

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

MARIO THIAGO MOREIRA

**A NOÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E SUA
APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
ORIENTADOR: PROF. ASSOCIADO ALESSANDRO HIRATA

RIBEIRÃO PRETO

2012

Universidade de São Paulo

Ribeirão Preto

**A NOÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E SUA
APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Associado Alessandro Hirata.

Ribeirão Preto

2012

Banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Associado Alessandro Hirata

RESUMO

MOREIRA, Mario T. *A noção de enriquecimento sem causa e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2012.

A presente monografia tem como objetivo a análise da figura jurídica do enriquecimento sem causa sob um viés crítico, perpassando por algumas etapas, quais sejam, a análise histórica do enriquecimento sem causa e das *condictiones*, as teorias que fundamentam o enriquecimento sem causa, a sua nomenclatura, enquadramento e natureza jurídica no ordenamento brasileiro e as características e requisitos do mesmo. Uma vez realizada tal etapa, tem-se uma noção do enriquecimento sem causa enquanto princípio e norma, para que seja realizada, derradeiramente, a crítica que se propõe o trabalho no tocante à aplicabilidade da figura jurídica no ordenamento brasileiro. Tal crítica demonstra, em linhas gerais, a possibilidade de falha na aplicação do enriquecimento sem causa como norma jurídica e como princípio informador do sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Enriquecimento sem causa, *condictiones*, direito das obrigações, subsidiariedade, teoria patrimonial.

ABSTRACT

MOREIRA, Mario T. *The notion of unjust enrichment and its applicability in the Brazilian legal system.* Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2012.

Analyzing the legal concept of unjust enrichment under a critical bias is the main aim of the present paper. For this its necessary passes through some steps, namely, the historical analysis of unjust enrichment and *condictiones*, the theories about unjust enrichment, its nomenclature, legal framework and the characteristics and requirements of this legal instrument in Brazilian system. Once this step done, we have a notion of unjust enrichment as a principle and as a rule. Henceforth, begins the criticism that about the applicability of the unjust enrichment in Brazil. This criticism demonstrates, in general, the possibility of failure in the application of unjust enrichment as a legal norm and as a principle in the Brazilian legal system.

Keywords: Unjust enrichment, *condictiones*, law of obligations, subsidiarity, equity theory.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	13
2.	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	15
3.	ESCORÇO HISTÓRICO	24
3.1	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA ANTIGUIDADE	24
3.2	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO ROMANO	24
3.2.1	AS CONDICTIONES	27
3.2.2	A ACTIO DE IN REM VERSO	30
3.2.3	OUTRAS FORMAS JURÍDICAS	31
3.2.4	PERÍODO BIZANTINO	31
3.3	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO MEDIEVO E IDADE MODERNA	33
3.4	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO COMMON LAW	36
3.5	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NUMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO	38
3.6	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO BRASIL ATÉ O CÓDIGO CIVIL DE 200240	
3.6.1	O CÓDIGO CIVIL DE 1916	40
3.6.2	PROJETOS DE CÓDIGO	43
3.6.3	CÓDIGO CIVIL DE 2002	44
4	TEORIAS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	45
4.1	ASPECTOS GERAIS	45
4.2	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO PRECEITO DE EQUIDADE	48
4.3	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO REGRA MORAL E ÉTICA	50
4.4	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO PRINCÍPIO	52
4.5	TEORIA PATRIMONIAL	55
4.6	TEORIA DA GESTÃO DE NEGÓCIOS	56
4.7	TEORIA DO QUASE CONTRATO	57
4.8	TEORIA DO FATO ILÍCITO	58
4.9	TEORIA DO LUCRO CRIADO	59
4.10	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO NORMA AUTÔNOMA	60
4.10.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	60
4.10.2	TEORIA ALEMÃ	60
4.11	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO EQUILÍBRIO PATRIMONIAL	62
4.12	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO NORMA SUBSIDIÁRIA	64
4.13	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA TEORIA DE GIOVANNI ETTORE NANNI	

5	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	70
5.1	NOMENCLATURA.....	70
5.2	NATUREZA JURÍDICA.....	73
5.2.1	NECESSIDADE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	73
5.2.2	CLASSIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	75
5.3	ACTIO DE IN REM VERSO.....	81
5.4	REQUISITOS TRADICIONAIS.....	83
5.4.1	ASPECTOS INICIAIS.....	83
5.4.2	ENRIQUECIMENTO.....	84
5.4.3	EMPOBRECIMENTO.....	91
5.4.4	NEXO DE CAUSALIDADE.....	94
5.4.5	AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.....	96
5.5	SUBSIDIARIEDADE.....	99
5.6	VALORAÇÃO DO QUANTUM DE ENRIQUECIMENTO.....	110
6.	CRÍTICA AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	113
6.1	ASPECTOS GERAIS.....	113
6.2	CASO DA INCONSISTÊNCIA DO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	114
6.3	CASO DA APLICAÇÃO DETURPADA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	119
7.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
8.	BIBLIOGRAFIA	127

1. INTRODUÇÃO

O enriquecimento sem causa vem sendo um dos pilares dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Todavia, no mais das vezes, o assunto é renegado de maiores aprofundamentos doutrinários, o que impede melhores análises acerca do tema. Daí a formação de um ciclo vicioso no qual o fator determinante é a inércia da não produção científica.

Na contramão de tal inércia, este trabalho assume, por óbvio e em linhas gerais, a função de elucidar o que propõe o seu próprio título. Para tanto, primordial ultrapassar algumas etapas, quais sejam, (i) a análise histórica, (ii) as teorias que fundamentam o enriquecimento sem causa, (iii) a nomenclatura, enquadramento e natureza jurídica no ordenamento brasileiro, (iv) as características e requisitos do mesmo e, por fim, (v) a sua aplicabilidade em casos específicos no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise histórica permite que se defina um marco inicial dos atos que levaram à compilação de uma norma de vedação ao enriquecimento sem causa. Permite, deste modo, o entendimento das razões que levaram ao seu aparecimento e, mais importante, a forma como se desenvolveu. Adianta-se o papel central do Direito Romano nesta primeira etapa, sem desmerecer a contribuição das correntes alemã e francesa mais adiante.

Compreendido o fenômeno historicamente, é possível vislumbrar uma das facetas de seu conceito, mas não o conceito como um todo. Assim, cabe discorrer sobre as teorias que justificam o enriquecimento sem causa. São uma série de teorias que comportam desde justificativas permeadas pela Moral e pelo conceito de justiça até justificativas técnicas como a do lucro criado e do equilíbrio patrimonial, sendo que não há unanimidade acerca da prevalência de uma delas.

Imbuído de fundamento, é possível conceituar o fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro, através da definição da nomenclatura apropriada e de sua natureza jurídica. Exsurge o enriquecimento sem causa, portanto, como norma e como princípio de direito, o que modifica sobremaneira sua aplicação.

Adiante, cabe elucidar os elementos que compõe o enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro, considerando uma dicotomia representada por um corrente

estática de elementos do enriquecimento sem causa e uma corrente dinâmica de elementos do enriquecimento sem causa. No tocante à corrente estática, esta permanece aplicando os elementos historicamente utilizados, enquanto que a corrente dinâmica amplia o significado dos elementos, além de eliminar aqueles por demais restritivos.

Finda a primeira etapa, é possível visualizar um conceito de enriquecimento em causa, sem a preocupação de criar uma conceituação perfeita e imutável. Conceito este formado pela análise histórica, a fundamentação, a natureza jurídica e elementos no ordenamento brasileiro. Sob tal perspectiva é possível lançar olhares quanto à aplicabilidade do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro.

É exatamente este núcleo que permitirá discorrer sobre a aplicação da vedação ao enriquecimento sem causa enquanto princípio e enquanto norma no direito brasileiro e seus possíveis equívocos, a fim de demonstrar que o ciclo vicioso de não entendimento da matéria só será revertido pela construção de uma teoria de longo alcance do tema.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se fosse possível aglutinar toda a teoria do direito, numa situação hipotética ideal de um ordenamento que pudesse receber apenas uma norma, esta norma versaria, provavelmente, sobre o enriquecimento sem causa, tendo em vista sua amplitude conceitual. Assim, ter-se-ia o binômio norma-sanção capaz de ser executado quando de qualquer conduta que não se prestasse ao justo enquanto conceito objetivo, verdadeira linha mestre da ciência jurídica.

Daí a importância do tema e do instituto jurídico do enriquecimento sem causa, por não se tratar de simples ação posterior do ordenamento, mas sim de verdadeiro pressuposto do direito, posto a íntima relação entre o ato jurídico e o nexo de causalidade para com o mundo real, o mundo dos fatos. O Direito, enquanto ciência social aplicada, não contempla sua existência plena se não houver ligação com o plano factual.

Resta à causa, portanto, a ligação entre a tutela jurídica e o fato social¹, podendo ocorrer de duas maneiras distintas. Numa hipótese, pode a causa ser conforme os atos jurídicos, e, desta forma, ser justa, recebendo uma tutela positiva, ou seja, uma validação do ordenamento jurídico. Entretanto, noutra hipótese, pode a causa ser não-conforme, e assim sendo, não existir aos olhos do Direito.

Esta não existência leva ao fenômeno do enriquecimento sem causa, ou seja, perfazer um ato que não recebe guarida jurídica, por uma sem número de razões, desde a falta de requisitos, até a utilização de meios ilícitos e coercitivos para a realização da conduta. Desta forma, todo o ordenamento jurídico sanciona o ato que não apresenta tal conformidade, em que pese sua plenitude no campo dos fatos.

Assim, parece claro, um único comando legal de dever-ser que retirasse a hipótese do enriquecimento sem causa, poderia gerar um ordenamento jurídico eficaz, pois sua abrangência encontra limites somente na própria criatividade do homem em criar novas condutas sociais.

Todavia, a fim de se conceber um ordenamento jurídico maleável, disposto à resoluções que indiquem mais do a solução do conflito, ou seja, que diga também da preservação, prevenção e educação de toda uma sociedade, a tendência do ordenamento jurídico é apresentar uma vasta gama de normas e condutas tipificadas.

¹MICHELON JR, Claudio, O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro, *in.*: *Obrigações*, LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (org), São Paulo, Atlas, 2011. p. 886/888

Tem-se, então, que a regra dentro do ordenamento é a tipificação da conduta de maneira específica, cabendo ao enriquecimento sem causa o caráter subsidiário, excepcional, apresentando uma aplicação casuística aos casos não previstos pela mente do legislador. Assim, toda a relação bilateral que não traga em seu bojo conceitual uma forma de repúdio à sua burla pode se utilizar do conceito de enriquecimento sem causa para trazer a justiça ao caso concreto.

Afirma CARAMURU² que o enriquecimento sem causa insere-se num contexto social, preconizado pela Constituição Federal, no qual se contrapõe o Estado Liberal, atinente à deixar o comportamento das partes regular o que deve e o que não deve ser feito, e o Estado Intervencionista, que desenvolve-se a partir da ideia de tutela geral não só dos direitos do cidadão, mas também da gerência de normas nos campos de liberdade civil e econômica. Seria uma forma de adequar o modelo brasileiro, que orbita entre os dois modelos clássicos, garantindo que aos atos do particular não fosse criada uma restrição geral nem fosse aberto um precedente capaz de resultar em ineficácia do direito como solução dos conflitos, tornando descrente o cidadão.

PEDRO PAES³ define o enriquecimento sem causa como a própria evolução da tutela dos interesses do homem na vida em sociedade, uma vez que, desde os tempos romanos, o respeito à égide do *honeste vivere e alterum non laedere* não é suficiente para fortalecer e proteger a sociedade.

Percebe-se que, ao considerar o enriquecimento sem causa como pressuposto negativo do ordenamento jurídico, seu caráter de subsidiariedade torna-se ainda mais importante, uma vez que garante o próprio sentido do ordenamento. Por isso, a necessidade de se bem compreender sua forma, limites e conceituação no panorama atual.

Contudo, a forma subsidiária não é a única de se considerar o enriquecimento sem causa, em que pese seja esse o tratamento dispendido pelo legislador pátrio quando do Código Civil de 2002. Poderia o instituto ser baseado na concepção alemã e, *mutatis mutantis*, apresentar aplicação concorrente com outros institutos.

²FRANCISCO, Caramuru Afonso, O enriquecimento sem causa nos contratos, in: *Contornos atuais da teoria dos contratos*. BITTAR, Carlos Alberto (org), São Paulo, RT, 1993. p. 91/94.

³PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 24.

Segundo FABREGA PONCE,⁴ o enriquecimento sem causa é produto de uma larga evolução histórica, sedimentado pelas decisões judiciais, as elaborações doutrinárias e as alegações forenses.

Historicamente, a ideia da figura do enriquecimento sem causa enquanto fonte de obrigações entre as partes remonta ao Direito Romano, ainda que naquela época não se preocuparam os jurisconsultos em formatar uma teoria geral do que seria tal figura jurídica⁵, posto que sua aplicação não evidenciava uma regra geral, mas sim uma série de situações diversas e estas seriam melhor tuteladas através da casuística.

Dessa maneira, os juristas romanos desenvolveram o que veio a ser chamado de *condictiones*⁶, regras específicas, cada qual versando sobre modalidades de descumprimento de obrigações que levavam surgimento de direitos sem a devida cobertura legal, ou seja, sem uma razão, uma causa.

Para além destas *condictiones* havia uma espécie de *condictio* geral, qual seja, a *condictio sine causa*, esta mais próxima ainda do instituto do enriquecimento ilícito.

Importa salientar que, no Direito Romano, as *condictiones* se apresentavam como uma solução coercitiva eficiente para a forma como o ordenamento jurídico era estruturado. Era através destas que se fazia possível evitar que outrem se apropriasse daquilo que não lhe cabia de direito, por conta de não cumprimento de alguma formalidade advinda das obrigações em geral. Explica-se:

Dentro da estrutura do Direito Romano, as regras não apresentavam cogência em si mesmas, por conta do caráter *abstrato* da norma jurídica à época. Isto significa que, após celebrar uma compra e venda, por exemplo, não havia vinculação do cumprimento da mesma pela norma. Daí a importância que a *traditio* e a *mancipatio* apresentavam no ordenamento. Nesse contexto, evidente serem necessárias regras como as *condictiones*, que impediam tal apropriação.

Acontece que, devido às peculiaridades e idiossincrasias que levam a cada sociedade optar por formas diferentes de regular ideias próximas, as *condictiones* não prosperaram *ad eternum*

⁴FABREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, 1. t., Colombia, Plaza & Janes, 1996. p. 23.

⁵Em que pese que “*sob a influência grega, os romanos consagraram o princípio que vedava o enriquecimento sem causa, na antiguidade, à época de Quintus Mucius Scaevola. O principal registro consta em Lectionibus, do jursconsulto Pomponius. [contudo] Os jursconsultos apenas teriam pressentido a base fundamental da proibição de todo enriquecimento sem causa. A teorização deste instituto teria se iniciado apenas no séc. XIX e pelos estudos de Aubry e Rau.*” (NADER, Paulo, *Curso de direito civil: contratos*, v. 3., 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 510).

⁶GOMES, Orlando, *Obrigações*, 17. ed., rev., atual., Forense, Rio de Janeiro, 2008. p. 297/300

e, por conseguinte, o instituto do enriquecimento sem causa veio a ser definido de maneiras opostas por duas correntes diversas, quais sejam, a corrente alemã e a corrente francesa.⁷

A *corrente alemã*⁸ passou a utilizar a forma de obrigação do enriquecimento sem causa como regra geral, posto ter se mantida fiel à abstratividade da norma proposta no Direito Romano. Desse modo, as regras relativas ao impedimento do enriquecimento sem causa seriam a única forma de se estabelecer o *status quo ante* e garantir a justiça no caso concreto.

Contudo, a *corrente francesa*, por partir de premissas contrárias, desenvolveu ideia oposta⁹. Segundo esta corrente, a norma acerca dos impedimentos do enriquecimento sem causa só existe sob o critério de subsidiariedade, prevalecendo as normas específicas, quando houverem. Isto porque a norma não é meramente abstrata, sendo ao mesmo tempo criadora do vínculo jurídico e garantidora do cumprimento do mesmo, tendo em vista que a causa havia sido incorporada como requisito essencial do negócio jurídico.

No Brasil, pela influência da doutrina francesa nos séculos XVII e XVIII, a opção, quando do Código Civil de 1916 redigido sob a supervisão de Clovis Beviláqua, foi pela corrente francesa, não havendo menção em seus artigos de qualquer norma acerca de impedimentos gerais ao enriquecimento sem causa. Havia, entretanto, normas relativas ao pagamento indevido¹⁰ que nada mais é do que espécie que gera o enriquecimento sem causa¹¹.

Porém, ocorreu uma mudança com o advento do Código Civil de 2002, que teve como mentor Miguel Reale¹². Com o novo código, foi mantida a estrutura anterior, inclusive com os artigos relativos ao pagamento indevido, mas, a norma geral acerca da impossibilidade do

⁷VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8. ed. , São Paulo, Atlas, 2008. p. 198.

⁸*Idem.* p. 199.

⁹*Idem.* p. 200/201.

¹⁰[Código Civil 1916] Título II – Dos Efeitos das Obrigações - Capítulo II – Do Pagamento - Seção VII – **Do Pagamento Indevido** Art. 964. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir. A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição. Art. 965. Ao que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro. Art. 966. Aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto nos artigos 510 a 519.

¹¹A despeito dessa omissão, o legislador brasileiro, na solução legal de numerosas situações, inspirava-se no princípio que veda o enriquecimento sem causa. (...) Assim, vedava ao credor incapaz de quitar reclamar um segundo pagamento, quando já se havia beneficiado do primeiro (art. 936, *in fine*). (RODRIGUES, Silvio, *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3., 30. ed., São Paulo, Saraiva, 2004. p. 421.)

¹²VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8. ed. , São Paulo, Atlas, 2008. p. 202.

enriquecimento sem causa foi abarcada no Título VII “dos atos unilaterais” relativo às obrigações originárias da declaração unilateral da vontade.¹³

Assim, surgiu no Brasil a previsão expressa da vedação ao enriquecimento sem causa, como solução subsidiária para os casos omissos da lei. Esta é a regra no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Poderia, no entanto, a norma de caráter subsidiário atingir status autônomo? Trata-se de pergunta retórica, uma vez que a resposta é evidentemente confirmativa, posto a simples existência de lacunas nas normas específicas para que a norma acerca do enriquecimento sem causa torne-se autônoma no caso concreto.

O exemplo mais comum nos tribunais brasileiros relaciona-se com os títulos de créditos¹⁴. Tais cártulas apresentam a forma abstrata preconizada pelo Direito Romano e endossada pelo Direito Alemão e, por isso, necessitam da norma concreta de impedimento do enriquecimento sem causa para que sua pactuação não seja meramente virtual.

Tradicionalmente, o enriquecimento sem causa deve ter os seguintes elementos para que seja considerado como tal: (I) enriquecimento de alguém, (II) empobrecimento de outrem (III) nexos de causalidade entre enriquecimento e empobrecimento e (IV) falta de causa ou causa injusta¹⁵.

Quanto ao enriquecimento tem-se que pode ocorrer de duas maneiras, a saber: por um lado este pode ser justificado¹⁶, ou seja, apresentar causa jurídica determinada, devendo assim estar baseado em lei ou contrato¹⁷. Por outro lado, o enriquecimento pode ocorrer sem qualquer causa jurídica que o valide e, assim, tornar-se-á sem causa, posto lhe faltar o

¹³ Assim discorre o Código Civil: *CAPÍTULO IV - DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA* 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. 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.* Art. 885. *A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.* Art. 886. *Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.*

¹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8. ed., São Paulo, Atlas, 2008. p. 204/205.

¹⁵ GOMES, Orlando, *Obrigações*, 17. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 301.

¹⁶ Neste sentido: *O enriquecimento, em si, não é fato socialmente nocivo ou censurável na esfera da moral. Condenável nos dois segmentos da Ética é o que se forma irregularmente, sem uma causa lícita. Os objetivos de lucro e ganho são essenciais à dinâmica social, pois impulsionam os indivíduos, vitalizam os mercados, permitem a formação dos objetos culturais, sem os quais a vida humana não desenvolve a sua potencialidade. Mas os recursos materiais, que formam o patrimônio, devem originar-se do trabalho ou de outras fontes lícitas, como as doações, os legados ou heranças, os jogos oficializados.* (NADER, Paulo, *Curso de direito civil: contratos*, v. 3., 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 510)

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 2ª parte, 35. ed., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2007. p. 495.

fundamento jurídico que garanta presunção fática de se tratar de negócio concernente aos pressupostos jurídicos.

Ademais, como requisito subjetivo, necessário que as partes estejam envolvidas diretamente dentro do negócio jurídico, devendo haver contato entre as mesmas, sem que o patrimônio tenha sido proveniente de terceiro para que se possam considerar os elementos acima elencados, ou seja, mesmo que existam os elementos, se não houver o contato direto entre as partes, não que se falar em enriquecimento sem causa. Define PONTES DE MIRANDA¹⁸, se tratar do *princípio das pessoas em contato*, assim, se alguém se enriquece injustificadamente perante outrem e um terceiro se enriquece justificadamente perante esse alguém, à outrem não cabe ir contra o terceiro.

Num viés contemporâneo, os autores afirmam, como será visto adiante, ser possível o enriquecimento indireto, ou seja, decorrente de ato de terceiro.

Sob outro aspecto, relativo aos efeitos de uma possível ação que verse sobre o enriquecimento sem causa, tem-se que a mesma tem caráter de, apenas e tão somente, restituição. Cuida o enriquecimento sem causa de simples restituição do *status quo ante*, não de eventuais modificações por conta de prejuízos. Por isso, a doutrina considera o enriquecimento sem causa como instituto que visa ao reequilíbrio¹⁹ das questões de fato e de direito.

Segundo PAOLO GALLO,²⁰ a classificação da restituição pode ser realizada não apenas tendo em vista a consequência da obrigação, mas também considerando os sujeitos envolvidos e obrigados.

Desse modo, havendo divergência entre o valor de enriquecimento do *accipiens* e o valor de empobrecimento do *solvens* deve-se sempre optar, na futura indenização, pelo menor valor, *pois o réu não pode ser obrigado a devolver quantia maior do que a recebeu, nem o autor pode ser indenizado de valor maior do que o que perdeu*.²¹

Decorre desse entendimento que, uma vez posto o enriquecimento sem causa, neste não será discutido eventual prejuízo que resultaria em perdas e danos e indenização. Por isso

¹⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado: parte especial*, Tomo XXII, Campinas, Bookseller, 2003. p. 445.

¹⁹VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8. ed., v. 2., São Paulo, Atlas, 2008. p. 205.

²⁰GALLO, Paolo, *Arricchimento senza causa*, Giuffrè editore, 2003. p. 39.

²¹MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 2ª parte, 35. ed., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2007. p. 495.

também, não cabe estabelecer se houve ou não culpa²² na conduta do agente enriquecido, devendo apenas existir a conduta.

Contudo, uma visão contemporânea acerca do tema centraliza apenas três requisitos para que o mesmo seja perquirido, a saber: (i) o enriquecimento de alguém, (ii) a falta de causa justa e (iii) que este ocorra a custa de outrem. Como será demonstrado no trabalho, tal formatação é mais ampla e permite melhor entendimento sobre o enriquecimento sem causa.

Percebe-se, portanto, que o enriquecimento sem causa enquanto instituto jurídico assume uma série de formas e funções, sendo necessário, *a priori*, identificá-las e classificá-las, para melhor compreender o assunto.

Num segundo momento, caberá diferenciar as correntes já mencionadas a fim de aplicar em ordenamentos jurídicos diversos uma mesma ideia. Tudo isso porque o enriquecimento sem causa assume uma série de pressupostos que foram elencados ao longo do tempo dentro de sua motivação e natureza jurídica. Trata-se de figura polissêmica, podendo ser considerada como, grosso modo, preceito, princípio, norma subsidiária, norma autônoma ou decorrência da equidade.

Também será imprescindível entender o instituto a partir de uma análise histórica, compreendendo-o como um fato que se modificou com o passar do tempo e das sociedades que o desenvolveram.

Todavia, para além destas discussões acerca do Direito Material, História do Direito e Teoria Geral do Direito, resta a aplicação prática do princípio/instituto do enriquecimento sem causa. Tal análise demanda duas etapas diversas. Inicialmente, é preciso analisar a *actio de in rem verso*, a ação processual especial para os casos em que há o enriquecimento ilícito.

Grosso modo, a *actio* tem como pressupostos o (I) enriquecimento de alguém, que pode ser tanto material quanto imaterial, (II) o empobrecimento de outrem, desde que apreciável economicamente, a (III) ausência de causa e a (IV) ausência de interesse pessoal do empobrecido. Sua aplicação, por se tratar da análise do ordenamento jurídico brasileiro, é como busca última da tutela jurisdicional, ou seja, considera-se a *actio de in rem verso* uma

²²VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8. ed., v. 2., São Paulo, Atlas, 2008. p. 202.

verdadeira *ultima ratio*. Seu prazo prescricional é de 3 (três) anos²³ e é considerada como sendo ação pessoal, em que pese a discussão doutrinária²⁴.

Em linhas gerais, percebe-se que o problema a ser desenvolvido no estudo do enriquecimento sem causa está na sua própria definição, especificando os casos passíveis de sua utilização e, quando da sua não-utilização, a razão de tal desconsideração.

A motivação para tanto é simples. Muito embora venha sendo utilizado há um longo período no ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo não é completamente bem aplicado nesta seara. Ocorre talvez um descaso na invocação de seu princípio e na utilização da norma como justificativa.

O problema que se desenha incide na própria interpretação do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, é devida sua explicação enquanto instituto histórico e as vertentes que o fizeram o que é atualmente. Fato é que não há uma completa – e muitas vezes não há uma correta – utilização do instituto no país.

Dois serão os casos retratados para expor tal entendimento, sem a pretensão de esgotar o tema ou dar contornos de plenitude ao enriquecimento sem causa. O primeiro trata da própria inconsistência da lei civil, que contradiz seu princípio basilar em alguns casos. O segundo trata da utilização equivocada que a doutrina e o ambiente forense conferem ao locupletamento indevido.

Quanto à inconsistência da lei civil, tem-se o caso das seguradoras que, não obstante estarem resguardadas pela teoria geral dos seguros, tem garantido no código civil de 2002 a persecução dos valores gastos em caso de reparação de sinistro, num caso típico de sub-rogação. Assim, a própria lei civil confere caso de enriquecimento sem causa, que não tem razão de ser, posto que não baseada em qualquer *fator de discrimen*.

Quanto à má utilização do instituto pela doutrina e pelos agentes do direito de maneira geral, tem-se um caso derivado dos danos morais advindos da responsabilidade civil.

²³ “[Prescreve] § 3o Em três anos: I – a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos; II – a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias; III – a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela; IV – **a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa**; V – a pretensão de reparação civil; VI – a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição; VII – a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo...”.

²⁴ Houve quem considerasse a ação como sendo ação real, pela semelhança com a ação de reivindicação, todavia, por tratar de pura reparação de dano sofrido é mais correto tratá-la como ação pessoal, por não regular quesitos de propriedade. (GOMES, Orlando, *Obrigações*, 17. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 302)

É notório que o arbitramento dos danos morais no país sofre a censura de seus valores sob o preceito, repetido à exaustão, de que é vedado àquele que sofre o dano moral, se enriquecer injustificadamente. Todavia, não parece ser o caso quando a justificativa está patente e salta aos olhos do interprete: a própria responsabilidade civil é a causa do enriquecimento, seja este por qualquer valor.

Maiores considerações acerca dos dois temas serão realizadas oportunamente, não sendo o caso de explicações introdutórias. O que importa, por fim, é fixar o iter a ser percorrido no estudo do enriquecimento sem causa e o motivo de se escolher o trajeto.

Na tentativa de compor uma explicação global do que seria o enriquecimento sem causa busca-se lançar luzes à uma simples verdade: *a vedação ao enriquecimento sem causa precisa ser melhor compreendida no dia-dia jurídico brasileiro*. Com a visão ampla, ficará fácil entender as inconsistências do sistema.

3. ESCORÇO HISTÓRICO

3.1 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA ANTIGUIDADE

Na busca pelas origens históricas do instituto, adverte CARAMURU²⁵ que anterior ao Direito Romano e, portanto, anterior à própria concepção de sistema jurídico que foi parâmetro para evolução do *civil law*, não se divisa aplicação do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa de maneira congruente. O que se percebe é, ao contrário, a aplicação assistemática do mesmo, prevalecendo o cunho religioso e moral do locupletar-se em detrimento de outrem.

3.2 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO ROMANO

Sob a égide do Mito de Nêmesis, segundo NANNI,²⁶ o enriquecimento sem causa foi desenvolvido no Direito Romano.

A doutrina²⁷ aponta duas passagens do Digesto, de Pompônio, como percussoras da teoria do enriquecimento sem causa, ainda que versassem apenas sobre casos específicos, quais sejam, *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore* (D. 50, 17, 206) e *nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore* (D. 12, 6, 14).

Segundo PEDRO PAES,²⁸ Marciano também explicitou o enriquecimento sem causa no Digesto, como segue: *nam juri gentium, condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possidente*.

²⁵FRANCISCO, Caramuru Afonso, O enriquecimento sem causa nos contratos, *in.*: *Contornos atuais da teoria dos contratos*, BITTAR, Carlos Alberto (org), São Paulo, RT, 1993. p. 78.

²⁶NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 6.

²⁷*Idem.* p. 6.

²⁸PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 55.

A evolução da execução das obrigações em Roma, segundo JORGE AMERICANO²⁹, nasce na *sacramenti legis actio*, passando pela *legis actio per iudicis postulationem* para, finalmente, *legis actio per condictionem*, a qual exclui a *sacramentum*.

Neste contexto, CARAMURU³⁰ demonstra que o princípio de vedação ao enriquecimento sem causa advém da preocupação moral romana na época, identificada com a corrente filosófica do estoicismo, rígida de preceitos morais e partidária da equidade. Permitiu desse modo, uma aplicação de tratamento équo, concomitante à mudança de paradigma do processo romano, o qual passava a dar maior poder ao pretor, diante das relações complexas que se firmavam.

Entretanto, apesar do enriquecimento sem causa remontar historicamente ao Direito Romano³¹, como salienta VIEIRA GOMES³², não é possível defini-lo através de apenas um instituto, mas sim considerando sua origem múltipla. Sob tal perspectiva devem ser elencadas tanto as *condictiones*, de especial destaque, quanto a *actio de in rem verso* e até mesmo a gestão de negócios alheios.

Cabe citar que JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES³³ divide em duas as correntes doutrinárias que explicam a evolução da noção de enriquecimento sem causa. A primeira é creditada à Pernice e Girard e considera que desde os tempos remotos o enriquecimento a custa de outrem era combatido, devido a um princípio moral e religioso, sendo que as formas de ataque eram a *actio sacramenti in personam*, depois as Leis *Silia* e *Calpurnia*, doravante a *condictio certae pecuniae* ou *condictio certa rei*, todas elas no período clássico. Por fim, ainda no período clássico, já haveria resquícios de uma teoria acerca do enriquecimento sem causa.

Outra vertente, para o autor³⁴, afirmava que não havia aplicação do enriquecimento sem causa no direito pré-clássico, e que mesmo no período clássico esta foi insipiente, como a

²⁹ AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1933. p. 15.

³⁰ FRANCISCO, Caramuru Afonso, O enriquecimento sem causa nos contratos, in.: *Contornos atuais da teoria dos contratos*, BITTAR, Carlos Alberto (org), São Paulo, RT, 1993. p. 75.

³¹ Muito embora a doutrina direcione, via de regra, seus estudos históricos ao Direito Romano, a influência grega também é discutida, todavia de maneira controversa, *alguns autores falam de uma influência aristotélica – é, por exemplo, o caso de SCHULZ – [todavia] não falta quem considere, antes, muito importante a repercussão do pensamento estóico. WOLLSCHLAGER, que dedicou ao tema cuidadoso estudo, considera decisiva essa repercussão: ela traduzir-se-ia na proibição de um enriquecimento obtido à custa de um empobrecimento alheio, o explicaria a frequência com que aparecem associados termos tais como locupletiore e pauperior, bem como commodo e incommodo, termos ou expressões técnicas que CÍCERO teria diretamente colhido dos estóicos.* (VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 27).

³² *Idem*. p. 26.

³³ ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano*, 14. ed., rev., cor., aum., Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 573.

³⁴ ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano*, 14. ed., rev., cor., aum., Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 574.

indebiti solutio. Assim, apenas no Direito Justinianeu é que a aplicação foi reforçada pelas *condictiones* em diferentes modalidades.

Entretanto, não haveria repetição, como demonstra SERPA LOPES³⁵, nos casos em que a prestação decorresse de causa ilícita ou imoral, como retrata o Digesto em duas passagens: *Ubi augem et dantis, et accipient turpitudine versatur non posse repeti dicimus, veluti si pecúnia detur, ut male indicetur* (Dig. Liv. XII, V, 3) e *Si et dantis, et accipientis turpis causa sit, possessorem potiore esse et ideo repetitionem cessare* (Dig. Liv. XII, V, 8).

A partir das ingerências que o sistema formalista realizava na sociedade romana, posto que dificultava a consecução da justiça em determinados casos, segundo PEDRO PAES,³⁶ foi que o pretor passou a aceitar a utilização de algumas formas genéricas como as *condictiones* e a *actio de in rem verso*.

Adiciona-se que ZIMMERMANN³⁷ aduz que a preocupação com o enriquecimento sem causa não se reteve apenas às *condictiones*, tendo, através do princípio da equidade, ampliado vazão no tocante à *actio negotiorum gestorum* e a *actio de in rem verso*.

Como aponta ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA,³⁸ desde o fim da República romana até o início do período Justinianeu, a aplicação da vedação ao enriquecimento sem causa era dada de maneira casuística.

³⁵LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 79.

³⁶PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 25.

³⁷ZIMMERMANN, Reinhard, *The law obligations, roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, Oxford, 1992. p. 875/878.

³⁸FONSECA, Arnaldo Medeiros da, Enriquecimento sem causa, in: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coord. CARVALHO SANTOS, J. M. v. 20. p. 237/242. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, s/data. p. 237.

3.2.1 AS CONDICTIONES

No tocante às *condictiones*, importa esclarecer que são uma consequência de sua época³⁹. Anteriormente, enquanto Roma permanecia com suas relações comerciais restritas e, portanto, com força moral cogente suficiente para o cumprimento de suas obrigações não se fazia necessária uma forma de reestabelecimento do status quo ante, bastando a rigidez do sistema, todavia, com a expansão da cidade e diversidade nas trocas comerciais, era de suma importância que fosse garantida a possibilidade de reversão do resultado injusto, ainda que proveniente de um ato jurídico válido.

Quanto aos requisitos das *condictiones* é possível estabelecer que, por conta de sua natureza própria, não havia base substantiva para a mesma, ou seja, não havia requisitos específicos. Deste modo, exsurgia enquanto sua natureza, um *procedimento abstrato e uniforme*⁴⁰. Abstrato, pois a própria causa *debendi* não era elencada, já a uniformidade decorria da consequência da abstratividade, permitindo uma mesma aplicação em casos diversos.

A principal característica destacada por ZIMMERMANN⁴¹ nas *condictiones* era o fato das mesmas serem abstratas.

As *condictiones*, de acordo com FABREGA PONCE,⁴² eram uma correção das injustiças que poderiam ocorrer num sistema formalista no qual a causa não era requisito para existência ou validade das obrigações. Eram, portanto, remédios restitutórios.⁴³

Conforme VIEIRA GOMES⁴⁴ a *condictio* é concedida por faltar uma causa de suficiência para a manutenção de um patrimônio, sendo sempre aplicado tal princípio de retenção. Não importa, afinal, se a injustificação decorre de início, após certo período ou se o que era justificável torna-se não justificado.

A *condictio* deriva, deste modo, da noção de negócio abstrato que reconhece a apropriação absoluta do objeto material e o correlaciona com uma legitimação desta apropriação. Caso

³⁹VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 30.

⁴⁰*Idem.* p. 28.

⁴¹ZIMMERMANN, Reinhard, *The law obligations, roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, Oxford, 1992. p. 865.

⁴²FABREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, 1. t., Colombia, Plaza & Janes, 1996. p. 25.

⁴³*Idem.* p. 26.

⁴⁴VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 36.

não houvesse tal legitimação, seria possível a restituição através da *rei vindicatio* e da *condictio*, a depender do caso concreto.⁴⁵

As *condictiones* estão intimamente relacionadas com o conceito de equidade. A expressão *condictio*, como menciona CARAMURU,⁴⁶ deriva da expressão utilizada pelo devedor no caso de não aceitação do que fora propugnado pelo credor empobrecido.

Ab initio, as *condictiones* permitiam que, dentro de um sistema abstrato como era a transmissão de propriedade na Roma Antiga, fosse possível recuperá-la no caso falta de requisitos nessas transferências que se efetuavam através de *traditio*, *mancipatio* e *in jure cessio*. Com o tempo, sua abrangência foi sendo alargada para os casos de contratos os quais não contassem com todas as formalidades, por exemplo.

Segundo SERPA LOPES,⁴⁷ as *condictiones* teriam, no início de sua aplicação, apenas duas formas, quais sejam a *condictio certae pecuniae* e a *condictio certae rei*, esta tratando de casos retenção ilegítima de coisa certa e aquela de retenção de valor em dinheiro. Só com Justiniano que as *condictiones* teriam atingido sua formatação tradicional em vários casos específicos.

Neste contexto, devido à rigidez do regime vigente, foi necessária a utilização das *condictiones sine causa*, na busca pela correção da injustiça que poderia perpetuar dentro do sistema de atos abstratos.

Por fim, diferencia-se a *condictio* e a *rei vindicatio*, posto que esta apresenta caráter de ação real, enquanto aquela trata de ação pessoal.

No período Justinianeu⁴⁸, muito por conta da compilação das fontes antigas de direito, foram contempladas as situações de enriquecimento sem causa cada qual com uma *condictio* própria, a saber: *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem vel iniustam causam*, *condictio indebiti*, *condictio sine causa* em sentido estrito, *condictio ob causam finitam* e *condictio ex lege*.

⁴⁵VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 32.

⁴⁶FRANCISCO, Caramuru Afonso, O enriquecimento sem causa nos contratos, in.: *Contornos atuais da teoria dos contratos*, BITTAR, Carlos Alberto (org.), São Paulo, RT, 1993. p. 78.

⁴⁷LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 62.

⁴⁸VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 194.

Soma-se à discussão o fato que ALEXANDRE CORREIA e GAETANO SCIASCIA⁴⁹ asseveraram que tal fenômeno decorre da influência da moral cristã que proíbe o enriquecimento sem causa, fazendo necessário, deste modo, outras formas de *condictiones*.

A *condictio causa data causa non secuta* buscava a restituição de patrimônio cedido à terceiro na espera de realização de ato pelo qual foi firmada a prestação quando tal ato não foi realizado.

No caso da *condictio causa data, causa non secuta*, infere JORGE AMERICANO,⁵⁰ que não seria nem o princípio do não locupletamento que estaria por de trás de sua consolidação, mas sim o princípio de reciprocidade, seja no caso de contratos, seja nos casos de vontade unilateral, havendo, nestes casos, adesão das partes.

Já a *condictio ob turpem vel iniustam causam* era utilizada quando o solvens dava algo ao accipiens por motivo torpe proveniente deste, contudo, quando o motivo torpe era proveniente daquele nada podia ser reclamado.

Em relação à *condictio indebiti* permitia a restituição em caso de prestação efetuada sob efeito de erro escusável ou motivado por causa inexistente. As *condictio sine causa* em sentido estrito, *condictio ob causam finitam* podiam ser utilizadas sempre que a prestação fosse motivada por causa inexistente, sendo uma espécie de regra residual para os casos não abarcados pelas outras *condictiones*. Por fim, a *condictio ex lege* era utilizada nos casos em que a lei previa uma prestação a ser cumprida, mas sem causa que a justificasse.

Ainda que não se possa traçar grandes paralelos acerca da influência das *condictiones*, notadamente da *condictione sine causa*, para a teoria do enriquecimento sem causa é indiscutível que a mesma compartilha dos mesmos genética, da mesma ideia orgânica que permeia o pensamento contemporâneo.

Neste sentido, NANNI⁵¹ considera inegável que, se não é possível dizer haver de fato uma teoria geral do enriquecimento sem causa neste período, a mesma veio a ser esboçada por intermédio de tais elementos.

⁴⁹CORREIA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano, *Manual de direito romano*, v. 1., São Paulo, Saraiva, 1949. p. 252.

⁵⁰AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1933. p. 42.

⁵¹NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 12.

3.2.2 A ACTIO DE IN REM VERSO

Em relação à *actio de in rem verso*, no decorrer do tempo esta teve objetivos diversos. Inicialmente, se recorria à mesma na hipótese de um filho ou escravo sujeito ao poder familiar realizar negócio com um terceiro. Em tese, não haveria responsabilidade do chefe de família, todavia, se o mesmo fosse beneficiado pelo negócio, caberia a utilização da *actio*, que, neste contexto apresenta mais um conceito de *procedimento técnico*⁵².

Ademais⁵³, poderia haver três formas que criavam responsabilidade do chefe de família em negócio estabelecido por filho ou escravo, a saber: (I) Uma coisa passava a propriedade do pai excluindo-se a *vindicatio* de terceiro; (II) filho ou escravo realizavam negócio de responsabilidade do chefe de família; (III) em despesas voluptuárias quando o chefe de família tiver consentido com as mesmas.

Com relação à *actio de in rem verso* a mesma tinha aplicação objetivada em não permitir que o *pater familia* pudesse locupletar o que não lhe era de direito, uma vez que não respondia pelos atos geridos por seus filhos e escravos – dado ao não reconhecimento da representação direta no direito romano – desse modo, ainda que não tipificada, a *actio* dissolvia uma possibilidade de flagrante injustiça.

Houve alargamento da utilização da *actio de in rem verso* quando da *actio negotiorum gestorum contraria*, uma vez que a aplicação do raciocínio que permitia a *actio* no caso de enriquecimento injustificado do *pater familia*, analogicamente, poderia fundamentar os casos que ocorriam através do gestor de negócios. Claro é que o terceiro neste caso, ou seja, o dono do negócio celebrado ou modificado pelo gestor não poderia locupletar-se de um saldo ao descontentamento daquele que negociou com o gestor.

Na época de Justiniano o *procedimento* se converte em *ação independente*⁵⁴, não sendo mais necessário que a pessoa que celebrava o negócio fosse submetida ao poder familiar. Segundo VIEIRA GOMES,⁵⁵ foi através das glosas de Roffredus que a *actio de in rem verso* atinge um caráter de ação independente, o que permite sua utilização em larga escala.

⁵²VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 38.

⁵³*Idem*. p. 40.

⁵⁴*Idem*. p. 41.

⁵⁵*Idem*. p. 41.

3.2.3 OUTRAS FORMAS JURÍDICAS

No tocante à outras formas jurídicas que se relacionam com o enriquecimento sem causa, CRETELLA JÚNIOR⁵⁶ admite que também o pagamento indevido encontra em seu bojo a teoria clássica do enriquecimento sem causa, sendo a mais antiga de suas aplicações. Tal teoria teria sido admitida pelos jurisconsultos na época do fim da república, conhecidos como *Veteres*.

Também cumpre ressaltar que VIEIRA GOMES⁵⁷ diferencia a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa a partir da concepção essencial da gestão de negócios ao *animus* do gestor, que agiria dotado de altruísmo. Assim, baseado nas ideias de Pasquau Liaño, considera que o enriquecimento sem causa adere ao escopo de correção na medida de uma restituição, enquanto que a gestão de negócios visa assegurar uma consolidação de estado, numa espécie de necessidade de recompensa ou, visão alternativa, remuneração do trabalho do gestor.

Seria possível, ademais, aproximar o enriquecimento sem causa de uma gestão de negócios imprópria, na qual não se contaria com o altruísmo do gestor.⁵⁸

3.2.4 PERÍODO BIZANTINO

Analizada a trajetória dos primórdios do enriquecimento sem causa no Direito Romano é possível depreender que sua formação respondeu à casuística e aos anseios de uma rede de negócios e relações comerciais que atingiram alta complexidade. Desse modo, ainda que não plenamente codificadas, as *condictiones* permitiram que o romano não encontrasse na abstratividade de seu sistema jurídico uma forma de burlar o mais simples dos preceitos do direito.

Com a derrocada do Império Romano, cuja história explica as razões, houve uma cisão. A parte Ocidental do Império foi dissipada em territórios autônomos, seguindo o processo de feudalização, enquanto que a parte Oriental continuou uniforme, no que ficou conhecido como Império Bizantino. Até a morte de Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis* era utilizado como

⁵⁶CRETELLA JUNIOR, José, *Curso de direito romano*, 14. ed., rev., aum., Rio de Janeiro, Forense, 1991. p. 298.

⁵⁷VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 46/47.

⁵⁸*Idem*. p. 50.

fonte do direito no território, porém, depois desse período, novas compilações foram elaboradas, modificando a estrutura até então vigente.

Tal fato exerceu forte influência sobre a teoria do enriquecimento sem causa. O princípio que era aplicado apenas de maneira casuística foi alçado à categoria de princípio geral. Segundo NANNI, naquele momento *embora permeada de valorações contraditórias (...) o que se constatou foi a superfluidade de muitas das distinções entre as conditiones*.⁵⁹ Desse modo, nada mais lógico, do que a uniformização do princípio.

Em relação ao período bizantino, na análise de VIEIRA GOMES,⁶⁰ duas são as características a serem ressaltadas. Primeiramente, trata-se de período pautado pelos preceitos cristãos que elencavam, entre eles, o mandamento que indicava negativa ao roubo, este entendido em sentido lato, não na concepção penalista do termo. Além, foi firmado um sistema de hierarquia de tribunais, que substituiu a autonomia do pretor romano, trazendo um espaço propício para a generalidade de um princípio, no caso, o princípio do enriquecimento injustificado.

Passa, portanto, a *condictio sine causa* a compreender todos os casos em que ocorre deslocamento de patrimônio de maneira injustificada.

Quanto à *actio de in rem verso* esta também foi ampliada, passando a não tratar mais apenas da relação entre *pater familia* e filhos ou escravos, mas de todos os casos em que houvesse um intermediário de um negócio de outrem, ao qual este fosse beneficiado patrimonialmente em relação ao terceiro.

Percebe-se, pois, que o período bizantino trouxe uma grande transformação para o que vem a ser a atual teoria do enriquecimento sem causa, uma vez que dilatou as hipóteses do mesmo aos casos de deslocamento patrimonial, alçando a *condictio sine causa* e a *actio de in rem verso* ao posto de remédios gerais contra o locupletamento indevido e reforçando o enriquecimento sem causa como um princípio geral do ordenamento da época.

⁵⁹NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 19.

⁶⁰VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 54.

3.3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO MEDIEVO E IDADE MODERNA

Nos feudos, o sistema jurídico não respeitava um ordenamento único, sendo baseado na lógica incontestável do Senhor Feudal. Reinava, assim, o costume e o direito romano teve sua aplicação dissolvida, e, seguindo tal processo, o enriquecimento sem causa não mais foi aplicado nos moldes romanos, restando as soluções definidas pelo Senhor Feudal para os casos de deslocamento patrimonial injustificado.

Todavia, neste período havia um empecilho, qual seja, a veneração ao Digesto, em sua forma pura, como discorre NANNI⁶¹ e, por isso, mantinham-se apenas e tão somente os institutos da carta romana, quais sejam, a *condictio*, a *negotiorum gestio* e a *actio de in rem verso*.

Passado o período de obscuridade do direito romano no Ocidente ocorreu sua redescoberta pela Escola dos Glosadores, em especial pelo trabalho de Irnério. Seguindo os estudos feitos pelos bizantinos, chegou-se à lapidação da *condictio sine causa generalis*, a ser utilizada em todos os casos de enriquecimento sem causa, devido à mesma finalidade geral que permeada todas as *condictiones* romanas.

Coube aos glosadores o papel de facilitadores, no sentido de permitir a aplicação mais contundente do enriquecimento sem causa enquanto princípio, fugindo da mera replicação do que fora disposto no Digesto.⁶²

Seguindo o curso da história é possível também encontrar a teoria do enriquecimento sem causa no Direito Eclesiástico, que influenciou em muito o continente europeu entre os séculos VIII e XV. Baseado nas compilações romanas, Dino da Mugello adicionou à *Regulae iuris*, anexada em forma de apêndice no *Liber Sextus*, o princípio do enriquecimento sem causa, *in verbis: locupletari non debet aliquis cum alterius injuria vel iactura*.

Tendo em vista o pensamento doutrinário da Igreja, notadamente os mandamentos, entre eles elencado como sétimo mandamento: *não roubarás*, houve um alargamento inimaginável do princípio, sendo levados em conta tanto bens tangíveis quanto intangíveis, o que permitiria

⁶¹NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 24.

⁶²VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 56.

a aplicação do enriquecimento sem causa não só no campo das obrigações, mas também no campo dos contratos.⁶³

Foi dentro do pensamento eclesiástico que a teoria do Enriquecimento sem causa também firmou uma de suas bases, qual seja, a restituição exclusiva do devido, gerando a reedição do *status quo ante*, sem maiores indenizações. Foi na obra de São Tomas de Aquino que tal conceituação evidenciou-se, quando o mesmo definiu que a restituição não deveria respeitar aos princípios de penitência do pecado, mas sim de justiça comutativa e posterior reequilíbrio das relações jurídicas.⁶⁴

Sobre o período, VIEIRA GOMES⁶⁵ considera que enquanto os principias canonistas centralizavam o fundamento do enriquecimento sem causa no aspecto do pecado, São Tomás de Aquino mudou o paradigma deste fundamento, focando na questão da justiça comutativa, o que resultou numa transferência da questão do plano teleológico para o plano jurídico.

A Escola Jusracionalista também se ocupou em desenvolver a temática do enriquecimento sem causa, mormente através da obra de Hugo Grócio, na qual a noção de enriquecimento sem causa como instrumento genérico pode ser observada, uma vez que o requisito básico decorre do lucro injusto, não sendo necessário que o mesmo advinha de formas específicas.⁶⁶

Dentro da Escola Pandectista, segundo NANNI⁶⁷, coube à Savigny papel decisivo no estudo das *condictiones* romanas, sendo este o primeiro autor alemão a unificá-las, conduzindo sua doutrina à um princípio geral de enriquecimento sem causa. Neste período, a teoria do jurista alemão, baseada na *condictio* como forma de reparar o locupletamento indevido quando não mais possível a utilização da *rei vindicatio*, passa a ser debatida pelos pandectistas.

A posição adotada por Savigny, de acordo com VIEIRA GOMES,⁶⁸ centra-se na exposição do enriquecimento sem causa como mantenedor da propriedade, como substituição da *rei vindicatio*.

A Escola Pandectista, nas palavras de VIEIRA GOMES,⁶⁹ foi determinante para o entendimento moderno do enriquecimento sem causa, tendo em vista que (i) trouxe o

⁶³NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 26.

⁶⁴*Idem*. p. 27.

⁶⁵VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 68.

⁶⁶NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 30.

⁶⁷*Idem*. p. 31.

⁶⁸VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 166.

entendimento do deslocamento patrimonial como fulcral na configuração do enriquecimento, (ii) demonstrou a interdependência entre enriquecido e empobrecido no tocante ao patrimônio estar presente a priori neste e a posteriori naquele, (iii) firmou o entendimento de que a restituição deveria tratar do enriquecimento patrimonial, não de sua forma real e (iv) ressaltou a ligação com a equidade.

Entre os estudiosos da época surge uma divergência entre o grupo que entendia ser necessária a separação clara entre as *condictiones* e a *actio de in rem verso*, cada uma versando sobre determinados aspectos e o grupo que defendia a tese na qual havia uma fusão entre os dois institutos, revelando-se, assim, a *actio de in rem verso* como uma ação genérica para casos de enriquecimento sem causa⁷⁰.

Enquanto na Alemanha os contornos do desenvolvimento do instituto seguiam tais parâmetros, na França, outro foi o modo de aplicação doutrinária do tema. Pouca foi a influência das *condictiones* no sistema francês e uma das razões foi a teoria da causa do ato jurídico, que permitia anular um ato que não respeitasse tal preceito, fazendo desnecessária a aplicação das *condictiones*.

Como consequência, discorre NANNI⁷¹ que, na época de Domat e Pothier, as *condictiones* não foram estudadas com afinco, funcionando apenas como tema de *ordem geral*.

Por fim, importante destacar que, até a decisão do caso *arrêt Boudier*, pela Corte de Cassação em 15 de junho de 1892, a *actio de in rem verso* era tida como inutilizável, frente à ação de gestão de negócios, que fazia as vezes daquela.

Discorrendo sobre o tema, PEDRO PAES⁷² credita à uma inércia, não entendível no sistema jurídico, o fato de o enriquecimento sem causa ter ficado por tanto tempo renegado à matéria jurisprudencial, sem que o legislador francês absorvesse a mesma nas codificações. Não seria possível, dentro do sistema jurídico romano-germânico tal excrescência.

⁶⁹*Idem.* p. 73.

⁷⁰NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 32.

⁷¹NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 35.

⁷²PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 28.

3.4 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO COMMON LAW

No tocante ao desenvolvimento do instituto em estudo no *Common Law* deve-se entender que a dinâmica histórica que originou e transformou o *Common Law* é completamente diferente da dinâmica encontrada no *Civil Law*, o que trouxe consequências evidentes no caso do enriquecimento sem causa.

Partindo de pressupostos diversos do direito continental, o sistema anglo-saxão desenvolveu a temática do enriquecimento sem causa por um viés próprio, a iniciar pelo próprio estudo doutrinário acerca do tema⁷³.

A dicotomia de fontes de obrigações, grosso modo, no direito inglês se baseia tradicionalmente em contratos (*contracts*) e delitos (*torts*). Inicialmente, como remédios tinham-se as ações de *debt*, necessitava de obrigação *ex re*, e as ações de *assumpsit*, para casos de compromissos expressamente assumidos e não cumpridos.

Todavia, o *assumpsit* era pouco utilizado, pois dependia da confirmação do débito pelo devedor. Essa situação só veio a mudar com o caso emblemático conhecido por *Slade's case*, no qual a corte confirmou um débito presumidamente, balizando-se no sentido de que havia uma obrigação recíproca entre as partes.

O que bem nota CAPUCHO,⁷⁴ na prática do *common law*, a restituição se dá quando da ausência da contraprestação (*consideration*), o que distanciava o instituto do enriquecimento sem causa. Ademais, era repudiada a intervenção de terceiros sem solicitação, seja melhoramento de bem alheio, seja intervenção em negócio alheio, o que, novamente, não dava azo a proximidades com o enriquecimento sem causa.

O *Law of restitution*, baseado no *Mansfield's principle*, passou a reunir os preceitos elencados tanto no *common law*, aplicado pelas Cortes de Westminster, quanto no *equity*, aplicado pela *Court of Chancery*, utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos da América, onde, em 1937, foi editado o *Restatement of the law of Restitution*. A partir daí teve tratamento de fonte de obrigações autônoma, partindo do pressuposto da vedação ao enriquecimento sem causa, conforme discorre CAPUCHO.⁷⁵

⁷³NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 40/43.

⁷⁴CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 66/67.

⁷⁵*Idem*. p. 70/72.

Seriam pressupostos do *Law of Restitution* o enriquecimento (*benefit*), sem motivação que justifique (*unjust*), no prejuízo de outrem (*at the plaintiff's expense*). As possibilidades, como decorre da prática do *common law*, foram identificadas à medida em que os casos concretos eram analisados pelo judiciário.

De início, operaram a ação de *debt* e a ação de *assumpsit*, que prescindiam de um contrato que objetivasse uma contraprestação e que a mesma não fosse cumprida. Com a decisão do *Slade's case*, de 1602, que permitiu a restituição considerando que um contrato não precisa de confirmação para vincular, tal lógica foi modificada e, como assevera NANNI⁷⁶, *a partir de então, qualquer contrato importou na confirmação de existência de uma obrigação, que não necessitaria ser provada, dando azo ao reconhecimento do contrato consensual*. Assim, os efeitos do caso permitiram novo remédio de restituição.

Porém, ainda não estava acobertada a possibilidade de um contrato não prever contraprestação, mas necessitar de restituição, o que veio a ser registrado quando dos *quasi-contracts*, que obrigariam a restituição ainda que o contrato fosse nulo, tanto por bens (*quantum valebat*) quanto por serviços prestados (*quantum meruit*). Ademais, nos idos do século XVII, surgiu a ação *Money had and received*, que se aparentava à primitiva *condictio*, uma vez que destinada a obter a restituição de quantias pagas indevidamente⁷⁷.

A diferença entre quase-contratos no Direito Romano e no Common Law é bem elucidada por PAOLO GALLO.⁷⁸ Segundo o autor, no Direito Romano tratava-se de uma expressão referencial à um complexo de remédios relacionados à *condictio* que não se dava claramente nula. Já no Common Law, tratava-se do núcleo primeiro do que seria uma ação de enriquecimento sem causa, já que era uma aplicação extensiva dos contratos para situações em que não eram notados os requisitos.

O caso *Moses versus Macferlan*, decidido por Lorde Mansfield, determina que, com base no direito natural, havia obrigação de restituir no caso de valor pago indevidamente por conta de decisão legal, que mais tarde veio a ser descoberta como errônea. Se a decisão de Mansfield passou despercebida à época, em 1943, ela é recuperada, renascendo como fonte do que passou a ser o *law of restitution* inglês.⁷⁹

⁷⁶NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 43.

⁷⁷NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 45.

⁷⁸GALLO, Paolo, *L'arricchimento senza causa*, Padova, CEDAM, 1990. p. 31/32.

⁷⁹NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 47/48.

Importa salientar que JOHNSTON e ZIMMERMANN⁸⁰ diferenciam o aporte do Civil Law e do Common Law a partir da premissa inicial de ambos, sendo que este requer que o demandante aponte um fator de injustiça ou um fundamento para que haja a restituição, enquanto que aquele concentra-se na questão acerca da existência ou não de uma base legal para o enriquecimento.

3.5 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NUMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO

Na Alemanha, o enriquecimento sem causa é disciplinado no BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) que preconiza que aquele que por qualquer modo adquira alguma coisa por prestação de outrem, sem razão jurídica que o suporte, se esta razão vier à faltar ou não for cumprida prestação, deverá restituir o que de direito. A regra geral residual está contida no §812,⁸¹ sendo que nos demais parágrafos são tratados de casos específicos que geram a obrigação de restituir.

A ação de enriquecimento sem causa, acrescenta-se, não apresenta caráter subsidiário, além de ter especial utilização no campo dos negócios abstratos. Todavia, há uma tendência à utilização ação delitual, como sugere NANNI⁸², em prejuízo à ação de enriquecimento sem causa, usando-se esta apenas após a prescrição daquela.

No âmbito da França, o Código Napoleônico não faz menção ao enriquecimento sem causa, restando à doutrina, em especial após o *Arrêt Boudier de 1892*, o desenvolvimento do instituto. Há aplicação do mesmo nos tribunais, pautado pelos estudos doutrinários, que reportam aos requisitos de transmissão de valor entre patrimônios, falta de causa e liame de direito em conformidade das partes.⁸³

No período das codificações houve uma diminuição na aplicação do enriquecimento sem causa, dada a sua ausência nas leis civis que regulam o pensamento jurídico na época. Tal

⁸⁰JOHNSTON, Davis; ZIMMERMANN, Reinhard, *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. p. 14.

⁸¹Como é destacado por FABREGA PONCE, a teoria unitária elaborada pelos Pandectistas, unindo num denominador comum as conditiones em torno de uma ação de enriquecimento foi influencia determinante para o §812 do B.G.B. (FABREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, 1. t., Colombia, Plaza & Janes, 1996. p. 67.)

⁸²NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 56.

⁸³*Idem*. p. 57.

fenômeno se deve à imanência do ideal liberal-individual no pensamento dos juristas da época, que não se coadunava com a presença de um instituto como o enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico vigente.⁸⁴

No ordenamento francês, o enriquecimento sem causa tem caráter subsidiário. Não está restrita à enriquecimento de patrimônio pecuniário, mas ao patrimônio moral também.

Também na Itália, o Código Civil de 1865 não trazia disposição acerca do enriquecimento sem causa, que perdurava enquanto princípio. Como é entendido nas considerações de GIOVANI ETTORE NANNI⁸⁵ sobre o tema, houve resistência de parte da doutrina ainda no século XX quanto à receptividade do princípio geral do enriquecimento sem causa. Somente no Livro das Obrigações de 1942 é que foi previsto o princípio geral do enriquecimento sem causa, incorporando-se, portanto, a ação geral de enriquecimento sem causa. Ao mesmo passo do direito francês, a ação na Itália tem caráter subsidiário.

Embora não se possa falar ao certo, segundo CAPUCHO,⁸⁶ qual dos dois ordenamentos foi o primeiro à induzir o enriquecimento sem causa em decisão de tribunal, fato é que o Direito Italiano também considerava tal ponto e não dispunha do instituto regrado expressamente e seu código civil.

O Código Civil de 1942 trouxe a previsão expressa do enriquecimento sem causa através de uma cláusula geral, no art. 2.041, além de definir sua subsidiariedade dentro do ordenamento, no art. 2042.

No direito português, não houve expressão direta do enriquecimento sem causa até o Código Civil de 1966, uma vez que o Código Civil de 1876 (Código Seabra) não disciplinou o assunto, muito porque sua principal fonte foi o Código Napoleônico⁸⁷. Desse modo, só podia ser aplicado enquanto princípio de direito natural, como preconizava o art. 16 do diploma legal.

O enriquecimento sem causa vem previsto nos artigos 473 a 482 do Código de 1966.

Em relação à Espanha, seu Código Civil de 1899 também foi fortemente influenciado pelo Código Napoleônico, daí o motivo da não previsão do enriquecimento sem causa no mesmo.

⁸⁴FRANCISCO, Caramuru Afonso, O enriquecimento sem causa nos contratos, *in.*: *Contornos atuais da teoria dos contratos*. BITTAR, Carlos Alberto (org), São Paulo, RT, 1993. p. 79.

⁸⁵NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 61/62.

⁸⁶CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 60.

⁸⁷NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 63.

Todavia, a doutrina, juntamente com a jurisprudência, entende haver sim uma ação genérica de enriquecimento sem causa, que pode ser aplicada existindo os elementos de enriquecimento e falta de motivo. Admitida a ação, melhor sorte não coube à subsidiariedade ou não dela, posto que tanto doutrina, quanto jurisprudência divergem sobre o tema, sendo que existem julgados em ambos os sentidos.⁸⁸

Por fim, CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA⁸⁹ argumenta que a motivação pela qual o enriquecimento sem causa encontra diferentes técnicas em diferentes ordenamentos seria o fato de o Direito Romano não tê-la desenvolvida com a segurança e o rigor lógico costumeiros dos jurisconsultos romanos.

3.6 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO BRASIL ATÉ O CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.6.1 O CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 não disciplinou o tema do enriquecimento sem causa explicitamente, apenas dando azo ao pagamento indevido, que compartilha da teoria geral daquele. Novamente, assim como nos casos dos Códigos Civis de Portugal, Itália e Espanha, a influência do Código Napoleônico levou a tal resultado.

Todavia, como pode se observar na obra da GIOVANI ETTORE NANNI, a não receptividade da teoria do enriquecimento sem causa dentro do Código Civil de 1916, trouxe pensamentos diversos da doutrina. Por um lado, nomes como Clovis Bevilacqua e Jorge Americano defendiam a linha de raciocínio na qual não era necessário estabelecer o enriquecimento sem causa no Código Civil, uma vez que as situações seriam solucionadas através de outros meios e institutos. Seria desnecessária nova forma de geração de obrigação dentro do ordenamento.⁹⁰

⁸⁸*Idem.* p. 69.

⁸⁹PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, v. 2., 21. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 319.

⁹⁰NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 85/86.

No caso, o enriquecimento sem causa fica restrito à categoria de princípio regedor e mantenedor das relações jurídicas obrigacionais, cabendo função informadora, mas não função de ação autônoma.

Por outro lado, grande parte dos doutrinadores do início e meados do século XX propugnaram pela possibilidade do enriquecimento sem causa ter tratamento próprio no Código Civil, tendo em vista que sua generalidade permitiria melhor aplicação da reestruturação do equilíbrio nas relações jurídicas. Entre tais doutrinadores se encontram-se Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, José do Valle Ferreira, Orosimbo Nonato, Pedro Paes, Agostinho Alvim, Miguel Maria de Serpa Lopes, Francisco Campos, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Silvio Rodrigues, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Carvalho Santos, Sílvio de Salvo Venosa, Washington de Barros Monteiro e Arnaldo Wald.⁹¹

Deste panorama, conclui GIOVANI ETTORE NANNI⁹², que a não previsão legal do enriquecimento sem causa no Código Civil de 1916 fez com que os estudos do tema no país fossem diminutos, o que decorreu na falta de estudos e monografias sobre o tema, bem como na falta de acolhimento pela jurisprudência no tocante às situações envolvendo o enriquecimento sem causa. Por muito tempo, bastaram as meras considerações esparsas em obras gerais sobre Direito das Obrigações.

Tal situação, afirma o autor⁹³, advém da escolha da doutrina àquela época pelo pensamento da Escola da Exegese, que, em linhas gerais, considerava o Código Civil verdadeira carta de direitos, tão importante quanto uma Constituição, devendo os estudos serem direcionados aos institutos consolidados em seus artigos. Contudo, tal raciocínio não deve ser aceito, considerando o Brasil enquanto Estado Democrático de Direito que propugna por uma sociedade justa, livre e solidária que, ademais, fundamenta-se na dignidade da pessoa humana.

No Código Civil de 1916 a menção ao enriquecimento não era expressa, mas sim implícita em três casos diversos. Primeiramente, era expresso o pagamento indevido, que se trata nada mais do que uma espécie de enriquecimento sem causa. Ademais, o art. 4º da Lei de Introdução previa a aplicação de princípios do direito quando a lei fosse omissa, assim, sendo o enriquecimento sem causa um princípio geral de direito poderia ser aplicado em casos de

⁹¹*Idem.* p. 86/91.

⁹²NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 92.

⁹³*Idem.* p. 92.

lacuna da lei. Por fim, fora aplicado indiretamente em vários dos pressupostos do Código Civil, que se baseavam no ideal da vedação ao enriquecimento sem causa.

Em relação à esta primeira etapa, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA⁹⁴ salienta que, muito embora não houvesse expressa determinação do enriquecimento sem causa e de sua ação correspondente no Código Civil de 1916, é possível encontrar o espírito de seu princípio em outros tantos artigos da antiga lei civil brasileira. É o caso dos arts. 515/519, 541/545, 615/616, 934, 936, 1140, § único, 1398, 1792, § 1º.

Outro evento é recordado por CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA⁹⁵ que traz o exemplo da doação *propter nuptias*, a qual, caso não ocorresse o casamento, era considerada ineficaz, assim como o caso de negócio jurídico fundado em causa ilícita ou atentatório à moralidade, devendo ser desfeito o ato.

O caráter omissivo do legislador no caso do Código Civil de 1916 é interpretado por VARELA⁹⁶ como uma atribuição voluntária do mesmo no sentido de não imbuir o enriquecimento sem causa do mesmo valor que lhe era conferido em ordenamentos outros, como o alemão e suíço. Todavia, acrescenta, não poderia o legislador carecer de aplicação do instituto face à interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio ao qual se fazia imprescindível à resolução de casos reais através da vedação ao enriquecimento sem causa.

Ademais, quando do Código Civil de 1916, não havia qualquer disposição que tratasse da subsidiariedade do tema, como veio a ocorrer no Código Civil de 2002. Por isso, sugere VARELA⁹⁷, que não haveria impedimentos para que fosse aplicada desde logo, como princípio, perante o art. 4º da Lei de Introdução.

Antes da consagração do enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002, ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA⁹⁸ já atentava para as críticas de Clóvis Bevilacqua e Jorge Americano, para os quais seria necessária a consagração do mesmo em dispositivo amplo. No mesmo

⁹⁴FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Enriquecimento sem causa, in: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. CARVALHO SANTOS, J. M. (org.), v. 20., p. 237/242, Rio de Janeiro, Editora Borsoi, s/data. p. 237.

⁹⁵PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, v. 2., 21. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 323.

⁹⁶VARELA, Antunes, *Direito das obrigações: conceito estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, mobilidades das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 187.

⁹⁷*Idem*. p. 202.

⁹⁸FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Enriquecimento sem causa, in: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, CARVALHO SANTOS, J. M. (org.), v. 20., p. 237/242., Rio de Janeiro, Editora Borsoi, s/data. p. 238.

sentido dá especial valor à tese do Prof. José G. do Valle Ferreira, primeiro expoente a tratar do tema no país com maior vigor.

Sobre o tema, PONTES DE MIRANDA⁹⁹ evidenciava que o ordenamento jurídico brasileiro não apresentava clara menção ao enriquecimento sem causa que, assim, não configurava fonte de obrigação, pois partia da premissa de cuidar de cada caso de maneira específica e, deste modo, todas as situações em que ocorriam deslocamentos injustificados seriam reguladas por normas próprias. Todavia, o autor, lembrando um caso de contrato evidentemente imoral já fazia crítica à essa concepção de completude do ordenamento, demonstrando ser necessária a mudança de pensamento acerca do enriquecimento sem causa como fonte de obrigação genérica.

Em que pese a lacuna legal encontrada no Código Civil de 1916, o legislador brasileiro optou pela previsão expressa do enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002, levando em conta o pensamento doutrinário de se formou em razão da necessidade de se ter um instituto nos moldes do enriquecimento sem causa a fim de garantir o equilíbrio das partes numa obrigação, qualquer fosse a hipótese.

3.6.2 PROJETOS DE CÓDIGO

O esboço de Teixeira de Freitas já continha artigo reservado ao enriquecimento sem causa, art. 3.400, 2º, todavia, analisava o mesmo sob o prisma principiológico e não normativo que veio a ser conferido posteriormente e já era utilizado em outras nações.

Alguns anteprojetos também trataram do tema. O Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, elaborado por Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, por exemplo, previa nos arts. 143 à 150 o enriquecimento sem causa. Dizia o art. 143: *Quem se enriquece indevidamente, à custa de outrem, fica obrigado a restituir, na medida de seu lucro, o que não era devido, embora a causa venha a faltar depois de obtido o proveito.*

Em 1963 foi a vez do anteprojeto do Código das Obrigações elaborado por Caio Mário da Silva Pereira que em seu art. 903 versava: *Quem se enriquecer indevidamente, à custa de outrem, fica obrigado a indenizar, na medida do lucro, a diminuição patrimonial que causa.*

⁹⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Fontes e evolução direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C, 1928. p. 239/241.

3.6.3 CÓDIGO CIVIL DE 2002

Por fim, o enriquecimento sem causa foi previsto nos arts. 884, 885 e 886 do anteprojeto do Código Civil de 1969, coordenado por Miguel Reale e, na seara do direito das obrigações, conduzido por Agostinho de Arruda Alvim. Todavia, só veio a ser promulgado no ano de 2002, por meio da Lei 10.406/02.

Sobre tal feito, NANNI¹⁰⁰ salienta se tratar de uma conquista do viés autônomo do enriquecimento sem causa no direito obrigacional. É um avanço propiciado pela nova ordem social presente na base do Código Civil, condizente da retidão e equilíbrio no âmbito das relações jurídicas.

Todavia, como demonstra MICHELON JR,¹⁰¹ o STJ já definia o enriquecimento sem causa como fonte obrigacional mesmo antes de sua expressa previsão no Código Civil, como na decisão do REsp 11.025, julgado no ano de 1991, que mencionava não ser necessária a previsão no Código Civil para que houvesse o entendimento de que o enriquecimento sem causa deveria ser utilizado como fonte obrigacional.

Dentre as consequências de tal aprovação, HILDEBRAND¹⁰² discorre que a previsão do enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002 permitiu uma visão mais alargada do enriquecimento, que deixou de ser visto apenas como deslocamento patrimonial. Assim, filia-se à nova acepção do enriquecimento sem causa visto como fenômeno amplo e dinâmico, diferente das concepções anteriores que, ao enrijecer os pressupostos do enriquecimento sem causa acabavam por não explicar, por exemplo, a hipótese do enriquecimento por intromissão no direito alheio.

O enriquecimento sem causa foi inserido no Código Civil de 2002 no Livro I, o qual trata do Direito das Obrigações, mais precisamente no Título VII, um dos resguardados às fontes de obrigações, Capítulo IV, junto da promessa de recompensa, da gestão de negócios e do pagamento indevido.

¹⁰⁰NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 97.

¹⁰¹MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 178.

¹⁰²HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010. p. 63.

4 TEORIAS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

4.1 ASPECTOS GERAIS

O fundamento do enriquecimento sem causa, de acordo com MICHELON JR,¹⁰³ repousa sob a construção do mesmo como *válvula de escape do formalismo das atribuições patrimoniais*. Quer dizer que o mesmo existe como método de aplicação da justiça distributiva dentro do ordenamento, uma vez que o mesmo prevê regras formais para a consecução de propriedade em vários casos, o que, de per si, poderia gerar incongruências no ordenamento, assim, com a construção da necessidade de causa material para tanto, que não se trata de tão somente causa moral, mas sim causa jurídica, é possível que se mantenha um equilíbrio entre a regra formal e justiça. Seu fundamento seria, então, a *conservação estática do patrimônio*.

Já, de acordo com CAPUCHO¹⁰⁴, as teorias de enriquecimento sem causa são divididas em (i) teorias acerca do enriquecimento sem causa como valor moral ou jurídico, (ii) teorias acerca do enriquecimento sem causa como fonte de obrigação e (iii) teorias acerca do enriquecimento sem causa meio de tutelar o equilíbrio patrimonial, para, ao final, definir sua posição sobre o conceito de enriquecimento sem causa. Tal subdivisão não parece adequada, tendo em vista as particularidades de cada teoria, o que leva ao entendimento da necessidade de um rol aberto de teorias.

Na visão de CAPEROCHIPI¹⁰⁵ o entendimento do enriquecimento sem causa enquanto instrumento técnico não obsta sua incidência como princípio informador, tendo em vista que em cada caso o mesmo será utilizado de maneira diversa, não conflitante. Naquele visa remediar um desequilíbrio de patrimônio, neste busca inferir um valor ao sistema jurídico como um todo.

¹⁰³MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 182/183.

¹⁰⁴CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 75/103.

¹⁰⁵CAPEROCHIPI, Jose Antonio Alvarez, *El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1979. p. 11.

Outra análise é efetuada por CAPEROCHIPÍ¹⁰⁶ que considera que o enriquecimento sem causa pode desempenhar quatro papéis no ordenamento jurídico, quais sejam, (i) princípio geral, (ii) norma subsidiário, (iii) fundamento doutrinário dos quase-contratos e (iv) ação fundada na dinâmica da causa. Para o autor¹⁰⁷, o problema da conceituação como princípio geral ou regra moral é a imprecisão que decorre de tais concepções, a qual não pode ser transportada para a regra jurídica, que deve ter precisão de seu campo de atuação. Como fundamento dos quase-contratos¹⁰⁸ percebe-se que o intuito da doutrina seria abarcar a necessidade de restituir o que lhe é conferido injustamente através de espécies autônomas, no caso espanhol, à época, o pagamento indevido e a gestão de negócios, que representaria o preceito do enriquecimento sem causa. No tocante ao enriquecimento sem causa como norma subsidiária, considera o autor¹⁰⁹ que não há uma justificativa plausível para tanto. Por fim, sob o prisma do enriquecimento sem causa como derivado da dinâmica da causa o autor¹¹⁰ relaciona como ponto de início as *condictiones* romanas.

Evolutivamente, CAPEROCHIPÍ,¹¹¹ apresenta o enriquecimento sem causa como advindo da ideia de preceito moral e principiológico para chegar à formatação de norma jurídica, o que necessitou ultrapassar obstáculos de imprecisão, conflito de normas e dificuldade de aplicação prática do instituto.

Numa visão própria, VIEIRA GOMES¹¹² traz as categorias básicas, entre elas, (i) a teoria do quase-delito, próxima à doutrina alemã, conferindo ao enriquecimento um *minus* próximo ao da responsabilidade civil, (ii) teoria do quase-contrato, que visa impedir que o *free-rider* mantenha um benefício que não lhe cabe, (iii) princípio geral de direito, convertido em panaceia pela utilização e (iv) princípio geral de direito revertido em quase-nula utilização pela subsidiariedade.

Ademais, SERPA LOPES¹¹³ também classifica os fundamentos que baseariam o enriquecimento sem causa, sendo eles, (i) a gestão de negócios, (ii) o fundamento delitual, (iii) a teoria da responsabilidade civil, (iv) a ideia de equidade, (v) necessidade de segurança

¹⁰⁶CAPEROCHIPÍ, Jose Antonio Alvarez, *El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1979. p. 11.

¹⁰⁷*Idem.* p. 20.

¹⁰⁸*Idem.* p. 24.

¹⁰⁹*Idem.* p. 34.

¹¹⁰*Idem.* p. 53.

¹¹¹*Idem.* p. 12.

¹¹²VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 139/151.

¹¹³LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 56/60.

estática das fortunas, (vi) fundamento nos preceitos morais e (vii) teoria da equivalência das prestações.

Para além das categorias analisadas, muitas outras são discutidas pelos doutrinadores, mas que são primariamente rebatidas, como nos casos das teorias do contrato implícito¹¹⁴, da criação da jurisprudência¹¹⁵, da exigência da justiça¹¹⁶, do proveito criado¹¹⁷ e da transmissão de valor¹¹⁸.

Como bem observou GEORGES RAYNAUD,¹¹⁹ o estudo dos fundamentos do enriquecimento sem causa, mais do que uma análise teórica advinda dos pesquisadores, permite que se entenda a real abrangência do enriquecimento em causa no ordenamento, dada sua amplitude teleológica.

¹¹⁴Quanto à explicação através dos contratos implícitos, FABREGA PONCE destaca que a mesma já foi superada inclusive na Inglaterra, de onde provem sua criação. Isto porque o enriquecimento sem causa pode ser ocasionado por atos em que não há a mediação humana, como, por exemplo, nos atos da natureza. (FABREGA PONCE, Jorge. Teorias que explican el principio del enriquecimiento sin causa, *in.*: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v.34, n.54, pp.173-207. p. 182.)

¹¹⁵Sobre o enriquecimento sem causa enquanto uma criação da jurisprudência, do costume e de origem consuetudinária, FABREGA PONCE esclarece que tal adulação é imprecisa, tendo em vista sua construção ora como princípio, ora como norma, a depender do país em que se é analisa. (*Idem.* p. 188.)

¹¹⁶FABREGA PONCE credencia uma corrente que justificaria o enriquecimento sem causa como uma exigência da justiça, ou seja, um fenômeno que decorre da necessidade de aplicação da justiça substancial no plano fático. Entretanto, tal medida parece ser por demais vaga, tendo em vista que o conceito de justiça premeia toda a instituição e aplicação do direito, não credenciaria completamente o enriquecimento sem causa. (*Idem.* p. 193)

¹¹⁷Sob outro prisma, FABREGA PONCE adverte possíveis problemas na classificação do enriquecimento sem causa no âmbito da teoria do proveito criado: (i) tal teoria não trata do empobrecimento de outrem; (ii) não permite a aplicação do enriquecimento por fato do próprio empobrecido ou por fato de terceiro; (iii) a restituição ocorreria com base no valor criado, não no valor do empobrecimento. (*Idem.* p. 196.)

¹¹⁸No tocante à teoria da transmissão de valor, FABREGA PONCE considera que é falha, pois (i) deixa na penumbra os casos de enriquecimento proveniente do próprio empobrecido, (ii) não explica as situações em que as indenizações são menores que o empobrecimento e (iii) não explica os casos de prevenção ou de vantagem estritamente moral. (*Idem.* p. 199.)

¹¹⁹RAYNAUD, Georges, *L'action "de in rem verso" em droit civil français*, Paris, Arthur Rousseaus, 1899. p. 45.

4.2 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO PRECEITO DE EQUIDADE

Quanto à Teoria da Equidade, sabe-se que deriva do ensinamento de Pompônio, a saber: *jura naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* (D. 50, 17, 206). Deste modo, pode ser considerada a teoria mais antiga entre as mencionadas, além de ser presente no raciocínio de grande parte dos operadores do direito¹²⁰. Em linhas gerais, a teoria baseia o enriquecimento sem causa na equidade.

De acordo com GIOVANNI ETTORE NANNI¹²¹, a teoria da equidade foi acolhida, enquanto teoria objetiva, considerando a necessidade de toda prestação corresponder à uma contraprestação, justificando o fato jurídico, pela jurisprudência francesa, após a constatação do não cabimento das demais teorias. Porém, como adverte o autor, a teoria não é a mais adequada, uma vez que enquanto princípio formador do direito, não é possível sua acolhida diante de uma norma posta que verse sobre o tema, qual seja, o enriquecimento sem causa. Necessário, portanto, para se inquirir corretamente, uma base do próprio ordenamento.¹²²

Em relação à tal teoria, CAPUCHO¹²³ analisa que a mesma, ao embasar o enriquecimento sem causa no preceito de equidade, tem críticas no tocante à generalidade e imprecisão desta, sendo contrária à precisão necessária na tutela patrimonial, da qual trata o enriquecimento sem causa. Neste viés, a equidade assume posição discreta dentro do ordenamento jurídico, o que pode vir a ser contraposto pelos adeptos da teoria da equidade como forma de fixação de regra que poderia até mesmo sobrepor à norma geral.

Ainda sobre o fato, JORGE AMERICANO¹²⁴ assegura a equidade enquanto princípio de grande extensão e menor energia, sendo, portanto, um princípio informativo originário. Aliás, é possível estabelecer que a equidade chegou a extrapolar os comandos de princípio informativo do direito, uma vez que serviu como combatente voraz das raízes do formalismo na análise jurídica.

¹²⁰NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 115.

¹²¹*Idem.* p. 117.

¹²²*Idem.* p. 119.

¹²³CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 76/77.

¹²⁴AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1933. p. 3/7.

Após análise de implicações da equidade em normas contidas no Código Civil de 1916, JORGE AMERICANO¹²⁵ aduz que o locupletamento sem causa, dentro do ordenamento jurídico da época, não apresentava formas definidas e concretas, não havendo como reconhecê-lo através de padrões previamente estabelecidos.

O instituto do enriquecimento sem causa não pode ser fundamentado exclusivamente pelo princípio da equidade, uma vez que esta trata de princípio geral de direito, o qual, por causa de sua generalidade não pode ser aplicado sempre no caso concreto, de acordo com PEDRO PAES¹²⁶. Seria necessária, portanto, uma causa explícita que a validasse.

Em relação à equidade, PEDRO PAES¹²⁷ parte da premissa de que a mesma socorre o jurista quando o ordenamento jurídico se torna por demais formalista, a ponto de não contemplar soluções para casos de profunda injustiça. Porém, não caberia numa sociedade moderna, a qual clama por soluções eminentemente jurídicas para que o ordenamento seja respeitado.¹²⁸

Em relação à teoria da equidade, FABREGA PONCE¹²⁹ adverte que esta surgiu para substituir as teorias da gestão de negócios e dos quase-contratos. Porém, constituiria apenas uma fundamentação de ordem moral, não acrescentando a ordem econômica envolvida nos casos de enriquecimento sem causa.

De fato, como compreende a doutrina em geral, a equidade não pode ser inquirida como a fundamentação própria do enriquecimento sem causa, uma vez que é por demais genérica para ensejar apenas uma teoria. Seria, na verdade, uma concepção norteadora dos institutos legais, mas sob um viés principiológico.

Ademais, não poderia ser a base do enriquecimento sem causa, posto ser uma forma de julgamento inerente à justiça do caso concreto através do bom-senso, partindo de uma premissa diversa da aplicação da norma.

Derradeiramente, VALLE FERREIRA,¹³⁰ no contexto da fundamentação através do princípio da equidade, rebate as críticas daqueles que dizem se tratar de justificativa por

¹²⁵ AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1933. p. 30.

¹²⁶ PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p.17.

¹²⁷ *Idem.* p. 79.

¹²⁸ *Idem.* p. 82.

¹²⁹ FABREGA PONCE, Jorge, Teorias que explican el principio del enriquecimiento sin causa, *in.*: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v.34, n.54, pp.173-207. p. 190.

¹³⁰ FERREIRA, José G. do Valle, *Enriquecimento sem causa*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1949. p. 38.

demais genéricas, ao afirmar que é exatamente esta generalidade que permite que o enriquecimento sem causa possa ser usado em diferentes situações.

4.3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO REGRA MORAL E ÉTICA

Trata-se de outra teoria firmadora do enriquecimento sem causa, mas fomentando-a a partir do dever moral de vedação do enriquecimento sem causa.¹³¹ Assim, o enriquecimento sem causa exsurgiria do dever genérico moral ativo de impedir que outrem tenha mais do que lhe cabe por seus próprios atos. Obviamente, a temática de tal teoria enseja grandes questionamentos, principalmente pelo fato da ora simbiose, ora discrepância entre Direito, Moral e Ética.

Mais uma vez, parece ocorrer na doutrina um abrandamento no rigor do método científico para se chegar à uma conceituação da teoria do enriquecimento sem causa. Observa-se que, muito embora nascidas num mesmo entroncamento científico, qual seja as ciências sociais, uma não pode simplesmente servir de pressuposto de existência para premissas da outra. Em outras palavras, para que o ordenamento jurídico preserve sua identidade e eficácia deve ser baseado em seu próprio método, caso contrário fica definido um argumento tautológico, que gira em torno da mera existência, firmando-se que há enriquecimento sem causa porque há.¹³²

Sobre o tema, NANNI¹³³ esclarece que dentro do modelo legal atual é impensável que o enriquecimento sem causa seja delimitado por uma regra moral, devendo incidir sobre o mesmo apenas as regras de direito. Não pode ser a moral, portanto, a única justificativa do tema.

Na tentativa de desconstruir a moral como definidora do preceito do enriquecimento sem causa, CAPUCHO¹³⁴ baseia-se nas ideias de que sistema moral e jurídico devem ter suas regras definidas sem convergências, desta feita, impossível um sistema definir o outro. Mais uma vez, impedir-se-iam os desmandos legais através de um preceito amplo como o da moral.

¹³¹NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 120.

¹³²Não que com tal raciocínio se esteja minando as interconexões entre moral e direito, nem que aquela não exerce qualquer pressão sobre este. A questão não é a amoralidade kelseniana, mas sim a necessidade de se firmar uma conceituação básica do enriquecimento sem causa enquanto fenômeno jurídico.

¹³³NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 121.

¹³⁴CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 78/79.

O que ocorre ao se defender a moral como irradiadora do enriquecimento sem causa é uma confusão entre fonte fomentadora e fonte fomentada. Ambos direito e moral apresentam fontes fomentadoras próximas, uma vez que decorrem dos anseios e necessidades do ser humano, mas competem em ramos diversos dos atos deste mesmo ser, sendo fontes fomentadas diversas. O que ludibria no caso é que a moral define como preceito o mesmo ato repudiado dentro do ordenamento jurídico, qual seja, ter aquilo que não lhe pertence, mas esta não faz inaugurar tal preceito, mas sim regula-o dentro de sua esfera na sociedade.

O sentido da propriedade do seu é inerente ao ser humano no atual estágio de evolução e deve ser regulado nas diversas camadas de referência social. Assim, o comando de dever legal que repudia o enriquecer à custa de outrem não é filho, mas sim irmão do comando moral de não se apropriar do que não lhe caiba. Tratam, portanto, de mesmo fenômeno, mas em diferentes sistemas.

Aliás, já VICENTE RÁO,¹³⁵ diferenciava os campos de atuação de moral e direito. Enquanto este regula os atos humanos que se exteriorizam, aquela regula-os internamente, enquanto *voluntas* do agente, apesar de casos excepcionais em que os mesmos trocam papéis. Percebe-se que, ainda que não se trate do sistema amoral previsto por Kelsen, não se pode ter lei baseada exclusivamente em preceitos do campo da moral.

A justificativa do enriquecimento sem causa segundo o dever moral resguarda um problema de ordem quantitativa e outro de ordem qualitativa, segundo se depreende da análise de FABREGA PONCE.¹³⁶ Quantitativamente, o conceito de moral é demasiadamente vago, o que poderia fazer incluir tantos atos quantos fossem preditos por uma pretensa moral instituída. Qualitativamente, o conceito de moral é mutável ao longo do tempo, o que geraria instabilidade na definição do que geraria enriquecimento sem causa.

Por fim, SERPA LOPES¹³⁷ não entende ser a moral o fundamento central do enriquecimento sem causa, pois a mesma enquanto mínimo ético/moral já serve de fundamento ao ordenamento jurídico, não podendo servir em caráter geral e caráter específico ao mesmo tempo, sob pena de criar um sistema estritamente moral, em demérito aos preceitos e formas jurídicas. Corroboraria com tal visão o fato da crescente da teoria da equivalência

¹³⁵ RAO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, 6. ed., atual., São Paulo, RT, 2004. p. 77.

¹³⁶ FABREGA PONCE, Jorge, Teorias que explican el principio del enriquecimiento sin causa, *in*: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v.34, n.54, pp.173-207. p. 192.

¹³⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 60/61.

das prestações, que foca a tipificação do enriquecimento sem causa nos patrimônios e não nos sujeitos.

4.4 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO PRINCÍPIO

Para NORBERTO BOBBIO¹³⁸, os princípios gerais de direito estão atrelados ao procedimento de auto integração, sendo normas genéricas do sistema. Confirma, portanto, ser norma o princípio geral, pois é extraído das normas, não podendo ter outra natureza, só sendo extraído das normas para a consecução de definir um caso específico.

Na visão de RÁO¹³⁹, os princípios gerais de direito são *standarts*, presunções advindas do próprio ordenamento jurídico, podendo ser derivados do (i) sistema jurídico positivo, ou seja, norma posta, (ii) da ciência do direito que enquanto método permite concluir premissas e (iii) da filosofia do direito, que reúne as inspirações do direito para lhe dar unidade.

A Teoria do Princípio Geral de Direito decorre do pensamento italiano, sendo uma constante no pensamento de Alessandro Graziani, G. B. Castioni e Giuseppe Andreoli, segundo NANNI.¹⁴⁰ Ademais, o autor elenca que a fundamentação do enriquecimento sem causa transcorre-se através do princípio formador de direito, qual seja a impossibilidade de se permanecer com o que não se teve motivo ou razão para adquirir, que atua como própria constituição do direito.

Esclarece NANNI¹⁴¹ que, ao contrário do que dispõe a teoria em questão, o enriquecimento sem causa é efetivo mandamento normativo, verdadeiro princípio congênito, posto que deriva da ordem constitucional e também civil, firmada pelos princípios de livre-iniciativa, autonomia de vontade e função social do contrato. Novamente, trata-se de não reduzir o significado do enriquecimento sem causa emprestando-lhe uma roupagem que, de fato, descobre-se a quem às suas perspectivas.

Consequentemente à teoria, CAPUCHO¹⁴² assevera que o princípio deve ser entendido enquanto técnica legislativa, posto que é visto como norma jurídica para a doutrina pós-

¹³⁸BOBBIO, Norberto, *Teoria geral do direito*, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2008. p. 296/298.

¹³⁹RAO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, 6. ed., atual., São Paulo, RT, 2004. p. 304/305.

¹⁴⁰NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 122.

¹⁴¹*Idem*. p. 124.

¹⁴²CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 80/81.

positivista, devendo ser sistema sopesado com a utilização de princípios e regras, tendo em vista que a unidade do mesmo não estaria prejudicada.

Ademais, o autor tem conceito de enriquecimento sem causa que se aproxima do entendimento deste como princípio. Considera que a vedação ao enriquecimento sem causa preceitua a própria razão da justiça, sendo um princípio jurídico. Desta também deriva, uma vez que decorre do entendimento, à luz da igualdade, liberdade e do princípio de dar a cada um o que é seu, da aplicação do ideal de justiça. Assim, é criado um modelo de conduta, reconhecido enquanto dever-ser.

Doravante, liga-se com o princípio da igualdade, sendo deste indissociável, posta sua consecução-fim ser a de garantir a individualidade e liberdade do indivíduo. Neste contexto, só poderia ser observado como fenômeno casuístico, sendo estabelecido enquanto ser, objetivando-se de maneira concreta, já que trata de conceito peculiar da interação social.¹⁴³

Contudo, entender o enriquecimento sem causa como princípio é dificultado pela crítica que, herança do positivismo, imputa à norma posta maior valor do que aos princípios, tornando aqueles a regra geral e estes a subsidiária. Melhor sorte não aguarda argumento, se o princípio for analisado como o próprio fundamento do sistema jurídico, equivalendo-se em autoridade normativa em relação às normas positivadas.¹⁴⁴

Conclui o autor,¹⁴⁵ deste modo, que deve haver aplicação concomitante entre princípio e regra, pois há conformação e sustentação entre os mesmos. Até porque, no ordenamento jurídico não é salutar que haja soluções-padrão para todos os casos, devendo ser prevista a maleabilidade no julgar o caso concreto.

Ocorreria então um conflito entre duas vertentes, quais sejam, aqueles que visualizam o juiz como aplicador da lei e aqueles que o visualizam como criador da mesma no caso concreto.

Entender o juiz como mero aplicador da lei, faz pressupor que entre norma e princípio, aquela deve preponderar, com base na obtenção de segurança jurídica, todavia, entender o juiz como criador da norma jurídica faz coexistir em igualdade o princípio e a norma posta. Por isso, finaliza o autor¹⁴⁶ que a previsão legal do enriquecimento sem causa no art. 884 no

¹⁴³ *Idem.* p. 95.

¹⁴⁴ *Idem.* p. 96/97.

¹⁴⁵ *Idem.* p. 99.

¹⁴⁶ CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 100/103.

Código Civil de 2002 não exclui sua aplicação como princípio, tendo em vista que esta seria mais ampla do que aquela.

No tocante ao enriquecimento sem causa enquanto princípio geral de direito, elucida BARBIERA¹⁴⁷ que, através da observação de sua construção, indubitavelmente pode-se afirmar o seu caráter geral. A análise histórico/comparativa permite admitir que a figura jurídica modificou seu status desde o Direito Romano, no qual era formulado especificamente nas *condictiones*, para exsurgir como princípio geral de direito, posto que a manutenção do equilíbrio, fator propulsor do enriquecimento sem causa, está presente enquanto valor tanto no direito privado quanto no direito público.¹⁴⁸

Para ECHEVERRÍA,¹⁴⁹ mais do que propor o preenchimento de um vazio em casos de ausência de contratos ou modo de aquisição, a responsabilidade por enriquecimento sem causa, enquanto princípio geral de direito, delimita suas exceções.

Sobre a falibilidade do princípio, GORDLEY¹⁵⁰ indica que a confusão acerca do entendimento do princípio do enriquecimento sem causa faz com que muitos pesquisadores venham a dizer que o princípio seria falho, por muitas vezes não ser respeitado, já que em nenhuma situação deveria alguém se beneficiar da perda ou custo assumido por outrem. Todavia, não é isso que ocorre, é preciso ter em mente que a regra do enriquecimento sem causa apresenta delimitações. A dificuldade repousa no fato de que não é a regra de enriquecimento que traz tais limitações, mas sim são os propósitos de criação de cada direito, como o direito à propriedade, que indicaram os parâmetros do que venha a ser um enriquecimento sem causa.

Na seara da análise distintiva, LYDIA ESTEVE GONZALEZ¹⁵¹ diferencia o enriquecimento sem causa enquanto princípio e o enriquecimento sem causa enquanto norma positiva e fonte autônoma de obrigações, uma vez que aquele é um comando negativo que obriga à não atuar em contrário ao mesmo, enquanto este é um comando positivo de restituir um valor

¹⁴⁷BARBIERA, Lelio, *L'ingiustificato arricchimento*, Napole, Joveni, 1964. p. 40.

¹⁴⁸*Idem.* p. 70/80.

¹⁴⁹ECHEVERRÍA, Jose, La responsabilidad fundada en el enriquecimiento injusto y su proyección hacia los problemas ético-jurídicos y políticos in.: *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Santurce, v.24, n.2, pp.193-211. p. 211.

¹⁵⁰GORDLEY, James, *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford, Oxford University Press. p. 419/426.

¹⁵¹ESTEVE GONZALEZ, Lidia, El enriquecimiento injusto y sin causa y la calificación autónoma del supuesto de hecho del artículo 10.9.III del Código Civil Español in.: *Revista de Derecho Privado*, Madrid, pp.705-722, oct. 1999. p. 721.

patrimonial. Ademais, o princípio jurídico não apresenta valor a priori, o que que sua aplicação decorra sempre que seja necessário proteger o valor intrínseco por ele constituído.

4.5 TEORIA PATRIMONIAL

Uma das primeiras concepções francesas foi a Teoria Patrimonial.

Tendo sido construída na França, por Aubry e Rau, a Teoria Patrimonial direciona a razão do enriquecimento sem causa ao patrimônio, ou seja, a principal dinâmica é a do enriquecimento mediante empobrecimento de outrem. Muito embora utilizada por algum tempo na França, as opiniões atuais não são no sentido de sua plena eficácia.

Segundo NANNI¹⁵², falta adequação suficiente da teoria patrimonialista frente ao enriquecimento sem causa, posto que resulta falacioso o argumento de que através desta teoria é possível aumentar o campo de abrangência do instituto já que a mesma tende a estagnar no conteúdo patrimonialista, herança do pensamento francês, o ramo de atuação do enriquecimento sem causa. Na atual fase do direito, preconizado pelos princípios da justiça social, liberdade e solidariedade e pela tutela da pessoa humana, a visão meramente patrimonialista não se enquadra enquanto forma de aplicação do enriquecimento sem causa.

Converge para tal teoria PEDRO PAES¹⁵³, que identifica-se com a mesma pois esta explica o enriquecimento como o deslocamento de patrimonial entre as partes sem que haja consentimento das mesmas. Assim, o fundamento do enriquecimento sem causa seria a injusta transmissão do bem.¹⁵⁴

¹⁵²NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 110.

¹⁵³PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 89.

¹⁵⁴PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 90.

4.6 TEORIA DA GESTÃO DE NEGÓCIOS

A Teoria da Gestão de Negócios advém do raciocínio elaborado pela Escola da Exegese, mormente os estudos de Laurent, Demolombe e Larombière. Segundo os mesmos, o ponto fulcral de todo o ordenamento, à época, seria o Código de Napoleão, deste modo, seriam suas normas, enquanto regramento do cidadão, que deveriam sustentar todo o ordenamento jurídico, numa espécie, *mutatis mutantis*, de norma fundamental.

Neste contexto, considerando que o Enriquecimento sem causa não era previsto expressamente no Código de Napoleão, a doutrina buscou relacioná-lo com um instituto que julgaram próximo à aquele. A ideia seria que tanto enriquecimento quanto gestão de negócios trata de restituir aquilo que foi retirado do patrimônio de outrem sem justo motivo. Assim, seria enriquecimento sem causa uma forma de gestão de negócios anômala.

Todavia, tal aproximação é falaciosa, a ponto de ser criticada pela doutrina atualmente¹⁵⁵. O principal motivo avençado é que ambas decorrem de um princípio comum, qual seja a reparação de um *status* anterior, que se mantido gera uma injustiça. Contudo, tal premissa percorre todo o ordenamento jurídico, se confundindo com o princípio do enriquecimento sem causa, mas não podendo gerar a compreensão de que o enriquecimento sem causa é “espécie” de gestão de negócios.

Segundo PEDRO PAES¹⁵⁶ a teoria da gestão de negócios é imperfeita, posto que foi desenvolvida apenas para se encontrar uma explicação codificada que permitisse a consecução do enriquecimento sem causa. Ademais, a criação de uma categoria a parte, a gestão anormal, demonstra que os institutos não guardam similaridades capazes de conceder-lhes unidade.¹⁵⁷

No tocante à simbiose por vezes atribuída ao enriquecimento sem causa e a gestão de negócios, CAPUCHO¹⁵⁸ identifica, baseado nas considerações de Pothier e Paolo Gallo, que esta ocorreria motivada pela unidade de fundamento e causa de ambos, ainda que com

¹⁵⁵NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 111.

¹⁵⁶PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 72/74.

¹⁵⁷PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 76.

¹⁵⁸CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 55.

consequências diversas. Neste contexto, ainda que a gestão de negócios assumisse posição mais importante, poderia ocorrer a utilização da *actio de rem in verso*.

Retrata FABREGA PONCE¹⁵⁹ que a crítica considera a explicação do enriquecimento sem causa sob o prisma da gestão de negócios anormal como uma classificação arbitrária e imprecisa. São elementos que os distinguem: (i) a gestão de negócios trata de verdadeiro *modus vivendi*, enquanto que o enriquecimento sem causa apenas busca reestabelecer o equilíbrio; (ii) não há obrigações outras entre enriquecido e empobrecido, enquanto que na gestão de negócios há, como a prestação de contas; (iii) o enriquecido atua por conta própria, enquanto que o gestor atua como representante de outrem.¹⁶⁰

A gestão de negócios não deve ser considerada, posto que apresenta diferenças marcantes em relação ao enriquecimento sem causa, principalmente quanto à sua derivação de uma necessidade e possibilidade de amplo ressarcimento, ambas ausentes no locupletamento indevido.

4.7 TEORIA DO QUASE CONTRATO

Como demonstra CAPUCHO,¹⁶¹ a teoria que indica o enriquecimento sem causa como uma forma de quase-contrato foi desenvolvida sobretudo na França, uma vez que não havendo disposição expressa acerca do enriquecimento sem causa, os doutrinadores franceses reconheceram esta como uma forma de gesto de negócios anormal, que seria classificada como quase-contrato, tendo em vista a divisão tradicional de fontes de obrigações.

Ao decorrer do tempo, com a superação do paradigma que definia o enriquecimento sem causa muito próxima da gestão de negócios, dando-lhe unidade, não mais era possível considerá-lo como quase-contrato. Afinal, para considerar o enriquecimento sem causa como quase-contrato, deve-se aproximá-lo com a gestão de negócios, caso contrário, seria formado uma espécie de quase-contrato atípico, o que não cabe na classificação posta.¹⁶²

¹⁵⁹FABREGA PONCE, Jorge, Teorias que explican el principio del enriquecimiento sin causa, in.: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v.34, n.54, pp.173-207. p. 177.

¹⁶⁰*Idem*. p. 178.

¹⁶¹CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 83/84.

¹⁶²*Idem*. p. 84/85.

Quanto à justificativa dos quase-contratos, FABREGA PONCE ¹⁶³ assevera que não é possível considerar tal aproximação, posto que: (i) o quase-contrato é uma concepção obscura e arcaica; (ii) nem todas as obrigações de quase-contrato são fundamentadas no enriquecimento sem causa, nem todos os casos de enriquecimento sem causa derivam de quase-contratos; (iii) é possível haver o enriquecimento por ato de terceiro, o que desfaz o elemento de voluntariedade dos quase-contratos; (iv) a doutrina contemporânea, bem como os códigos, não tem aceitado tal premissa.

4.8 TEORIA DO FATO ILÍCITO

Na teoria do fato ilícito, defendida por Marcel Planiol, o Enriquecimento sem causa resta tipificado enquanto uma forma delitual, sendo considerado uma espécie de fato ilícito.

No entanto, a aproximação entre enriquecimento sem causa e fato ilícito não é cabível, tendo em vista a natureza de origem de cada um dos institutos. De um lado, o enriquecimento sem causa funda-se na hipótese de deslocação patrimonial que não recebe a devida contraprestação, ou seja, não apresenta motivação, daí a denominação “sem causa” ou injustificado. Por outro lado, o fato ilícito deriva de conduta antijurídica, ilegal, ou seja, conduta que respeita os ditames da lei que a regula, assim forjando um fato não lícito.

Neste viés, define-se o enriquecimento sem causa como uma forma de ato ilícito em sentido amplo, o que lhe estabelecerá como delito ou quase delito. Assim, estariam fundidas as figuras do enriquecimento e do dano. Porém, considerar tal assertiva é admitir que enriquecimento sem causa e responsabilidade civil tratam de mesma temática.

Contrária à essa doutrina, encontra guarida o raciocínio contrário senso de que responsabilidade civil e enriquecimento sem causa são figuras diversas e por isso devem ser tratadas de maneira diversa. Explica-se:

O raciocínio de PEDRO PAES ¹⁶⁴ não concorda com a visão do enriquecimento sem causa como derivado do ato ilícito, tese defendida, *mutatis mutandis*, por Planiol, uma vez que o ato injusto praticado naquele não se equipara ao ato ilícito praticado nesta.

¹⁶³FABREGA PONCE, Jorge, Teorías que explican el principio del enriquecimiento sin causa, *in.*: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v.34, n.54, pp.173-207. p. 181.

¹⁶⁴PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 85.

Não se pode considerar o argumento delitual, uma vez que o enriquecimento sem causa pode ocorrer sem consciência do fato e nele há limitação de ressarcimento.¹⁶⁵ Assim como também não procede fundamentá-lo à luz da teoria da responsabilidade civil, por não decorrer de ato ilícito e pela questão de ressarcimento.¹⁶⁶

Sobre a teoria do ato ilícito, FABREGA PONCE¹⁶⁷ elenca as seguintes impropriedades: (i) o enriquecimento sem causa não requer culpa ou negligência do enriquecido; (ii) não se pode pressupor uma indenização em caso de enriquecimento sem causa, posto que se trata de mera restituição; (iii) o enriquecimento sem causa não é fundado exclusivamente no dano, podendo decorrer de vantagens também.

4.9 TEORIA DO LUCRO CRIADO

A Teoria do Lucro Criado, concebida por Georges Ripert e M. Teisseire, objetiva elencar o enriquecimento sem causa enquanto uma modalidade de responsabilidade civil, baseando-se na teoria do risco. Considerando a Teoria do Risco, os estudiosos firmaram a premissa de que quem proporciona lucro à terceiro por ato próprio tem direito a reivindicá-lo.

Como explica GIOVANI ETTORE NANNI¹⁶⁸, tal teoria é improcedente, visto que baseada numa analogia com a responsabilidade civil. Comenta que sua principal impropriedade é basear-se na responsabilidade civil sem culpa, que apresenta caráter excepcional, sendo este *um contrassenso e diminuição do instituto*.

¹⁶⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 57/58.

¹⁶⁶ *Idem*. p. 58/59.

¹⁶⁷ FABREGA PONCE, Jorge, Teorias que explican el principio del enriquecimiento sin causa, *in.*: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v.34, n.54, pp.173-207. p. 186.

¹⁶⁸ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 115.

4.10 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO NORMA AUTÔNOMA

4.10.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Teoria Unitária alemã antecede a Dualista temporalmente, sendo conhecida também como tradicional. Grosso modo, estatui que a norma acerca do enriquecimento sem causa (§812 do BGB) tem aplicação geral e sem qualquer tipo de óbice. NANNI¹⁶⁹ relata que a teoria advém do pensamento de Savigny, para quem o enriquecimento sem causa ocorre sempre que houver deslocamento patrimonial sem causa entre as partes. Para os adeptos de tal teoria, não interessa qual a origem desse deslocamento.

A teoria foi criticada por Schulz, para quem a premissa do enriquecimento sem causa é a lesão à direito alheio e não a falta de pretensão causal acerca do deslocamento patrimonial.

De outra feita, a Teoria Dualista, inspirada na própria concepção romana das *condictiones*, fomentou sua premissa através do argumento que seriam necessários grupos distintos e autônomos de elencassem as possibilidades de atos que levariam ao enriquecimento sem causa. Seus principais idealizadores foram Walter Wilburg, que diferencia o enriquecimento sem causa entre o originado por prestação (*leistung*) e o originado por intervenção e Ernst von Caemmerer, que denuncia a necessidade de maior completude à teoria de Wilburg.

Notadamente em Portugal, Espanha e Itália a teoria dualista vem recebendo guarida.

4.10.2 TEORIA ALEMÃ

Na Alemanha, o processo que levou à aceitação e utilização do enriquecimento sem causa foi diverso do que aconteceu na França. Até a sua tipificação no BGB, no §812, a teoria passou por alguns estágios.

Inicialmente, até o século XIX houve, por parte da doutrina alemã, um desconforto em utilizar o preceito de equidade em princípio jurídico, tendo em vista que era por demais

¹⁶⁹NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 125.

genérico e por demais indeterminado. Assim, deveria servir apenas para guiar a criação das normas jurídicas, subsistindo de maneira tácita, sem utilização factual no ordenamento. Neste contexto, fracassou a *actio in factum* proposta por Sell, posto que apresentava bases na *actio de in rem verso*.¹⁷⁰

Acentua DIOGO CAMPOS¹⁷¹ que, diferentemente do que se pensava acerca do enriquecimento sem causa, as *condictiones* ainda neste período eram aplicadas, tendo em vista que sua formulação delimitava seu campo de atuação, não criando preceitos indeterminados e genéricos. Assim, eram aplicadas na prática tanto quanto os demais institutos. Foram sendo, portanto, encaradas como técnicas de direito positivo, baseadas sim em um princípio genérico, mas com aplicação restrita.

Consequentemente, foi pensada a *condictio sine causa generalis*, que abarcaria todas as demais *condictiones*, sem nunca atuar no caso concreto, uma vez que eram utilizadas as *condictiones* específicas para cada caso. Nesta feita, não era possível estabelecer uma relação de subsidiariedade, posto que não havia aplicabilidade da *generalis*.¹⁷²

Doravante, DIOGO CAMPOS¹⁷³ indaga que *condictio sine causa generalis* foi introduzida no ordenamento alemão de maneira indutiva, não sendo simplesmente lançada como norma aplicável, o que aconteceu no ordenamento francês. Desse modo, sua aceitação foi muito maior, sendo que quando da efetivação do enriquecimento sem causa no BGB, não foi preciso condicioná-lo à subsidiariedade, já que suas condições e o histórico por de trás da sua formatação garantiam confiança de que não seria este utilizado à qualquer custo, mas sim seguindo os preceitos do ordenamento alemão.

Assim, na Alemanha, tanto jurisprudência quanto doutrina eram muito mais abundantes nos casos de utilização das *condictiones* do que no direito francês. Foi a necessidade real que fez florescer o instituto no direito alemão.¹⁷⁴

Ademais, no direito alemão a estrutura dos negócios abstratos fez com que fosse necessária a norma que impedisse o enriquecimento sem causa. Por isso, afirmou DIOGO CAMPOS¹⁷⁵ que *a ausência de uma causa a fundar as deslocações patrimoniais promovidas*

¹⁷⁰CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974. p. 222.

¹⁷¹*Idem.* p. 223.

¹⁷²*Idem.* p. 224/226.

¹⁷³*Idem.* p. 226.

¹⁷⁴*Idem.* p. 231.

¹⁷⁵CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974. p. 293.

pelos negócios abstratos – que são muitos e da maior importância prática – tem de ser remediada através do enriquecimento sem causa. Isso porque, embora o negócio abstrato não seja inválido se não completo, posto que desnecessária a causa, não se pode falar que o mesmo seja definitivo, podendo ser utilizado o enriquecimento sem causa para reestabelecer uma situação que pela simples aplicação do negócio abstrato seria desfeita.

Conclui o autor¹⁷⁶ que foram as circunstâncias de fato no ordenamento alemão, quais sejam, a necessidade de controlar setores juridicamente importantes que fez com que os juristas e doutrinadores aplicassem o enriquecimento sem causa de maneira extensiva. Não tiveram, por isso, a mesma preocupação que afligiu os franceses, acerca da forma genérica se tornar um verdadeiro leviatã jurídico. Sem ter outra forma de atuação, utilizaram o enriquecimento sem causa de forma autônoma.

Derivado à tal consideração, FABREGA PONCE,¹⁷⁷ ao comentar a importância da vedação ao enriquecimento sem causa dentro de um ordenamento abstrato, demonstra que o mesmo é o próprio antídoto para as possíveis incoerências por ele criadas, uma vez que a causa não é requisito de vinculação da obrigação. Assim, *pode o direito curar a ferida aberta por si mesmo.*

Ademais, SERPA LOPES¹⁷⁸ relaciona a opção alemã com o próprio direito romano, uma vez que ambos apresentam caráter abstrato do vínculo contratual o que, por causa da falta de sinalagma, gera possibilidade reiterada de se enriquecer injustificadamente.

4.11 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO EQUILÍBRIO PATRIMONIAL

A tradicional teoria do equilíbrio patrimonial assenta-se na constatação do deslocamento patrimonial e no seu ulterior desfazimento. Parte da premissa que sobrepõe o patrimônio do agente como fulcro do ordenamento no caso do enriquecimento, portanto, o enriquecimento sem causa se consolidaria sempre e tão sempre quando houvesse deslocamento fático de patrimônio entre o enriquecido e o empobrecido.

¹⁷⁶*Idem.* p. 295.

¹⁷⁷FABREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, 1. t., Colombia, Plaza & Janes, 1996. p. 75.

¹⁷⁸LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 65.

Desenvolvida na Alemanha, a teoria fixa na necessidade do bem em questão outrora ter figurado no patrimônio do empobrecido e, como se observa do dito por CAPUCHO,¹⁷⁹ por partir de uma concepção rígida, não apresenta coordenação com o sentido atual de enriquecimento sem causa. Entre os motivos tem-se que (i) não considera a nova concepção de enriquecimento sem causa, (ii) não explica os casos de enriquecimento por fato de terceiro e (iii) difícil de ser provado no caso de consumo de bens de terceiro.

Quanto ao primeiro argumento, parece lógico, tendo em vista que a teoria é anterior à concepção ampla de enriquecimento sem causa, e parte de premissas mais rígidas. Sabendo que requisitos como empobrecimento e enriquecimento patrimonial muitas vezes não precisam estar presentes para configurar o enriquecimento sem causa, a teoria do equilíbrio patrimonial não mais é aplicável.

Quanto ao segundo argumento, também, no pensamento da doutrina, não seria possível estabelecer o enriquecimento se este se encerra num ato de terceiro. Como deve haver transmissão entre as partes, deslocamento de patrimônio, o terceiro não seria tipificado enquanto enriquecido, uma vez que o patrimônio advém daquele que primeiramente se enriqueceu em face do empobrecido.

Por fim, quanto ao terceiro argumento, fica evidente a impossibilidade de consideração do mesmo por causa da falta de provas de deslocamento. O consumo de bens de terceiro, considerado atualmente como uma forma de enriquecimento, não consegue ser explicada pela teoria do equilíbrio patrimonial pois este não se desloca de um patrimônio para o outro, mas sim sai do patrimônio do empobrecido para se exaurir.

Ainda em relação à teoria do equilíbrio patrimonial, salienta CAPUCHO,¹⁸⁰ há outra concepção que substitui o paradigma do deslocamento patrimonial pelo paradigma da violação de direito alheio, proposta por Schulz. Haveria, portanto, um direito ao resultado desta intervenção, o que resultaria na obrigação de restituir.

Entre as possíveis críticas à teorias, FABREGA PONCE¹⁸¹ credita falha à mesma pois esta considera apenas as transmissões diretas, deixando desguarnecidas todas as atribuições indiretas que também são passíveis de enriquecimento sem causa.

¹⁷⁹CAPUCHO, Fábio Jun, O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 87/88.

¹⁸⁰*Idem.* p. 89.

¹⁸¹FABREGA PONCE, Jorge, Teorias que explican el principio del enriquecimiento sin causa, *in.: Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v.34, n.54, pp.173-207. p. 200.

4.12 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ENQUANTO NORMA SUBSIDIÁRIA

Historicamente, o enriquecimento sem causa se desenvolveu na França a partir das *condictiones* do Direito Romano. Todavia, com a sobreposição da teoria da causa no ordenamento francês, as *condictiones* perderam espaço de atuação para os casos de nulidade resolvidos a partir da teoria da causa como elemento dos negócios jurídicos, posto que a nulidade resolveria os casos em que antes eram utilizadas as formulações romanas.¹⁸²

No Código de Napoleão, o se entendia como enriquecimento sem causa na época foi relevado à regra de equidade, não sendo regulado em seu conteúdo. Diante de tal quadro, DIOGO CAMPOS¹⁸³ assevera que é errôneo o pensamento de que o princípio geral estava espalhado por todo o ordenamento francês, uma vez que, em verdade, o princípio era quase estranho à este, sendo utilizado poucas vezes.

Todavia, apesar de esquecido pela maior parte do século XIX, o enriquecimento sem causa foi resgatado na França quando do caso *Arrêt Boudier*, já que o ordenamento se mostrava incompleto, sendo necessárias outras formulações, o que cindiu com as análises da Escola da Exegese e sua supremacia da lei civil codificada.

Ressurgindo no ordenamento, como demonstra DIOGO CAMPOS,¹⁸⁴ necessário o estabelecimento de suas condições, e, assim, Aubry e Rau, sob a influência de Zachariae, autor alemão, definiram que a *actio de in rem verso*, por ser ação por intromissão em coisa alheia deveria ter caráter subsidiário. Porém, nem os autores, nem a Corte de Cassação tomaram as razões para aplicação da subsidiariedade, que acabou aplicada de maneira acrítica. Assim, conclui o autor, a subsidiariedade não pode ser considerada como um produto pensado pelos doutrinadores franceses, mas sim uma precipitação conjuntural desmotivada.

Neste panorama, o enriquecimento sem causa na França foi aplicado de maneira abrupta, simplesmente pelo fato de ser baseado num preceito muito forte de equidade. Este início tortuoso, aliado ao fato de que o mesmo tinha uma função indireta no ordenamento e também era complementar, ou seja, subsidiário, fez com que sua aplicação fosse restrita. Frise-se, embora restrita, não significa que tenha sido à época um império de injustiças no tocante ao

¹⁸²CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, p. 124.

¹⁸³*Idem.* p. 127.

¹⁸⁴*Idem.* p. 219.

tema, simplesmente não havia necessidade para sua utilização, uma vez que as demais normas resolviam os casos concretos. Demonstra-se, por fim, que havia mais necessidade de ordem moral do que técnica para a consolidação do instituto na época.¹⁸⁵

Ademais, a partir da teoria da causa, não haveria incidência do enriquecimento sem causa em casos em que se aplicasse a nulidade do negócio ou do contrato. O que era diverso na Alemanha, onde imperava a teoria dos negócios abstratos. Neste sentido, percebe-se que não há grandes argumentos junto à forma do ordenamento francês que motivem uma modificação na estrutura do enriquecimento sem causa, retirando-lhe sua subsidiariedade. Parece haver um impasse, que resolve de certa maneira a questão; se não há por que extirpá-lo do ordenamento, também não há porque incrementá-lo, ficando por correto mantê-lo como está.

Assume o enriquecimento sem causa, desta feita, um caráter de *extrema ratio*.¹⁸⁶

Na leitura de CAPUCHO,¹⁸⁷ outro motivo que teria feito com que o desenvolvimento do enriquecimento sem causa na França não tenha alcançado a perspectiva de autonomia decorre do fato de que havia plena dificuldade em situá-lo como ato voluntário. Assim, sem fundar-se como fonte de obrigação, estaria destinado ao legislador, que o utilizaria enquanto princípio.

Ainda que inicialmente ligado com o sentido de gestão de negócios, o enriquecimento sem causa passou a ser compreendido em si para além do caso paradigmático *Arrêt Boudier*, nos casos *Arrêt Clayete* e *Arrêt Briauhant*.

No primeiro, foi negada a pretensão de viúva baseada em enriquecimento de congregação missionária à qual seu marido teria destinado dinheiro para a construção de prédios não construídos. A decisão fincou o princípio da subsidiariedade, afirmando não ser possível recorrer ao enriquecimento sem causa se houvesse outra ação contratual que pudesse solucionar o impasse. No segundo caso, houve a confirmação de tal preceito, uma vez que foi negada a pretensão de empreiteiro em restituir, através da *actio de in rem verso*, valor de serviço praticado além do acordado, mas com o consentimento do dono da obra.

¹⁸⁵CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974. p. 228/229.

¹⁸⁶VARELA, Antunes, *Direito das obrigações: conceito estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, mobilidades das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 202.

¹⁸⁷CAPUCHO, Fábio Jun, *O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007. p. 53.

Como descreve SERPA LOPES,¹⁸⁸ a abdicação do formalismo somada à instituição da causa como elemento central do negócio jurídico tornou de fato inútil a utilização das *condictiones*, posto que as indevidas transações se resolviam em casos de nulidade do negócio jurídico. Restou o enriquecimento sem causa apenas como *regra inspiradora* do ordenamento.

4.13 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA TEORIA DE GIOVANNI ETTORE NANNI

Ao notar a incompletude das teorias tradicionais, bem como a falta de uma teoria acerca do enriquecimento sem causa que fosse proposta por doutrinadores brasileiros, considerando a realidade do ordenamento brasileiro, GIOVANNI ETTORE NANNI propôs uma teoria própria, baseado na concepção sistemática do direito, considerando a análise constitucional do tema, bem como a análise civilista e obrigacional para concluir que o enriquecimento sem causa exsurge enquanto norma e princípio dentro do ordenamento jurídico.

A primeira premissa de NANNI¹⁸⁹ decorre da falta de estudos acerca das finalidades e objetivos, bem como pressupostos e razões das normas por muito tempo. Tempo este que perdurou durante a supremacia da Escola da Exegese, da simples aplicação literal da lei, da qual decorria todo o poder. Tal visão foi modificada com a concepção sistemática do direito, que passou a ser estudado por outra perspectiva filosófica/cultural.

A partir de uma visão sistemática do direito, é possível pensá-lo e moldá-lo através de preceitos gerais constitucionais, como o Estado Democrático de Direito, a justiça, a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana e a igualdade. É o fenômeno reconhecido como Constitucionalização do Direito Civil. Para o autor, apenas e tão somente inserindo o Direito Civil adaptado à normativa constitucional pode-se atingir os ideais próprios do Estado, que por sua vez, influenciam sobremaneira o entendimento do enriquecimento sem causa.

Alguns princípios devem ser considerados:

¹⁸⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 64.

¹⁸⁹ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 129/138.

Como primeiro marco o autor indica a dignidade da pessoa humana. Argumenta que através de tal garantia, o ser humano é protegido dentro de seu valor intrínseco e tudo que a ele corresponde. A partir deste raciocínio, cabe a aplicação do direito civil tendo como perspectiva a pessoa e suas necessidades. A dignidade da pessoa humana seria a relação jurídica inicial, uma vez que considera cada indivíduo dentro de sua própria existência.

Ocorre, portanto, uma mudança paradigmática dentro do direito das obrigações, conhecida como fenômeno da despatrimonialização, e assim o autor sustenta, baseado na teoria de Perlingieri, que com a ruptura do patrimônio e a alçada do valor do personalismo, há de ser repensado o direito das obrigações. Desse modo, *há uma restrição à autonomia privada dos sujeitos de direito, pois nenhuma relação jurídica pode ser dissonante da relação jurídica fundamental, isto é, não pode vilipendiar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.*¹⁹⁰

Para além da primeira acepção da dignidade da pessoa humana, repousa o seu segundo significado, qual seja, a sua relação com a atividade econômica, tanto em sentido estrito quanto em sentido lato. Decorre da previsão expressa do art. 170, caput da Constituição Federal de 1988. Essa interferência ocorreria de maneira direta nos negócios jurídicos, que se enquadram no exercício de atividade econômica em sentido lato.

O segundo marco ou pressuposto é o da liberdade. Baseado na teoria de Canotilho, o autor¹⁹¹ define a liberdade enquanto física, ou seja, poder se locomover ao bel-prazer de seu livre-arbítrio e comportamental, ou seja, poder agir conforme suas e apenas suas convicções. Assim, toda a luta pelo direito demanda liberdade do indivíduo, para que o mesmo possa desvencilhar-se do injusto que se aglomera em sua direção, tolhendo-lhe a plenitude de sua vida. Contudo, tal injusto deve ser motivado, não podendo o indivíduo, sob o pretexto da liberdade, ferir o Estado Democrático e a individualidade de outrem.

Quanto ao terceiro marco, é inerente à qualquer pensamento jurídico, a saber: a justiça. A justiça é um valor intrínseco ao próprio ordenamento jurídico, posto que se não é o fim da jurisdição, pauta-a a ponto de, aos olhos leigos, ser confundida com a mesma. Doravante, a justiça representa dois aspectos de interconexão com o enriquecimento sem causa, quais sejam, a justiça enquanto justiça comutativa, ou seja, reequilibrar uma situação anterior entre aquele que tem e aquele que detêm, num mecanismo de soma zero e a justiça enquanto justiça

¹⁹⁰ *Idem.* p. 145.

¹⁹¹ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 149.

social, que visa adequar e transmitir padrões de conduta a serem reproduzidos e respeitados em sociedade.

Como quarto marco, tem-se a solidariedade, que nada mais visa do que a proteção do indivíduo, permitindo que este tenha meios plenos para a consecução de seus objetivos. Nesta feita, resume-se enquanto coexistência dos indivíduos e delimitação de possíveis interesses comuns, que devem ser garantidos pela teoria do direito das obrigações como um todo.

Na sequência de seu raciocínio, NANNI¹⁹², partindo da premissa de necessidade de alargamento do conceito da relação obrigacional, afirma ser cabível um novo comportamento das partes numa relação obrigacional, conforme os princípios da Constituição Federal de 1988, o que geraria um novo paradigma, não mais composto apenas pela união das singularidades, mas por uma tendência de completude de um todo orgânico que vincule as relações obrigacionais.

Exsurge, assim, deveres acessórios, de proteção e cooperação, gerando uma relação jurídica complexa, notadamente um processo. Supera-se o conceito de relação jurídica simples, de mera prestação e contraprestação, assumindo-se a cooperação dentro de uma relação obrigacional complexa. Segundo GIOVANNI ETTORE NANNI¹⁹³, *a relação obrigacional complexa impõe deveres primários, secundários e laterais às partes, com especial destaque à boa-fé objetiva como comportamento em todos os momentos desse processo*. O que ocorreria então não é um embate entre as partes, mas sim um plano conjunto, de cooperação.

Neste segundo plano principiológico, devem ser destacados os princípios da boa-fé objetiva, na sua função interpretativa e delimitadora, do equilíbrio econômico e da função social do contrato, na face individual e a face coletiva.

Visitadas as premissas do pensamento do autor, chega-se à conclusão de que no ordenamento jurídico atual, a regra que impede o enriquecimento sem causa é imprescindível. Partindo das premissas genéricas constitucionais, a teoria de GIOVANNI ETTORE NANNI vai além da simples consideração do enriquecimento sem causa como efeito da própria justiça comutativa, desenvolvendo todo o raciocínio constitucional e civilista que fazem com que o enriquecimento sem causa tenha seu lugar cativo no ordenamento pátrio.

Derradeiramente, o doutrinador afirma que, em pese a dificuldade de caracterizar a natureza jurídica do enriquecimento sem causa, tendo em vista as teorias divergentes

¹⁹² *Idem*. p. 154.

¹⁹³ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 158.

apresentadas até então, a melhor opção seria traduzi-lo como sendo de caráter dúplice: ora princípio, ora fonte obrigacional.

O enriquecimento sem causa é fonte obrigacional, posto que inserido nos arts. 884 à 886 do Código Civil de 2002, dando origem à uma obrigação que pode ser pretensa através da ação de enriquecimento. Este seria o aspecto mais convencional do instituto.

Por outro lado, considerando o sistema jurídico atual, o enriquecimento sem causa serviria também como meio de propagação de sua própria premissa, enquanto princípio regente das obrigações. De acordo com NANNI¹⁹⁴, não havendo contrariedade da lei, o princípio poderia ser utilizado em qualquer relação jurídica de natureza obrigacional.

Por fim, alude o autor ao fato de que o enriquecimento sem causa deveria ser considerado cláusula geral¹⁹⁵, tendo em vista a amplitude que dará o legislador ao poder judiciário na utilização do enriquecimento sem causa se este for considerado cláusula geral.

Também em consonância ao tema, MICHELON JR,¹⁹⁶ ressalta que derivado do fato do enriquecimento sem causa ser previsto enquanto cláusula geral pode-se infirmar duas considerações, quais sejam, (i) o princípio irradia seus efeitos para os demais institutos de direito privado o que gera uma função estruturante e (ii) funciona como fonte residual de obrigações no direito civil. Importa salientar, adiante, que sua previsão como cláusula geral permite uma abertura ou ampliação no seu uso e aplicação.

¹⁹⁴ *Idem.* p. 175.

¹⁹⁵ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 178.

¹⁹⁶ MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 180/181.

5 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 NOMENCLATURA

Em relação ao enriquecimento sem causa, especial atenção deve ser dispendida no tocante à sua nomenclatura, tendo em vista a vasta gama de sinônimos que tanto a doutrina quanto os operadores do direito utilizam quando de sua identificação. Expressões como locupletamento indevido, enriquecimento injusto, enriquecimento indébito, locupletamento injustificado, enriquecimento à custa alheia, locupletamento ilegítimo, enriquecimento indevido, locupletamento injusto, locupletamento indébito, enriquecimento injustificado, e demais variações, não prejudicam a ideia principal do instituto, qual seja, enriquecer sem causa que permita a deslocação patrimonial. Por isso, muito embora possam ser utilizadas, o ideal seria a utilização da terminologia mais técnica e uniforme, no caso o termo empregado no Código Civil.

Todavia, tendo em vista a terminologia enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito, melhor sorte não acompanha a utilização de ambos como sinônimos de enriquecimento sem causa. Isto por dois motivos principais, como advém GIOVANI ETTORE NANNI:¹⁹⁷ (i) Denominação de instituto diverso e (ii) ausência de ilicitude.

(I) *Denominação de instituto diverso*: O termo enriquecimento ilícito serve para designar instituto próprio, qual seja, os atos que decorrem da improbidade administrativa, relacionados na lei 8.429/92¹⁹⁸, que abrange qualquer agente público. No caso, a única aproximação entre os institutos se dá no sentido que o enriquecimento ilícito é uma espécie de enriquecimento sem causa enquanto princípio, não havendo relação de paridade entre as formas.

¹⁹⁷NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 100/105.

¹⁹⁸No caso do enriquecimento ilícito, LUIZ FABIÃO GUASQUE, ao analisar a lei 8429/92, bem observa que seu sentido teleológico é tutelar a responsabilidade do agente público. Assim, exsurge um dever criado pela própria lei, pelo próprio direito, em consonância aos demais princípios de direito elencados na Constituição Federal, em especial os princípios de Direito Administrativo. Devido à natureza dos atos do agente público, gera-se uma presunção de, caso haja discrepância entre suas rendas e seu patrimônio, a diferença entre este seja considerado enriquecimento ilícito. Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva. (GUASQUE, Luiz Fabiano, A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito, *in.*: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.84, n.712, pp.358-61. p. 358/359.)

Importa salientar que, em que pese o Direito Administrativo¹⁹⁹ apresente um instituto similar ao enriquecimento sem causa, qual seja, o enriquecimento ilícito, este tem aplicação restrita à certos casos, o que não obsta aplicação do enriquecimento sem causa em campo administrativista.

Ao tratar do enriquecimento ilícito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,²⁰⁰ partindo dos princípios da equidade e da razoabilidade, nos casos em que há anulação de atos administrativos, os quais não deveriam, mas produzem efeitos na realidade concreta, define que cabe a restituição do que seja realizado à jactura alheia.

Doravante, como o enriquecimento sem causa se trata de princípio geral de direito, deve ser aplicado em todos os ramos, incluindo o Direito Administrativo.²⁰¹ Assim, cabe face a todos os sujeitos de direito, sem exclusões.

Desse modo, não há razão de justifique, nem o sumo princípio do interesse público, o locupletamento do Estado numa relação com o particular que tenha sido averiguada, posteriormente, como ato nulo ou anulável, devendo os valores dispendidos serem ressarcidos, se não pelo bom-senso, pela regra o enriquecimento sem causa, o qual, frise-se, vincula a Administração Pública.

Após tecer comentários acerca do surgimento do princípio do enriquecimento sem causa, BARACHO²⁰² aduz que tal princípio ganhou destaque também nas questões de Direito Administrativo, sob a nomenclatura de enriquecimento injusto, ou sem causa. Inicialmente, servia para conter os eventuais abusos da administração. Todavia, sua aplicação se deu em caráter jurisprudencial, uma vez que não era estabelecida regra alguma acerca do tema no âmbito do Direito Administrativo, mas sim do Direito Civil.

Com o tempo foram sendo fixados parâmetros para a imputação do enriquecimento sem causa, seguindo os pressupostos de responsabilidade da administração, quais sejam: (i)

¹⁹⁹FABREGA PONCE exemplifica que em países como Itália, França, Espanha, Colômbia, Argentina e Uruguai, ocorre aplicabilidade do enriquecimento sem causa na seara administrativista nos seguintes casos: (i) serviços à entidade pública sem respectivo contrato; (ii) obras à uma entidade pública sem respectivo convênio; (iii) devolução de tributos cobrados indevidamente; (iv) enriquecimento de particulares às expensas da Administração Pública. (FABREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*, 2. t., Colombia, Plaza & Janes, 1996. p. 772.)

²⁰⁰BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, O princípio do enriquecimento sem causa no direito administrativo, *in.*: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05/04/2012. p. 2/5.

²⁰¹*Idem.* p. 7/9.

²⁰²BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira, O enriquecimento injusto como principio geral do direito administrativo, *in.*: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.95, n.347, pp.149-186. p. 153

administração não pode causar lesão aos bens e serviços do particular; (ii) lesão deve ser imputável à administração; (iii) deve haver nexo causal. Ademais, aproximou-se a base do enriquecimento sem causa, ou seja, o princípio da equidade, com o princípio da proporcionalidade que rege o regime administrativo.²⁰³

Historicamente, a Corte de Contas francesa iniciou a aplicação do princípio do enriquecimento sem causa nos atos administrativos, tendo em vista o recrudescimento da população em relação aos sacrifícios suportados pelos Municípios em tempos de guerras e durante obras. O *arrêt Blanco* foi o caso paradigmático da época. Assim, firmou-se que a Administração tinha a obrigação de restituir, mediante recursos apropriados, aquilo que injustamente adquiriu.²⁰⁴

São casos de enriquecimento injusto da administração pública: (i) cobranças indevidas; (ii) não revisão de atos administrativos; (iii) obrigações do contratante superiores ao que estava determinado. Contudo, para além dos atos da administração como Estado, tem-se os atos de seus servidores e agentes, nomeados, em sentido amplo, como atos de corrupção, entre eles: (i) apropriação indébita de fundos públicos; (ii) nepotismo; (iii) aquisição de bens e terras públicas em termos favoráveis ao funcionário público; (iv) uso inapropriado de bens e serviços públicos; (v) abuso de autoridade; (vi) suborno.²⁰⁵

Logicamente, a dosagem do enriquecimento sem causa por atividades ligadas à administração pública será conferida pela Constituição Federal, que aproximará o Estado do prisma liberal ou do prisma interventor, podendo ora validar atos de enriquecimento da administração, como, por exemplo o confisco, e ora coibi-los, a depender dos princípios levados em consideração.²⁰⁶

(II) *Ausência de ilicitude*: Não obstante o termo já ser empregado em outro instituto, não partilha da mesma ideia formadora do enriquecimento sem causa. Explica-se: O enriquecimento sem causa baseia-se na deslocação de patrimônio entre agentes sem que haja uma causa que o justifique. Portanto, necessária é a ausência de causa e isso não resulta em ato ilícito, uma vez que pode não haver causa, mas pode-se agir dentro dos ditames legais.

Ilícito é apenas e tão somente o ato contrário à lei e sua concepção e resolução estão dispostas no Código Civil, que preconiza que aquele que praticar ato ilícito em face de

²⁰³ *Idem*. p. 154/155

²⁰⁴ BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira, O enriquecimento injusto como principio geral do direito administrativo, *in*: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.95, n.347, pp.149-186. p. 158/160.

²⁰⁵ *Idem*. p. 167/171.

²⁰⁶ *Idem*. p. 175/180.

outrem, deverá repará-lo. Trata-se, portanto, de responsabilidade civil e, assim, não guarda semelhanças com o enriquecimento sem causa.

O autor, ademais, não concorda com a nomenclatura sugerida por PEDRO PAES²⁰⁷, notadamente, locupletamento injurioso, mas não por considerar imprecisão no termo, o real motivo da discordância é o fato de que um novo nome poderia causar confusão nos utilizadores do instituto, uma vez que o nome histórico, que remete à Roma, serve por si só para explicar o conteúdo do princípio e da norma.²⁰⁸

Em relação à nomenclatura, VARELA²⁰⁹ diferencia o enriquecimento sem causa, expressão inspirada nas atribuições abstratas, notadamente do direito alemão, do não-locupletamento à custa alheia, este relacionado ao instituto arquitetado nos países de tradição causalista, como a França, nos quais a aplicação do mesmo era limitada.

5.2 NATUREZA JURÍDICA

5.2.1 NECESSIDADE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Quanto à dinâmica do enriquecimento sem causa, VARELA²¹⁰ salienta questão do plano da existência do mesmo: Seria mais conveniente apenas anular o ato que gera o enriquecimento sem causa? Declarando-o nulo, os próprios efeitos da anulação ou nulidade permitiriam a reconstituição do *status quo ante*, verdadeiro fim da ação de enriquecimento. A contrário senso, não houvesse motivo para anular o ato praticado, não haveria motivo para dilapidar o patrimônio do enriquecido.

²⁰⁷ PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 52/54.

²⁰⁸ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 107.

²⁰⁹ VARELA, Antunes, *Direito das obrigações: conceito estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, mobilidades das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 186/187.

²¹⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 309.

Para o autor²¹¹ a resposta à indagação deve ser negativa, uma vez que podem ocorrer situações nas quais a reconstituição pura e simples dos fatos não é a melhor reordenação do direito. Seriam casos de impossibilidade material, o qual exemplifica com o caso daquele que pensando ser sua, restaura obra de arte, restando-lhe direito ao valor em si, não à recompor-se do serviço da restauração, ou prejuízo econômico, exemplificado pela situação daquele que semeia em solo alheio, sendo prejudicial ao enriquecido o desfazimento da colheita e impossível de reverter o valor total das sementes ao empobrecido.

Mesmo em casos nos quais não ocorressem tais situações, o autor²¹² adverte que poderiam conflitar dois princípios, quais sejam, o da justiça comutativa, restituir o que pertence a cada um, e o da segurança jurídica, boa-fé e certeza do direito, no respeito aos atos jurídicos. Optando pela anulação do ato, prejudicar-se-ia a segurança jurídica, enquanto que não anulando o ato, prejudicar-se-ia a justiça comutativa. É o exemplo claro daquele que vende bem à outrem que não o registra e depois à terceiro que o registra, existem dois direitos, o do primeiro agente que deve ser restituído e o segundo agente que adquire a *non domino*. Assim, somente através do enriquecimento sem causa seria possível respeitar a validade do ato e sua consistência – já que o mesmo não é anulado – e ao mesmo tempo restituir o que de direito, corrigindo a incongruência do sistema.

Quanto ao campo de aplicação do enriquecimento sem causa, VARELA²¹³ define que o mesmo provém, via de regra, de um negócio jurídico, caso dos contratos bilaterais, de um ato jurídico não negocial, caso do simples pagamento ou de ato material, exemplificado pela gestão de negócios. Porém, não acredita o autor que se trataria exclusivamente de um campo de deslocações ou atribuições patrimoniais (*Vermögenszuwendungen*). A teoria apesar de não ser equivocada, é incompleta, vez que desconsidera os casos em que o enriquecimento deriva de ato de terceiro, as ocasiões em que o próprio enriquecido realiza comportamento que o beneficia, caso da intromissão em direito alheio.

Numa classificação própria, FERNANDO NORONHA²¹⁴ demonstra que, sob o aspecto dos interesses tutelados a divisão principal das obrigações ocorre entre (i) obrigações negociais, (ii) responsabilidade civil e (iii) enriquecimento sem causa. Em linhas gerais tratam de: (i)

²¹¹ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 310.

²¹² *Idem*. p. 311.

²¹³ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 315/316.

²¹⁴ NORONHA, Fernando, Tripartição fundamental das obrigações: obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, *in*: *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis. v.21, n.72, pp.93-106. p. 101/102.

finalidade dinâmica, transformam a autonomia privada e manifestação de vontade, concedendo-lhes efeitos jurídicos; (ii) finalidade reparadora, tem função ressarcitória, de reparar os danos causados e conceder indenização; (iii) tem objetivo de remover o acréscimo patrimonial destinado de maneira indevida para um patrimônio.

5.2.2 CLASSIFICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Para se falar no sentido de enriquecimento sem causa, é preciso identificar, para além do que significa o instituto, tudo aquilo que não significa o mesmo. Assim, deve ser entendido como uma fórmula diferente de outras do direito civil como os *quase-contratos*, a *restituição*, a responsabilidade civil e a reivindicação. Apesar de muitas vezes próximos, tais institutos guardam diferenças conceituais que fazem com que sejam espécies únicas. Tendo em vista possíveis confusões que poderiam ser causadas entre os mesmos, GIOVANNI ETTORE NANNI²¹⁵ assevera as principais diferenças entre eles:

Quanto aos *quase-contratos*, não é possível elencá-lo como uma de suas espécies, tendo em vista ser fonte autônoma de obrigações, que não se assemelha com as demais espécies de quase-contratos. Quanto à *restituição*, em que pese uma ideia geral comum acerca da reconfiguração do patamar inicial, esta é decampo de atuação mais amplo do que o enriquecimento sem causa.

Quanto à *responsabilidade civil*, as diferenças básicas são três, a saber: o enriquecimento sem causa não necessita da configuração de culpa, o que é diverso na responsabilidade civil; ademais, o enriquecimento sem causa visa à restituição do estado anterior, enquanto que a responsabilidade civil concentra esforços na indenização do ato ilícito; por fim, cada instituto parte de uma premissa diferente, qual seja, no caso do enriquecimento sem causa se busca evitar o enriquecimento da parte, já na responsabilidade civil se busca evitar o empobrecimento da parte contrária à lesão.

Quanto à *reivindicação*, não guarda semelhanças com o enriquecimento sem causa posto que trata-se de ação real, que se baseia, portanto, no direito de sequela, de caráter principal e autônomo, por outro lado o enriquecimento sem causa trata-se de ação pessoal, desse modo

²¹⁵NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 202/223.

sem direito de sequência, e que embora autônoma, tem caráter subsidiário entre as ações pessoais.

Ainda sobre as diferenças, SERPA LOPES²¹⁶ diferencia reivindicação e enriquecimento sem causa a partir das relações entre seus agentes. Em se tratando de reivindicação a ação é de um proprietário não possuidor contra um possuidor não proprietário. Quando se vislumbra o enriquecimento sem causa, tem-se um autor não proprietário contra um legítimo proprietário, caso do enriquecido.

O objetivo do enriquecimento sem causa e de sua ação específica é a restituição do que foi locupletado. Cuide-se da diferença entre restituição, específica do caso em que se pretende apenas a retomada daquilo que foi indevidamente apossado por outrem sem justificativa e reparação, que deriva do acautelamento de situação de dano sofrida pelo agente reparado, com valor flutuante, relacionada aos casos de responsabilidade civil. Assim, é possível afirmar que não sendo passível de tipificação prévia para a reparação ainda seria cabível a análise do caso à luz da restituição, posto a diferença entre os institutos que as manejam.²¹⁷

Importa salientar que SACCO²¹⁸ alinha a restituição por enriquecimento à necessidade de ocorrer uma violação de direito.

Na teoria de VARELA,²¹⁹ o enriquecimento sem causa exsurge como forma de solucionar um conflito concreto entre dois princípios do ordenamento. Por um lado, ao se apoderar de algo pertencente à outrem, viola-se o preceito mais básico da justiça, ou seja, dar aquilo que a cada um pertença. Por outro lado, quando o mesmo decorre de ato jurídico válido, não se pode simplesmente ignorar sua existência, sob pena de não conferir a segurança jurídica e negocial ao ordenamento. Assim, o enriquecimento sem causa permite essa dupla validação, resguardando o direito do empobrecido e permitindo a validade continua do ato.

Vencida a etapa de se dizer o que não é o enriquecimento sem causa, passa-se a discorrer acerca de suas múltiplas facetas.

Para chegar à natureza jurídica do enriquecimento sem causa é preciso realizar um raciocínio regresso, partindo do entendimento de obrigações, como será demonstrado adiante:

²¹⁶LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 72.

²¹⁷VARELA, Antunes, *Direito das obrigações: conceito estrutura e função da relação obrigacional*, fontes das obrigações, mobilidades das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 190.

²¹⁸SACCO, Rodolfo, *L' arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, UTET, 1959. p. 139.

²¹⁹VARELA, Antunes, *Direito das obrigações: conceito estrutura e função da relação obrigacional*, fontes das obrigações, mobilidades das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 190.

Na busca por melhor entender o enriquecimento sem causa é forçoso preconizar sua localização enciclopédica no tocante ao ordenamento jurídico. Para tanto, deve-se atravessar o íter do (I) Direito Civil, da sub-espécie do (II) Direito das Obrigações, das (III) Fontes de tais obrigações e dos (IV) atos unilaterais que compõe parcela das Fontes das obrigações. Percorrido o caminho, exsurge o enriquecimento sem causa na acepção jurídica do termo, enquanto norma vigente.

Todavia, repousa dúvida teórica acerca da classificação do enriquecimento sem causa, em que se pese a consolidação na lei civil do mesmo como ato unilateral e fonte de obrigações. Sem adiantar os posicionamentos, pode-se considerar que as possibilidades de classificação são entre ser fonte de obrigações ou apenas princípio de direito e sendo fonte de obrigação se trata-se de quase-contrato, de acepção histórica, de ato unilateral ou de categoria autônoma.

Fonte das Obrigações, segundo ANTUNES VARELA, é o *facto jurídico de onde ela [obrigação] procede, à realidade sub specie iuris que lhe dá vida*²²⁰, ou seja, é a realidade jurídica que origina uma obrigação legal. Ademais, devido à atipicidade das Obrigações, estas sempre contaram com uma fonte para que se consubstanciem.

A primeira divisão das Fontes das Obrigações remete às Institutas de Gaio, que se baseavam numa classificação dual, a saber, contratos e delitos. Porém, foi no período Justinianeus que a classificação utilizada ao longo da Idade Média e nos primórdios do século XIX foi cunhada, sendo esta subdividida em quatro categorias, quais sejam: os (I) *contratos*, os quais representavam o acordo de vontades entre as partes, (II) os *quase-contratos*, que não apresentavam o elemento do acordo de vontade de ambas as partes, mas apenas de uma delas, como no caso do pagamento indevido e da gestão de negócios, (III) os *delitos*, que tinham como elemento essencial a intencionalidade na prática de ato danoso à terceiro (IV) e os *quase-delitos*, que tinham como elemento essencial a mera culpa na prática de atos danosos à terceiros.²²¹

Cabe analisar que VARELA²²² já reconhecia a falta de rigor científico na classificação tradicional das fontes das obrigações, crítica que fez com que a mesma fosse abandonada. Isso por que, por exemplo, a categoria dos quase-contratos, ao englobar figuras como a gestão de

²²⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 161.

²²¹ À concepção justinianeia, Pothier adicionou a lei como fonte de obrigação.

²²² VARELA, Antunes, *Direito das obrigações: conceito estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, mobilidades das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 114/115.

negócios e o pagamento indevido, não apresentava uma unicidade, um padrão em relação à sua característica principal, sendo uma divisão meramente formal, sem substrato comum.

No tocante aos negócios unilaterais, ANTUNES VARELA²²³ salienta que a doutrina tende a não aceitá-los como fonte das obrigações, exceto nos casos previstos em lei, uma vez que a Obrigação depende, em essência, da vontade dos contraentes, que não subsiste por completo no caso dos negócios unilaterais.

Para BEVILAQUA,²²⁴ a obrigação é um estado de consciência que contrapõe dois elementos, o primeiro uma ação negativa que limita a expansão da personalidade, enquanto o segundo trata de um estímulo que leve as energias consolidadas pelo primeiro a serem desencadeadas numa determinada atuação, decorre eminentemente da lei ou de ato da parte ou de alguém à ela juridicamente relacionado, sendo submissão à regra de conduta advinda da imposição moral de estabelecimento de um comportamento padrão, diferenciando-se do dever jurídico por este ser inesgotável, enquanto que aquela tem caráter transitório em regra. Filosoficamente, fundamenta-a como interesse da sociedade na confiança mutua entre os homens.

Ainda sobre o tópico, BEVILAQUA²²⁵ adotou divisão tradicional das obrigações, em contratos, quase-contratos, atos ilícitos e vontade unilateral, afirmando que as mesmas podiam ser divididas em dois grandes temas, a saber: aquelas provenientes da vontade das partes e aquelas provenientes da lei. Ademais, considerou outras fontes de obrigações como o depósito, a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa, que para o autor seria próximo aos atos ilícitos, que se resolvia em indenização e decorria de ato praticado sem direito que causasse dano à outrem por omissão ou comissão, como preconizava o art. 159 e 160 do Código Civil de 1916.

Necessária também a assertiva de CARAMURU²²⁶ que destaca algumas acepções que foram dadas ao enriquecimento sem causa no tocante à sua natureza jurídica. Por um viés, seria mera emanção da equidade, derivado dos pressupostos de Ulpiano – *neminem laedere e suum cuique tribuere* – mas, tal teoria não prosperou, uma vez que todo o direito, em si, é derivação de tais pressupostos. Outra concepção seria a de que tratar-se-ia de uma gestão de negócios

²²³ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 276.

²²⁴BEVILAQUA, Clovis, *Direito das Obrigações*, 9. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Editora Paula de Azevedo Ltda, 1957. p. 11/14.

²²⁵*Idem*. p. 18/19.

²²⁶FRANCISCO, Caramuru Afonso, O enriquecimento sem causa nos contratos, *in.*: *Contornos atuais da teoria dos contratos*, BITTAR, Carlos Alberto (org.), São Paulo, RT, 1993. p. 80.

anormal, todavia essa também não comportava o tema, já que para tipificar o enriquecimento sem causa como gestão de negócios, deve-se retirar a própria essência da gestão de negócios.

Todavia, o autor²²⁷ filia-se àqueles que entendem se tratar de fonte de obrigação por ato unilateral, uma vez que a mesma, como gera a obrigação de devolver deve ser considerada como fonte de obrigação, e, doravante, deve ser considerada ato unilateral pois deriva da vontade e não da lei e aquela existe mediante contrato ou ato unilateral, sendo este a forma mais próxima para se caracterizar o instituto.

Porém, deve-se analisar se o enriquecimento sem causa, ordeiramente, decorre da lei ou do ato em si que o provoca. O ordenamento obriga à restituir ou apenas sanciona tal descumprimento de preceito?

Já na visão de SERPA LOPES,²²⁸ as fontes de obrigações se dividiriam em fontes contratuais, derivadas de contratos e, portanto, da vontade de ambas as partes, e as fontes acontratuais, que englobariam de maneira residual, tudo aquilo que não fosse contrato. Classificar-se-ia o enriquecimento sem causa, deste modo, entre as fontes acontratuais, todavia, sem qualquer pretensão de assim definir o instituto, uma vez que a divisão do autor é meramente formal.

Outra perspectiva pode ser pactuada, como se vê no entendimento de MICHELON JR,²²⁹ que, por sua vez, versa ser o enriquecimento sem causa entendível sob dois aspectos diversos. Num primeiro aspecto tratar-se-ia de princípio geral informador do direito privado, servindo ora como fundamento, ora como critério interpretativo, infirmando as partes no retorno ao estado anterior, por exemplo, nos casos do art. 182 do Código Civil e no caso da decisão paradigmática do STJ no tocante ao pagamento de correção monetária de dívidas condominiais, uma vez que o não pagamento acarretaria em enriquecimento sem causa. Num segundo aspecto, considera-se enquanto constituidor de relações jurídicas.

Ora, segundo a definição de norma jurídica de GOFFREDO TELLES JUNIOR, esta seria *imperativo autorizante, harmonizado com a ordenação ética vigente*.²³⁰ Assim, é mandamento que permite à outrem uma reação proporcional aos preceitos condizentes na

²²⁷ *Idem.* p. 81.

²²⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 9/13.

²²⁹ MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 176.

²³⁰ TELLES JUNIOR, Goffredo, *Iniciação na ciência do direito*, 4. ed., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2008. p. 103.

sociedade. Parece evidente, portanto, que a vedação ao enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro constitui-se enquanto norma jurídica.

Numa visão vanguardista, PEDRO PAES²³¹ considerava o enriquecimento sem causa como verdadeiro instituto de direito, em que pese alguns doutrinadores que o viam como mero princípio à época. Parte da premissa de que esta sistematizado como (i) uma série de normas coordenadas a partir de um fato social, qual seja, o locupletamento, apresenta (ii) autonomia e se materializa de (iii) forma diversa de outros institutos, sendo exclusivo. Não poderiam, portanto, os casos de locupletamento serem regulados apenas pela equidade.

Destaca-se, ademais, que WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO²³² segue o enquadramento proposto pelo Código Civil de 2002, classificando-o como fonte de obrigações da subespécie dos atos unilaterais, sem precisar o motivo para tanto.

Propugna-se que CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA²³³ também classifica o enriquecimento sem causa com caráter dúplice, ou seja, é fonte de obrigações e princípio informador e, como este, pode receber atuação até mesmo superior que a lei.

A disposição como fonte de obrigações expressa no Código Civil fez com que, como bem observou HILDEBRAND,²³⁴ fosse posto como ponto pacífico a natureza do enriquecimento sem causa enquanto fonte de obrigação, o que gerava dúvidas no período em que o mesmo não era disciplinado em lei. Teria restado, então, apenas a discussão histórica sobre a procedência ou não do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações.

Já na doutrina de PEDRO PAES²³⁵ era reconhecida a natureza jurídica de fonte autônoma de obrigação que deveria ser conferida ao enriquecimento sem causa, que, ademais, teria natureza pessoal, por constituir obrigação de alguém face outrem com intuito de restituição. Não poderia, deste modo, ser elencado como espécie de quase-contrato.

²³¹PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 34.

²³²MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2003. p. 439.

²³³PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, v. 2., 21. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 325.

²³⁴HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010. p. 65.

²³⁵PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 59.

Sem especificar qual teoria fundamentaria o enriquecimento sem causa, resta a definição, a priori, de SERPA LOPES²³⁶ acerca da natureza do enriquecimento sem causa, para quem teria caráter de fonte de obrigações autônoma.

Conclui-se, portanto, tratar o enriquecimento sem causa de fonte de obrigações. Todavia, discorda-se da disposição da lei, que o coloca como ato unilateral, devendo o mesmo ser considerado verdadeira fonte autônoma de obrigações, dada a sua atipicidade.

5.3 ACTIO DE IN REM VERSO

Admitidas as primeiras explanações sobre o enriquecimento sem causa fica evidente que está tipificado como direito material e o sendo, não apresenta aplicabilidade instantânea no ordenamento jurídico brasileiro. Não sendo observado enquanto princípio quando das condutas dos particulares, o enriquecimento sem causa deve ser levantado junto ao poder judiciário, em busca de um provimento tutelar.

Tal provimento tutelar, no atual estágio da jurisdição se dá de forma instrumental pelo direito processual, ou seja, para que seja efetivado na jurisdição, o enriquecimento sem causa deve ser levado à apreciação do magistrado através do processo. No caso em tela a forma de propagação do direito material na jurisdição ocorre pela ação de enriquecimento, também conhecida por *actio de in rem verso*.

O primeiro ponto a ser observado quanto à ação de enriquecimento corresponde precisamente à esfera de seu signo, não de seu significado, sendo de natureza terminológica. A nomeação histórica é baseada na ação consolidada no direito romano, que dava direito ao terceiro perseguir aquilo que havia sido injustamente auferido ao patrimônio do pater famílias por ato de filho ou escravo do mesmo.

Todavia, a medida do avanço histórico promovido com o tempo, como já foi explicitado no capítulo referente à história de tal figura jurídica, o signo *actio de in rem verso* foi perdendo contato com o real significado do enriquecimento sem causa, este muito mais amplo do que aquele. Logo, a utilização do nome histórico, neste caso, geraria confusão de significados e não unidade de raciocínio como funciona em alguns casos, como é o caso do

²³⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 56.

próprio instituto de direito material do enriquecimento sem causa, que apresenta tal signo desde o início de sua utilização.

Portanto, mais convincente e de conteúdo lexical coerente a utilização do termo ação de enriquecimento para denominar o ato de direito processual que leva à jurisdição um caso material de enriquecimento sem causa, como bem observa NANNI.²³⁷

Em relação às características da ação de enriquecimento, três se destacam, quais sejam, sua natureza pessoal, sua formulação em procedimento ordinário e a prescrição. Sobre a prescrição da ação de enriquecimento, sabe-se que a mesma corre no prazo de 3 (três) anos.

Lembra NANNI²³⁸ que a pretensão acerca do enriquecimento sem causa pode ser exercida em sede de procedimento arbitral também.

Quanto à legitimidade ativa da mesma, pode ser proposta pelo empobrecido e, na sua ausência, por seus sucessores. Quanto à legitimidade passiva, a mesma, via de regra, só pode ser exercida face ao enriquecido, uma vez que não há direito de sequência em caso de ação pessoal, mas a doutrina discute a aplicação da ação de enriquecimento em desfavor de terceiros em casos específicos.

Vale ressaltar que NANNI²³⁹ cita o caso de objeto determinado em ação de enriquecimento em desfavor de terceiro, ou seja, o empobrecimento a partir de coisa determinada que acaba nas mãos de terceiro, gerando o enriquecimento indireto. Todavia, não conclui poder ocorrer ou não a ação face o terceiro no caso específico.

Outro tema conexo à ação de enriquecimento é a ação de enriquecimento no direito cambial, que decorre do direito do portador de letra de câmbio faltante de requisito essencial promover a reparação de seu prejuízo. Tal medida é ofertada com base no artigo 48 do Decreto legislativo n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908, que neste dispositivo não foi revogado pela Lei Uniforme de Genebra (LUG).

Trata-se, desta forma, de instituto diverso da ação de enriquecimento de cunho civilista baseada no arts. 884 à 886 do Código Civil de 2002. Por isso, NANNI²⁴⁰ pondera que ambos não devem ser confundidos, mas, que a doutrina entende tal pretensão como submetida aos termos civis, não sendo uma ação cambial em essência, baseando-se nos entendimentos de Fábio Ulhoa Coelho e Hernani Estrella.

²³⁷NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 225.

²³⁸*Idem.* p. 227.

²³⁹NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 229.

²⁴⁰*Idem.* p. 230.

Conclui o autor²⁴¹ que, ainda que principiologicamente próximas, tendo em vista partirem da mesma premissa que veda o enriquecimento sem causa, cada uma das ações, seja a ação de enriquecimento, seja a ação de enriquecimento do direito cambiário, tratam de temáticas próprias, devendo ser, portanto, remédios jurídicos diversos.

Os limites da *actio de in rem verso* segundo FRANÇOIS GORÉ²⁴² repousam sobre duas condições, quais sejam, (i) inexistência de ação de mesma eficácia e (ii) inexistência de fraude à lei.

5.4 REQUISITOS TRADICIONAIS

5.4.1 ASPECTOS INICIAIS

Para que haja aplicação e a identificação do direito material no caso concreto, é preciso que a doutrina e o legislador esbocem pressupostos e requisitos que permitirão coincidir os atos cotidianos com a tutela jurídica. Trata-se de uma análise extremamente factual, alinhada aos costumes e tendências de determinado povo que segue determinados preceitos, sendo, assim, circunstância de seu próprio tempo.

Duas foram as formas encontradas ao longo da história para identificar o enriquecimento sem causa e posterior ajuizamento da ação de enriquecimento, a saber: a corrente alemã e a corrente francesa. A corrente alemã, partindo da premissa de que o enriquecimento sem causa já era previsto em seu ordenamento, não apresentava requisitos tão rígidos para a tipificação do enriquecimento sem causa. Já a corrente francesa, forjada no ritmo da casuística, fez com que sua doutrina torna-se imprescindível a tipificação de pressupostos para a análise do enriquecimento sem causa.

Coube aos agentes do direito brasileiro seguirem os preceitos franceses, herdados no balanço cultural que permeou gerações de pensadores filiados muito mais ao pensamento francês que ao pensamento alemão. Assim, fixaram como pressupostos: (i) enriquecimento,

²⁴¹ *Idem*, p. 232.

²⁴² GORÉ, François, *Enrichissement aux dépens d'autrui; source autonome et generale d'obligation en droit prive français*, Paris, Dalloz, 1949. p. 319.

(ii) empobrecimento, (iii) nexo de causalidade (iv) ausência de justa causa e (v) subsidiariedade da ação de enriquecimento.

Na doutrina portuguesa, VARELA²⁴³ indica que são pressupostos para que seja configurado o enriquecimento sem causa os seguintes: (i) enriquecimento, (ii) carência de causa justa e (iii) obtenção à custa de outrem. Aproxima-se, portanto, da visão mais ampla do enriquecimento sem causa, desconsiderando quesitos de empobrecimento e nexo de causalidade, estes mais específicos.

5.4.2 ENRIQUECIMENTO

O primeiro pressuposto para que haja enriquecimento sem causa é decorrência óbvia do instituto, notadamente trata-se do enriquecimento. Enriquecer, em linhas gerais, seria obter vantagem que se traduza em modificação do status quo ante do enriquecimento na medida em que se encontrada em melhor situação do que a anterior. Percebe-se o quão vaga é a explicação supra, mas há razão para o ser. Explica-se:

Não é claro um conceito definitivo do que se seria enriquecer para a teoria do enriquecimento sem causa. É uma figura ampla, o que levou NANNI²⁴⁴ a dizer *que trata-se de conceito elástico e indeterminado, cuja definição no caso concreto dependerá das vicissitudes da situação hipotética submetida à apreciação*. Assim, para o autor são possibilidades de enriquecimento (i) o proveito obtido, (ii) a diminuição do passivo, também denominado enriquecimento negativo, e (iii) a vantagem não patrimonial.

O legislador brasileiro ao elaborar o artigo 884 do Código Civil omitiu qualquer óbice ao entendimento de enriquecimento, podendo ser entendido que o mesmo pode ocorrer de qualquer maneira, desde que possa ser objetivamente comprovado a fim de demonstrar o ganho de um e a perda de outrem. Nestes termos, NANNI²⁴⁵ salienta que *o enriquecimento deve consubstanciar-se num dado objetivo, numa vantagem concreta, permitindo a sua identificação para o exercício da ação de enriquecimento em busca de extrair-se das mãos do enriquecido o produto que foi indevidamente auferido*.

²⁴³ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 318.

²⁴⁴ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 235.

²⁴⁵ *Idem*. p. 236.

Apesar de ser pressuposto fundamental à identificação do enriquecimento sem causa no caso concreto, o enriquecimento não pode ser considerado sob um ponto de vista absoluto. Isto porque o ato de enriquecimento ocorre a todo o momento dentro de uma sociedade dinâmica, tendo em vista que o próprio sistema de trocas comerciais não tem caráter exauriente, mas sim de auferir lucro aos seus participantes. De tal modo, o simples ato de enriquecer nada significa e deve ser sopesado com os demais pressupostos, como falta de justo motivo, empobrecimento da outra parte e nexo causal entre os atos.

Prosseguindo, o enriquecimento pode ter natureza *positiva* ou *negativa*. Quando de natureza positiva, transparece num deslocamento de riqueza que aumente a balança patrimonial do enriquecido em relação ao estado anterior, modificando os números absolutos numa majoração do resultado.

Quando de natureza negativa, se perfaz através de uma relação jurídica que aumente a balança patrimonial do enriquecido, mas não numa relação de incremento e sim numa desconstituição de situação prejudicial, desse modo, retirando ônus que era conferido à balança patrimonial do enriquecido, como por exemplo, no caso de diminuição do valor de uma dívida do mesmo para com o empobrecido.

Neste contexto específico, MICHELON JR²⁴⁶ considera que a noção empregada de enriquecimento no contexto do enriquecimento sem causa é eminentemente normativa, não podendo ser considerada apenas num aspecto fático.

Para chegar a tal entendimento, MICHELON JR²⁴⁷ parte da divisão entre enriquecimento objetivo e enriquecimento subjetivo, considerando que o primeiro trata do valor absoluto do bem em questão, enquanto o segundo trata do valor realmente aproveitado perante o enriquecido. Pela interpretação gramatical da norma não é possível consolidar a posição do legislador, todavia, como o Código Civil de 2002 deriva de um entendimento de abertura de suas estruturas frente o caso concreto, melhor seria, na visão do autor, fosse aplicado como critério o enriquecimento subjetivo.

A fim de calcular o montante do enriquecimento, pondera MICHELON JR,²⁴⁸ que o mesmo poderia ser efetuado considerando a soma bruta ou a soma líquida do mesmo, sendo que aquela baseia-se tão somente nos valores auferidos enquanto que esta presume e abate as

²⁴⁶MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 184/185.

²⁴⁷*Idem.* p. 187/191.

²⁴⁸*Idem.* p. 193/194.

despesas provenientes daquele bem. Adotando-se o cálculo do enriquecimento líquido pode ser que o mesmo seja negativo, o que redundaria na não aplicação do artigo 884 do Código Civil brasileiro.

Quanto ao enriquecimento este trataria de vantagem de caráter patrimonial, que poderia ser adquirida através do aumento do ativo, diminuição do passivo, uso ou consumo de coisa alheia ou no exercício de direito alheio ou então poupança de despesas. Tal vantagem pode ser considerada sob um viés objetivo, levando-se em conta o enriquecimento real, caracterizado pelo aumento concreto do patrimônio, em valores absolutos, ou o enriquecimento patrimonial, caracterizado pelo aumento hipotético do patrimônio do enriquecido, considerando o que o mesmo estaria desposto a gastar para compor situação fática equivalente àquela.²⁴⁹

De maneira condizente com a linha geral exposta, VIEIRA GOMES²⁵⁰ acredita que a visão tradicional do enriquecimento sem causa, fixada na noção de transmissão de valor não é a mais completa. Parte dessa imprecisão pelo fato de que a simples transmissão não explica casos de enriquecimento sem causa por fato de terceiro ou por caso fortuito.

Para VIEIRA GOMES²⁵¹ a deslocação patrimonial não explica os casos em que há enriquecimento por utilização de bem alheio, nem que se generalize o caso a partir da poupança de gasto gerado pelo uso de bem de terceiro.

A questão premente do enriquecimento sem causa se encontra na discussão de a mesma ser preconizada numa teoria unitária ou numa teoria aberta. VIEIRA GOMES²⁵² discorre que a primeira, em que pese dar maior base ao instituto, gera um alto teor de generalidade e abstratividade, o que impede a aplicação real. Já no caso da teoria aberta, ao tratar do tema de forma fragmentada o problema seria a complexidade que o instituto assumiria.

Na prerrogativa quantitativa do tema, VIEIRA GOMES²⁵³ acredita que o enriquecimento sem causa deve ser pautado no valor do enriquecimento real quando da restituição, sendo facultado o enriquecimento patrimonial quando houver boa-fé por parte do enriquecido.

²⁴⁹ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 319.

²⁵⁰VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 170.

²⁵¹*Idem.* p. 174.

²⁵²*Idem.* p. 178.

²⁵³*Idem.* p. 203.

Fundamental distinção é trazida por SERPA LOPES²⁵⁴ ao lembrar que o enriquecido não pode ter agido com culpa, caso contrário estar-se-ia diante de caso de responsabilidade civil e não de enriquecimento sem causa, o que daria ensejo à reparação por dano. Entretanto, no tocante à boa-fé ou má-fé, pouco importa para a configuração do enriquecimento sem causa em qual delas concentravam-se os atos do enriquecido.

Na obra de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO,²⁵⁵ depreende-se que o enriquecimento só pode ter como base, ou causa, a lei ou o contrato, caso contrário, seria este considerado locupletamento injustificado.

Para SERPA LOPES,²⁵⁶ a questão do deslocamento patrimonial, deve ser vista sob uma ótica dual, podendo o mesmo ocorrer através de uma causa habilitante ou de uma causa justificante. No caso de uma *causa habilitante*, a falta da mesma acarreta em necessária nulidade do negócio jurídico, tendo em vista sua natureza. Já no caso da *causa justificante*, a sua descaracterização torna ainda válido o deslocamento, para fins de direito, mas não para a relação entre as partes, por isso, caberia o enriquecimento sem causa.

Na doutrina também há questionamento acerca da possibilidade ou não do enriquecimento não patrimonial ou enriquecimento moral. Quanto à isto existem três pensamentos diversos, como demonstra o pensamento de NANNI:²⁵⁷ (i) pode-se considerar que o enriquecimento sem causa só pode ser proveniente de deslocamento patrimonial, refutando, portanto, a possibilidade de enriquecimento moral como fonte de reestabelecimento do estado anterior. Entre os adeptos de tal teoria estão os doutrinadores italianos; (ii) pode-se considerar a possibilidade sim do incremento moral ser considerado como enriquecimento, fazendo com que haja casos de enriquecimento sem causa de cunho moral; e, por fim, (iii) pode-se considerar a possibilidade do enriquecimento moral ocorrer apenas e tão somente no caso de possibilidade de constatação material deste incremento, ou seja, o mesmo deve ser mensurável pecuniariamente.

²⁵⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 84.

²⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2003. p. 441.

²⁵⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 72.

²⁵⁷ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 239/243.

Entre os adeptos desta teoria estão os doutrinadores franceses e GIOVANNI ETTORRE NANNI²⁵⁸, que analisa *iniludível* a permanência de teor econômico, além de definir haver vantagem obtida e cunho patrimonial no enriquecimento moral.

O autor²⁵⁹ também sustenta outro argumento a favor da consideração do enriquecimento moral, qual seja, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e os correlatos da Constituição Federal, bem como a receptividade da teoria da despatrimonialização do direito civil, para concluir dá possibilidade de haver enriquecimento moral.

O enriquecimento moral também é considerado por CARAMURU²⁶⁰ que o denomina enriquecimento por aspectos qualitativos.

Na visão ampla de atribuições patrimoniais preconizada por VARELA²⁶¹, o enriquecimento sem causa só realiza-se enquanto fenômeno quando de uma atribuição patrimonial, mas esta pode ser decorrente de *todas as situações por virtude das quais uma pessoa obtém certa vantagem de natureza patrimonial a expensas de outra, independentemente da natureza do ato donde elas procedem*.

Na justificativa de SERPA LOPES²⁶², este adere ao pensamento do enriquecimento enquanto fenômeno material e também moral, uma vez que o mesmo, por exemplo na forma de ensino, traz incremento ao enriquecido, bem como o material de fato.

Partindo do pressuposto do enriquecimento moral como proveito de um prestação que seja suscetível de apreciação econômica, MICHELON JR²⁶³ concorda com a possibilidade, através da interpretação do instituto no direito brasileiro, de aplicação do enriquecimento sem causa nos casos de enriquecimento moral, uma vez que é possível mensurar tal valor econômico e, ademais, caso assim não fosse, em alguns casos estaria a parte desamparada, uma vez que sem o enriquecimento moral, apelaria para a gestão de negócios, a qual não abarca todas as possibilidades, já que à mesma é imprescindível o fator altruísta.

Diferentemente do enriquecimento direto, tratado até o presente momento, que apresenta clara a figura do agente enriquecido e a sua validade na teoria do enriquecimento sem causa,

²⁵⁸Idem. p. 243.

²⁵⁹Idem. p. 244.

²⁶⁰FRANCISCO, Caramuru Afonso, O enriquecimento sem causa nos contratos, in.: *Contornos atuais da teoria dos contratos*, BITTAR, Carlos Alberto (org.), São Paulo, RT, 1993. p. 82.

²⁶¹VARELA, Antunes, *Direito das obrigações: conceito estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, mobilidades das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 194.

²⁶²LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 71.

²⁶³MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 194/195.

faltando-lhe apenas a clareza na amplitude de sua aplicação, o enriquecimento indireto não apresenta tanta sorte quando de sua validação ou não. Isto porque o enriquecimento indireto implica na possibilidade de perseguição do terceiro que tomou posse do objeto fruto do enriquecimento após um intermediário pautar a relação factual que gera o empobrecimento de outrem.

Doravante, alguns inconvenientes entravam a admissibilidade da perseguição do enriquecimento indireto em sede de enriquecimento sem causa, a saber: (i) necessidade de nexo causal entre atividade do enriquecido e do empobrecido; (ii) restritividade advinda da subsidiariedade.

A teoria clássica do enriquecimento sem causa estabelece, como será visto, a necessidade do nexo causal entre a conduta do enriquecido e do empobrecido para que seja configurado o enriquecimento sem causa. No caso do terceiro, não há, em tese, vinculação entre a conduta do mesmo e a conduta do empobrecido, o que levaria ao entendimento de que não é possível basear-se no enriquecimento sem causa para perseguir o terceiro que adquire bem resultante de ato do enriquecido.

Parece, neste caso, haver certo pretenciosismo técnico em tal assertiva. Ainda que não ocorra o nexo causal entre as condutas do terceiro e do empobrecido de maneira direta, tal relação pode ser conferida indiretamente. Ocorre que, indiretamente, a conduta que levou ao empobrecimento, qual seja, a conduta do enriquecido, levou à consecução do bem ao terceiro, o que demonstra nexo causal remoto entre as ações.

Quanto à subsidiariedade, enquanto elemento constitutivo materialmente do enriquecimento sem causa, impede, no mais das vezes a vinculação de terceiro no caso de enriquecimento sem causa. Tal razão decorre do fato de ser o enriquecimento sem causa subsidiário no ordenamento jurídico brasileiro, restringindo sua ação no campo contratual, que teria ações próprias para a consecução da tutela.

Para que possa ser considerado o enriquecimento indireto e seja parte no enriquecimento sem causa o terceiro, devem ser preenchidos os requisitos de (i) insolvência do devedor, (ii) obtenção do bem pelo terceiro através de título gratuito e (iii) obtenção do bem pelo terceiro através de título oneroso, caso haja má-fé do mesmo.

A regra geral do art. 886 indica que caso ocorra o perecimento do bem subtraído do patrimônio alheio, responde o enriquecido pelo valor concernente àquele. Desse modo, ainda que tenha repassado o bem, o devedor continua responsável pela restituição do *status quo ante*

do patrimônio do empobrecido. Tal regra só não poderia ser utilizada na hipótese de ter o devedor constituído insolvência. Sendo insolvente, não poderia suportar o ônus de reparar o injusto, devendo, portanto, a obrigação recair sobre o patrimônio dilapidado, que seria possuído por terceiro. Para NANNI²⁶⁴ este seria o caso que justifica a utilização do enriquecimento sem causa contra terceiro.

Neste caso, como salienta o autor, o terceiro pode responder mesmo que tenha adquirido o bem de boa-fé²⁶⁵, posto que no conflito em princípios em tela, qual seja, segurança jurídica do ato jurídico perfeito de terceiro e restituição de injusta dilapidação de patrimônio, este deve prevalecer, tendo em vista que aquela carece de justa causa em seu princípio. Todavia, não se trata de desprover de assistência o terceiro, que será resguardado pelo ordenamento através das ações cabíveis contra o enriquecido.

No caso de transmissão de bem a título gratuito, o terceiro também pode vir a ser considerado como enriquecido indiretamente, uma vez que não há prejuízo em seu patrimônio e a aceitação de tal conduta poderia levar o enriquecido à sempre se valer de tal meio para ocultar o bem adquirido sem causa, evidenciando situação de fraude ao direito.

Por fim, no caso de terceiro que adquire produto de enriquecimento sem causa à título oneroso, mas age de má-fé, parece claro que o mesmo deve ser qualificado como praticante do enriquecimento indireto. Como ressalta NANNI, *o direito não pode prestigiar a má-fé, ainda mais em uma sociedade ditada por parâmetros de igualdade, justiça e solidariedade*.²⁶⁶

No tocante à intermediação, CARAMURU²⁶⁷ afirma que é possível a consecução de enriquecimento sem causa através de intermediário, uma vez que o mesmo decorreria de fonte volitiva e, assim, não quebraria o nexo causal entre as partes, uma vez que a relação ocorreria entre os patrimônios das partes e não entre os sujeitos.

²⁶⁴NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 249.

²⁶⁵NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 251.

²⁶⁶*Idem*. p. 253.

²⁶⁷FRANCISCO, Caramuru Afonso, O enriquecimento sem causa nos contratos, in.: *Contornos atuais da teoria dos contratos*, BITTAR, Carlos Alberto (org.), São Paulo, RT, 1993. p. 88.

5.4.3 EMPOBRECIMENTO

O segundo pressuposto para a configuração material do enriquecimento sem causa é o empobrecimento. Significa que na medida em que há um enriquecimento de alguém, deve haver um empobrecimento de outrem, caso contrário, não haveria consolidação do instituto. Neste sentido, o empobrecimento assume função de complementariedade, ou seja, atua permitindo que se atinja o significado total do enriquecimento sem causa, completando a deslocação de patrimônio.

Todavia, embora seja fácil reconhecer o empobrecimento quando o empobrecido realiza ato próprio que lhe diminua o patrimônio, fica mais difícil a constituição do mesmo em casos limítrofes. Neste caso, exemplifica NANNI²⁶⁸, os casos de economia de despesas e prestação de serviços como sendo difíceis de visualização.

Resultam-se, assim, duas formas de ocorrer o empobrecimento sendo que a primeira e mais comum se dá de maneira visível, como exemplo se tem a realização de despesa direta e a segunda ocorre de maneira não visível, exemplificada na prestação de serviço.

Ademais, pode ocorrer um terceiro caso, excepcional, que o da inexistência do empobrecimento. Segundo NANNI,²⁶⁹ pode haver inexistência do empobrecimento no caso de fato que gera o enriquecimento, mas que seja imensurável no tocante ao empobrecimento. Seria o caso de sujeito que presta informação de grande valia para o enriquecido, contudo, não tem qualquer perda relativa à mesma. Assim, conclui-se, que, em certos casos, pode não haver a incidência do empobrecimento para que haja configuração do enriquecimento sem causa.

Também não seria caso de existência de empobrecimento quando das vantagens não patrimoniais²⁷⁰, que não afetam materialmente os sujeitos, mas como já visto, são consideradas como causas de enriquecimento sem justo motivo. Por isso, a conclusão de não ser requisito absoluto o empobrecimento.

É preciso, para melhor entender o pressuposto do empobrecimento, revisitar o mens lege que pautou o legislador quando dá normatização do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro. Estatuiu o legislador que deve haver restituição do obtido sem justa causa à custa de outrem. O termo utilizado foi *à custa de outrem*, no mesmo sentido

²⁶⁸NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 253.

²⁶⁹*Idem.* p. 254.

²⁷⁰*Idem.* p. 255.

dos Códigos Português e Alemão, que transparece amplitude elevada, logo, não haveria por que restringir apenas à causa do empobrecimento as possibilidades de restituição. Por isso conclui NANNI²⁷¹ que não é caso de excluir o pressuposto do empobrecimento, mas ponderar a sua aplicação, podendo dispensá-lo em determinadas situações.

Também VARELA²⁷² já entendia ser a expressão à custa de outrem mais ampla do que o sentido de enriquecimento em decorrência de empobrecimento de outrem.

Neste mesmo sentido tem-se MICHELON JR²⁷³ que diz no sentido contrário à utilização do termo empobrecimento, uma vez que a opção do legislador brasileiro foi pelo termo genérico “a custa de outrem”. Sob esse viés, existiriam duas formas do enriquecimento ocorrer a custa de outrem, a saber, (i) com a efetiva diminuição patrimonial e (ii) sem a efetiva diminuição patrimonial.

Ocorreria com a efetiva diminuição patrimonial sempre que decorresse de uma perda efetiva, como a destruição de um direito ou a diminuição do valor do mesmo ou de um ganho evitado, como no caso de prestação de um serviço não contratado. Já no caso de ocorre ocorrência sem a efetiva diminuição patrimonial estar-se-ia diante dos casos de enriquecimento por intromissão ou intervenção. Importante ressaltar que nestas situações é imprescindível a teoria abrangente do enriquecimento sem causa, uma vez que, caso contrário, não seria possível resolver o injusto enquanto responsabilidade civil, devido à dificuldade de se estimar o dano em casos de intromissão, como no exemplo do autor em que um terreno alheio é utilizado como depósito de materiais por alguns meses.²⁷⁴

Quanto à necessidade do enriquecimento ser obtido à custa de outrem, define VARELA²⁷⁵ que o mesmo deve atingir aquele que postula a restituição mediante enriquecimento sem causa. Assim, deve haver uma perda de outrem, que, todavia, não necessariamente se equivale ao aumento de patrimônio do enriquecido, por exemplo no caso de instalação em casa alheia. Por causa desta amplitude de possibilidades, substituiu o legislador alemão a expressão com seu patrimônio (*aus dem Vermögen eines anderen*), por à sua custa (*auf dessen Kosten*), o que inspirou o legislador português.

²⁷¹ *Idem.* p. 257.

²⁷² VARELA, Antunes, *Direito das obrigações: conceito estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, mobilidades das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 205.

²⁷³ MICHELON JR, Claudio, *Direito repositório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 197.

²⁷⁴ *Idem.* p. 198/199.

²⁷⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 326/327.

Todavia, poderia ocorrer ocasião em que não fosse diminuído o patrimônio do credor do enriquecimento, nem potencialmente impedido de aumento, como por exemplo no caso daquele que utiliza casa alheia, mas o credor não estava disposto a alugar a mesma. Diante deste impasse, tendente à não permitir a utilização e aproveitamento injusto de bens alheios, VARELA²⁷⁶ bem define que vantagem patrimonial é obtida à custa de outrem *por ser obtida com meios ou instrumentos pertencentes outrem*.

Acrescenta o autor²⁷⁷ que ao perfilar tal raciocínio, a lei comungaria com a doutrina alemã da destinação ou da afetação (*Zuweisungslehre*) dos direitos absolutos, uma vez que a mesma propõe que os direitos reais, para além de direitos de exclusão impedindo a ingerência de terceiros ao bem, são direitos que conferem ao titular o respectivo provento econômico resultante de sua utilização, fruição, entre outros atos. Assim, mesmo que não pretendesse utilizar-se daquele determinado viés relativo ao bem, este lhe cabia de direito.

De maneira conclusiva, FERNANDO NORONHA²⁷⁸ credita à teoria da destinação dos bens o fundamento mais preciso para a vedação ao enriquecimento sem causa. Como motivo para tanto tem-se que ao repousar seu significado apenas sobre a equidade, o enriquecimento sem causa seria considerado apenas um remédio excepcional, contudo, ao ser elencado como representação da teoria da destinação dos bens, teria papel ordinário no ordenamento, pois permitiria não deixar aquele ao qual não é atribuído o direito dele se aproveitar economicamente.

Vale notar que HILDEBRAND²⁷⁹ considera que, levando em conta os pressupostos de empobrecimento e nexos causal como desnecessários, que o pressuposto do enriquecimento *à custa de outrem* adquire maior relevância na teoria, uma vez que este seria o liame mais correto para tipificar o enriquecimento sem causa. A expressão mais ampla faz com que não seja necessária a diminuição patrimonial efetiva por parte do polo prejudicado.

²⁷⁶ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 329.

²⁷⁷ *Idem*. p. 329/330.

²⁷⁸ NORONHA, Fernando, Enriquecimento sem causa, in.: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v.15, n.56, pp.51-78. p. 57.

²⁷⁹ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010. p. 72.

Fica esclarecido, na dissertação de HILDEBRAND,²⁸⁰ que a justa causa prevista no artigo 884 não está adstrita à simples atribuição patrimonial, mas sim tem incidência em dois outros aspectos, a saber: (i) no uso de bem e direito deve ser observada a justa causa para tanto e (ii) nos casos de acréscimo de valor de um bem, este deve ter justa causa do mesmo modo.

Em boa hora, SERPA LOPES²⁸¹ adverte que só haverá enriquecimento sem causa se o enriquecimento partiu de ato sem demonstração de vontade ou de culpa por parte do empobrecido, uma vez que a presença de vontade do mesmo demonstraria assentimento e concatenaria um ato de mera liberalidade.

5.4.4 NEXO DE CAUSALIDADE

Como terceiro pressuposto do enriquecimento sem causa, tem-se o nexo de causalidade. Trata-se de verdadeira junção, aglutinação, entre o enriquecimento e o empobrecimento. Seria uma espécie de liame factual que permite identificar a comunhão temporal e espacial dos atos que geram enriquecimento e empobrecimento.

Não se trata, entretanto, do típico nexo de causalidade da responsabilidade civil, que necessita da conduta ilícita e culposa do agente, gerando obrigação de reparar o dano e ressarcir eventuais lucros cessantes danos de outras naturezas. É bem verdade, que equivale à uma mera causa que liga ambas as condutas, sem grandes requisitos ou condições.

O nexo de causalidade pode ser direto ou indireto²⁸², o que significa dizer que ao ser direto, traz a união entre empobrecido e enriquecido pelo liame de fato que comprova o deslocamento patrimonial ou moral. Por outro lado, ao ser considerado indireto, pressupõe-se os casos em que há hipótese de enriquecimento indireto, ou seja, enriquecimento de terceiro, como já foi aludido no presente trabalho.

²⁸⁰HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010. p. 63.

²⁸¹LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 83.

²⁸²NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 258.

No tocante à requisitos, NANNI²⁸³ define que o nexo de causalidade deve respeitar a *existência de relação de causa e efeito entre enriquecimento e um fato*, o que permite entender o nexo mesmo que não haja empobrecimento.

Acerca do nexo causal como pressuposto do enriquecimento sem causa, afirma MICHELON JR.²⁸⁴ que o mesmo significa simplesmente que o enriquecimento possa explicar o empobrecimento, não havendo a mesma carga lógica do nexo causal no tocante à responsabilidade civil. Esse liame é facilmente entendido quando se remonta à concepção de transferência de patrimônio que o enriquecimento sem causa teve por muito tempo, mas que atualmente se encontra fadada ao desuso, tendo em vista formas outras de enriquecimento que prescindem da deslocação, como o por intromissão.

Quanto à necessidade de nexo direto (imediato), caso do deslocamento patrimonial simples entre as partes ou nexo indireto (mediato), caso do deslocamento complexo, que passa por terceiro, MICHELON JR.²⁸⁵ entende não haver qualquer óbice para que ambos sejam considerados válidos quando da atribuição do enriquecimento sem causa, uma vez que creditar eficácia apenas aos casos de nexo direto seria menos abrangente.

Cabe estabelecer o parâmetro da crítica de HILDEBRAND²⁸⁶ no caso do pressuposto do nexo causal. Este serviria única e exclusivamente dentro de uma cadeia lógica que se funda-se sob os auspícios do empobrecimento como pressuposto do enriquecimento sem causa. Como tal entendimento pode ser superado pela nova concepção de enriquecimento sem causa, seria inadequado se falar em nexo causal, posto este pressuposto depender da existência de outro pressuposto.

Segundo BARBIERA,²⁸⁷ a relação de causalidade entre enriquecimento e dano não deve ser analisada como comumente, ou seja, um sendo a causa do outro, mas sim com a premissa de que o enriquecimento deve ser *consequência* do dano.

²⁸³ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 261.

²⁸⁴ MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 206.

²⁸⁵ *Idem.* p. 207.

²⁸⁶ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010. p. 72.

²⁸⁷ BARBIERA, Lelio, *L'ingiustificato arricchimento*, Napole, Joveni, 1964.. p. 8.

5.4.5 AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

Ausência de justa causa é o quarto pressuposto do enriquecimento sem causa e reputa-se como relevante à medida que não sendo configurado, não há de se falar em enriquecimento sem causa, mas em, apenas e tão somente, enriquecimento de alguém tendo em vista relação factual com outrem.

Cabe destacar que GIOVANNI ETTORE NANNI²⁸⁸ estuda o tema a partir da premissa da diferenciação entre causa como elemento do contrato e causa como motivação que impede a configuração do enriquecimento sem causa. Em síntese, o autor contrasta os argumentos causalistas e anti-causalistas para definir que não se trata da mesma causa no caso do enriquecimento sem causa, mas sim que neste o que se necessita é uma formatação mais ampla, mais uma vez considerando que por vezes o enriquecimento sem causa se dá por questões não-patrimoniais ou morais.

Diz o autor que *ainda que seja possível, mesmo que em tese, discutir acerca da causa como elemento do negócio jurídico, ela, no enriquecimento indevido, não se liga a um negócio, mas a um fato a ser aferido na hipótese concreta.*²⁸⁹ Assim, bastaria uma apreciação simples que levaria ao motivo, tornando-se motivação fático-hipotética, longe do estrito negócio.

Impossível, portanto, uma teoria unitária e genérica que leve a um rol taxativo de causas de enriquecimento. Falta, simplesmente, fundamentar o enriquecimento, com qualquer título jurídico ou legitimidade legal. Possível seria elencar os principais grupos genéricos que podem gerar a causa do enriquecimento, quais sejam, (i) lei, (ii) decisão legal, (iii) ato jurídico e (iv) fato social.

Aliás, é até importante a indefinição do conceito de causa, uma vez que aliada com o critério de subsidiariedade do enriquecimento sem causa, pode fazer com que o instituto seja usado de acordo com que o ordenamento seja manipulado. Em outras palavras, cada vez que uma causa seja subtraída numa relação jurídica, será capaz o enriquecimento sem causa de atuar na reconstituição do injusto.

De se ressaltar também que a falta de causa pode ser anterior ou posterior, de acordo com o que dispõe o artigo 885 do Código Civil de 2002. Será anterior quando a causa não existia

²⁸⁸NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 262.

²⁸⁹*Idem.* p. 267.

antes do ato que gera o enriquecimento sem causa, como no caso daquele que transfere mais dinheiro do que devido ao enriquecido. Será posterior quando a causa deixar de existir de maneira superveniente, como um aluguel por tempo determinado, no qual o locatário continua a utilizar o imóvel, neste caso, até o término do contrato havia causa, mas deixou de existir com a resolução do mesmo.

Ademais, indica ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO²⁹⁰ que para que seja considerado o enriquecimento sem causa por fato ulterior que deixou de existir ou efeito que não se verificou, devem ser depreendidos os seguintes requisitos: (i) que a prestação seja destinada à obtenção de resultado futuro, (ii) que seja possível entender a partir do negócio jurídico qual o fim daquela prestação e (iii) que o resultado almejado não se produza.

Doravante, MICHELON JR.²⁹¹ acrescenta que, em relação à causa, cabe, inicialmente, diferenciar a causa de atribuição da causa negocial. Esta trata da característica negocial, para que se possa saber se o negócio jurídico é válido ou não e, doravante, é capaz de produzir efeitos. Já a justa causa de atribuição patrimonial é investigada de maneira mais geral, atinente ao fato de que a mesma deve unir três elementos, quais sejam, (i) uma posição jurídica, (ii) um bem e (iii) um indivíduo, podendo decorrer de várias formas jurídicas como o negócio jurídico, os modos de aquisição de propriedade e os atos administrativos.

O autor²⁹² classifica as causas de enriquecimento em três espécies, a saber: (i) causa que justifica atribuição patrimonial, (ii) causa que justifica um acréscimo de valor de um bem e (iii) causa que justifique o uso, gozo ou fruição de um bem por alguém que não o seu proprietário.

A falta de causa, para SERPA LOPES,²⁹³ *parte de um estado de direito preexistente*, o qual deriva sem o necessário desenvolvimento padrão, que acarreta num *ato ou negócio jurídico desprovido de força aquisitiva do elemento justificativo para a aquisição de um valor*.

Também é pacífico que MICHELON JR.²⁹⁴ trata a ausência de causa como matéria casuística, o que importa em dizer que não é possível estabelecer um rol taxativo de situações nas quais seja inquirida a ausência de causa. Entretanto, o autor tenta suscitar algumas das

²⁹⁰AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2010. p. 178/179.

²⁹¹MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 209/212.

²⁹²*Idem.* p. 214/217.

²⁹³LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 72.

²⁹⁴MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 225/227.

formas que podem dar origem à ausência de causa, entre elas, (i) quando ocorre por iniciativa do enriquecido, em geral casos de intromissão em direito alheio ou consumo não autorizado de bens alheios, (ii) quando ocorre por iniciativa do empobrecido, conhecido como enriquecimento imposto, em casos de *free acceptance* do enriquecido, por exemplo, (iii) quando ocorre sem a iniciativa de nenhum dos sujeitos.

Quanto à ausência de causa, *a priori*, VARELA²⁹⁵ estabelece as noções de causa em diferentes casos, a saber: (i) causa da prestação, (ii) causa da obrigação e (iii) causa das restantes deslocações patrimoniais. No caso da prestação, a causa jurídica é a própria relação jurídica que a prestação visa satisfazer. No caso da obrigação, trata-se do objetivo do negócio no qual está integrada a obrigação, num sistema de negócios de natureza causais, a lei identifica este objetivo, diferentemente dos casos de negócios abstratos.

Finalmente, no restante das deslocações patrimoniais, como os atos de intromissão e atos meramente materiais, não haveria causa posto que a lei define que o bem deve pertencer a outrem, fixando uma ordenação de bens, assim, por exemplo, não caberia ao vendedor de imóvel para duas partes diversas, manter o proveito de ambas, posto que o ordenamento não prevê tal ato, contudo, é possível que aquele que não tem título de propriedade, mediante posse prolongada, possa exigir titularidade do bem, uma vez que a lei define como aceitável a usucapião.²⁹⁶

Nos dizeres de CAMARA ALVAREZ e PONCE DE LEON,²⁹⁷ o enriquecimento sem causa, para garantir sua aplicabilidade, encontraria limitação em duas hipóteses, quais sejam: (i) o enriquecimento que deriva da apropriação de utilidade a qual constituía direito alheio ou (ii) o enriquecimento que deriva da apropriação de utilidade a qual constituía atividade alheia. No primeiro caso, tratar-se-ia de uma complementação do próprio direito alheio, ao passo que permitiria a restituição de uma faculdade do próprio detentor do direito. No segundo caso, tratar-se-ia da restituição de provimentos resultantes da atividade alheia em seus domínios.

Nas considerações de ECHEVERRÍA²⁹⁸, não apenas a falta de justo título daria ensejo ao enriquecimento sem causa, mas também a ausência de título suficiente, ou seja, aquele título

²⁹⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 320/323.

²⁹⁶ *Idem.* p. 324/325.

²⁹⁷ CAMARA ALVAREZ, Manuel de la; PONCE DE LEON, Luis Diez-Picazo, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Editorial Civitas S/A, Sem data. p. 96/100.

²⁹⁸ ECHEVERRÍA, Jose, La responsabilidad fundada en el enriquecimiento injusto y su proyección hacia los problemas ético-jurídicos y políticos, in.: *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Santurce, v.24, n.2, pp.193-211. p. 207.

que, embora existente, apresente conteúdo desproporcional ou que acarrete em situação ilegal, como, por exemplo, nos casos em que alguém se enriquece desmedidamente em relação à outrem.

Importa salientar que FABREGA PONCE²⁹⁹ discorre ser possível a lei como título justificativo do enriquecimento, a partir do momento em que esta obriga a tolerar uma intervenção ou utilização de bem alheio. Não seria, deste modo, o enriquecimento sem causa uma regra superior às demais presentes no ordenamento jurídico.

5.5 SUBSIDIARIEDADE

Existe um último requisito do enriquecimento sem causa, qual seja, a subsidiariedade. Não se trata de um pressuposto para a configuração do enriquecimento, para o qual bastam os pressupostos anteriores, o enriquecimento, o empobrecimento, o nexo de causalidade e a ausência de justo motivo. Ao contrário, não é considerado *a posteriori*, mas sim *a priori*, posto ser a própria essência da norma do enriquecimento sem causa, seja no ordenamento brasileiro, seja em outros ordenamentos como o português e o italiano.

Como bem demonstra DIOGO JOSÉ PAREDES LEITE DE CAMPOS,³⁰⁰ a subsidiariedade no caso do enriquecimento sem causa decorre da própria natureza do instituto. Explica-se: A presença do mesmo em um ordenamento jurídico gera, inevitavelmente, uma série de casos de conflitos de normas, posto que em determinadas situações duas ou mais normas seriam capazes de tipificarem a situação de fato.

Doravante, havendo conflito é preciso solucioná-lo, uma vez que o conflito impede a segurança jurídica e a própria viabilidade do ordenamento. Logo, uma das normas deverá excluir a outra, tendo em vista que não é possível aplicar ambas, consoante o princípio do *ne bis in idem*. Para tanto, duas são as possibilidades de fazê-lo, quais sejam, (i) a alternatividade ou (ii) o estabelecimento da hierarquia.

A alternatividade tem aspecto subjetivo, visto que parte da análise das partes no caso concreto, seria um juízo *a posteriori*, pois só ocorreria quando instalado o conflito de normas. Significa, nesta via, que o particular, à luz do caso concreto, tomaria uma decisão decorrente

²⁹⁹FABREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, 1. t., Colombia, Plaza & Janes, 1996. p. 355.

³⁰⁰CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974. p. 31/33.

de sua própria vontade e análise e optaria por uma das normas que poderiam solucionar o caso. A partir dessa decisão ficaria consolidada qual a norma que seria utilizada e, consequentemente, a norma que seria não utilizada.

Já no caso do estabelecimento de hierarquia ocorre um juízo *a priori* de cunho objetivo, posto que advém da própria lei, amparada pelo *mens lege*. Assim, prevendo o conflito de normas, o legislador estabeleceria, no âmbito da lei, quais seriam as prioridades, restando assim uma norma autônoma, principal e outra de caráter secundária. A norma secundária, neste contexto, assumiria caráter de subsidiariedade.

O embrião histórico do caráter de subsidiariedade no direito germânico é estabelecido pela doutrina na última metade do século XVIII e primeira do século XIX. Seria uma subespécie de concorrência objetiva, que ocorria quando alguém dispunha de várias ações contra outrem. Suas subespécies eram a concorrência cumulativa, a alternativa e a sucessiva. Na concorrência sucessiva incidiam os casos em que as ações eram exercitáveis uma a seguir da outra. Entre elas existia o caso em que uma ação servia de recurso da outra, só sendo utilizada quando a primeira não atingisse plenamente o objetivo. Este seria o concurso subsidiário, segundo consta da explanação de DIOGO CAMPOS.³⁰¹

Assim, era necessário que a outra ação não fosse apreciável em concreto, ou seja, no caso prático, para que a ação subsidiária pudesse ser utilizada. Porém tal entendimento foi superado ao longo do século XIX, quando a concurso de normas passou à tratar apenas da exclusão de uma ação através de outra concorrente. Excluída da teoria do concurso, a subsidiariedade passou a significar a exclusão de uma norma por já haver outra norma utilizada para se obter o resultado.³⁰²

Percebendo que a teoria do concurso se distanciou sobremaneira dos questionamentos que a subsidiariedade traz no caso do enriquecimento sem causa, DIOGO CAMPOS³⁰³ a define como o fenômeno que revestiria as ações que só podem ser exercidas caso não haja outro meio de se obter tal resultado. Assim, subsistiria a ideia que a norma subsidiária resolveria casos de lacuna legal.

³⁰¹ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, p. 35.

³⁰² *Idem.* p. 37.

³⁰³ *Idem.* p. 53.

Ressalta DIOGO CAMPOS³⁰⁴ que não há uma boa teoria que fundamente a subsidiariedade no caso do enriquecimento sem causa. Todavia, há uma série de fatores que podem ser considerados quando da sua utilização ou não como norma subsidiária, que permitem estabelecer, em linhas gerais, os principais pontos de interesse na subsidiariedade. Inclusive, é tão evidente a falta de unicidade na justificativa que, diz o autor, existe doutrina que considera a subsidiariedade como um fenômeno meramente histórico, fundamentando-a em si mesma.

A primeira teoria é a da impossibilidade de concurso inerente às normas do enriquecimento sem causa. Fundamenta-se na falta de requisitos para a configuração do enriquecimento sem causa quando ainda perdura outro direito que esteja relacionado com o pretense ato de enriquecimento. A ideia central é que havendo outro direito que configure a situação fática, este representa valor entre as partes e, portanto, não haveria os requisitos de enriquecimento e empobrecimento para caracterizar o enriquecimento sem causa. A subsidiariedade seria, portanto, própria consequência da falta de configuração do enriquecimento sem causa.

Na consecução de uma base metodológica, DIOGO CAMPOS³⁰⁵ elucida que a teoria se iniciou com as explicações de Mayr, que considerava que enquanto houvesse direito, não poderia se configurado o enriquecimento sem causa, o que levou Ruf e Eberty a concluir que não seria caso nem de subsidiariedade, posto que este necessita de hierarquia entre as normas, o que não haveria se o enriquecimento não pudesse ser aplicado no caso concreto. A hierarquia ficaria prejudicada pela falta de requisitos do enriquecimento sem causa.

Todavia, a teoria caiu no desuso na Alemanha, perdurando por algum tempo na Suíça, e o motivo do desuso é comentado por DIOGO CAMPOS,³⁰⁶ qual seja, o erro de premissa pelo qual a teoria é conduzida. Ao tratar das pretensões de forma meramente abstrata, acaba a teoria por ignorar o que de fato acontece no plano dos fatos. Neste plano, o enriquecimento de fato ocorreu e de fato houve um empobrecimento, que não podem ser compensados por um pretense direito em abstrato, como se fosse um simples exercício contábil. O enriquecimento é fenômeno econômico e o sendo não pode ser anulado por um fenômeno jurídico abstrato.

A segunda teoria é conhecida com doutrina da economia de meios. Parte da premissa de que havendo um meio mais simples para se chegar à pretensão, deve-se optar pelo mesmo,

³⁰⁴ *Idem.* p. 333.

³⁰⁵ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974. p. 335/336.

³⁰⁶ *Idem.* p. 339.

não pelo enriquecimento sem causa. Assim, baseia-se em mandamentos como o da celeridade, na busca pela maior rapidez e efetividade do direito, sabendo do brocardo que invoca que justiça tardia não é justiça.

Contudo, nas palavras de DIOGO CAMPOS,³⁰⁷ tal teoria só apresenta interesse histórico, tendo em vista que não chegou à ter grande adesão quando de sua criação. Isto pelo motivo de que não explica a subsidiariedade, pois sua premissa falha no ponto mais básico da subsidiariedade. Assentindo ao modelo de subsidiariedade do enriquecimento sem causa, este não tem campo de atuação caso haja outra norma que atue no mesmo caso, seja ela mais eficaz ou menos eficaz. Assim, perde totalmente a premissa da teoria.

Como terceira teoria exsurge a doutrina do contraste do ordenamento jurídico consigo próprio. Nesta teoria, elaborada por Graziani, só haveria enriquecimento sem causa se o deslocamento patrimonial em si fosse conforme o direito, mas o enriquecimento proveniente do mesmo não o fosse. Porém, DIOGO CAMPOS³⁰⁸ discorda dessa teoria, pois não seria aplicável à todos os casos.

Na quarta teoria repousa o fundamento econômico da subsidiariedade. Neste caso, seria o enriquecimento sem causa subsidiário em relação à outras formas pois estes apresentaria valor de ressarcimento maior do que o valor que auferia ao empobrecido a ação de enriquecimento.

Todavia, tal motivo não tem embasamento amostral, uma vez que existe sempre a possibilidade de, no caso concreto, o valor de uma ação de enriquecimento superar os valores de outras ações que pudessem atuar no caso concreto. Aliás, considerando a teoria que limita o quantum do ressarcimento no valor do enriquecimento patrimonial, de valor dinâmico, parece possível que seja a ação de enriquecimento sem causa fornecedora de restituição de melhor valor.

A doutrina da hierarquia das fontes de direito é a quinta teoria de motivação da subsidiariedade do enriquecimento sem causa. Decorreria do princípio da legalidade, corolário máximo do Estado Democrático de Direito, que indica a lei, o direito positivo, como fonte primordial de deveres e obrigações para os indivíduos. Assim, haveria uma hierarquia na qual sobressairia em primeiro posto o direito positivo e em segundo posto o direito natural. Sendo o enriquecimento sem causa uma norma proveniente do direito natural, estaria sempre em segundo plano no embate com outras fontes.

³⁰⁷ *Idem.* p. 341.

³⁰⁸ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974. p. 344.

Contudo, como bem salienta DIOGO CAMPOS,³⁰⁹ a partir do momento em que o direito natural é consolidado como norma posta, esta passa a valer enquanto tal e não mais pelo espírito das premissas de seu significado. Ainda que se considere a hierarquia das normas, estando estabelecido no direito posto, o enriquecimento sem causa teria a mesma força cogente de seus pares, não sendo possível, neste estágio, a aplicação da hierarquia das normas para explicar o enriquecimento.

A sexta teoria de motivação da subsidiariedade do enriquecimento sem causa trata do perigo de subversão da ordem jurídica. Seria esta a principal preocupação dos franceses ao estabelecerem a subsidiariedade para este caso. Quando se estabelece uma norma de enriquecimento sem causa dentro de um ordenamento jurídico, esta pode tomar proporções imensuráveis, caso possa ser aplicada sempre ao bel-prazer dos operadores, reduzindo as demais fórmulas à mero código de conduta sem uso.

Fraude à lei é a temática da sétima teoria de motivação da subsidiariedade do enriquecimento sem causa. O que se pretende é fixar que para que seja utilizado o enriquecimento sem causa bastaria ser o mesmo impedido de ocorrer como fraude à lei. Bem se vê que tal teoria é contrária à necessidade da subsidiariedade como elemento do enriquecimento sem causa. Seria o caso de não poder recorrer ao enriquecimento sem causa se a lei considera prescrito o direito à indenização. O enriquecimento, neste caso, tem causa, qual seja, o texto legal que prevê a prescrição.

Ora, DIOGO CAMPOS³¹⁰ considera que tal preceito é inútil e tem razão em tal assertiva. Acontece que se há preceito legal para um enriquecimento, significa que o mesmo tem causa, logo, não haveria pretensão de enriquecimento sem causa, pois lhe falta pressupostos de existência. Restaria a teoria como uma duplicação do resultado que já é atingido pela falta dos pressupostos de ausência de causa.

Outra teoria que reputa prescindível a subsidiariedade é a que define que a mesma foi absorvida pelo sentido de causa. Todavia, não poderia ser correta tendo em vista a consideração de Diogo Campos que a subsidiariedade não significa não permitir que o enriquecimento sem causa seja utilizado em casos em que há causa, mas sim que este não atue em casos que podem ser abarcados por outros casos.

³⁰⁹ *Idem.* p. 358.

³¹⁰ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974. p. 354.

Ao se falar em subsidiariedade significa afirmar que a norma do enriquecimento sem causa e a ação de enriquecimento não são prioritárias no ordenamento, ou seja, só podem ser utilizadas no judiciário caso não haja qualquer outro meio idôneo e jurídico para que seja reparado o injusto.

O tema é controverso, tendo sua origem na França, país que adotou a teoria da subsidiariedade assim como Portugal, Itália e Brasil fariam mais tarde. Na contramão do raciocínio encontra-se a doutrina e legislação alemã, que não destacam o caráter subsidiário do enriquecimento sem causa como uma de suas características, sendo, portanto, uma ação autônoma.

Para NANNI³¹¹, existe um núcleo básico no qual a ação de enriquecimento deve ser vista como uma excepcionalidade, condicionada à prévia inexistência de outra forma de resolução prevista em lei.

A origem da subsidiariedade, segundo NANNI,³¹² adviria dos ensinamentos de Aubry e Rau, idealizadores da ideia de que só seria possível utilizar a ação de enriquecimento, à época *actio de in rem verso*, caso não houvesse outra forma de tutelar a situação. Tal raciocínio foi contemplado pela Corte de Cassação em decisões como as de 21 de novembro de 1917, 12 de fevereiro de 1923 e 11 de setembro de 1940, tornando a subsidiariedade uma condição e característica do enriquecimento sem causa.

Sobre a motivação que levou aos autores caracterizar o enriquecimento sem causa como subsidiário, não há resposta definitiva na doutrina. NANNI³¹³ é adepto do pensamento de que não havia uma real intenção por de trás da ideia original, que acabou sendo perpetuada pelos juristas franceses muito em razão da falta de análise do tema e por sua acolhida jurisprudencial.

É possível, adiante, classificar a subsidiariedade em dois sistemas diversos, a saber: (i) a subsidiariedade em concreto e (ii) a subsidiariedade em abstrato. Subsidiariedade em concreto significa que a análise da subsidiariedade fica restrita ao caso concreto, ou seja, só é factível considerar sua existência ou não a partir da análise dos elementos do caso prático, descobrindo-se ser cabível ou não outros meios que resolveriam o conflito material de enriquecimento sem causa.

³¹¹NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 276.

³¹²*Idem.* p. 273.

³¹³*Idem.* p. 274.

Por outro lado, a subsidiariedade em abstrato decorre do entendimento de que a entidade solucionadora do conflito é a própria lei, herança do pensamento da Escola da Exegese. Para esta corrente, basta que haja outra ação abstratamente disponível para o caso que haverá subsidiariedade do enriquecimento sem causa.

No Brasil, o legislador definiu, no art. 886 do Código Civil, que havendo possibilidade de outro meio de ressarcimento, deverá o lesado se dirigir à este e não ao enriquecimento sem causa. Neste caso, fosse aplicada a teoria da subsidiariedade em abstrato, o instituto estaria renegado à peça de museu dentro do ordenamento jurídico, uma vez que o Código Civil é bem completo no sentido de meios de se atingir o ressarcimento. Por isso, a adoção da subsidiariedade em concreto se perfaz mais completa para este caso.

Converge com tal ponto a opinião de NANNI³¹⁴, que diz não ser apriorística – e, portanto, abstrata – a análise da subsidiariedade, posto que deve ser baseada numa concretude que só pode ser confirmada ou não dentro do próprio julgamento.

Outro argumento levantado pelo autor tange a questão do enriquecimento sem causa como cláusula geral. Ao considerar se tratar o instituto de cláusula geral, assim como a função social do contrato, a boa-fé e o abuso de direito, deve se prezar pela maior aplicabilidade do mesmo. Todavia, a partir da teoria da subsidiariedade em abstrato, sua aplicabilidade seria restringida, o que significa um contrassenso nos objetivos do ordenamento civil contemporâneo.³¹⁵

Seria a abstratividade, no pensamento de Nanni,³¹⁶ uma ingerência do formalismo jurídico manifestado sob a égide do respeito à norma posta. Seria apenas uma situação que permitiria a protelação da reparação do injusto por parte do enriquecido, que deve ser coibida. Para tanto, a análise da subsidiariedade deve ser feita sob o prisma do direito material, na busca por evitar a fraude à lei, não em âmbito de condição processual, que geraria apenas a sua inaplicabilidade e consequência diminuição da eficiência da reparação do enriquecimento injustificado.

Contudo, para além da aplicabilidade ou não, dos reais motivos da utilização ou de sua extensão, um valor deve ser atribuído à subsidiariedade do enriquecimento sem causa. Trata-se da sua função de inibidor da fraude à lei. Numa situação hipotética na qual um ordenamento prevê o uso irrestrito do enriquecimento sem causa, fica claro que o mesmo

³¹⁴NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 277.

³¹⁵*Idem.* p. 282.

³¹⁶*Idem.* p. 283.

poderá ser utilizado para burlar mandamentos do próprio ordenamento, uma vez que seria remédio jurídico para modificação de qualquer deslocamento. Assim, como exemplo, seria o caso de uma prescrição de uma ação, ou de norma que impedisse claramente determinado negócio, sendo o enriquecimento subsidiário, não poderia interferir nestes casos, todavia, sendo autônomo, tais mandamentos poderiam ser desconsiderados e perderiam seus efeitos práticos.

Considerando a possibilidade de fraude à lei, NANNI³¹⁷ acrescenta que partindo da premissa de que a causa se liga ao fundamento do enriquecimento, não é possível teorizar um alargamento de sua aplicabilidade, tendo em vista que sua utilização em lacunas do ordenamento levaria, inexoravelmente, à possibilidades de fraude à lei. Para se evitar tal juízo a melhor solução seria aplicar a subsidiariedade concreta, impedindo-se, assim, a fraude à lei.

Como consequência de tal formulação o ordenamento insurgiria num estado de plena insegurança jurídica, posto a configuração do enriquecimento sem causa também como princípio o que propiciaria sua aplicação nos mais diversos ramos de direito. Assim, a segurança jurídica seria deposta.

Ponto a favor da subsidiariedade se encontra na questão da suficiência de certos meios jurídicos para reestabelecer o equilíbrio entre as partes. Muitas das vezes, o meio outro que não o enriquecimento sem causa é capaz de resolver o injusto, se fazendo desnecessário o enriquecimento sem causa. De tal modo, confere a aplicação subsidiária do enriquecimento sem causa, privilegiando as outras construções jurídicas, mais específicas e, por vezes, mais eficazes.

Divergindo do senso comum empregado ao tema, CARLOS ROBERTO GONÇALVES³¹⁸ defende a tese de uma subsidiariedade de conteúdo absoluto em relação à norma que veda o enriquecimento sem causa. Para o autor, cabe distinguir a incidência da subsidiariedade em dois planos, a saber, o plano da existência e o plano da eficácia. Fosse considerada a subsidiariedade no plano da eficácia, ter-se-ia que, mesmo havendo ação prevista para um caso concreto, seria possível utilizar a *actio de in rem verso* para a consecução da restituição se aquela não fosse instrumento eficaz àquela altura, como, por exemplo, no caso de prescrição.

³¹⁷NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 281.

³¹⁸GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. 3., 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2011. p. 625.

Contrário senso, entendida a subsidiariedade no plano da existência, a utilização da *actio de in rem verso* só seria possível apenas e tão somente se não houvesse qualquer ação prevista para o caso concreto, havendo ação passível de utilização, ficaria vedado o uso do enriquecimento sem causa. O autor se posiciona no sentido de que a subsidiariedade atua no plano da existência, exemplificando ser impossível utilizar a ação de enriquecimento caso tenha ocorrido a prescrição de ação própria.

Ao observar os elementos à luz do direito comparado, MICHELON JR.³¹⁹ aduz que é possível analisar a subsidiariedade através de dois vieses, quais sejam, a forma francesa e a forma italiana. No caso da forma italiana seria necessária apenas a previsão em abstrato de norma que incidisse no ressarcimento para que o enriquecimento sem causa não pudesse ser usado no contexto concreto. Já na forma francesa, a subsidiariedade tem seu conteúdo mitigado, somente sendo aceita se a houver norma que seja concretamente suficiente para reverter o ressarcimento.

Na lógica brasileira, segundo MICHELON JR.³²⁰, cabe a concepção do método francês de entendimento da subsidiariedade, em que pese a omissão do legislador ao redigir o art. 886 do Código Civil de 2002. Isso porque o Código Civil deriva de um entendimento amplo acerca do direito, desconsiderando-o apenas como um conjunto de regras hipotéticas à regular casos concretos, não podendo ser considerado um sistema fechado.

O autor³²¹ explica que a subsidiariedade do enriquecimento sem causa no direito brasileiro derivaria não da possibilidade de utilização sem critério do mesmo, mas sim da preocupação de que pudesse o instituto ter sua aplicação concomitante com outro, por exemplo, a responsabilidade civil, o que resultaria em um enriquecimento injustificado do outrora empobrecido.

Mesmo existindo todos os requisitos para que se tipifique o enriquecimento sem causa, no mais das vezes a lei confere ações próprias para a restituição do que é enriquecido sem devida causa, como nos casos de negócio jurídico nulo ou anulável, que permite a devolução do patrimônio, nos casos de contrato nulo, nos casos de resolução de contrato, responsabilidade civil e posse de má-fé.

³¹⁹MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007. p. 256/258.

³²⁰*Idem.* p. 258/259.

³²¹*Idem.* p. 260/261.

Há casos, inclusive, em que a lei pretende criar ou manter relações que geram enriquecimento sem causa, com intuito, como lembra VARELA,³²² de sanção à conduta do lesado (contrato com fim ilícito colocar exemplo do cod. civil) ou manutenção da boa-fé e certeza do direito (prescrição e usucapião, alimentos provisórios colocar exemplos do cod. civil) ou ainda como estímulo à observância de regras de conduta. Seriam casos de impedimento da restituição, para além da subsidiariedade da ação.

Assim como no direito brasileiro, o Código Civil português define o caráter subsidiário do enriquecimento sem causa em seu artigo 474º. Todavia, diferentemente do direito brasileiro, dispõe de casos que remetem às normas de enriquecimento sem causa determinadas situações dispostas em lei.³²³

Analisando a realidade portuguesa, próxima à brasileira, conclui VARELA³²⁴ que o princípio da subsidiariedade, juntamente com a inexistência dos negócios abstratos resultam numa aplicação diminuta do enriquecimento sem causa, diferentemente do que ocorre no direito alemão.

Propõe VARELA³²⁵ que, respeitando os casos de subsidiariedade, o enriquecimento sem causa possa ser aplicado com caráter de complementariedade, nos casos em que há enriquecimento sem causa e concomitante dano civil, que resulta em responsabilidade civil, quando esta fixar valor inferior ao do enriquecimento, para que não seja configurado, sob os olhares da justiça, um flagrante caso de enriquecimento sem causa.

A subsidiariedade seria a resposta, para VIEIRA GOMES,³²⁶ daqueles que acreditavam que o enriquecimento sem causa poderia se converter em remédio usado à exaustão dentro do ordenamento e, de tal uso desenfreado, ocorreria a subversão do ordenamento jurídico.

É possível inferir que VIEIRA GOMES³²⁷ é adepto da teoria que define a subsidiariedade do enriquecimento sem causa em contornos relativos, tendo em vista que não poderia ser sobrestado no caso de ação autônoma que não fosse eficaz para o desenlace material do feito.

³²²ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 334/335.

³²³ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970. p. 338.

³²⁴*Idem.* p. 339.

³²⁵*Idem.* p. 338.

³²⁶VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 153.

³²⁷VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998. p. 155.

Quanto à subsidiariedade, adverte HILDEBRAND³²⁸ que esta não deve ser interpretada de maneira rigorosa. Importa, *a priori*, estabelecer qual a intenção primeira da subsidiariedade, que seria evitar que a vedação ao enriquecimento sem causa fosse utilizada como forma de burlar a lei em casos que materialmente não poderiam ser julgados por força das especificações do ordenamento, como no caso clássico da restituição que não pode ser realizada, já que foi identificada a prescrição do direito no caso concreto. Todavia, não havendo tais empecilhos, *a posteriori*, seria possível utilizar qualquer das normas para tipificar a situação de fato. Assim, o pressuposto da subsidiariedade não deveria ser utilizado no caso de existência, mas ineficácia de outra norma que desfaça o enriquecimento, podendo o indivíduo resguarda-se na regra do enriquecimento sem causa.

Ao tratar do caso da subsidiariedade no direito italiano, SERPA LOPES³²⁹ analisa que a mesma tem caráter geral e absoluto, devendo ser observada a todo momento, não apenas no caso de tentativa de fraude à lei, como no caso da prescrição da ação correspondente. Mesmo raciocínio aplica o autor no caso do direito brasileiro e, antes mesmo da consagração do tema no Código Civil, define que o mesmo deve ter caráter de subsidiariedade absoluto. Assegura que assim a importância do instituto aumentaria, o que não parece ser o caso, uma vez que através de sua especificidade conferiria melhor utilização à seu método se for considerada apenas de modo subsidiário, que não teria de se adaptar à circunstâncias outras.

Em que pese a opinião da maior parte da doutrina à época, PEDRO PAES³³⁰ defende a tese da autonomia da *actio de in rem verso*, que é diametralmente oposta à teoria da subsidiariedade, defendida desde o *Arret Boudier*. O principal motivo é a especificidade de tal ação, o que lhe conferiria autonomia.

Deste modo, por ter requisitos próprios, (i) enriquecimento, (ii) empobrecimento e (iii) deslocamento patrimonial injusto, é possível delimitar um campo de atuação não subsidiário para a ação de enriquecimento.³³¹ E, derivada dessa especialidade, não seria transformada na panaceia aludida pelos autores da época.³³²

³²⁸HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010. p. 86.

³²⁹LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995. p. 77/78.

³³⁰PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 235.

³³¹PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 242/243.

³³²*Idem*. p. 245.

Segundo FABREGA PONCE,³³³ são fundamentos da subsidiariedade: (i) hierarquia das fontes, ou seja, o direito natural só pode ser utilizada não havendo outra norma cabível; (ii) impossibilidade de concorrência de normas, uma vez que uma das funções dela seria preencher lacunas; (iii) economia de meios, se há um remédio direto, este deveria ser melhor; (iv) contraste do ordenamento, se há forma própria de ação, a ação de enriquecimento carece de razão justificativa; (v) fundamento econômico, ou seja, preferível a ação que provenha uma tutela mais completa; (vi) perigo de subverter o ordenamento jurídico.

5.6 VALORAÇÃO DO QUANTUM DE ENRIQUECIMENTO

Embora não se trate de verdadeiro pressuposto do enriquecimento sem causa, tal tópico relaciona-se com o mesmo, uma vez que delimita o pretense valor a ser restaurado.

Para além dos pressupostos e condições para se averiguar o enriquecimento sem causa no caso concreto, existe um ponto nevrálgico em sua teoria geral relacionado com os limites de alcance do mesmo. Seria, então, uma especificidade que deve ser estabelecida acerca do quantum devido num caso de enriquecimento injustificado.

Como concepção clássica tem-se a teoria do duplo limite, que considera tanto o enriquecimento patrimonial do enriquecido quanto o dano do empobrecido. Seria necessário, portanto, a comparação dos dois valores, enriquecimento e dano para se chegar ao valor devido como ressarcimento, que seria o menor valor entre os dois, uma vez que assim, em tese, evitar-se-ia o enriquecimento decorrente de reparação de enriquecimento.

Cabe analisar a razão de se optar pelo menor valor entre enriquecimento e dano. Em linhas gerais, a teoria opta por tal medida pois assim não geraria enriquecimento sem causa perante o resultado do ressarcimento do enriquecimento sem causa original. Por exemplo, se um indivíduo se enriquece seu patrimônio em 100, enquanto o outro empobrece em apenas 50, parece justo que o ressarcimento seja de 50, uma vez que, caso contrário, haveria enriquecimento posterior do empobrecido, que tendo perdido 50, receberia 100. Da mesma forma, se o enriquecido aufere 50, mas o empobrecido perde 100, não é cabível que o enriquecido tenha que ressarcir mais do que tenha lhe aproveitado no patrimônio, sendo a melhor saída, portanto, restituir 50.

³³³FABREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, 1. t., Colombia, Plaza & Janes, 1996. p. 402/403.

Todavia, para melhor compreender o fenômeno do limite do enriquecimento sem causa é preciso analisa-lo sob o prisma da diferenciação de enriquecimento real e enriquecimento patrimonial, como salienta NANNI.³³⁴ Quando real, o enriquecimento equivale apenas e tão somente ao valor da coisa que foi deslocada entre os patrimônios, mas quando considerado na forma patrimonial, o enriquecimento equivale à todo o valor que foi contemplado ao enriquecido, considerando todas as repercussões que houveram no caso, sendo, deste modo, este mais amplo do que aquele.

Assim, percebe-se que o enriquecimento pode ser maior, de fato, do que o mero valor que foi retirado do empobrecido, sendo que tal assertiva traz um problema de cunho lógico: Afinal, ao adotar a teoria do duplo limite, escolhendo-se o menor valor, não se estaria permitindo o enriquecimento sem motivo no restante do valor que não é prestigiado na ação de enriquecimento?

Sem dúvida, a resposta é afirmativa. Por isso, NANNI³³⁵ acredita que na ação de enriquecimento deveria ser considerado o enriquecimento patrimonial, de caráter dinâmico, e não o enriquecimento real, de caráter estático. Embasa sua tese no fato de que o legislador previu no art. 884 que a restituição será daquilo que foi indevidamente auferido à custa de outrem, e, assim sendo, daria azo ao caráter dinâmico do enriquecimento.

Logicamente, como prevê NANNI,³³⁶ tal condição não poderia ser absoluta, assim como nenhum direito o é, e deveria guardar situações de exceção. A mais clara delas seria o caso em que o aumento patrimonial foi maior do que o aumento real apenas por conta da destreza negocial do enriquecido, ou seja, o mesmo conseguiu auferir mais lucro dentro daquele que havia auferido sem justo motivo. É o caso do enriquecido que investe na bolsa de valores, que aposta o dinheiro na loteria, entre outras possibilidades.

Por fim, conclui-se que no embate da visão estática do enriquecimento e da visão dinâmica do mesmo, deve sobressair a visão dinâmica, sob pena de se gerar um sistema altamente contraditório, que ora coíbe o enriquecimento sem causa, ora permite que o mesmo ocorra.

No entanto, não se pode confundir a visão dinâmica do enriquecimento com a indenização proveniente da responsabilidade civil por fato ilícito cometido contra outrem. O conceito de alargamento deve ser alargado, mas não à ponto de sua existência infiltrar-se no

³³⁴NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 287.

³³⁵*Idem.* p. 289.

³³⁶NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010. p. 291.

âmago da responsabilidade civil, que, como já foi dito, trata de premissas diversas das do enriquecimento sem causa.

Pode-se analisar sob outro aspecto o enriquecimento sem causa. Ao conjugar o estudo do dano e do enriquecimento, PEREIRA COELHO³³⁷ busca justificativas que possam fazer com que o dano arbitrado na responsabilidade civil pudesse levar em conta o valor do enriquecimento do lesante e não apenas do empobrecimento do lesado. (i) O primeiro argumento seria no sentido de identificar a responsabilidade civil sob um prisma sancionatório, não exclusivamente reparadora.³³⁸ Todavia, tal posição, a luz da teoria dominante, não pode ser tomada. (ii) Ademais, seria necessário enxergar o dano como uma resposta dinâmica à utilização do patrimônio, não podendo responder apenas de uma forma estática.³³⁹ (iii) Também, através da teoria da destinação, seria possível entender o montante do enriquecimento sem causa num sentido amplo, dando lugar ao dano.³⁴⁰

Entretanto, essa posição, concluindo o pensamento do autor, não parece ser a mais conveniente, ao se analisar com profundidade o enriquecimento sem causa, sendo, portanto, este medido pelo valor do empobrecimento, sem acréscimo do enriquecimento do lesante, para que seja beneficiada a própria noção do enriquecimento sem causa.³⁴¹

³³⁷PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 28/29.

³³⁸*Idem.* p. 30.

³³⁹*Idem.* p. 35.

³⁴⁰*Idem.* p. 47.

³⁴¹PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975. p. 69/71.

6. CRÍTICA AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

6.1 ASPECTOS GERAIS

Finda a explanação acerca do enriquecimento sem causa, que percorreu sua origem histórica, as teorias que o fundamentam e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, da sua natureza jurídica aos requisitos e pressupostos, é possível estabelecer as diferentes matizes que guarnecem o sentido do instituto.

Deste modo, a dedução é lógica, percebe-se que fosse apenas teorizado, o enriquecimento sem causa encamparia todas as desconstruções das vicissitudes do ordenamento jurídico. Isso em decorrência de sua análise dúplice, que já foi anteriormente tratada, enquanto princípio informador do sistema e enquanto norma jurídica caracterizada como fonte de obrigações.

É bem verdade que, em grande parte, o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio do enriquecimento sem causa, assim como a norma cogente do mesmo. A gestão de negócios e o pagamento indevido são exemplos claros da consecução do preceito da vedação ao injusto locupletamento. Já a utilização do art. 886 do Código Civil nos casos envolvendo títulos de crédito,³⁴² demonstra a utilização da norma cogente, ainda que de caráter subsidiário.

Todavia, a teoria não é aplicada corretamente em todos os casos previstos no ordenamento jurídico – e este foi o impulso do presente trabalho – ora sendo desrespeitado o princípio de vedação ao enriquecimento sem causa, ora sendo desrespeitada a própria incidência da norma de enriquecimento sem causa.

³⁴² APELAÇÃO - AÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - CHEQUE - Título de crédito caracterizado pela abstração - Responsabilidade do emitente independentemente da causa debendi - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. (Processo: APL 7266092100 SP Relator(a): Eduardo Almeida Prado Rocha de Siqueira Julgamento: 10/09/2008 Órgão Julgador: 37ª Câmaras de Direito Privado Publicação: 24/09/2008 TJSP.)

Embargos - Cerceamento de defesa - preliminares rejeitadas - Reconhecimento de duplicatas prescritas para cobrança de crédito Inocorrência da prescrição da ação de enriquecimento ilícito - Títulos de crédito com vencimento no período de 15 de agosto a 27 de outubro de 2003 - Ações monitoria proposta em 10 de janeiro de 2006 - Ausência de prova de fatos modificativos do direito do autor, ônus do embargante - Art. 333, II do CPC - Sentença bem fundamentada, mantida - Recurso improvido. (Processo: APL 7301787900 SP Relator(a): Heraldo de Oliveira Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado Publicação: 15/01/2009 – TJSP)

A motivação de tal erro advém, ao que parece, da interpretação distorcida do enriquecimento sem causa em alguns casos e do simples esquecimento de seu conteúdo em outros. Por isso a necessária retomada dos significados do enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico atual.

Para que a argumentação não incorra em puro debate teórico e fadado aos vícios da retórica, é salutar que se demonstre a ineficácia da aplicação do instituto do enriquecimento sem causa em casos práticos, ensejando que, adiante, tais falhas sejam desfeitas, dando ao ordenamento a completude necessária. São casos da sub-rogação das segurados ao direito do segurado – denominado *caso da inconsistência do ordenamento pátrio* – que desrespeita o princípio do enriquecimento sem causa e o caso da restrição das indenizações por possível incidência da norma de vedação ao enriquecimento sem causa – denominado *caso da aplicação deturpada do enriquecimento sem causa* – que decorre de um falso entendimento de tal norma.

6.2 CASO DA INCONSISTÊNCIA DO ORDENAMENTO PÁTRIO

Para se compreender a inconsistência do ordenamento pátrio e consequente violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa nos casos de sub-rogação da seguradora aos direitos do segurado deve-se estabelecer certas premissas, a saber, (i) o entendimento geral da teoria dos seguros, (ii) a aplicação da norma de sub-rogação no Código Civil de 2002 e, por fim, (iii) a incidência da teoria geral do enriquecimento sem causa neste caso.

Grosso modo, trata-se de caso em que a seguradora, após desembolsar o valor do prêmio devido ao segurado em caso de sinistro, sub-rogasse no direito do segurado de ter o dano reparado por quem o causou para ajuizar ação perante o suposto causador do dano. Tal instrumento é previsto no Código Civil de 2002.

Para que seja entendida a inconsistência do caso, primordial se faz entender a teoria geral dos seguros.

Historicamente, o seguro nasce como uma forma de permitir o comércio e captação de recursos à longa distância, dirimindo os custos operacionais de cada ação. Assim, os riscos inerentes à possibilidade de perda ou eventual acidente não seriam percebidos apenas pelo

acidentado, mas sim por uma coletividade de possíveis acidentados. Doravante, o agente poderia continuar suas atividades, o que não seria factível caso tivesse que suportar todos os gastos de uma perda de carga, por exemplo.

Exemplo clássico é o das expedições náuticas no período das grandes navegações. Num raciocínio simplista, cada dono de navio teria que arcar com seus prejuízos, o que significa dizer que no caso de um navio afundar ou se perder, o dono do mesmo teria perdido todo o seu capital, posto que perdera a carga de especiarias e o próprio navio. Todavia, os mesmos perceberam que o risco da navegação afetava a todos de maneira proporcional.

Diante de tal constatação uma mudança de paradigma foi firmada. Mais vantajoso seria que todos pagassem uma parcela de um prejuízo decorrente da perda de um navio do que o pagamento total do mesmo. Por exemplo, num grupo de 5 navios, dados apriorísticos demonstravam que um deles submergiria, sendo que a probabilidade de cada um seria de 20%. Assim, antes da partida, cada um de seus responsáveis arcava com um valor mais palatável, ou seja, 20% do que representava a perda de um navio, formando um montante que seria utilizado para pagamento de um sinistro provável, incerto e futuro.

Com o decorrer da evolução histórica, esta atividade se tornou complexa, e o seguro passou a fazer parte das mais distintas atividades humanas. Seu sentido decorre do risco, fato incerto e futuro que ronda qualquer atividade humana, de que uma atividade dispendiosa para seu executante possa vir a não se concretizar, ou pior, gerar um prejuízo de grande monta. A melhor saída neste contexto seria dividir o fardo com outros tantos executantes daquela mesma atividade, todos tangenciados pela sombra do mesmo risco.

Tal atividade, que começa como uma união dos próprios segurados passa a ser controlado por uma entidade maior, qual seja, a seguradora. Para exercer sua função, a seguradora pauta-se na teoria dos grandes números, na teoria das probabilidades e na dispersão de riscos, a fim de garantir que os riscos sejam suportados de maneira a se estabelecer um plano de equilíbrio entre o que se arrecada e o que se dispende para a cobertura de sinistros.

Pela teoria dos grandes números, a contabilidade das seguradoras reproduz a probabilidade do sinistro dentro de distintos grupos sociais. Por exemplo, numa determinada região sabe-se que, a cada ano, são batidos 50 carros e outros 30 são furtados ou roubados. Assim, divide-se o valor provável a ser dispendido nestes casos entre todos aqueles sujeitos dispostos a conter o risco da perda total do bem.

Obviamente, quanto maior e mais complexa a sociedade, maiores são os nichos de atuação da seguradora, o que lhe possibilita dispersar seus riscos. Por exemplo, uma seguradora de casas situadas em regiões de alagamento, atua também em regiões nas quais a probabilidade de desastres naturais é remota. Assim, o montante é melhor dividido.

Outra forma de dirimir riscos da própria atividade de seguros é a contratação de um co-seguro, conhecido como resseguro que, como explica FÁBIO ULHOA³⁴³, decorre do risco existente na liquidação do seguro, provenientes de possível falha dos cálculos atuariais por erro humano ou então por casos fortuitos e outras eventualidades.

Ademais, a política das seguradoras faz com que sejam cobrados prêmios diferentes para cada tipo de segurado, dependendo do risco e probabilidade de sinistro. É extremamente comum nos casos de seguradora de veículos que prêmios maiores sejam cobrados de pessoas do sexo masculino, entre 18 e 25 anos, por causa de um maior risco calculado. Aliás, diversas cláusulas restritivas ao comportamento do segurado são acrescentadas, como, por exemplo, manter o veículo na garagem, emprestá-lo à grupos de risco, nas quais não haveria cobertura do serviço.

Como define ASCARELLI³⁴⁴, baseando-se nas ideias de Vivant, a execução sistemática do seguro elimina o caráter aleatório do caso isolado e faz surgir previsões fundadas nos cálculos dos grandes números, incluindo a previsão de número de sinistros.

Percebe-se que o fim próprio da seguradora é garantir que haverá capital para segurar um sinistro possível – o que é denominado *mútuo*. Para além, nos valores arrecadados – os denominados *prêmios* – já são somados os custos operacionais das mesmas. Indubitável, portanto, que as seguradoras funcionam com prejuízo zero, acobertadas pela teoria dos grandes números e pela dispersão dos riscos.

Haveria, assim, uma divisão entre *prêmio puro*, ou seja, o valor para assegurar o pagamento de indenização decorrente de sinistro e o *carregamento*, que corresponde aos custos administrativos e lucro da seguradora.³⁴⁵

Segundo FÁBIO ULHOA COELHO,³⁴⁶ a função do seguro seria, deste modo, *socializar entre as pessoas expostas a determinado risco as repercussões econômicas de sua verificação*.

³⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, v. 3., 8. ed., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2008. p. 163.

³⁴⁴ ASCARELLI, Tulio, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo, Quorum, 2008. p. 311.

³⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, v. 3., 8. ed., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2008. p. 153.

³⁴⁶ *Idem*. p. 152.

Caberia às seguradoras estimar a ocorrência dos fatos e cobrar um prêmio proporcional de cada segurado.

Todavia, para além de seu mecanismo de funcionamento, o Código Civil prevê uma outra fonte de captação de recursos para a seguradora, qual seja, o Art. 786 de preceitua que: *Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. § 1o Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consangüíneos ou afins. § 2o É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo.* Tal regra vale para os seguros de danos.

Assim, após pagar o valor acordado na apólice, pode a seguradora ajuizar ação de indenização – muitas vezes na forma de um pretense direito de regresso – perante causador do dano. Por exemplo, num caso de sinistro automotivo, no qual a seguradora pagou uma apólice de R\$ 5.000,00, a mesma pode cobrar tal valor dos envolvidos no acidente, em que pese o valor já estar devidamente coberto pelos prêmios auferidos ao longo do tempo, pelo segurado em específico e por todos os segurados standarts que não utilizaram os valores recolhidos.

Salta aos olhos a conclusão a que se pretende chegar. Em pleno Código Civil repousa uma norma que flagra uma evidente não utilização do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa. Afinal, a seguradora tem todos seus gastos cobertos pelos valores dos prêmios pagos pelos segurados. Qualquer valor acrescentado seria um locupletamento à seguradora sem um justo motivo.

Analise-se os pressupostos, seja na forma tradicional, seja na forma contemporânea e percebe-se que há enriquecimento da seguradora, uma vez que um valor pecuniário é auferido à seu patrimônio em decorrência da ação de indenização; há empobrecimento por parte do causador do dano, que tem seu patrimônio pecuniário diminuído, ou seja, enriquecimento foi à custa de outrem; há nexos causal, representado pela ação de indenização que culmina na execução do valor, o que é prescindível para a teoria contemporânea; há falta de justa causa já que a lei concede um poder sub-rogado à seguradora que não lhe cabe, tendo em vista que seu fim está resguardado nos valores do seu mútuo.

Percebe-se que a lei dá guarida à uma forma de enriquecimento sem causa, numa desconsideração completa do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa.

Também deve ser considerado que o segurado tem extirpado um direito próprio, qual seja, ter ressarcido os gastos com o dano causado. Isto porque os parágrafos subsequentes do artigo deixam expresso que não poderá o segurado ajuizar ação face o causador do acidente, uma vez que isto impede o exercício da sub-rogação da seguradora.

Novamente, neste caso, o entendimento do enriquecimento sem causa é mal estabelecido. Em se tratando daquele que sofreu um dano por ação ou omissão de outrem, cabe ao segurado a respectiva ação de responsabilidade civil e posterior indenização, em que pese o senso comum creditar este fato à uma espécie de enriquecimento sem causa.

Não se pode considerar enriquecimento sem causa, posto que há causa latente, qual seja, a ação ou omissão do causador do acidente culmina no prejuízo do segurado. Dizer que o segurado tem seu valor resguardado pela seguradora e, por isso, não pode perseguir aquele que lhe causou dano é difundir uma injustiça no ordenamento jurídico, confundindo o universo jurídico e o universo não-jurídico. Isto por que, quando o segurado opta por um seguro, o mesmo paga, frisa-se, paga o valor do prêmio, que corresponde à sua cota parte num possível sinistro.

Portanto, equivale dizer que tal ato discricionário, corresponde a uma forma de poupança entre vários indivíduos que juntam forças para dirimir gastos. Por outro lado, um indivíduo que não tenha seguro de seu veículo ou casa, por achar que sua probabilidade de sinistro é remota, pode simplesmente guardar um valor mensal numa poupança, que poderá ser usada no caso de um sinistro.

Caso esse indivíduo utilize o valor poupado para cobrir seus gastos a priori, seria justo que não pudesse ajuizar ação face o causador do dano? Parece inconcebível uma resposta afirmativa no caso. Logo, não se pode penalizar um indivíduo por tentar diminuir seus prejuízos, já que o valor pago pela seguradora não advém de um assistencialismo qualquer, mas sim de contribuição compulsória do segurado.

Como preceitua ASCARELLI,³⁴⁷ a essência do contrato do seguro é que o beneficiário do mesmo tenha um interesse segurável, e que este se interesse pela não ocorrência do sinistro. Trata-se de uma prevenção do segurado, na mesma medida em que previne-se aquele que mantém seu carro na garagem indefinidamente, ou que constitui poupança para pagar eventual prejuízo.

³⁴⁷ ASCARELLI, Tulio, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo, Quorum, 2008. p. 306.

Evidente, portanto, que o art. 786 do Código Civil de 2002 atenta ao princípio de vedação ao enriquecimento sem causa enquanto informador de todo o sistema jurídico. Necessário se faz, por fim, considerar que o que se viola é o princípio de vedação ao enriquecimento, não a norma posta, já que esta não pode ser aplicada, já que o próprio artigo maculado serve de pressuposto de causa para o enriquecimento da seguradora.

A justificativa, ao que parece, para a manutenção de uma afronta ao princípio de vedação ao enriquecimento sem causa é o forte *lobby* exercido pelas seguradoras de dano nos mais diversos ramos, derivado do alto poder de barganha propiciado pela – *triste ironia* – soma de capital proveniente de seus segurados.

6.3 CASO DA APLICAÇÃO DETURPADA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

A fim de deflagrar a aplicação equivocada do enriquecimento sem causa nos casos de majoração da indenização por dano moral em ações próprias deve-se estabelecer certas premissas, quais sejam, (i) definição geral de indenização por dano moral, (ii) definição geral de enriquecimento sem causa e (iii) não ocorrência do enriquecimento sem causa por falta de pressupostos.

Em linhas gerais, trata-se do caso em que, decorrente de uma ação de indenização, deve-se quantificar o valor atribuído aos danos morais sofridos por uma das partes a partir de ação ou omissão da outra parte. Deveria o juiz fixar um quantum que não fosse irrisório ao credor e, ao mesmo tempo, não fosse vexatório ao devedor.

Todavia, tanto os agentes práticos do direito quanto os doutrinadores delimitam, e dizem ser o correto delimitar, o valor da indenização baseados no argumento de que a indenização não pode gerar enriquecimento sem causa para o autor da ação, não podendo, portanto, exceder uma convenção social casuística. É exatamente essa premissa que é equivocada, devendo ser melhor compreendida.

O dano moral é auferido no caso de responsabilidade civil, como se percebe da leitura do art. 186 do Código Civil de 2002: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral,*

comete ato ilícito. Ademais é previsto no art. 5º, V e X da Constituição Federal de 1988, como segue: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Sua definição é aberta, sendo que alguns doutrinadores se limitam a considera-lo como tudo aquilo que não é dano patrimonial, numa definição residual. YUSSEF SAID CAHALI³⁴⁸ o dano moral como multifacetário, equivalendo-se à tudo aquilo que fere a alma humana, ferindo os valores fundamentais e a personalidade, por exemplo, humilhações, constrangimentos, descrédito, devassamento, desprestígio e outros tantos quanto forem as condições humanas. O rol seria, portanto, exemplificativo.

Assim, diante de casos que maculam a alma humana e decorrem dessa responsabilidade de terceiro, caberá reparação por dano moral, a qual deverá ser satisfativa ao ofendido, mas que não equivale ao ressarcimento, uma vez que significaria eliminar o prejuízo sofrido, o que só é possível nos casos de dano patrimonial.³⁴⁹

Configurado o dano moral, deve-se proceder ao arbitramento do mesmo, ou seja, sua quantificação. Esta poderia ser pré-fixada, o que não foi acolhido no direito brasileiro, ou então fixada pelo próprio juiz, opção adotada no ordenamento jurídico pátrio. Para fixá-lo deveria o juiz analisar o caso concreto, auferindo um valor que não fosse tão alto a ponto de gerar enriquecimento, nem tão pequeno que fosse inexpressivo.³⁵⁰

Desta feita, a jurisprudência se consolidou com base no argumento que a indenização não pode ser tão voluptuosa que possa gerar enriquecimento sem causa ao ofendido. Contudo, tal argumento é inválido.

Enriquecimento sem causa, no ordenamento jurídico brasileiro, decorre de um ato à custa de outrem que gera enriquecimento, não necessariamente pecuniário, ao enriquecido, sem que haja um causa para tanto, causa esta que tem um sentido amplo, não apenas causa jurídica, como obrigação derivada de contrato ou lei. Seu sentido é evitar que o ordenamento permita casos de injustiça nos quais alguém se aproprie daquilo que não lhe caberia.

³⁴⁸CAHALI, Yussef Said, *Dano moral*, 3. ed., rev., ampl., atual., São Paulo, RT, 2005. p. 22/23.

³⁴⁹CAHALI, Yussef Said, *Dano moral*, 3. ed., rev., ampl., atual., São Paulo, RT, 2005. p. 44.

³⁵⁰GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade civil*, 10. ed., rev., atual., ampl., São Paulo, Saraiva, 2007. p. 630.

Entretanto, não é isso que ocorre quando da indenização por danos morais. Apesar de ocorrer enriquecimento à custa de outrem, este apresenta um causa justificadora, qual seja, a própria ação de indenização, fundada em preceitos civilistas e constitucionais. A ação, a posterior execução dos valores e a possibilidade de reparação dos danos morais são causas desse enriquecimento.

Neste contexto, considerar como fonte limitadora da indenização a vedação do enriquecimento sem causa é argumento inexistente, como se tentasse limitar um vencedor de loteria, a qual paga um preço elevado ao quantum que lhe caberia, para evitar enriquecimento.

Necessário é advir que o ordenamento jurídico não veda o enriquecimento, mas sim o enriquecimento sem causa justificadora. Assim, qualquer que seja o valor auferido ao ofendido em caso de dano moral, haverá causa que o valide. Dizer o contrário é simplesmente assumir uma pró-ofensor, o qual nunca responderá pela soma condizente.

Percebe-se que a má interpretação da norma de enriquecimento sem causa traz um duplo afrontamento ao próprio instituto dos danos morais, uma vez que (i) impede a justa reparação do ofendido, limitando o valor da exposição indevida do mesmo e das máculas em sua dignidade e (ii) impede a justa punição do ofensor, para que não venha a cometer o mesmo tipo de ofensa novamente.

Conclui-se, pelo exposto, que não cabe delimitação por pretensa ofensa à norma de vedação ao enriquecimento sem causa de indenização por danos morais, já que esta apresenta causa mais do que suficiente.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão do que foi por ora exposto no tocante ao enriquecimento sem causa é que se trata de um instituto multifacetado, com íntima relação com o próprio sentido do ordenamento jurídico. Sua razão não se encerra em estabelecer uma norma padrão, mas sim conforma todo o ordenamento.

Sabe-se que o ordenamento jurídico advém da necessidade de tutela das relações humanas. Sem que se diga o direito e que se cobre dos indivíduos o respeito às normas forma-se um estado de anarquia comportamental, no qual se estabelece a ordem pela lei do mais forte, *pari passo* com a justiça privada. O ordenamento exsurge, portanto, enquanto um mantenedor de um status que não deriva de uma alocação instintiva, mas de uma alocação pautada pela justiça.

A ideia básica, nesse viés, é permitir segurança e estabilidade ao indivíduo e não há regra que melhor defina tal preceito que a vedação ao enriquecimento sem causa. Ora, não se pode apoderar daquilo que a outrem pertence se não há uma causa plausível para tanto. Por isso, centra-se o enriquecimento sem causa como figura importantíssima no ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, constata-se que desde o Direito Romano a noção de enriquecimento sem causa permeia as relações jurídicas, o que se percebia entre os romanos seja na gestão de negócios, seja no pagamento indevido ou então, principalmente, nas *condictiones*. Estas, no período justinianeu atingiram seu ápice, com a *condictio sine causa*. Num sistema abstrato, tratava-se da melhor saída para a recuperação da propriedade quando na falta de algum dos requisitos de transmissão. Ademais, são fenômenos de seu próprio tempo, uma vez que nascem à medida em que a sociedade romana se torna mais complexa, aumentando e distanciando as trocas comerciais, criando ambiente propício para que a simples palavra não fosse suficiente para honrar um negócio.

Entretanto, a evolução histórica demonstra que houve uma cisma da teoria geral do enriquecimento sem causa identificada no Direito Romano na Modernidade. Nesse estágio duas formas de se instituir a norma foram desenvolvidas. Por um lado, se desenvolveu na Alemanha a mesma lógica romana, derivada do negócio jurídico entendido de forma abstrata, as *condictiones* continuaram a ser utilizadas.

Por outro lado, o direito francês estabeleceu o enriquecimento sem causa como simples pressuposto principiológico, uma vez que (i) adotara a teoria causalista do negócio jurídico e, assim, enquadrava a causa como elemento do negócio e (ii) foi influenciada pela Escola da Exegese, que fez com que o assunto, já que não era estabelecido no Código Civil, fosse sumariamente renegado.

Entretanto, houve significativa mudança a partir do caso do *Arret Boudier*, o qual formou a possibilidade de utilização do instituto do enriquecimento sem causa quando da presença de elementos formais, aos quais, adiante, foram acrescentados o critério da subsidiariedade, inicialmente sem propósito, mas que depois ficou definida como forma de se impedir a fraude à lei.

No Brasil, devido à influência do direito francês o Código Civil de 1916 não mencionou o tema, que permaneceu simples princípio à época. Já nos projetos de código civil, o tema veio a ser abordado, ora com contornos de princípio, ora com contornos de norma. Doravante, foi o projeto do Código Civil organizado por Miguel Reale que veio a consagrar, quando de sua vigência, a norma de vedação ao enriquecimento sem causa, desenvolvida, inspirada na teoria alemã e na teoria francesa, pelo jurista Caio Mario da Silva Pereira. Importa salientar que antes da entrada em vigor do Código a jurisprudência já aceitava a utilização do enriquecimento sem causa em alguns casos.

Quanto às teorias que fundamentam o enriquecimento sem causa percebe-se que são diversas, mas, após a análise das mesmas, exsurgi o mesmo como instituto autônomo, bipartite, o qual é princípio geral de direito e fonte autônoma de obrigação.

Isto porque não é possível estabelecê-lo de maneira reducionista como é muitas vezes proposto. Fundamentá-lo pelo preceito da equidade resulta numa afirmação por demais genérica, uma vez que a equidade é princípio de todo o sistema jurídico. Já no caso de fundamentá-lo na moral e na ética, para além da generalização, corre-se o risco de formação de uma hierarquia inexistente entre Direito, Moral e Ética, já que aquele não responde apenas às formas destes.

O reducionismo também é evidenciado nas teorias do lucro criado, do patrimônio e do equilíbrio patrimonial, à luz do entendimento atual do significado do enriquecimento sem causa, para além do mero deslocamento patrimonial.

Nos casos da fundamentação nas teorias do fato ilícito e gestão de negócios percebe-se que a forma dos institutos não permite a comparação com o enriquecimento sem causa, assim,

qualquer equiparação resulta numa mutilação dos preceitos dos mesmos, por exemplo, ao abarcá-lo na teoria do fato ilícito, deve-se criar categoria de ato ilícito no qual a ilicitude pode não ocorrer e quando do entendimento da gestão de negócios é necessário criar uma categoria de gestão de negócios anormal, na qual não estão presentes os requisitos da própria. Em suma, não presentes os requisitos das mesmas, impossível caracterizar o fato ao instituto, sob pena de gerar impropriedades, como assumir um postulado de que uma mesa é uma cadeira, e simplesmente criar uma categoria de cadeiras nas quais não se deve sentar, mas sim apoiar objetos.

Por isso, finaliza-se com a visão de Giovanni Ettore Nanni, que analisa o instituto sob um viés duplo, sendo o mesmo princípio geral do direito e norma geradora de fonte de obrigações. Enquanto norma, poderá seguir o padrão de autonomia alemão ou o de subsidiariedade francesa.

Já as conclusões no direito brasileiro iniciam-se pela sua nomenclatura. Mais correto é o uso da expressão enriquecimento sem causa, consagrada no Código Civil e pela maior parte dos doutrinadores. Aliás, importante o uso da nomenclatura padrão para, e trata-se de questão simbólica, ressaltar a unidade e independência do instituto perante as demais figuras jurídicas. Outras expressões, como locupletamento indevido, enriquecimento injusto, serviriam apenas e tão somente para evitar a repetição do termo ao longo dos textos jurídicos.

No tocante à natureza jurídica, superada a classificação histórica como quase-contrato, exsurge o enriquecimento sem causa como verdadeira fonte autônoma de obrigações. Tendo em vista a complexidade de seus casos e as possibilidades dos mesmos, não caberia a classificação proposta implicitamente pelo Código Civil, quando o expõe juntamente dos atos unilaterais que geram obrigações.

Em relação aos pressupostos, o pensamento tradicional, herdado da jurisprudência francesa, faz necessário os seguintes: (i) enriquecimento, (ii) empobrecimento, (iii) nexo de causalidade e (iv) ausência de justo motivo.

Todavia, o enriquecimento sem causa é visto atualmente sob um viés amplo, no qual seus requisitos não são rígidos ou estáticos, ao contrário, consubstanciam-se em uma definição dinâmica, que permite a falta de certos requisitos. Tal visão coaduna-se com o conceito amplo consagrado no código civil brasileiro.

Neste diapasão, o pressuposto do empobrecimento perde força, tendo em vista sua pouca aplicação em casos específicos, prevalecendo o conceito amplo, advindo do direito alemão, à

custa de outrem. Por consequência, o pressuposto do nexo causal também segue o mesmo desiderato, por ser decorrência do empobrecimento como pressuposto. Deve se atentar ao intuito do legislador ao estabelecer a redação do artigo no Código Civil de 2002.

Numa ótica contemporânea seria possível, portanto, estabelecer os seguintes pressupostos para o enriquecimento sem causa: (i) enriquecimento, podendo este ser indireto também, (ii) à custa de outrem e (iii) sem justo motivo.

Da análise percebe as várias formas como é tratado o enriquecimento sem causa no ordenamento, exsurto uma visão contemporânea do tema. Ao estabelecer o mesmo enquanto dever moral e ético, princípio geral de direito, coeficiente de equidade, norma tanto subsidiária quanto autônoma, percebe-se que sua premissa maior, a injustificada mudança de status entre as partes apresenta caráter de especial relevância neste ordenamento.

Neste contexto a subsidiariedade se apresenta não como um pressuposto do enriquecimento sem causa, mas como a sua própria aplicação. Considerá-lo como norma subsidiária significa afirmar que a mesma não pode ser utilizada no caso de haver outra norma que regule a temática pretendida. Seria uma forma de evitar que houvesse fraude à lei, em casos nos quais o próprio ordenamento garante o enriquecimento injustificado, como na usucapião e nas regras de prescrição, tendo em vista outros princípios gerais de direito.

Contudo, não se pode aplicar a subsidiariedade sob uma forma extremista. Deste modo, a mera menção *in abstracto* de regra outra capaz de resolver o conflito não pode ser utilizada como explicativa da subsidiariedade. Deve, para tanto, o norma ser prevista *in concreto*.

Percorrido o iter de uma pretensa teoria geral do enriquecimento sem causa, dois casos práticos demonstram o que foi identificado como problema no sistema jurídico brasileiro, a saber, a má interpretação do enriquecimento sem causa pelos operadores do direito. São os casos da (i) sub-rogação da seguradora nos direitos do segurado, prevista no Código Civil e (ii) a quantificação da indenização por danos morais.

No caso da sub-rogação da seguradora em direito do segurado, entendido os pressupostos da teoria dos seguros e a natureza dos mesmos, percebe-se que a pretensa Ação de Regresso que se estabelece pelo Código Civil é forma de enriquecimento sem causa no tocante às seguradoras de danos, haja vista que seus custos estão resguardados pelo prêmio pago pelos segurados. Ademais, não seria caso de enriquecimento sem causa fosse a ação proposta pelo segurado, que tem direito de reparação, já que o seguro não o exime de pagamento e prejuízo

em casos de acidentes, uma vez que apenas repassa uma quantia rateada e paga anteriormente pelo segurado, como se fosse mera poupança do mesmo.

No caso da quantificação do dano moral foi erroneamente convencionado que o mesmo não poderia atingir um valor de tal monta que gerasse enriquecimento sem causa ao lesado. Tal assertiva, como foi visto, é deturpada, já que a própria ação de indenização é causa para o enriquecimento e, neste caso, pouco importa o valor fixado. Desta maneira, não haveria limitação para a majoração dos danos morais.

Conclui-se, portanto, que o enriquecimento sem causa ainda não atingiu sua aplicação mais eficiente dentro do ordenamento jurídico brasileiro – podendo ainda ser melhor adequado. Ora o mesmo não é respeitado enquanto princípio informador do direito, como no caso da sub-rogação das seguradoras, ora não é aplicado corretamente como norma, caso da sua utilização como delimitador do quantum indenizatório.

Assim, por fim, ainda que podendo ser melhor aplicado, o enriquecimento sem causa resta presente em toda a relação humana, desde o mais simples preceito moral até à norma subsidiária no ordenamento jurídico, o que permite afirmar ser este um instituto necessário ao melhor desenvolvimento do direito enquanto ciência social aplicada.

8. BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano*, 14. ed., rev., cor., aum., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1933.

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, 3. ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1970.

ASCARELLI, Tulio, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo, Quorum, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, O princípio do enriquecimento sem causa no direito administrativo, in.: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05/04/2012.

BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira, O enriquecimento injusto como princípio geral do direito administrativo, in.: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.95, n.347, pp.149-186.

BARBIERA, Lelio, *L'ingiustificato arricchimento*, Napole, Joveni, 1964.

BEVILAQUA, Clovis, *Direito das Obrigações*, 9. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Editora Paula de Azevedo Ltda, 1957.

BOBBIO, Norberto, *Teoria geral do direito*, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2008.

CAHALI, Yussef Said, *Dano moral*, 3. ed., rev., ampl., atual., São Paulo, RT, 2005.

CAMARA ALVAREZ, Manuel de la; PONCE DE LEON, Luis Diez-Picazo, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Editorial Civitas S/A, Sem data.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974.

CAPEROCHIPI, Jose Antonio Alvarez, *El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

CAPUCHO, Fábio Jun., O enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, v. 3., 8. ed., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

COELHO, Francisco Manuel Pereira de Brito, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, Almedina, 1999.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano, *Manual de direito romano*, v. 1., São Paulo, Saraiva, 1949.

CRETELLA JUNIOR, José, *Curso de direito romano*, 14. ed. rev. aum. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

ECHEVERRIA, Jose, La responsabilidad fundada en el enriquecimiento injusto y su proyección hacia los problemas ético-jurídicos y políticos *in.: Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Santurce, v.24, n.2, pp.193-211.

ESTEVE GONZALEZ, Lidia, El enriquecimiento injusto y sin causa y la calificación autonoma del supuesto de hecho del artículo 10.9.III del Código Civil Español *in.: Revista de Derecho Privado*, Madrid. pp.705-722. oct. 1999.

FABREGA PONCE, Jorge, *El enriquecimiento sin causa*, 1. t., Colombia, Plaza & Janes, 1996.

IDEM, *El enriquecimiento sin causa*, 2. t., Colombia, Plaza & Janes, 1996.

IDEM, Teorias que explican el principio del enriquecimiento sin causa, *in.: Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, v.34, n.54, pp.173-207.

FERREIRA, José G. do Valle, *Enriquecimento sem causa*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial, 1949.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da, Enriquecimento sem causa, *in.: Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coord. CARVALHO SANTOS, J. M. v. 20. p. 237/242. Rio de Janeiro, Editora Borsoi, s/data.

FRANCISCO, Caramuru Afonso, O enriquecimento sem causa nos contratos, *in.: Contornos atuais da teoria dos contratos*, BITTAR, Carlos Alberto (org), São Paulo, RT, 1993.

GALLO, Paolo, *Arricchimento senza causa*, Giuffrè editore, 2003.

IDEM, *L'arricchimento senza causa*, Padova, CEDAM, 1990.

GUASQUE, Luiz Fabiano, A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito, *in.*: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.84, n.712, pp.358-61.

GOMES, Orlando, *Obrigações*, 17. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. 3., 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

IDEM, *Responsabilidade civil*, 10. ed., rev., atual., ampl., São Paulo, Saraiva, 2007.

GORDLEY, James, *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

GORÈ, François, *Enrichissement aux dépens d'autrui; source autonome et generale d'obligation en droit prive français*, Paris, Dalloz, 1949.

HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no código civil brasileiro, *Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010.

JOHNSTON, Davis; ZIMMERMANN, Reinhard, *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*, 5. v., 4. ed., rev., atual., Rio de Janeiro, Freitas Barros, 1995.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, *Obrigações*, São Paulo, Atlas, 2011.

MICHELON JR, Claudio, *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo, RT, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, v. 5., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2003.

NADER, Paulo, *Curso de direito civil: contratos*, v. 3., 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando, Enriquecimento sem causa, *in.*: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v.15, n.56, pp.51-78.

IDEM, Tripartição fundamental das obrigações: obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, *in.*: *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis. v.21, n.72, pp.93-106.

PAES, Pedro, *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, São Paulo, Resenha Universitária, 1975.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, v. 2., 21. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Fontes e evolução direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C, 1928.

IDEM, *Tratado de direito privado: parte especial*, Tomo XXII, Campinas, Bookseller, 2003.

RAO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, 6. ed., atual., São Paulo, RT, 2004.

RAYNAUD, Georges, *L'action "de in rem verso" em droit civil français*, Paris, Arthur Rousseaus, 1899.

RODRIGUES, Silvio, *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, v. 3., 30. ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

SACCO, Rodolfo, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, UTET, 1959.

TELLES JUNIOR, Goffredo, *Iniciação na ciência do direito*, 4. ed., rev., atual., São Paulo, Saraiva, 2008.

VARELA, Antunes, *Direito das obrigações: conceito estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, mobilidades das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8. ed., v. 2., São Paulo, Atlas, 2008.

VIEIRA GOMES, Júlio Manuel, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford, 1992.