar aquele enriquecimento.<sup>68</sup> Neste sentido, Antunes Varela refere-se à ausência de causa justificativa quando inexistente a obrigação a que o pagamento visa extinguir, ou faltante o direito que se busca exercer.<sup>69</sup> Do mesmo modo, Fernando Noronha refere-se à inexistência do título justificativo, dos quais seriam principais exemplos a lei e os negócios jurídicos.<sup>70</sup>

Agostinho Alvim demonstra a amplitude do conceito de causa por meio de um exemplo curioso que traz da jurisprudência francesa:

“Certo hoteleiro costumava levar seus hóspedes turistas, mediante paga, a passear num sítio aprazível, onde penetravam por um rio particular, pertencente, portanto, aos proprietários ribeirinhos. Tempos depois movem estes ação de enriquecimento contra o hoteleiro.

O enriquecimento era evidente. Todavia, o hoteleiro foi absolvido, porque se entendeu que ele se amparava em justa causa, a qual teria consistido na *tolerância* dos proprietários ribeirinhos”.<sup>71</sup>

A manifestação tácita de vontade, em tal caso, teve o condão de justificar o enriquecimento. Pode-se também aduzir um outro exemplo, no qual a vantagem obtida a custa de outrem foi justificada. É o caso da empregada doméstica que ganhou um Mercedes Benz A160,

67 *Op. cit.*; p. 431. Prossegue o autor, afirmando que o dispositivo do Código Civil português: “enuncia um simples princípio geral que, pela amplitude e elasticidade dos seus termos, permite à jurisprudência contemplar adequadamente, sob o instituto do enriquecimento injustificado, muitos casos práticos que o legislador não poderia prever de modo expresso” (*ibid.*, p. 433-434).

68 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2000, p. 237.

69 Antunes Varela, *op. cit.*, p. 196.

70 *Op. cit.*; p. 69. Agostinho Alvim trata inicialmente de uma outra concepção que assimila a causa à contraprestação, no sentido da doutrina francesa mais clássica: “Causa, portanto, é aquilo que pode explicar o enriquecimento; é a contrapartida. Se não há causa, ou se a causa não é justa, o enriquecimento será condenado” (*op. cit.*, p. 61). Contudo, ao cogitar da injustiça da causa, acaba por remeter à concepção já exposta: “A justa causa pode ter apoio em lei que autorize o enriquecimento; ou num contrato...” (*ibid.*).

71 Agostinho Alvim, *op. cit.*, p. 55.

hipermercado em razão de cupom preenchido em virtude das compras feitas a mando de sua patroa e pagas com o cartão de crédito dela.<sup>72</sup> A juíza Maria Leonor Baptista Jourdan, da 29ª Vara Cível do Rio de Janeiro, ressaltou que consumidor é quem adquire o produto como destinatário final e que, pela definição legal, a empregada que faz as compras a mando do empregador não é o consumidor. Mas que, no caso, a sorte foi dela, pois as urnas, que reuniram mais de cem mil cupons, continham 26 preenchidos com o nome da empregada, quatro a mais do que os 22 a que lhe deram direito as compras realizadas com o cartão da patroa.

A ausência de causa capaz de justificar a restituição do enriquecimento também pode ser superveniente. São exemplos o bem desaparecido que reaparece (seguro de objeto roubado), pagamento antecipado em um contrato que se extingue antes do vencimento da prestação, o resultado futuro previsto que não ocorreu, enfim, a causa que deixou de existir, como determina o art. 885 do Código Civil.<sup>73</sup>

Entre as situações em que a lei figura como causa do enriquecimento estão a prescrição e a decadência. O enfraquecimento da pretensão em virtude do fim do prazo prescricional com a invocação da exceção e a extinção do direito potestativo pelo decurso do prazo decadencial têm o condão de justificar o enriquecimento do beneficiado, em detrimento daquele que se quedou inerte durante o prazo que a lei lhe conferia para exercer o seu direito.

#### 5.4. A controversa subsidiariedade do instituto

A subsidiariedade da utilização do enriquecimento sem causa veio prevista no art. 886 do Código Civil, a exemplo de outros sistemas, como o português.

“Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.<sup>74</sup>

72 Revista Consultor Jurídico, <http://conjur.uol.com.br>, acesso em 27 abr. 2000.

73 “Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.

74 Luiz Roldão de Freitas Gomes destaca a infelicidade da redação do artigo, que utiliza os termos *lesado* e *prejuízo*, característicos da responsabilidade civil mas inadequados ao enriquecimento sem causa, pelos motivos já expostos: a desnecessidade de



O requisito, contudo, é objeto de controversia doutrinária, e também pouco resta pacífico no direito comparado, pois sistemas como o alemão e o grego não a consagram.

A idéia de uma subsidiariedade do instituto tem origem no sistema francês que, como foi visto, já conta com a ausência de causa como fundamento para a nulidade do negócio.<sup>75</sup> Em virtude disso, temia-se que a *actio de in rem verso*, sugerida somente em doutrina, viesse a suplantiar a aplicação das outras ações.<sup>76</sup>

Junte-se a isso, também, a possibilidade de que a ação pudesse viabilizar o afastamento e a fraude de dispositivos imperativos ou beneficiar aquele que perde uma ação por erro ou negligência. Neste sentido, Giovanni Ettore Nanni busca restringir o alcance desta subsidiariedade, destacando que esta deve ser entendida não abstrata ou formalmente, mas tendo em vista o caso concreto.<sup>77</sup>

De fato, a suposta subsidiariedade da aplicação do instituto está diretamente ligada à dificuldade de precisar o que se deva compreender por ausência de causa. Uma vez caracterizada a causa como título justificativo do enriquecimento, a afirmação da subsidiariedade torna-se menos relevante, pois a existência de outra ação possível, no mais das vezes, caracterizará título jurídico capaz de afastar a aplicação do enriquecimento sem causa. Contudo, em nossa doutrina sempre tendeu a prevalecer a subsidiariedade, agora corroborada pela letra do Código.<sup>78</sup> Neste sentido, afirma Marcelo Trindade:

---

um dano patrimonial (Observações sobre o livro 1 (Do Direito das Obrigações) da Parte Especial do Projeto do Código Civil. *Revista Forense*, v. 94, n. 344, out./dez. 1998, p. 195).

75 Antunes Varela, *op. cit.*, p. 202.

76 *Op. cit.*, pp. 70 e ss.

77 *Op. cit.*, p. 274. Mais adiante o autor destaca: “Por isso, a subsidiariedade não deve ser entendida como um pressuposto processual da ação de enriquecimento, mas um elemento de direito material a ser apreciado em conjunto com o mérito da discussão, impedindo-se que por meio dessa pretensão viole-se ou fraude-se a lei” (*ibid.*, p. 276).

78 Em nosso direito anterior, Serpa Lopes afirmava: “a ação de enriquecimento não pode, de um modo geral, ser franqueada a todos os casos concomitantemente com as ações próprias ao direito disputado. Deve-se evitar que um tão alto remédio se converta em panacéia. Mas o seu caráter subsidiário, longe de lhe diminuir o valor, ao contrário, aumenta-o” (*op. cit.*, p. 78). Theodósio Pires Pereira da Silva (Ação de *in rem verso*, *Revista Forense*, n. 289, jan./mar. 1985, p. 437), por sua vez, encontrava justificativa para a subsidiariedade no fato de se tratar de um princípio geral de direito nos moldes do art. 4º da LICC, posição que hoje já se encontra afastada. Atualmente, Marcelo Trindade afirma que “a regra da subsidiariedade é absolutamente fundamental” (Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código

na específica de um grande número de situações para as quais a lei adotará soluções múltiplas, estabelecendo requisitos para o cabimento da ação, exceções a seu cabimento ou limitações quantitativas da restituição, com isto impedindo ou limitando a reversão do enriquecimento”.<sup>79</sup>

Questiona-se, a exemplo da ação de enriquecimento sem causa subsidiária da ação cambiária (Decreto nº 2.044/1908, art. 48, e Lei nº 7.357/88, art. 61), se seria possível mover a *actio de in rem verso* quando já prescrita outra pretensão<sup>80</sup>. Seria o caso do segurado que deixa prescrever a sua pretensão contra o segurador, que contava com o prazo de um ano (CC, art. 206, § 1º, II), mas deseja acioná-lo em virtude de enriquecimento sem causa. Há que se entender que não: durante o prazo de um ano, a possibilidade de acionar o segurador com base no contrato de seguro afastava a utilização da *actio de in rem verso*; decorrido este prazo, a prescrição invocada atua como título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento.

## 6. Outros institutos que consagram o princípio

Como sugeria Georges Ripert ao tratar do sistema francês, onde não há uma previsão geral do princípio, a condenação do enriquecimento funciona como um fio subterrâneo, que ninguém vê, e cuja função é alimentar aqueles casos de enriquecimento, previstos pelo legislador.<sup>81</sup> De fato, já sob nosso regime anterior diversos dispositivos vinham inspirados pelo princípio do enriquecimento sem causa, muitos dos quais permanecem no Código vigente. Vale mencioná-los rapidamente com o intuito de destacar suas distinções e peculiaridades com relação ao sistema geral.

---

Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, abr./jun. 2004, p. 242). Já na doutrina espanhola, Luis Díez-Picazo afirma: “En términos generales, debemos sostener que no existe en nuestro Derecho ninguna razón de fondo que determine la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento y que ésta sea compatible con otras acciones que puedan coincidir en los resultados que con ella se pretende obtener” (*op. cit.*, p. 105).

79 *Op. cit.*, p. 260.

80 É o que sustenta Mario Júlio de Almeida Costa, *op. cit.*, p. 447.

81 *Apud* Agostinho Alvim, *op. cit.*, p. 53.

incapaz, no qual só se pode reclamar o valor mediante a prova de que este de fato reverteu em proveito dele (CC, art. 181). Outro exemplo, já bastante mencionado, é o do possuidor que realiza benfeitorias no bem do proprietário ao qual se aplica um sistema diferenciado conforme seu estado: se de boa-fé, recebe indenização das benfeitorias necessárias e úteis, mas, se estiver de má-fé, só lhe são indenizadas as necessárias e o proprietário pode optar pelo seu valor atual ou o seu custo (CC, arts. 1.219, 1.220 e 1.222). A mesma distinção aplica-se no que toca aos frutos: se de boa-fé, o possuidor restituirá só os frutos pendentes e os colhidos por antecipação, se de má-fé, indenizará todos, inclusive os que por culpa sua deixou de colher (CC, arts. 1.214 e 1.216).

Outro exemplo a ser trazido, mas que não merece ser detalhado, é o regime da avulsão como modo de aquisição da propriedade imóvel. Ela exemplifica claramente um modo de enriquecimento sem causa em virtude de fato natural: ocorre quando uma porção de terra se destaca de um prédio e se junta a outro (CC, art. 1.251). Mecanismo semelhante encontra-se na aquisição de propriedade móvel por especificação (CC, art. 1.271), assim como na confusão, comissão e adjunção (CC, arts. 1.272 a 1.274).

O art. 932, V, do Código Civil, embora situado entre as regras da responsabilidade civil, traz um exemplo de enriquecimento sem causa indireto, uma vez que há interposta pessoa entre o enriquecido e o empobrecido. É o caso daquele que participou gratuitamente de produto de crime. Enquanto o criminoso responde pelo ilícito, o ordenamento abre uma exceção e permite ao prejudicado interpelar diretamente o terceiro enriquecido, tendo em vista a gratuidade da vantagem que ele auferiu.

Enfim, a gestão de negócios (CC, arts. 861 e ss.) configura propriamente espécie do gênero enriquecimento sem causa. O gestor que, de boa fé, proceda a uma administração útil, que redunde em proveito para o dono do negócio, ou se proponha a acudir prejuízos iminentes deverá ser ressarcido pelo proprietário (CC, arts. 869 e 870).

Um último exemplo, que merece destaque especial, é o pagamento indevido.

## 7. Pagamento Indevido

Na falta de uma previsão específica para o enriquecimento sem causa, muitos autores faziam o esforço interpretativo de aplicá-lo por

institutos. -- No entanto, o pagamento indevido consistia em um caso específico de aplicação do princípio geral do enriquecimento sem causa. Ele configura a obrigação de restituir aquilo que se recebeu a título de pagamento de uma dívida que não existia ou deixou de existir (indébito objetivo) ou que cabia a outro credor (indébito subjetivo).

Embora o artigo 876 do CC determine a obrigação de restituir o que foi indevidamente recebido como regra geral, os pressupostos para a sua configuração podem ser ligeiramente distintos. No caso de um pagamento que seja voluntário, além da inexistência de dívida, demanda-se, de acordo com o art. 877, a prova do erro.

A justificativa de uma tal exigência estaria no fato de que, sem ela, tratar-se-ia de uma liberalidade.<sup>83</sup> Entretanto, a necessidade de prova do erro, vem sendo mitigada jurisprudencialmente, podendo mesmo ser abarcada pelo requisito de que o pagamento seja voluntário.

“REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Prova do erro. Contrato bancário. É dispensável a prova do erro no pagamento de contrato bancário para autorizar a repetição do indébito, pois há de se presumir que o pagamento decorreu de exigência do credor. Não é razoável considerar que tal pagamento a mais tenha sido feito conscientemente pelo devedor, a título de liberalidade concedida ao banco. Recurso conhecido e provido para julgar procedente a ação de repetição” (STJ, 4ª T., REsp 468.268, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 22.04.2003, publ. DJ 30.06.2003).

Como destaca Teresa Negreiros, o ônus da prova do erro, que recairia sobre o *solvens* para que não se presumisse uma liberalidade, é muitas vezes invertido, de maneira que, diante de certas circunstâncias, é o erro que é presumido, presunção a ser ilidida pelo *accipiens*.<sup>84</sup> A cobrança, por exemplo, tem o condão de desfigurar a voluntariedade

82 Era o caso de Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1960, pp. 293 e ss.

83 Antunes Varela, *op. cit.*, p. 182.

84 “Enriquecimento sem causa”, *cit.*, p. 817. Sílvio de Salvo Venosa também destaca que “a noção de erro sob enfoque, portanto, afasta-se do conteúdo desse vício de vontade na teoria geral dos negócios jurídicos. [...] No pagamento indevido, o erro situa-se no plano da execução de uma prestação, em que, ao lado do erro do *solvens*, deve ser examinada a posição do *accipiens*, que, beneficiado pelo erro do primeiro, torna-se responsável por uma repetição com perdas e danos, conforme o caso” (*op. cit.*, p. 227).

ue, dispensando a prova do erro. No caso de relação de consumo, se o engano cometido pela cobradora não for justificável, o consumidor tem direito à repetição em dobro (CDC, art. 42, parágrafo único). Tratando-se de tributo, a simples ameaça da sanção já quebra a voluntariedade. A jurisprudência vem admitindo até que a dúvida acerca da existência da dívida — que deveria justificar tão-somente a consignação do valor — equivale ao erro em certas situações.<sup>85</sup>

Também será indevido o pagamento quando não cumprida a condição a que a eficácia da obrigação se encontrava subordinada. A omissão de uma referência ao termo no dispositivo, embora objeto de discussão, é intencional: o legislador o excluiu da disciplina do pagamento indevido porque o termo suspende o exercício, mas não a aquisição do direito (CC, art. 131). Desse modo, o pagamento antes do vencimento não gera obrigação de restituir, pois presume tratar-se de uma renúncia ao benefício do prazo.<sup>86</sup>

O Código regula ainda as hipóteses específicas em que o pagamento indevido for a transferência de um imóvel e quando se tratar de uma obrigação de fazer. Neste último caso, o art. 881 tornou expressa a regra de que a prestação de fazer, insuscetível de ser restituída, impõe a obrigação de indenizar na medida do lucro obtido.

Já no primeiro caso, tratado no art. 879, quando o *accipiens* alienar o imóvel a terceiro, a extensão da obrigação de restituir dependerá da boa ou má-fé do alienante e do adquirente, e se a alienação ocorreu a título gratuito ou oneroso. Na alienação de boa-fé e a título oneroso, o alienante responderá pela quantia recebida pelo imóvel; mas, se

houve má-fé de sua parte — se ele sabia ou deveria saber que o pagamento fora indevido —, a obrigação de restituir transforma-se em verdadeira obrigação de indenizar, e ele deverá responder por perdas e danos também. Se, contudo, a alienação ocorreu a título gratuito ou houve má fé do adquirente, o *solvens* prejudicado não estará limitado ao ressarcimento: prevalece o direito de seqüela e ele poderá interpellar o terceiro adquirente para obter o próprio imóvel, mediante reivindicação, configurando caso específico da já examinada hipótese de enriquecimento indireto.

Por vezes, mesmo aparentemente presentes os requisitos do pagamento indevido, não se configura a obrigação de restituir o indébito. São casos, expressamente previstos, em que se pode vislumbrar uma outra causa que justifica o aparente enriquecimento do *accipiens*. O primeiro seria daquele que, recebendo o pagamento por dívida verdadeira, abre mão dos mecanismos para exigí-la judicialmente, seja inutilizando o título, deixando ocorrer a prescrição, seja abrindo mão das garantias. Como afirma Caio Mário da Silva Pereira:

“Em tal hipótese a restituição do indébito teria por efeito tirar de um para dar a outro: ao que paga, a repetição serviria como técnica de impedir o enriquecimento indevido, mas em sentido oposto a *restitutio* importa para o acipiente na perda de uma situação jurídica existente, já que, em conseqüência do recebimento, a inutilização do título ou a prescrição do direito ou a renúncia às garantias criará um empobrecimento, de que o devedor lucraria indevidamente, enriquecendo-se”.<sup>87</sup>

Por conta disso, o legislador optou, no art. 880, por eximir o *accipiens* de restituir o que foi pago, mas franqueou ao *solvens* a possibilidade de acionar, então, o devedor que encontrava-se efetivamente obrigado pela dívida indevidamente quitada.<sup>88</sup>

Outro caso em que não se configura a obrigação de restituir é o das obrigações judicialmente inexigíveis, tradicionalmente classificadas por obrigações naturais. Nestes casos, embora o ordenamento não autorize a cobrança da prestação, também não se compraz com, sendo ela paga, seja exigida de volta (CC, art. 882).

85 “PROMESSA DE VENDA E COMPRA. UNIDADES RESIDENCIAIS EM EDIFÍCIOS DE APARTAMENTO TERMINADAS E ENTREGUES AOS RESPECTIVOS ADQUIRENTES. REAJUSTAMENTO DAS PRESTAÇÕES APÓS JUNHO/89. PRETENSÃO DE APLICAR-SE O ÍNDICE DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ART. 1º DA LEI Nº 7.774, DE 8.6.89. PAGAMENTO INDEVIDO. PROVA DO ERRO. DÚVIDA OU INCERTEZA À ÉPOCA SOBRE O EMPREGO DO INDEXADOR PERTINENTE. ART. 965 DO CÓDIGO CIVIL. — Estando a obra finda, entregues os apartamentos aos respectivos adquirentes, inadmissível o reajuste das prestações mediante a adoção do índice setorial da construção civil, por inaplicável à espécie o art. 1º da Lei nº 7.774, de 8.6.89. Precedentes do STJ. — Repetição de indébito acolhida, não só em face do enriquecimento sem causa do credor, mas também diante da incerteza ocorrente à época acerca do fator de atualização efetivamente aplicável ao caso. *Dúvida que se equipara ao erro*. Recurso especial não conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 59.292, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 10.08.1999, publ. DJ 25.10.1999, RSTJ 128).

86 Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 298.

87 Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 300.

88 Já no sistema anterior, destacava Carlos Alberto Dabus Maluf: “Esta ação é de *in rem verso*, pois independe de qualquer relação entre as partes e se estriba no enriquecimento indevido do réu” (Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, n. 93, jan./dez. 1998, p. 125-126).

Enfim, também não terá direito à restituição aquele que paga com finalidade ilícita ou imoral. Neste caso, a novidade trazida pelo art. 883, em seu parágrafo, foi a reversão do valor pago em favor de estabelecimento de beneficência, a critério do juiz.<sup>89</sup>

---

89 A novidade, contudo, foi objeto de críticas. Caio Mário da Silva Pereira afirma: “Ao aditar ao preceito do artigo 882 o que consta do parágrafo único, o Código incide numa falha injustificável. Movimentada a justiça, para a restituição que alguém entregou para obter fim ilícito, imoral ou proibido em lei, o certo é que o juiz encerre de plano a ação, recusando-se a discutir a pretensão *ob turpem causam*. E é jurídico que se recuse, como que dizendo: *não entro no campo da ilicitude*. Com o parágrafo,