



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

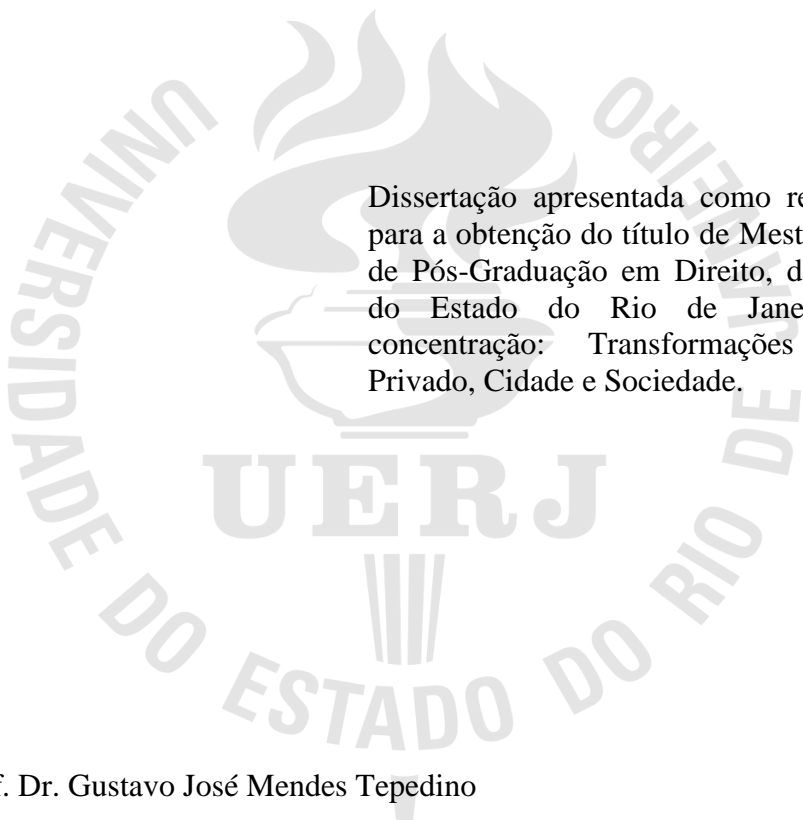
Rodrigo da Guia Silva

**A qualificação funcional da pretensão restitutória  
à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**

Rio de Janeiro  
2017

Rodrigo da Guia Silva

**A qualificação funcional da pretensão restitutória  
à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**



Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Rio de Janeiro  
2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586d Silva, Rodrigo da Guia.

A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa/ Rodrigo da Guia Silva. – 2017.  
227 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino.  
Dissertação (mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Enriquecimento sem causa. 2. Restituição. 3. Análise funcional. 4. Subsidiariedade. 5. Fontes das obrigações. I. Tepedino, Gustavo José Mendes. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.5

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Rodrigo da Guia Silva

**A qualificação funcional da pretensão restitutória  
à luz da vedação ao enriquecimento sem causa**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em:  
Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino  
(Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Orientador)

---

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder  
(Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

---

Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni  
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Rio de Janeiro  
2017

## AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer pode ser traduzido como o esforço predestinadamente imperfeito de retribuir, em palavras, o auxílio moral e material de todos aqueles à custa de quem o agradecido auferiu vantagem assumidamente injustificada. Dedicar-se precisamente a tal desiderato a presente seção, com a consciência da inevitável incompletude de qualquer esforço de agradecimento e, ao mesmo tempo, da necessária promoção, na maior medida possível, da gratidão devida a todas as pessoas sem as quais não se poderia ter dado ao presente estudo a sua feição final.

Ao Professor Gustavo Tepedino, orientador de mais esta etapa da minha formação acadêmica, agradeço pela renovação diuturna, desde as primeiras aulas na graduação, do fascínio pelo estudo do direito civil. A seriedade na condução dos projetos acadêmicos, a sensibilidade e o respeito nas relações interpessoais, a atuação concreta como jurista empenhado com a máxima efetividade da carta constitucional e a crença no potencial ilimitado dos seus alunos, entre tantos outros aspectos que não comportariam redução a palavras escritas, consolidam em mim a certeza de jamais deixar de associar o seu nome e o seu exemplo ao conceito, por excelência, de *Professor*.

A conclusão do presente percurso certamente não teria sido possível sem o auxílio de todos os professores que me propiciaram o acesso a um ensino de excelência no curso de Mestrado – e, previamente, de graduação – na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Agradeço, nomeadamente, aos Professores Carlos Nelson Konder e Milena Donato Oliva, pela disponibilidade integral com que sempre me auxiliaram antes, durante e após o meu exame de qualificação; ao Professor Anderson Schreiber, pelos ensinamentos que, por feliz obra do destino, transbordaram as paredes das salas de aula para me acolher também no Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro; à Professora Maria Celina Bodin de Moraes, pela generosidade da atenção e dos apontamentos críticos acerca da forma e do conteúdo do presente trabalho; aos Professores Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Aline de Miranda Valverde Terra e Rose Melo Vencelau Meireles, pelas ideias e inspirações a mim proporcionadas no âmbito das suas disciplinas que tive a felicidade de integrar.

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro me proporcionou, ainda, inúmeros amigos e alunos – atributos não raramente imbricados nas pessoas daqueles a quem tive o privilégio e a responsabilidade de transmitir algum conteúdo. Agradeço, então, a todos os amigos de que pude desfrutar, desde o primeiro semestre do ano de 2016, companhia inigualável nas atividades

acadêmicas desenvolvidas na UERJ ou para além dos seus muros. Ao Francisco Viégas, parceiro desde os campos de futebol na adolescência até as mais variadas agruras e alegrias da vida acadêmica na graduação e no mestrado, agradeço pela paciência e disponibilidade infindáveis com que sempre ouviu e apoiou projetos os mais variados que temos a alegria de compartilhar. À Diana Castro, companhia igualmente constante desde a graduação, agradeço pelo incessante apoio moral nos momentos de incertezas suscitados pelo desafio da dissertação. À Mariana Siqueira, detentora de energia ímpar, agradeço não só pelos materiais gentilmente coletados em solo europeu, mas sobretudo pelas palavras de confiança e alento. Agradeço, por fim, nas pessoas do João Quinelato, da Lívia Maia, do Antonio dos Reis Júnior e da Ivana Coelho toda a sorte de auxílio a mim prestado pelos mais diversos amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito.

A vivência na academia me proporcionou, ainda, auxílio moral e material de amigos dos quais não pretendo me desvincular. Agradeço, nomeadamente, à Jacqueline Lopes Pereira pela constante e presente companhia nos mais diversos desafios acadêmicos, bem como pela gentil disponibilidade à recepção na Universidade Federal do Paraná e à coleta de materiais de pesquisa. Agradeço à Jeniffer Gomes, pesquisadora vocacionada, pelo imensurável levantamento de material doutrinário e jurisprudencial na etapa derradeira da escrita. Agradeço, ainda, ao André Arnt e à Laís Bergstein pelo caloroso acolhimento em Curitiba e em Porto Alegre, a completar de sentido as viagens acadêmicas às suas terras.

O esforço de gratidão, tendencial e predeterminadamente imperfeito, afasta-se de modo quase absoluto da perfeição diante do desafio de registrar em palavras o meu agradecimento ao Eduardo Nunes de Souza. Muito mais do que professor inspirador – de cujos ensinamentos imoderadamente abusei em suas disciplinas tanto do Mestrado quanto da graduação –, o Eduardo assumiu, talvez inconscientemente (mas irreversivelmente) o papel de amigo inafastável de qualquer projeto acadêmico, em especial, e de vida, em geral. As horas pacientemente despendidas no debate sobre o enriquecimento sem causa definitivamente não beiram a infinitude do conforto em se ter certeza da existência constante de um ombro amigo.

O presente agradecimento aproxima-se de uma conclusão à medida que se afastam do Direito as razões caracterizadoras da *ausência de justa causa* do enriquecimento de que desfrutei e pelo qual ora agradeço. À Júlia Cavalcanti Versiani dos Anjos, encarnação de tudo de melhor que eu poderia sonhar em uma companheira para toda a vida, agradeço, a mais não poder, pelo amor, pela compreensão e pela inabalável confiança nos mais variados projetos que a minha criatividade permitiu ou permitirá vislumbrar. Obrigado por ser a presença certa e o ponto necessário de equilíbrio ontem, hoje e amanhã. Ao Bruno da Guia Silva, amigo de coração que a vida me proporcionou na forma de irmão, agradeço por integrar as mais belas recordações que

conservo desde a mais tenra idade. À Noêmia Sobral da Guia, mulher guerreira e matriarca de toda a nossa família, agradeço por ser a melhor avó que um neto poderia sonhar em ter.

Aos meus pais – Tânia Cristina Sobral da Guia Silva e Celso Silva Filho –, por fim, agradeço, para além da bênção da vida, o esforço incessante em me proporcionar as melhores condições morais e materiais para o desenvolvimento deste e de todos os outros projetos a que já me propus. Ao meu pai devo, especialmente e além de tudo mais, o exemplo vivo de que estudo, dedicação, esforço e determinação têm o potencial infinito de transformar positivamente as nossas vidas. À minha mãe, síntese perfeita do que de melhor consigo associar às noções de humanidade, empatia e bondade, devo a comprovação de que a vida sempre vale a pena e devo, ainda, a inspiração eterna pela luta por uma sociedade melhor para todos e cada um de nós.

## RESUMO

SILVA, Rodrigo da Guia. *A qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa*. 2017. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O escopo central do presente estudo consiste em investigar as repercussões da análise funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa no direito brasileiro. Partir-se-á, em perspectiva funcional, das notas distintivas entre o enriquecimento sem causa e outras fontes das obrigações, destacando-se a relevância da sua diferenciação em relação à responsabilidade civil. Na sequência, após a compreensão do autônomo perfil funcional restitutivo da vedação ao enriquecimento sem causa, investigar-se-ão as consequências da análise funcional sobre os requisitos que informam a configuração da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884 do Código Civil, do que constituirá particular exemplo a relevância do juízo de merecimento de tutela para a configuração da injustiça do enriquecimento. Por fim, tendo sido delineado o perfil funcional do enriquecimento sem causa tanto em comparação com outras fontes das obrigações quanto em relação aos requisitos próprios de configuração da cláusula geral do dever de restituir, será possível cogitar do reconhecimento da função restitutória em pretensões as mais variadas – decorrentes ou não da mencionada cláusula geral – e do subsequente esforço de tratamento sistemático, enunciando-se, sem pretensão de exaustividade, alguns aspectos relevantes para tal desiderato.

Palavras-chave: 1. Enriquecimento sem causa. 2. Restituição. 3. Análise funcional. 4. Subsidiariedade. 5. Fontes das obrigações.



## RÉSUMÉ

SILVA, Rodrigo da Guia. *La qualification fonctionnelle de la demande de restitution à la lumière de l'interdiction de l'enrichissement sans cause*. 2017. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

*L'objectif central de la présente étude est d'examiner les répercussions de l'analyse fonctionnelle de la demande de restitution à la lumière de l'interdiction de l'enrichissement sans cause en droit brésilien. L'on partira de la délimitation, dans une perspective fonctionnelle, des marques distinctives entre l'enrichissement sans cause et d'autres sources d'obligations, en soulignant la pertinence de leur différenciation par rapport à la responsabilité civile. Ensuite, après la compréhension du profil fonctionnel autonome de l'interdiction de l'enrichissement sans cause, l'on examinera les conséquences de l'analyse fonctionnelle à propos des exigences qui identifient la configuration de la clause générale de l'obligation de restitution contenue à l'article 884 du Code civil brésilien, dont un exemple particulier sera la pertinence du jugement de mérite de tutelle pour la configuration de l'injustice de l'enrichissement. Finalement, une fois souligné le profil fonctionnel de l'enrichissement sans cause tant par rapport aux autres sources d'obligations que par rapport aux exigences de configuration de la clause générale du devoir de restitution, il deviendra possible d'envisager la reconnaissance de la fonction de restitution dans des revendications les plus variées - résultant ou pas de la clause générale mentionnée - et de l'effort de traitement systématique qui en découle, en indiquant, sans prétention d'exhaustivité, certains aspects pertinents de ce desideratum.*

*Mots-clés: 1. Enrichissement sans cause. 2. Restitution. 3. Analyse fonctionnelle. 4. Subsidiarité. 5. Sources d'obligations.*

## RIASSUNTO

SILVA, Rodrigo da Guia. *La qualificazione funzionale della pretesa di restituzione alla luce del divieto di arricchimento senza causa*. 2017. 227 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

*Lo scopo centrale del presente studio è quello di indagare le ripercussioni dell'analisi funzionale della richiesta di restituzione alla luce del divieto di arricchimento ingiustificato nel diritto brasiliano. Si partirà dalla delimitazione, in prospettiva funzionale, delle note distintive tra l'arricchimento senza causa e altre fonti delle obbligazioni, sottolineando l'importanza della sua differenziazione rispetto alla responsabilità civile. In seguito, dopo aver compreso l'autonomo profilo funzionale restitutorio dell'arricchimento senza causa, saranno indagate le conseguenze dell'analisi funzionale sui requisiti che compongono la configurazione della clausola generale dell'obbligo di restituire contenuta nell'articolo 884 del codice civile, evidenziandosi come particolare esempio la rilevanza del giudizio di meritevolezza per la configurazione dell'ingiustizia dell'arricchimento. Alla fine, dopo aver delineato il profilo funzionale dell'arricchimento senza causa, sia in confronto con altre fonti delle obbligazioni sia in relazione ai requisiti specifici di configurazione della clausola generale dell'obbligo di restituire, si potrà contemplare il riconoscimento della funzione restitutoria nelle pretese più svariate – derivanti o meno la suddetta clausola generale – e il successivo sforzo di trattamento sistematico, con enunciazione non estenuante di alcuni aspetti rilevanti per questo scopo.*

*Parole-chiave: 1. Arricchimento senza causa. 2. Restituzione. 3. Analisi funzionale. 4. Sussidiarietà. 5. Fonti delle obbligazioni.*

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. A CONFORMAÇÃO DOGMÁTICA DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>22</b>
1.1. De princípio geral do direito a instituto positivado: a subsidiariedade como atributo (supostamente) diferencial da vedação ao enriquecimento sem causa.....	22
1.2. Esforço de compreensão do enriquecimento sem causa no quadro de fontes das obrigações ....	39
1.3. Perfil funcional do enriquecimento sem causa em cotejo com outras fontes das obrigações .....	70
<b>2. CONTORNOS DA CLÁUSULA GERAL DO DEVER DE RESTITUIR .....</b>	<b>83</b>
2.1. Atributos do enriquecimento restituível: patrimonialidade e realidade .....	87
2.2. Obtenção à custa de outrem e o problema do duplo limite .....	99
2.3. Resignificação da ausência de justa causa à luz da legalidade constitucional:a injustiça do enriquecimento.....	111
2.4. A subsidiariedade da cláusula geral do dever de restituir: limites e possibilidades interpretativas do artigo 886 do Código Civil .....	129
<b>3. PERSPECTIVAS PRÁTICAS DE QUALIFICAÇÃO DA PRETENSÃO RESTITUTÓRIA .....</b>	<b>141</b>
3.1. Sequelas da confusão conceitual e do tratamento assistemático da pretensão restitutória.....	142
3.2. Restituição decorrente da invalidade do negócio jurídico e o problema da denominada “(im)prescritibilidade” da nulidade.....	164
3.3. Enquadramento jurídico do lucro da intervenção .....	187
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>209</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>214</b>

## INTRODUÇÃO

“*Suum quique tribuere*”: a máxima de conduta romana, em geral vertida ao vernáculo como “dar a cada um o que é seu”,<sup>1</sup> pode ser entendida como a origem do caráter a um só tempo expansivo e restritivo que se atribui à noção genérica de vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>2</sup> A expansividade decorre do fato de expressiva parcela da disciplina do direito privado se fundar na noção geral de que ninguém pode auferir vantagem patrimonial à custa de patrimônio alheio sem uma justificativa amparada no ordenamento jurídico, sob pena de restar frontalmente violada a máxima que pugna por se atribuir a cada pessoa aquilo que lhe é devido. Tal caráter expansivo afigura-se como a provável origem da preocupação da doutrina em proclamar a necessidade de restrição da noção genérica de vedação ao enriquecimento sem causa, de modo a evitar que alegações excessivamente genéricas – e eventualmente baseadas em juízos equitativos (de contornos imprecisos como os da máxima romana mencionada) – pudessem resultar na desvirtuação das escolhas consagradas pelo legislador para o regramento das relações civis.<sup>3</sup>

Exemplo emblemático da atribuição (apenas aparentemente paradoxal) dos mencionados atributos expansivo e restritivo se verifica na tradicional formulação teórica que busca distinguir as manifestações do enriquecimento sem causa como *princípio* e como *instituto*.<sup>4</sup> Afirma-se, nessa linha de sentido, que o *princípio* do enriquecimento sem causa inspiraria diversas normas no direito

<sup>1</sup> Assim, v., por todos, CARRILHO, Fernanda. *Dicionário de latim jurídico*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 418.

<sup>2</sup> A demonstrar a relevância da vedação ao enriquecimento sem causa para a estruturação das sociedades políticas, afirma-se: “Essa doutrina, que nos legou o direito romano, chegou até nossos dias, respeitada sempre, invariavelmente aplicada, aceita geralmente por todos, legislações, escritores e tribunais, revelando-se aí, nessa unanimidade significativa de apoio incondicional, algo expressivo, no sentido de mostrar a justiça dos preceitos fundamentais em que a mesma se alicerça” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XII. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 377).

<sup>3</sup> A ilustrar o fundado receio acerca da possibilidade de recurso imoderado a alegações de cunho supostamente equitativo, pertinente o relato de Rafael Núñez Lagos acerca da experiência espanhola na primeira metade do século XX: “*Contrasta con la actitud vigorosa y progresiva del Tribunal Supremo la pobreza doctrinal española sobre el enriquecimiento sin causa. El Tribunal Supremo ha trabajado sin influjos técnicos de ninguna clase, confiado en su intuición de la justicia del caso concreto, concediendo o denegando la aplicación del principio sin más norte ni guía que su amor a la equidad y a la justicia*” (LAGOS, Rafael Núñez. *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*. Madrid: Reus, 1934, pp. 3-4). Em tradução livre: “Contrasta com a atitude vigorosa e progressiva do Tribunal Supremo a pobreza doutrinária espanhola sobre o enriquecimento sem causa. O *Tribunal Supremo* tem trabalhado sem influxos técnicos de nenhuma classe, confiado na sua intuição da justiça do caso concreto, concedendo ou denegando a aplicação do princípio sem mais norte nem guia que o seu amor à equidade e à justiça”.

<sup>4</sup> “Há ao menos dois sentidos propriamente jurídicos em que se pode falar de enriquecimento sem causa. Em primeiro lugar, a expressão pode referir um princípio que serve tanto como fundamento quanto como critério interpretativo para diversas regras que tratam de aspectos específicos de institutos do direito privado e mesmo, em diversos casos, para regras de direito público. Em segundo lugar, pode-se estar falando especificamente de um instituto do direito privado e, mais especificamente, de um instituto que regula a constituição de certas relações obrigacionais (i.e., uma fonte de obrigações)” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 176). No mesmo sentido, v. MARTINS-COSTA, Judith. *Direito restitutivo. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidade e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo*. *Revista dos Tribunais*, a. 104, vol. 956, jun./2015, p. 262.

civil, de modo a servir como fundamento axiológico e critério interpretativo para regras as mais variadas no direito privado.<sup>5</sup> De outra parte, o *instituto* do enriquecimento sem causa consistiria em fonte autônoma de obrigações, com aptidão para regular a constituição de relações obrigacionais que não se pudessem vincular às fontes da responsabilidade civil e do negócio jurídico. A partir de tal construção teórica, o louvável propósito de restrição do caráter expansivo do referido *princípio* (tão genérico quanto a máxima deflagradora deste raciocínio) findou por dificultar a percepção das potencialidades próprias de aplicação do *instituto* da vedação ao enriquecimento sem causa, notadamente no que diz respeito ao seu papel no quadro geral de fontes das obrigações.

A análise das fontes nacionais sugere, então, que o desenvolvimento histórico da vedação ao enriquecimento sem causa no direito brasileiro poderia ser sintetizado como a crônica de um instituto desprestigiado.<sup>6</sup> Tal desprestígio tem como manifestação marcante a consagração (*rectius*: a significação doutrinária e jurisprudencialmente extraída) da noção de *subsidiariedade* – usualmente indicada como atributo do próprio instituto do enriquecimento sem causa.<sup>7</sup> Fruto de um legítimo receio, por parte da doutrina, de subversão da disciplina legal de outros institutos, a noção de subsidiariedade acompanha o enriquecimento sem causa desde o tempo em que este era compreendido como princípio geral de direito até o atual cenário de positivação do instituto pelo

<sup>5</sup> Chega-se a afirmar: “*Il principio dell’arricchimento senza causa impregna tutte le regole giuridiche, tanto da poter essere reputato ‘la giustificazione e la ragione d’essere dell’intero diritto privato’*” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*. Padova: CEDAM, 2005, p. 11). Em tradução livre: “O princípio do enriquecimento sem causa impregna todas as regras jurídicas, a ponto de poder ser reputado ‘a justificação e a razão de ser do inteiro direito privado’”. Em sentido semelhante, afirma-se: “A concepção do tema como um princípio é destinada a adequar a sua atuação nas hipóteses em que não dá ensejo ao exercício da ação de enriquecimento, ou seja, quando o locupletamento indevido não é caracterizado como uma fonte obrigacional. Os operadores do direito fazem uso do enriquecimento sem causa, em variadas circunstâncias, sem associá-lo à ação de enriquecimento, mas sim buscando conferir à hipótese concreta um critério de justiça e razoabilidade” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197). O reconhecimento de um princípio haveria de implicar, por exemplo, na sua ponderação com outros valores potencialmente relevantes no caso concreto a fim de definir a (in)justiça do enriquecimento (a propósito, remete-se ao item 2.3, *infra*). Assumido, porém, que a configuração do enriquecimento injusto depende da prévia ponderação de valores, poderia resultar redundante (ou quiçá contraditório), à luz da presente proposta, enunciar, sem a devida cautela, um princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Talvez seja o caso de se reconhecer que o específico valor relevante na matéria é o da vedação ao enriquecimento sem título jurídico idôneo (no estrito e tradicional sentido conferido à expressão pela civilística), o qual necessariamente haverá de ser ponderado com os demais valores consagrados pela legalidade constitucional e relevantes para a definição da (in)justiça do enriquecimento em um dado caso concreto.

<sup>6</sup> “Não existe em nosso direito uma conceituação legal do que seja o enriquecimento sem causa, uma vez que o Código Civil brasileiro [de 1916] optou por não consagrar o instituto em um preceito geral que compreendesse todas as hipóteses de enriquecimento geradoras da respectiva obrigação de restituir. A esta orientação se opõem o Código alemão (BGB) e o Código Suíço de Obrigações, entre outros, que explicitam a adesão à teoria do enriquecimento sem causa através de uma enunciação expressa da obrigação genérica de restituir o que for adquirido sem causa justificativa. (...) No caso brasileiro, a falta de expressa regulamentação legal tem dado lugar a uma certa desorientação doutrinária relativamente à abrangência do enriquecimento sem causa, cujos reflexos (...) se fazem sentir no tratamento que os Tribunais têm conferido à matéria. A própria utilização indiscriminada dos termos *enriquecimento sem causa* e *enriquecimento ilícito* – invocados, quase sempre, como expressões sinônimas – é indicativa desta falta de critérios na fixação do âmbito de sua aplicação” (NEGREIROS, Teresa. *Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 55, n. 3, dez./1995, p. 758).

<sup>7</sup> A menção ao “enriquecimento sem causa” – a se repetir no presente estudo – traduz, aqui, referência metonímica à tendência legal de vedação ao enriquecimento sem causa, expressão que por vezes será evitada exclusivamente para fins de facilitação da leitura.

Código Civil de 2002 (item 1.1).<sup>8</sup>

Uma visão de tal modo setorizada não permite ao intérprete compreender as nuances do enriquecimento injustificado à luz do inteiro ordenamento jurídico.<sup>9</sup> Com efeito, afigura-se tênue a linha divisória entre a defesa de uma subsidiariedade absoluta do instituto do enriquecimento sem causa e a recusa à compreensão do fenômeno jurídico em toda a complexidade que lhe é inerente.<sup>10</sup> Se é certo que a vedação ao enriquecimento sem causa definitivamente não traduz valor supremo a justificar *per se* toda a disciplina das relações patrimoniais, parece igualmente correto que a recusa à sua consideração no processo de interpretação-aplicação do direito (em decorrência do hiperdimensionamento da subsidiariedade para além da cláusula geral do dever de restituir) não se coaduna com os ditames da metodologia civil-constitucional.

Relevante reflexo metodológico do desprestígio atribuído ao enriquecimento sem causa consiste na reduzida atenção dedicada por doutrina e jurisprudência pátrias à sua inserção no quadro

---

<sup>8</sup> Pertinente o relato de Agostinho Alvim sob a égide do Código Civil de 1916, que não continha previsão expressa de uma cláusula geral de restituição: “A ação de enriquecimento, ou ‘actio de in rem verso’ não é de largo uso entre nós. Isto deve-se, em parte, ao sistema do nosso Direito vigente, que permite até mesmo se negue a existência da ação de enriquecimento; e os que a admitem hão-de concordar em que somente podem fundamentá-la em fonte subsidiária do direito objetivo, e na mais remota de todas: princípios gerais de Direito. Em muitos outros países, ainda quando não regulada por dispositivos especiais a condenação do enriquecimento injustificado, a literatura e a jurisprudência são mais abundantes, e a respectiva ação tem maior desenvolvimento. Todavia, pondera um civilista, esta teoria, ‘apparemment si prometteuse’, não é panacéia para todos os casos” (ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Doutrinas essenciais – obrigações e contratos*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 911. Texto originalmente publicado na edição da *Revista dos Tribunais* de mai./1957).

<sup>9</sup> No que tange à nomenclatura a ser utilizada no presente estudo, cumpre destacar, desde logo, a opção deliberada pelo emprego do vernáculo em detrimento de expressões latinas. De fato, somente com enorme reserva se podem utilizar as expressões “*condictio sine causa*” e “*actio de in rem verso*” para se referir à vedação geral ao enriquecimento sem causa. Isso porque cada uma dessas expressões se desenvolveu historicamente com feição nitidamente distinta uma em relação à outra, ao que se agrega a polissemia ínsita a cada uma delas. Tais considerações tornam aconselhável evitar o uso indiscriminado desses termos. De qualquer modo, caso se opte pela utilização do latim – seja por consagração do uso, seja por respeito à língua original –, cumpre ao estudioso ressaltar o propósito deliberado de ignorar as diferenças conceituais verificadas no desenvolvimento histórico dessas figuras, em prol da pluralidade de significantes, tendo por referência a noção contemporânea de vedação ao enriquecimento sem causa. A título meramente ilustrativo, veja-se que a “*condictio sine causa*” era originalmente entendida como gênero englobante de duas espécies de “*condictiones*” – uma de caráter geral e outra de caráter particular (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996, pp. 111-115). A “*actio de in rem verso*”, por sua vez, “(E)nquanto, no Direito Romano clássico, (...) abrangia apenas a hipótese de as pessoas sujeitas à autoridade do *pater familias* terem celebrado negócios que o enriqueceram”, no Direito justinianeu teve estendida “(...) a sua aplicação às situações em que terceiras pessoas (*sui iuris*) actuando como intermediários do *dominus*, o beneficiavam efectivamente” (Ibid., p. 137). Para um relato do emprego da “*condictio sine causa*” e da “*actio de in rem verso*” no direito romano, v., ainda, GORÉ, François. *L’enrichissement aux dépens d’autrui: source autonome et générale d’obligations en droit privé français – essai d’une construction technique*. Paris: Dalloz, 1949, pp. 7 e ss.; e MOSOIU, Marcel. *De l’enrichissement injuste: étude de droit comparé*. Paris: Édouard Duchemin, 1932, pp. 31 e ss.

<sup>10</sup> Para uma análise crítica da subsidiariedade, v. KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005, p. 51.

geral de fontes das obrigações.<sup>11</sup> Sem nenhum apego a classificações e categorizações cuja irrelevância prática supere o brilhantismo teórico, é possível afirmar que o estudo das fontes das obrigações traduz preocupação das mais centrais na teoria do Direito (item 1.2). Trata-se, conforme lição tradicional, de perquirir os fatores aos quais o ordenamento atribui relevância jurídica idônea a justificar o surgimento de uma obrigação e, com isso, mobilizar o aparato estatal para a conformação da liberdade individual.<sup>12</sup> Em complemento a tal concepção, investigar-se-á a compatibilidade, com o ordenamento jurídico brasileiro, da proposição teórica contemporânea que vislumbra no estudo das fontes das obrigações a utilidade de individualização dos regimes jurídicos obrigacionais gerais, a variar conforme a função da obrigação no caso concreto – se executória, indenizatória ou restitutória.<sup>13</sup>

No contexto da sistematização das fontes das obrigações, assumirá relevo central a delimitação do perfil funcional de cada uma delas. Com efeito, somente a análise funcional parece capaz de proporcionar uma compreensão holística das obrigações e a adequada individualização de suas fontes à margem das similitudes estruturais que sói lhes acompanhar. Dar-se-á especial enfoque, neste estudo, à distinção funcional entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, no intuito de bem compreender o escopo funcional de cada uma das correlatas obrigações (item 1.3).<sup>14</sup> Em breves palavras, pode-se dizer que o enquadramento de certa hipótese como obrigação de responsabilidade civil justifica a ênfase na recomposição da pessoa da vítima – ao que se relaciona, por exemplo, a exigência de comprovação de dano e a subsequente regra da reparação integral.<sup>15</sup> Diversamente, o enquadramento de certa hipótese como obrigação de enriquecimento sem causa justifica o deslocamento do foco da investigação para a recomposição da situação patrimonial do

---

<sup>11</sup> Semelhante à parca atenção dedicada a estudo do enriquecimento sem causa no quadro de fontes das obrigações é a escassa atenção dedicada à sua inserção no quadro dos fatos jurídicos. Para um esforço de relacionamento entre ambos os propósitos de sistematização, v. SCHILLER, Cristiano O. S. B. O enriquecimento sem causa no contexto da teoria do fato jurídico. *Revista de direito privado*, vol. 71, nov./2016, pp. 279-292.

<sup>12</sup> Cf. PLANIOL, Marcel. Classification des sources des obligations. *Revue Critique*, 1904, *passim*.

<sup>13</sup> Vale registrar que a lexicografia nacional admite, em caráter de sinonímia, os vocábulos “restitutória” e “restitutória” (v., por todos, FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Atual. Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira *et alii*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 1.748), ambas localizadas na doutrina e nas decisões judiciais. Optou-se, no presente estudo, pela utilização da expressão “restitutória”.

<sup>14</sup> Com efeito, o recurso à análise funcional torna possível reconhecer que a similitude estrutural entre os dois institutos não tem o condão de extirpar a distinção, igualmente funcional, que lhes acompanha desde sua gênese. A propósito da distinção entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, afirma-se: “Se pode dizer-se que é esta – a de operar uma tal redistribuição da riqueza – a função genérica dos dois institutos, a verdade, porém, é que há entre ambos profundas e inegáveis diferenças, a revelarem a distinta intenção ou função específica de um e outro” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970, p. 22).

<sup>15</sup> “A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 331).

enriquecido – o que torna prescindível, por exemplo, a comprovação de dano indenizável.<sup>16</sup>

Não seria despidendo registrar, por outro lado, que, sem embargo da distinção funcional entre as referidas fontes das obrigações, parece possível vislumbrar certa semelhança entre elas, como se verá, no que tange à rejeição de um suposto caráter punitivo.<sup>17</sup> Para além do constante risco de violação ao princípio da legalidade, a atribuição genérica de caráter punitivo afronta o ideal de justa recomposição que acompanha ambas as fontes.<sup>18</sup> Com efeito, assim como a quantificação da indenização com finalidade punitiva extrapola a justa medida da extensão do dano (e, com isso, viola a exigência de reparação integral), a definição do *quantum* da restituição com propósito punitivo conduz o patrimônio do enriquecido a uma situação prejudicial (e não igual) àquela em que haveria de estar caso não houvesse ocorrido o fato gerador do enriquecimento.

Exemplo eloquente de repercussão particularmente relevante de tais considerações de ordem funcional pode ser encontrado, dentre outros casos, nas previsões legais da denominada *devolução em dobro*. Trata-se de hipóteses que envolvem certa modalidade de enriquecimento sem causa para cuja resolução o legislador determina não apenas a restituição de montante indevido, mas sim a *devolução* do montante correspondente ao dobro da quantia indevidamente auferida. Desde o primeiro olhar lançado sobre o tema, soa um tanto quanto contraditório falar em *devolução* do *dobro*: em realidade, ou bem não se trata de devolução, ou bem à devolução acresce-se uma parcela de natureza e função diversas. Em qualquer das hipóteses, conforme se exporá mais adiante, a identificação da natureza jurídica da denominada *devolução em dobro* assume consectários relevantes, como a extensão do princípio da legalidade (caso identificado caráter punitivo) e a definição do prazo prescricional (a variar conforme a qualificação da pretensão como

<sup>16</sup> Sobre a distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa, afirma-se: “O foco da responsabilidade é a situação do lesado (e não a do ofensor) e a sua principal função é eliminar os prejuízos que lhe foram causados, seja na modalidade de dano emergente, seja na forma de lucro cessante, ao passo que o enriquecimento sem causa (e o ilícito) têm por escopo aniquilar um acréscimo, indevidamente injustificado, do qual o ofensor se beneficiou. É por isso que a doutrina tradicional ressalta que a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa estão sujeitos a princípios fundamentalmente diversos” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 203-204). Em sentido semelhante, v., na doutrina pátria, NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 216-218; e, na doutrina portuguesa, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 208.

<sup>17</sup> Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber relatam que, “(...) na experiência brasileira, assim como em diversos ordenamentos ocidentais, vive-se um momento de fascínio pelos *punitive damages* norte-americanos e pelas indenizações milionárias que de suas aplicações resultavam. Ensaiou-se, na prática advocatícia, uma importação acrítica do modelo do *common law*, que somente agora vem, pouco a pouco, reconhecido como inaplicável, ao menos em seus contornos originais, ao ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica. Nem por isso, todavia, se pode dizer que à responsabilidade civil por dano moral seja, entre nós, atribuído caráter exclusivamente compensatório, já que o caráter punitivo aflora nos critérios de quantificação” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 520).

<sup>18</sup> Para uma crítica à tese atribuição genérica de caráter punitivo à responsabilidade civil, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 371 e ss.



responsabilidade civil, enriquecimento sem causa ou de outra natureza).

Após abordar a conformação dogmática da vedação ao enriquecimento sem causa, o presente estudo partirá para a análise da sua mais eloquente – embora não exclusiva – manifestação: a cláusula geral contida no artigo 884 do Código Civil. Tal dispositivo legal evidencia a opção do legislador brasileiro pela consagração de um modelo pautado pela coexistência de uma cláusula geral com previsões específicas do dever de restituir, à semelhança do que se verifica, na seara da responsabilidade civil, com as cláusulas gerais previstas pelo artigo 927, *caput* e parágrafo único, à qual se somam diversas previsões legais do dever de indenizar. Em razão da relevância assumida pela cláusula geral do dever de restituir para a conformação do enriquecimento sem causa no direito brasileiro, passar-se-á em revista cada um dos seus pressupostos de configuração.

Em um primeiro momento, analisar-se-ão os contornos gerais da noção de enriquecimento, cujo conteúdo abrange diversas facetas da variação do patrimônio do enriquecido – aumento do ativo, diminuição do passivo e poupança de despesas (item 2.1).<sup>19</sup> Concentrar-se-á a análise na investigação dos atributos do enriquecimento restituível, sobretudo a partir da tradicional bipartição dos denominados *enriquecimento real* e *enriquecimento patrimonial*.<sup>20</sup> Nessa etapa do raciocínio, será possível cogitar da relevância de vantagens morais (e não apenas patrimoniais) e de vantagens hipotéticas (e não apenas efetivas ou concretas) para a determinação do enriquecimento auferido por uma pessoa.

O segundo pressuposto de configuração da cláusula geral do dever de restituir merecerá especial atenção em razão da aproximação quase acrítica que se costuma fazer entre a exigência legal de *obtenção à custa de outrem* e a noção de *empobrecimento*, a repercutir diretamente na tradicional formulação da chamada *teoria do duplo limite* (item 2.2). Com efeito, parcela expressiva da doutrina tradicionalmente afirma que enriquecer à custa de outrem pressupõe que ao enriquecimento se associe um correspondente empobrecimento.<sup>21</sup> De modo a bem compreender o conteúdo da exigência de obtenção à custa de outrem, será necessário retomar a perspectiva funcional, a fim de perquirir se o suposto requisito do empobrecimento se coaduna com o perfil

<sup>19</sup> Nesse sentido, v., por todos, na doutrina brasileira, NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 237; na doutrina portuguesa, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 452-453; na doutrina italiana, SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità estracontrattuale*. Torino: UTET, 1959. Ristampa inalterata: Centro Stampa Università de Camerino, 1980, pp. 196-200; e, na doutrina francesa, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II. Paris: PUF, 2004, p. 2.436.

<sup>20</sup> A propósito, v. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 756.

<sup>21</sup> A ilustrar tal posição teórica, v., no direito brasileiro, GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 306; no direito italiano, SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., p. 3; no direito português, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II. Tomo III, cit., pp. 227-228; e, no direito francês, TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 1.115.

funcional restitutivo característico da vedação ao enriquecimento sem causa. Diante da resposta negativa que parece se anunciar – particularmente diante da distinção funcional entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil –,<sup>22</sup> cogitar-se-á da possibilidade de compreensão do requisito em comento (obtenção à custa de outrem) como a efetiva exigência de nexo de imputação entre o enriquecimento de uma pessoa e o patrimônio (ou o conteúdo da destinação jurídica dos bens) de outra pessoa.<sup>23</sup>

No que tange ao terceiro pressuposto de configuração da cláusula geral do dever de restituir – a ausência de justa causa –, investigar-se-á a relevância da presença de título jurídico justificador da alteração patrimonial para que o enriquecimento se afigure legítimo.<sup>24</sup> Passar-se-ão em revista tanto as hipóteses de ausência originária de causa quanto de ausência superveniente, com o que será possível investigar o alcance do artigo 885 do Código Civil. O estudo do requisito atinente à ausência de justa causa reclamará, ainda, especial atenção para a incorporação do juízo valorativo de merecimento de tutela também ao estudo do enriquecimento sem causa, sem o que não se tornaria possível a realização da necessária ponderação dos diversos valores em rota potencial de colisão em cada caso concreto.<sup>25</sup>

Tal como sucedeu com a responsabilidade civil – por influxo do paradigma do dano injusto –, parece que também em matéria de enriquecimento sem causa deve-se reconhecer a imprescindibilidade de averiguar a promoção da tábua axiológica constitucional para que se possa reputar justo ou injusto o enriquecimento. Não se trata de sustentar o abandono da relevância do título jurídico como conformador do requisito de ausência de justa causa, mas tão somente de

<sup>22</sup> João de Matos Antunes Varela apresenta exemplos para demonstrar a insuficiência do critério do empobrecimento: “Admitamos que o dono da casa onde outrem se instalou indevidamente (por julgá-la própria) a não teria rendado em quaisquer circunstâncias; que o dono do cavalo ou do automóvel com que o amigo, utilizando abusivamente o animal ou o veículo, ganhou avultado prémio numa competição desportiva, não estaria disposto a concorrer a tal prova; que o dono da obra editada, sem a sua autorização, por terceiro não estaria inclinado a publicá-la, etc. Em nenhum desses casos se pode rigorosamente falar numa diminuição do património do dono da coisa e nem sequer na privação dum aumento dele, uma vez que o titular não estava disposto a usar ou fruir a coisa nos termos em que o fez o intrometido. E, todavia, não pode duvidar-se de que a vantagem patrimonial do beneficiado foi obtida à custa do dono da coisa” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 490-491).

<sup>23</sup> Vale fazer menção ao que Carlos Nelson Konder denominou *indivisibilidade de origem*: “Alguns autores falam ainda da necessidade de um nexo de causalidade entre o ‘empobrecimento’ e o enriquecimento. Contudo, como explica Agostinho Alvim, não há uma relação de causa e efeito entre enriquecimento e empobrecimento; o que dever haver é uma interdependência em virtude de um fato originário em comum, que causou ambos – o que se tem chamado de indivisibilidade de origem” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 388).

<sup>24</sup> Acerca da noção de que o enriquecimento será reputado sem causa quando não encontrar amparo direto em título legal, convencional ou judicial, v., por todos, na doutrina brasileira, KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 390; na doutrina portuguesa, CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 42, 1982, pp. 42-43; e, na da doutrina francesa, TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; e LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*, cit., pp. 1.115-1.118.

<sup>25</sup> Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, “(...) reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 500).

reconhecer que esse singular valor não permite ao intérprete eximir-se da tarefa de investigar todos os demais valores concretamente tutelados. À semelhança do que já ocorreu, nas últimas décadas, em matéria de responsabilidade civil, a assunção da complexidade inerente ao ordenamento jurídico reclama do intérprete o reconhecimento de efetiva mudança paradigmática do enriquecimento sem justa causa rumo a uma concepção valorativa que se poderia denominar *enriquecimento injusto* (item 2.3).

Investigar-se-á, em seguida, o escopo contemporâneo da regra da subsidiariedade contida no artigo 886 do Código Civil, que assume o papel de pressuposto negativo de configuração da cláusula geral do dever de restituir (item 2.4). O conteúdo hodierno da subsidiariedade, como se buscará sustentar, parece residir mais propriamente na determinação da disciplina aplicável – mais especificamente, na incidência ou não da cláusula geral – do que na qualificação jurídica da *fattispecie*. Não parece adequado, com efeito, rejeitar a qualificação funcional de determinada hipótese fática como enriquecimento sem causa apenas em razão da regra de subsidiariedade.

De fato, não parece possível atribuir uma tal extensão ao artigo 886 do Código Civil a ponto de negar em abstrato a qualificação de enriquecimento injustificado com base simplesmente no afastamento da cláusula geral do artigo 884. Reconhece-se, como já enunciado, que a vedação ao enriquecimento sem causa se manifesta para além da cláusula geral do dever de restituir, em modelo legal que optou expressamente pela convivência da cláusula geral com previsões específicas da obrigação restitutória. A jurisprudência pátria gradativamente tem absorvido tal constatação, podendo-se mencionar, a título meramente ilustrativo, o paradigmático julgamento em que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluiu pela incidência do prazo prescricional trienal do artigo 206, §3º, inciso IV, do Código Civil à pretensão restitutória deflagrada pela declaração da nulidade de cláusula contratual.<sup>26</sup> Precisamente por visualizar autêntica pretensão de restituição fundada na vedação ao enriquecimento injustificado – conquanto não fundamentada diretamente na cláusula geral do artigo 884 –, pôde o STJ definir a incidência do aludido prazo prescricional trienal dispensado às hipóteses de “pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa” (nos termos do referido artigo 206, § 3º, inciso IV).

Na sequência do reconhecimento da conformação dogmática da vedação ao enriquecimento sem causa e dos contornos da cláusula geral do dever de restituir, investigar-se-ão – embora sem pretensão de exaustividade – algumas perspectivas práticas da presente proposta de qualificação funcional da pretensão restitutória. Nessa empreitada, inicialmente será necessário passar em revista as dificuldades quanto à delimitação conceitual e quanto ao tratamento sistemático da pretensão

---

<sup>26</sup> STJ, REsp 1.361.182/RS, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 10.08.2016, publ. 19.09.2016. Vale consignar que o caso foi julgado sob a sistemática do recurso especial representativo de controvérsia (arts. 1.036-1.041 do CPC/2015).

restitutória no direito civil brasileiro, as quais acarretam sequelas na disciplina das restituições em aspectos como a determinação do termo inicial dos juros de mora, a definição do prazo prescricional das pretensões restitutórias não decorrentes da cláusula geral contida no artigo 884, a quantificação das obrigações de restituição e a cumulatividade das pretensões indenizatória e restitutória (item 3.1).

Na sequência, em ilustração do raciocínio proposto, investigar-se-á a possibilidade de qualificação da pretensão restitutória deflagrada pela pronúncia judicial da invalidade negocial (nos termos do artigo 182 do Código Civil) à luz da vedação ao enriquecimento sem causa (item 3.2).<sup>27</sup> Tal qualificação haverá de repercutir, por exemplo, no reconhecimento da submissão da aludida pretensão restitutória aos efeitos da prescrição, em esforço deliberado de compatibilização do entendimento geral sobre a prescribibilidade das pretensões de cunho patrimonial com a previsão legal, contida no artigo 169, no sentido do não convalidamento da nulidade. Outra relevante ordem de repercussão, na seara das invalidades, diz respeito ao reconhecimento da possibilidade de curso simultâneo do prazo prescricional da pretensão restitutória e do prazo decadencial do direito à anulação do negócio jurídico.

A relevância do raciocínio proposto será ilustrada, ainda, por discussão situada na ordem do dia na realidade jurídica brasileira, consistente em definir o adequado enquadramento dogmático do lucro da intervenção no direito brasileiro (item 3.3). Mais do que justificar a conclusão no sentido de se impor o dever de restituir o lucro ilegitimamente obtido a partir da intervenção em bens ou direitos alheios (o denominado lucro da intervenção), a prévia delimitação das fontes das obrigações conduzirá o intérprete à seleção dos critérios para o cálculo do montante da restituição. Tais critérios, com efeito, hão de variar conforme a função da obrigação – foco na pessoa e no patrimônio da vítima (na hipótese de responsabilidade civil) ou foco no patrimônio do interventor (na hipótese de enriquecimento sem causa). A investigação sobre o enquadramento dogmático do lucro da intervenção repercutirá, ainda, em aspectos como a definição do prazo prescricional da pretensão de restituição do lucro da intervenção e a investigação da sua possibilidade de cumulação com a pretensão indenizatória.

As perspectivas de aplicação da proposta de qualificação funcional da pretensão restitutória, evidentemente, jamais poderiam ser esgotadas no presente estudo. Diante da impossibilidade de tratamento exaustivo da matéria, espera-se que esta investigação contribua, ao final, para o reconhecimento teórico de que o instituto do enriquecimento sem causa se espraia para além da cláusula geral de restituição contida do artigo 884 do Código Civil, assumindo importância central

---

<sup>27</sup> A destacar a correlação entre o artigo 182 do Código Civil e a vedação ao enriquecimento sem causa, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 344-345.

para a qualificação de uma grande diversidade de pretensões de perfil funcional restitutivo. Buscar-se-á, ao fim e ao cabo, aventar as possibilidades abertas pela análise funcional do enriquecimento sem causa no âmbito do caminho a ser percorrido pela civilística nacional rumo à sistematização da pretensão restitutória.

A tarefa é das mais árduas, o que se coaduna com a própria relevância usualmente atribuída à vedação ao enriquecimento sem causa na estruturação das sociedades políticas. Com efeito, a já mencionada difusão do brocardo latino “*suum cuique tribuere*” nos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica serve a demonstrar que a busca pela *justiça* na distribuição dos bens é questão das mais caras às sociedades desde os primórdios da sua organização política. Ao lado da exigência de vida honesta (“*honeste vivere*”) e da vedação geral à produção de danos (“*neminem laedere*”), a máxima proclamadora da divisão justa dos bens foi tradicionalmente concebida como pilar essencial para o bom desenvolvimento de cada sociedade.<sup>28</sup> Espera-se que o presente estudo contribua, portanto, ainda que indiretamente, para o respeito e a manutenção da justa distribuição dos bens em sociedade, em concretização do ideal de dar a cada um o que lhe é devido.

---

<sup>28</sup> “As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu, e mesmo que este princípio tenha um alcance bem maior: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 445-446). A ligação entre vedação ao enriquecimento sem causa e a máxima *suum cuique tribuere* é destacada, ainda, por MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2015, pp. 581-582; e RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 3, 1904, p. 730.

## **1. A CONFORMAÇÃO DOGMÁTICA DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO BRASILEIRO**

O desenvolvimento do enriquecimento sem causa no direito brasileiro historicamente apresentou a subsidiariedade como atributo supostamente diferencial do instituto, o que repercutiu na positivação expressa de tal atributo no artigo 886 do Código Civil de 2002 (item 1.1). Desse modo, embora usualmente se proclame a elevação do *status* normativo da vedação ao enriquecimento sem causa, a transformação de princípio geral em instituto positivado veio acompanhada do risco de esvaziamento deste último, em razão do significado a ser empregado à regra da subsidiariedade. De outra parte, acoplada à consagração da tradicional noção de subsidiariedade, uma análise exclusivamente estrutural do instituto acentua consideravelmente a dificuldade de seu enquadramento no quadro geral de fontes das obrigações. Essa dificuldade parece revelar, aliás, a necessidade de releitura da própria classificação das fontes das obrigações. Com efeito, a sua adequada delimitação parece se vincular mais propriamente à identificação dos efeitos essenciais e interesses atrelados a cada uma das categorias de obrigações do que ao apontamento do título de origem (item 1.2). O esforço metodológico de sistematização da pretensão restitutória no direito civil brasileiro, principal escopo da presente investigação, encontra nessas constatações os seus principais obstáculos.

Assume especial relevo, nesse contexto, a delimitação da distinção funcional entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, ambas fontes não convencionais de obrigações e ambas vinculadas a deveres genéricos de conduta (item 1.3). A compreensão do perfil funcional autônomo do enriquecimento sem causa – em particular cotejo com a responsabilidade civil – propiciará, entre outros, a definição da natureza das pretensões fundadas em previsões legais de “devolução em dobro”. Em meio a todas as dificuldades que se relacionam ao esforço de sistematização da pretensão restitutória no direito brasileiro, cumpre iniciar a análise a partir da provável origem do desprestígio dispensado à temática. Passa-se, assim, a perquirir as razões subjacentes à consagração do entendimento que vislumbra na subsidiariedade o atributo supostamente diferencial do enriquecimento sem causa.

### **1.1. De princípio geral do direito a instituto positivado: a subsidiariedade como atributo (supostamente) diferencial da vedação ao enriquecimento sem causa**

O enriquecimento sem causa consiste em instituto de acentuada complexidade em matéria de

análise histórica, o que desaconselha, por si só, eventual pretensão de um tratamento exaustivo do seu desenvolvimento, que pouco seria justificado por sua (reduzida) utilidade prática.<sup>29</sup> De fato, nesse tema parecem florescer, com particular vigor, as dificuldades ordinariamente associadas à historicidade e relatividade dos conceitos jurídicos, a apontar para a impossibilidade de atribuição de caráter supostamente universal e a-histórico a qualquer conceito.<sup>30</sup> Autorizada doutrina conclama, ao revés, a atenção do intérprete para a imprescindibilidade de consideração da contingência de todo instituto jurídico a uma determinada época e a um determinado local.<sup>31</sup>

Especificamente no que tange ao enriquecimento sem causa, soma-se a tais dificuldades ordinárias a particular diversidade de origens concorrentes para o acabamento da feição contemporânea do instituto.<sup>32</sup> Feitas tais advertências, passa-se a uma breve análise do desenvolvimento histórico da vedação ao enriquecimento sem causa no direito brasileiro, desde a promulgação do Código Civil de 1916 (CC/1916) até o atual estado da doutrina na matéria. Não se pretende fornecer relato meramente estático das correntes que se seguiram em doutrina, mas sim compreender, em perspectiva crítica, as razões subjacentes à consagração do entendimento de que a

---

<sup>29</sup> “A análise histórica do instituto do enriquecimento sem causa apresenta-se de elaboração problemática, atendendo ao facto de terem sido diversos institutos jurídicos, sujeitos a diferentes tipos de conexões e desenvolvimentos durante a sua evolução histórica, que serviram de base à consagração do princípio da repressão do enriquecimento injustificado” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 57). Para um relato da evolução do enriquecimento sem causa nas épocas romana, bizantina e medieval, v., por todos, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, pp. 25-75.

<sup>30</sup> “Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar. (...) O conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa-se levar em conta que os conceitos e os instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá os seus próprios fundamentos” (PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999, p. 63-64.).

<sup>31</sup> A propósito, v. KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito UERJ: direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, *passim*.

<sup>32</sup> Para uma análise detida do desenvolvimento histórico da vedação ao enriquecimento sem causa, desde o Direito Romano clássico até correntes doutrinárias atuais, passando, entre outros, pelos glosadores e pós-glosadores, pela canonística medieval e pela pandectística, v. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 57 e ss.

subsidiariedade traduziria atributo diferencial do enriquecimento sem causa,<sup>33</sup> noção essa que culminou na positivação da regra contida no artigo 886 do Código Civil de 2002 (CC/2002).<sup>34</sup>

Como se sabe, o Código Civil de 1916 não positivou expressamente, como norma geral, a vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>35</sup> O legislador parece ter seguido, nesse ponto, o exemplo extraído do *Code Napoléon*,<sup>36</sup> o qual, desde a sua promulgação em 1804 até a alteração promovida no direito das obrigações em 2016,<sup>37</sup> não dispensava ao enriquecimento sem causa o tratamento expreso que seria característico de um instituto autônomo.<sup>38</sup> À semelhança da experiência francesa, também o direito brasileiro se ressentia da ausência de menção expressa ao enriquecimento sem causa, o que não impediu, todavia, profícuo esforço doutrinário de identificação das suas

<sup>33</sup> Busca-se atender, assim, à conclamação de uma função crítica (não legitimadora) da análise histórica dos institutos de direito civil: “A constatação de que havia outras opções, outros caminhos, e de que houve outros efeitos e outros valores, oferece ao intérprete uma janela de relativização do presente, que deixa de ser o resultado natural de uma única e abstrata trajetória evolutiva. A história, nesse ponto, não deve se prestar a legitimar o instituto jurídico, fazendo do passado um tributo ao seu aperfeiçoamento, um relato do seu desenvolvimento. Ao contrário, ela revela que as escolhas políticas, as pressões de grupos de interesse, o impacto de forças econômicas ou mesmo eventos aleatórios contribuíram para que ele se tornasse o que hoje é e não o que poderia, de outra forma, ter sido” (KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil, cit., p. 47). Antônio Manuel Hespanha sintetiza: “(...) a missão da história do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é racional, o necessário, o definitivo” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 21). No mesmo sentido, v., ainda, SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, out.-dez./2016, p. 14.

<sup>34</sup> *In verbis*: “Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

<sup>35</sup> “A nação, que já se acostumara a buscar no pensamento jurídico mais avançado modelo para regular seus fatos e instituições, não teve juristas preocupados em registrar, na elaboração codificada da lei civil – momento em que o país se libertava definitivamente da tutela legal civil de Portugal – a influência das mais atualizadas legislações e dos estudos mais profundos, a respeito do locupletamento injustificado. Tanto que se não vêem, na discussão do projeto, maiores referências ao enriquecimento injusto, muito embora fosse comum a busca às fontes do saber jurídico e referências aos jurisconsultos alemães. Causa maior surpresa, quando se sabe os trabalhos de elaboração do Código germânico foram realizados quase concomitantemente aos estudos do nosso. Nem mesmo do suíço, também contemporâneo, nada se indagou” (PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*. São Paulo: [s.n.], 1975, pp. 209-210). Pertinente, no ponto, o relato de Silvio Rodrigues: “Contudo, o Código Civil Brasileiro, diferentemente de alguns códigos modernos, não consagrou qualquer regra genérica sobre o enriquecimento sem causa. Apenas disciplinou, sistematicamente, o pagamento indevido, em uma das seções do capítulo sobre o pagamento; e aplicou, em algumas hipóteses esparsas, a regra segundo a qual ninguém pode enriquecer à custa alheia, sem causa adequada” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II. São Paulo: Max Limonad, 1964, pp. 185-186).

<sup>36</sup> Giovanni Ettore Nanni destaca a influência exercida pelo *Code Napoléon*: “O Código Civil de 1916 não disciplinava expressamente o enriquecimento sem causa como um instituto autônomo. Decerto as suas regras foram incorporadas implicitamente pela legislação civil em vários pontos, especialmente no pagamento indevido, mas não de forma satisfatória, o que levou à formulação de críticas, fazendo com que os projetos subsequentes de nova codificação civil o contemplassem explicitamente. Tal ausência de previsão devia-se, entre outros fatores, à influência do Código Civil francês, visto que foi adotada a mesma regra, agasalhando apenas o pagamento indevido como uma figura implícita do enriquecimento sem causa” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 85).

<sup>37</sup> A respeito da positivação expressa do enriquecimento injustificado no *Code Napoléon* por força da *Ordonnance du 10 février 2016*, v., por todos, MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 8. ed. Paris: LGDJ, 2016, pp. 598 e ss.

<sup>38</sup> Sobre a ausência de previsão expressa do reconhecimento do enriquecimento sem causa na redação do *Code Napoléon* anterior à reforma de 2016, v., por todos, GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Paris: Dalloz, 2004, pp. 291-292.



manifestações no âmbito do diploma codificado.<sup>39</sup>

Desse modo, identificava-se a influência da vedação ao enriquecimento sem causa em diversas regras positivadas pelo Código Civil de 1916, tais como:<sup>40</sup> a disciplina da restituição do pagamento indevido (arts. 964 e ss.);<sup>41</sup> a impossibilidade de o credor incapaz reclamar um segundo pagamento quando houver se beneficiado do primeiro (art. 936, *in fine*);<sup>42</sup> o direito do possuidor, ainda que de má-fé, ao recebimento das despesas de manutenção e custeio (art. 513);<sup>43</sup> a aquisição, pelo especificador de boa-fé, da matéria-prima alheia em que trabalhou, condicionada ao “ressarcimento do dano”<sup>44</sup> do proprietário (art. 613);<sup>45</sup> dentre muitas outras. A riqueza de exemplos invocados pela manualística parecia não deixar dúvida, enfim, acerca da relevância atribuída ao enriquecimento sem causa sob a égide da codificação anterior.<sup>46</sup> A civilística se encontrava, porém, em delicado cenário: de um lado, a ausência de previsão expressa dificultava o reconhecimento da autonomia do instituto; de outro lado, a inspiração racional de previsões as mais variadas tornava impossível ignorar a repercussão da vedação ao enriquecimento sem causa no direito brasileiro.

Em meio a esse cenário, veio a se consagrar o reconhecimento do enriquecimento sem causa

<sup>39</sup> Em crítica à omissão do CC/1916, afirmou-se: “Fenômeno verificado, como se sabe, desde a antiguidade, configura-se instituto a necessitar de urgente regulamentação legislativa. Não se compreende continue a ser teoria subsidiária, com ação reparatória auxiliar, quando o enriquecimento legítimo e amparado e até estimulado, o ilícito combatido, com percussão nos agentes ativo e passivo, nas fórmulas irregulares, nos meios e nos fins” (PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, cit., p. 95).

<sup>40</sup> Os exemplos remontam à lição de Silvio Rodrigues, que assevera: “Nestes e em números outros casos a leis e inspira na ideia de enriquecimento sem causa” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II, cit., p. 186). Conclusão semelhante se identifica na doutrina francesa diante da redação originária do *Code civil* de 1804. A propósito, v., por todos, RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., pp. 730 e ss.

<sup>41</sup> *In verbis*: “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”.

<sup>42</sup> *In verbis*: “Art. 936. Não vale, porém, o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu”.

<sup>43</sup> *In verbis*: “Art. 513. O possuidor de má fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má fé; tem direito, porém, as despesas da produção e custeio”.

<sup>44</sup> Advirta-se que o mero emprego das expressões “ressarcimento” e “dano”, pelo legislador, não determina a qualificação da específica pretensão como indenizatória ou restitutória. A propósito da distinção funcional entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, remete-se ao item 1.3, *infra*; a propósito da delimitação conceitual da pretensão restitutória, remete-se ao item 3.1, *infra*.

<sup>45</sup> *In verbis*: “Art. 613. Aos prejudicados nas hipóteses dos dois artigos precedentes, menos a última do art. 612, § 1º, concernente à especificação irredutível obtida em má fé, se ressarcirá o dano, que sofrerem.

<sup>46</sup> “O tratamento dado pelo CC [de 2002] ao locupletamento injustificado consiste em uma novidade legislativa, já que o CC1916 não dispôs sobre esta figura através de uma regra geral, disciplinando apenas o pagamento indevido. Porém, em dispositivos pontuais, a projeção do princípio de proibição ao enriquecimento sem causa podia ser vislumbrada, como nos casos dos arts. 307, 513, 516, 519, 546, 936, *in fine*, 1.278, 1.339, todos do CC1916” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 752).

como princípio geral do direito,<sup>47</sup> seguindo-se a tendência que já fora sedimentada no ordenamento civil francês desde 1892, por ocasião do julgamento do *arrêt Boudier* pela Corte de Cassação.<sup>48</sup> Tal formulação, a identificar a vedação ao enriquecimento sem causa como um autêntico princípio geral do direito no sistema brasileiro, parece ter se concebido com particular desenvoltura na seara dos efeitos da posse, especificamente no que tange à disciplina das benfeitorias.<sup>49</sup> Sustentava-se, a propósito, que seria precisamente a vedação ao enriquecimento sem causa o “fundamento racional” para a atribuição, ao possuidor, do direito à restituição das benfeitorias (em regime a variar conforme

---

<sup>47</sup> “A falta, porém, de caso análogo ou de costume não subtrairá ao interessado o fundamento, de que depende, pois os princípios gerais de Direito o socorrem (citado art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Por outro lado, é inquestionável que a condenação do enriquecimento injustificado é princípio geral de Direito, porque, com maior ou menor extensão, ela tem sido recomendada por todos os sistemas, no tempo e no espaço. Efetivamente, ainda quando não costa de lei, de modo expresso e genérico, aquela condenação tem sempre lugar importante, como fonte de obrigação, nos sistemas dos países adiantados, donde ser um princípio geral de Direito” (ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, v. 259, mai./1957, p. 19). No mesmo sentido, v., por todos, AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa* (dos institutos em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado). São Paulo: Acadêmica, 1933, p. 97; FERREIRA, José G. do Valle. *Enriquecimento sem causa*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1949, pp. 83 e ss.; NEGREIROS, Teresa. Enriquecimento sem causa, cit., *passim*; e REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 301; e KATAOKA, Eduardo Takemi. *Vedação ao enriquecimento sem causa como princípio: sobre o sistema jurídico e os princípios a propósito da vedação ao enriquecimento sem causa*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2000, pp. 159 e ss. Pertinente, ainda, na doutrina contemporânea, o relato de SCHILLER, Cristiano O. S. B. O enriquecimento sem causa no contexto da teoria do fato jurídico, cit., p. 286. Idêntica conclusão era alcançada pela doutrina italiana diante da ausência de positividade expressa de uma cláusula geral do enriquecimento sem causa no *Codice civile* de 1865, como relata, por exemplo, ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 15.

<sup>48</sup> A propósito, relata-se: “(...) em 1892, o célebre *arrêt Boudier* reconheceu a existência de uma ação autônoma de restituição fundada no enriquecimento sem causa e que derivaria do princípio que proíbe o enriquecimento à custa de outrem” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 153). Para um relato da evolução jurisprudencial francesa anterior e posterior ao julgamento do *arrêt Boudier*, v. RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., pp. 733-734. O *arrêt Boudier* será objeto de análise mais detida no item 1.2, *infra*.

<sup>49</sup> Afirma-se, nesse sentido: “Essa restituição de valores opera-se com base nas regras do enriquecimento sem causa, dispostas nos artigos 884 a 886 do Código Civil, porque são hipóteses em que o ordenamento jurídico curva-se ao propósito de evitar o enriquecimento do proprietário. Note-se que derivam de expressa determinação legal na qual prevalece a opção do legislador. No ordenamento jurídico português, por exemplo, é assegurado tanto ao possuidor de boa-fé quanto ao possuidor de má-fé o recebimento do valor das benfeitorias úteis, desde que não seja possível levá-las sem detrimento do bem principal (artigo 1.275 do Código Civil Português). Já o Código Civil brasileiro só assegura ao possuidor de boa-fé a restituição das benfeitorias úteis. A solução nacional parece ser mais acertada porque não se pode imputar ao proprietário o ônus de ressarcir ao possuidor de má-fé os custos dos melhoramentos implementados no bem tendo em vista que, não sendo estritamente indispensáveis, poderiam não ter sido feitos, ter sido realizados pelo próprio proprietário, ter sido pagos paulatinamente ou ainda serem obtidos por um custo menor” (KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, cit., p. 134). No mesmo sentido, v., ainda, TEPEDINO, Gustavo. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. Volume 14. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 179 e ss.; e CERVEIRA, Fernanda Pessôa. Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, a. 11, n. 44, out.-dez./2002, pp. 155-156.

a boa-fé ou má-fé subjetiva).<sup>50</sup> Afirmava-se, nesse sentido, que haveria enriquecimento sem causa por parte do proprietário caso não se lhe impusesse a obrigação de restituir as benfeitorias realizadas pelo possuidor.<sup>51</sup>

A enunciação do enriquecimento sem causa como princípio geral do direito traduzia, nesse cenário, autêntica reação doutrinária e jurisprudencial à omissão do Código Civil de 1916.<sup>52</sup> Vislumbrava-se tal formulação como a resposta necessária às eventuais lacunas da legislação, sobretudo quando o recurso à analogia *legis* se revelasse insuficiente para a resolução de algum litígio.<sup>53</sup> Desse modo, a vedação ao enriquecimento sem causa deveria ser levada em consideração pelo intérprete diante de lacuna da lei, em atuação integradora característica dos princípios gerais do

---

<sup>50</sup> “Fundamento racional: a ninguém é dado enriquecer sem causa, ou melhor, ilicitamente, à custa alheia (...). É estranha ao nosso estudo a indagação da natureza e fundamento jurídico da máxima; qual das teorias a verdadeira, se a que lhe dá por base a gestão de negócios; se a que a funda na equidade; se a que a prende à teoria do risco; se a moderna de Planiol no seu recuo das primeiras ideias, considerando-a enriquecimento sem causa, como fato ilícito. Não está escrita, mas domina, e isso nos basta, em todo o Código, em matéria de acessão, de colações, de pacto de retrovenda, da anulação de obrigações de incapazes, de sociedade, de avarias, gestão de negócios etc., e nesta matéria de benfeitorias é um princípio em torno do qual se podem agrupar todas as soluções do Código” (FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. (1922). 12. ed. Atual. Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 195). O autor prossegue, especificamente a propósito das benfeitorias: “No que toca às benfeitorias necessárias e úteis feitas pelo possuidor, se sem indenização as pudesse ganhar o proprietário, o que se daria era: um enriquecimento do evictor, um empobrecimento do possuidor, um laço de conexão, prendendo o crescimento do patrimônio de um à diminuição dos haveres do outro, ausência de qualquer causa geradora do direito do reivindicante a conservar o enriquecimento trazido ao seu patrimônio. São estas precisamente, e assim se vêem realizadas, as condições de admissibilidade da *actio in rem verso*, segundo a lição geral” (Ibid., pp. 195-196).

<sup>51</sup> “Ao apurar as consequências do locupletamento injurioso por benfeitorias, o Código Civil assegura ao possuidor evicto ressarcimento de eventuais prejuízos, porque entende aplicável o princípio de que ninguém pode se aproveitar da jactura alheia, se não houver causa legítima da demasia patrimonial. Isto é, o Código consigna o princípio de que a ninguém é permitido locupletar-se das vantagens acrescidas ao bem tornado à sua azienda, sem razão de Direito” (PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*, cit., p. 209).

<sup>52</sup> Relata-se: “Desde muito também os tribunais brasileiros vêm aplicando o enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações, ainda que nem sempre houvesse menção explícita ao instituto. Assim, por exemplo, a jurisprudência inclinou-se, mesmo antes da entrada em vigor do novo Código, pelo entendimento de que o co-proprietário que utiliza com exclusividade a coisa deve restituir aos demais co-proprietários o valor correspondente à utilização de sua parcela ideal. O próprio Superior Tribunal de Justiça já afirmou ser o enriquecimento sem causa fonte de obrigações no Brasil” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 36).

<sup>53</sup> “Embora a lei brasileira não acolha expressamente a regra geral da repulsa ao enriquecimento sem causa, isso representa uma lacuna que se supre pela analogia e, quando assim não fosse, pelos princípios gerais de direito. A analogia consiste na aplicação de soluções idênticas para os casos semelhantes. Ora, se em numerosos casos contemplados pelo legislador, a lei repele o enriquecimento sem causa, é compreensível que em outras hipóteses, por ele não antevistas, especificamente, igual solução se aplique. *Ubi eadem ratio, idem jus*. Mas, se porventura não se entender cabível a solução analógica, nada impede o recurso aos princípios gerais de direito, a fim de disciplinar a espécie *sub judice*. O repúdio ao enriquecimento indevido se estriba no princípio maior de equidade que não permite o ganho de um, em detrimento de outro, sem uma causa que o justifique. É ele alcançado através da *actio de in rem verso*, concedida ao prejudicado” (RODRIGUES, Silvano. *Direito civil*. Volume II, cit., p. 187). O autor arremata: “A tese hoje preferida pela doutrina brasileira é a da admissão do princípio genérico de repulsa ao enriquecimento indevido. Essa a opinião de que participo” (Ibid., p. 188).

direito, conforme previsão do artigo 7º da Introdução ao Código Civil de 1916<sup>54</sup> e do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (denominação atual do Decreto-Lei nº 4.657/1942).<sup>55</sup>

A vedação ao enriquecimento sem causa desempenhava, como princípio geral do direito, função de (auto)integração do ordenamento jurídico.<sup>56</sup> Deveria ser objeto de consideração, portanto, quando o intérprete se deparasse com lacuna da lei, assim entendida a situação de ausência de previsão legal expressa para uma específica situação fática.<sup>57</sup> A doutrina não tardou a reconhecer, com efeito, que a realidade sempre poderia dar origem a fatos novos para os quais o legislador não tivesse dispensado regulação expressa.<sup>58</sup>

Para além da percepção da impossibilidade de o legislador prever expressamente todos os possíveis litígios, parecem subjazer à construção teórica dos mecanismos de integração do ordenamento duas premissas fundamentais. De uma parte, tem-se o dever do magistrado de julgar a lide mesmo em face de lei omissa, obscura ou ambígua.<sup>59</sup> Desse modo, o magistrado não se exime e julgar a lide ao argumento de lacuna da lei – ressalva a peculiaridade do sistema processual penal, em que a ausência de norma incriminadora deve conduzir à absolvição do acusado, com base no

---

<sup>54</sup> *In verbis*: “Art. 7º. Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”. A propósito da qualificação do enriquecimento sem causa como princípio geral do direito, afirmava-se: “(...) se é verdade que o nosso Código não considerou expressamente o enriquecimento sem causa como uma causa geradora de obrigação, com caráter e figura especial, não menos verdade é que o princípio do não enriquecimento à custa alheia constitui um dos princípios gerais de direito, que devem ser invocados, nos termos do artigo 7º da Introdução ao Código Civil, sempre que houver omissão da lei” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XII, cit., p. 378).

<sup>55</sup> *In verbis*: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Afirmava-se, ainda sobre a qualificação do enriquecimento sem causa como princípio geral do direito: “Embora ainda não expresso em nosso ordenamento, é parte integrante do sistema, conforme o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que consagra os princípios gerais de Direito (...) e conforme, de maneira especial, o tem demonstrado largamente a doutrina” (FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. Volume 4. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 52). O autor prossegue: “O Código Civil [de 1916], igualmente, não consagrou o princípio expressamente, mas ele pode ser decantado de muitos dos institutos aí consagrados (...). Sustentamos que a obrigação, e a conseqüente ação, baseada no enriquecimento sem causa tem como fundamento um princípio geral de direito (...). A nosso ver, efetivamente, a obrigação oriunda do enriquecimento ilícito se funda no princípio geral de direito segundo o qual ninguém se pode locupletar, à custa de outrem, sem uma causa jurídica. Esse fundamento é tanto doutrinário como de direito positivo” (Ibid., pp. 301-302). Do mesmo autor, em idêntico sentido, v., ainda, FRANÇA, R. Limongi. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, pp. 201-202.

<sup>56</sup> Sobre a qualificação dos princípios gerais do direito como mecanismo de auto-integração do ordenamento jurídico, v. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Pólis, 1989, p. 156.

<sup>57</sup> “O termo ‘lacuna’ faz referência a um caráter incompleto. Só se pode falar de ‘lacunas’ de uma lei quando esta aspira a uma regulação para um determinado setor que é, em certa medida, completa. O acentuar do conceito de lacuna está, pois, também em estreita conexão com as aspirações a uma codificação global completa do direito, que se suscitaram no século XVIII e tiveram o seu ponto alto no século XIX” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, p. 526).

<sup>58</sup> V., por todos, COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analysado*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920, pp. 132-133.

<sup>59</sup> Alberto Trabucchi afirma, à luz do direito italiano: “(...) il sistema giuridico è completo e il giudice non può mai rifiutarsi di amministrare la giustizia” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Padova: CEDAM, 2013, p. 61). Em tradução livre: “(...) o sistema jurídico é completo e o juiz não pode jamais recusar-se a administrar a justiça”.

princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*.<sup>60</sup>

O comando referente à obrigatoriedade de julgar remonta, no âmbito do direito brasileiro, pelo menos à edição do artigo 5º da Introdução ao Código Civil de 1916.<sup>61</sup> A regra veio a ser substancialmente reproduzida pelo artigo 113, inciso 37, da Constituição de 1934<sup>62</sup>, pelo artigo 113 do Código de Processo Civil de 1939,<sup>63</sup> pelo artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973<sup>64</sup> e, mais recentemente, pelo artigo 140 do Código de Processo Civil de 2015.<sup>65</sup> Não chega a surpreender, portanto, a afirmação de se tratar de “(...) norma em cujo prol milita a tradição dos séculos”.<sup>66</sup>

Ainda no que tange às premissas subjacentes ao desenvolvimento dos mecanismos de integração, tem-se, ao lado do dever de julgamento pelo magistrado, o atributo da completude do ordenamento jurídico.<sup>67</sup> Tamanha é a correlação entre tais premissas que se chega a visualizar a

---

<sup>60</sup> “Poiché l’ordinamento giuridico non può non essere completo ed offrire così una regolamentazione esaustiva di tutte le possibili situazioni conflittuali e poiché, d’altra parte, il giudice non può in materia di procedimenti civili non emettere una sentenza che risolva la controversia in base ad una norma (nel processo penale invece a causa del già richiamato principio *nullum crimen sine lege* esiste la possibilità che il giudice assolva l’imputato perché il fatto su cui è basata l’accusa non è previsto dalla legge come reato) deve necessariamente esistere una c.d. norma di chiusura alla cui stregua il conflitto è risolto ogniqualvolta una regola non sia individuabile nemmeno con il ricorso alla analogia legis. La norma di chiusura del nostro ordinamento è quella contenuta al secondo comma dell’art. 12 disp. prel. che rinvia ai principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato” (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 50-51). Em tradução livre: “Já que o ordenamento jurídico não pode não ser completo e oferecer, assim, uma regulamentação exaustiva de todas as possíveis situações conflituosas e já que, de outra parte, o juiz não pode em matéria de procedimentos civis não emitir uma sentença que resolva a controvérsia com base em uma norma (no processo penal, ao invés, em razão do já referido princípio *nullum crimen sine lege* existe a possibilidade de que o juiz absolva o acusado uma vez que o fato sobre o qual se baseou a acusação não estiver previsto pela lei como crime) deve necessariamente existir uma dita norma de fechamento [*norma di chiusura*] ao modo da qual o conflito é resolvido toda vez que uma regra não for individualizável nem mesmo com o recurso à *analogia legis*. A norma de fechamento [*norma di chiusura*] do nosso ordenamento é aquela contida no art. 12 das disposições preliminares que remete aos princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”.

<sup>61</sup> *In verbis*: “Art. 5. Ninguém se excursa, alegando ignorar, a lei; nem com o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão dela se exime o juiz a sentenciar, ou despachar”.

<sup>62</sup> *In verbis*: “Art. 113. (...) 37) Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”.

<sup>63</sup> *In verbis*: “Art. 113. O juiz não poderá, sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, eximir-se de proferir despachos ou sentenças”.

<sup>64</sup> *In verbis*: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

<sup>65</sup> *In verbis*: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

<sup>66</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Volume I. São Paulo: Max Limonad, 1957, p. 162.

<sup>67</sup> Nesse sentido, v., por todos, na doutrina nacional, NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Volume 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 86-87; e, na doutrina italiana, VECCHIO, Giorgio Del. *Los principios generales del Derecho*. 2. ed. Trad. Juan Ossorio Morales. Barcelona: Bosch, 1948, pp. 42 e ss.

completude como verdadeira necessidade decorrente da obrigatoriedade de julgamento.<sup>68</sup> Não faria sentido, com efeito, exigir o julgamento de todos os litígios com base no ordenamento jurídico se ele não dispusesse de normas aptas a propiciar a solução de toda e qualquer lide.

Diante da situação de lacuna da lei para a solução de algum caso concreto, apontam-se usualmente três principais mecanismos de integração, todos referidos no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.<sup>69</sup> Assumem particular relevância, no presente estudo, a analogia e os princípios gerais do direito, por serem os mecanismos cuja operacionalidade parte das normas já positivadas no ordenamento. A analogia, como é cediço, consiste na identificação da razão subjacente a uma dada norma para, na sequência, a resolução de caso semelhante com base na mesma razão pré-identificada.<sup>70</sup> O brocardo latino sintetiza: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem iuris dispositio* (onde houver a mesma razão legal, deve haver a mesma disposição jurídica).<sup>71</sup>

Costuma-se elucidar que o raciocínio analógico comporta uma divisão em duas espécies: a *analogia legis* (analogia legal) e a *analogia juris* (analogia jurídica). A distinção entre tais espécies consistiria essencialmente no parâmetro de consideração, ou mais propriamente na fonte de obtenção

---

<sup>68</sup> “Frente ao problema da completude, se desejarmos um certo tipo de ordenamento jurídico como o italiano, caracterizado pelo princípio de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, quer dizer, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema. A norma que estabelece o dever do juiz de julgar cada caso com numa norma pertencente a sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressupostamente completo, quer dizer, com uma regra para cada caso. A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 117-118). O autor sintetiza: “Concluindo, a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema” (Ibid., p. 118).

<sup>69</sup> Advirta-se, por oportuno, que a analogia – à semelhança dos demais mecanismos de integração – não é fonte do direito, mas apenas critério de integração do ordenamento: “A analogia (...) é forma típica de raciocínio jurídico pelo qual se estende a *facti species* de uma norma a situações semelhantes para as quais, em princípio, não havia sido estabelecida. Não é, propriamente, fonte do direito, mas instrumento técnico de que se vale o juiz para suprir a lacuna” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 212).

<sup>70</sup> “Funda-se a analogia, não como se pensou outrora, na vontade presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 171).

<sup>71</sup> “As leis não são sempre tão completas que regulem expressa e claramente todas as relações de coexistência do povo, para quem são promulgadas. A marcha incessante do progresso humano cria, todos os dias, casos novos, carecedores de solução, e que não foram previstos pelo legislador. O julgador, na obrigação de solver os litígios, indaga da lei qual o pensamento que presidiu a sua organização e, de uma disposição semelhante, ou que mais se aproxime do caso a resolver, tira a regra para o julgamento reclamado. É a isto que se chama – processo de analogia jurídica. É ele baseado na coerência do legislador, determinando, para os casos semelhantes, a mesma disposição, senão com as mesmas palavras, ao menos com o mesmo espírito” (COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, comentado e analisado*, cit., p. 132-133).

das razões justificadoras da aplicação de certa solução jurídica.<sup>72</sup> Enquanto a *analogia legis* consiste na aplicação imediata da *ratio legis* de certa norma ao caso não expressamente regulado, a *analogia juris* consiste na resolução do caso mediante a extração de um princípio geral a partir de variadas normas.<sup>73</sup>

Sem embargo do relevante papel desempenhado pela construção teórica dos mecanismos de integração no tocante à elucidação da completude do ordenamento jurídico, impõe-se a sua releitura à luz das premissas metodológicas da doutrina do direito civil-constitucional.<sup>74</sup> Uma primeira consideração a se impor diz respeito à impropriedade da noção de *analogia legis*: uma vez que se considere a impossibilidade da existência de dois fatos absolutamente iguais, restaria igualmente impossível a comparação perfeita entre hipótese fática regulada e hipótese fática não regulada.<sup>75</sup>

Uma segunda consideração diz respeito à inadequação do entendimento tradicional acerca do parâmetro da analogia: tomada em consideração a aplicabilidade imediata dos princípios a todos os casos e reconhecido o fato de que todas as regras se fundamentam em princípios, não haveria razão para se limitar às regras o mecanismo da analogia, o qual consistiria mais propriamente em um

---

<sup>72</sup> “No primeiro caso, diz-se analogia legal; no segundo, analogia jurídica. Por aquela, o juiz, por semelhança de motivos, aplica a regra existente ao caso não regulado; por esta, analisando o sistema de legislação, estuda os princípios de direito, dominante em toda ela, para, desta investigação, concluir qual o dispositivo legal existiria, se o legislador tivesse cogitado da hipótese do caso a resolver. É a aplicação da regra – onde há a mesma razão, deve haver a mesma disposição – *ubi eadem legis ratio, ibi ipsa lex*” (COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analysado*, cit., p. 133). No mesmo sentido, v., ainda, REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 294.

<sup>73</sup> “A transposição de uma regra, dada para uma hipótese legal, numa outra ‘semelhante’ a ela, quer dizer, que se há-de considerar igual na sua valoração, denomina-se *analogia legis*; mais apropriada a esse respeito seria a expressão ‘analogia particular’, porque é aplicada ‘analogicamente’ uma norma legal particular a uma situação de fato não regulada por ela. Dela se distingue tradicionalmente a denominada *analogia juris*; mais exata é a sua denominação como ‘analogia geral’. Aqui, de várias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes, infere-se um ‘princípio jurídico geral’ que se ajusta tanto à hipótese não regulada em lei como às hipóteses reguladas” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 544). O autor prossegue: “A obtenção de um princípio geral por via de uma ‘analogia geral’ funda-se no conhecimento de que a *ratio legis*, comum a todas as disposições individuais referidas, não diz só respeito aos casos particulares regulados, mas dá-se sempre que existam determinados pressupostos indicados de modo geral” (Ibid., p. 545). Por fim, adverte: “De resto, nem sempre é necessária uma ‘analogia geral’ para a descoberta de um princípio geral. De vez em quando é suficiente esclarecer a *ratio legis* subjacente a uma disposição legal particular, assim como saber que esta *ratio legis* se refere a um âmbito de casos mais amplo do que o mencionado na lei” (Ibid., p. 551).

<sup>74</sup> A propósito dos contornos gerais da referida metodologia, v. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil-constitucional*. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*.

<sup>75</sup> “Quanto à *analogia legis*, na perspectiva hermenêutica de individualização da normativa mais adequada à hipótese concreta, se reconhece que jamais duas *fattispecie* serão totalmente iguais, se não for por outro motivo, em razão das diversidades temporais, espaciais e subjetivas que concorrem a individuá-las: dois fatos totalmente iguais são impossíveis” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 623).

mecanismo de aplicação de princípios.<sup>76</sup> Uma terceira consideração, por fim, diz respeito à inadequação do tratamento do raciocínio analógico com caráter excepcional: superada a hegemonia da subsunção em prol da expansão da ponderação como técnica capaz de sopesar todas as regras e princípios integrantes do ordenamento, conclui-se pela impossibilidade da resolução de um caso mediante a sua imediata subsunção a uma norma. A individualização da normativa do caso concreto depende, ao revés, da consideração do ordenamento em toda a sua unidade e complexidade, reclamando-se postura ativa do intérprete para além da mera postura de “imitador servil da norma”; nesse panorama metodológico, concluir-se-ia, enfim, que toda interpretação é analógica.<sup>77</sup>

As precedentes considerações permitem concluir no sentido da inadequação de eventual tentativa de redução do enriquecimento sem causa ao *status* de *ratio legis* a presidir o raciocínio analógico nos termos em que tradicionalmente desenvolvido.<sup>78</sup> Como visto, a *analogia legis* é um

---

<sup>76</sup> “In realtà l’analogia è un particolare modo di applicare i principi, non un metodo alternativo. Vi è una regola applicabile ad un fatto ma non applicabile (direttamente) ad un altro. Tale altro fatto non è disciplinato da alcuna regola. La regola del primo fatto, come qualsiasi regola, è giustificata da un principio. Questo principio è applicabile anche al fatto non regolato: poiché sul fatto non regolato il principio incide allo stesso modo che nel caso regolato assunto come termine di comparazione, la regola del primo fatto è applicata al secondo per analogia. L’analogia è quindi un’ipotesi particolare di applicazione contemporanea di un medesimo principio a due fattispecie, principio concretizzato dalla regola espressa nel primo caso e applicata analogicamente nel secondo” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 114). Em tradução livre: “Em realidade, a analogia é um modo particular de aplicar os princípios, não um método alternativo. Há uma regra aplicável a um fato mas não aplicável (diretamente) a um outro. Tal outro fato não é disciplinado por nenhuma regra. A regra do primeiro fato, como qualquer regra, é justificada por um princípio. Esse princípio é aplicável também ao fato não regulado: já que sobre o fato não regulado o princípio incide do mesmo modo que no caso regulado assumido como termo de comparação, a regra do primeiro fato é aplicada ao segundo por analogia. A analogia é, portanto, uma hipótese particular de aplicação contemporânea de um mesmo princípio a duas *fattispecie*, princípio concretizado pela regra expressa no primeiro caso e aplicada analogicamente no segundo”.

<sup>77</sup> “Da altro punto di vista l’interpretazione è sempre analogica, poiché, a rigore, non si procede per identità tra norma e fatto, ma per somiglianza tra le fattispecie astratte previste nella norma e il fatto concreto. (...) La disciplina si costruisce per una serie di ipotesi simili. In questo senso l’interpretazione è sempre analogica. (...) La norma richiede un interprete ragionevole che sappia seguire il modello (adattando – dalla figura legale – la regola per la figura analoga) per la propria fattispecie, non un interprete che sia un imitatore servile della norma; tanto più che, sovente, la normativa da applicare è frutto di collegamenti tra più disposizioni, o tra frammenti di disposizioni, là dove non si saprebbe discorrere di ‘precisa disposizione’ oppure di *analogia legis* o ancora *analogia juris*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 114). Em tradução livre: “De outro ponto de vista, a interpretação é sempre analógica, vez que, a rigor, não se procede por identidade entre norma e fato, mas por semelhança entre as *fattispecie* abstratas previstas nas normas e o fato concreto. (...) A disciplina se constrói por uma série de hipóteses similares. Neste sentido, a interpretação é sempre analógica. (...) A norma reclama um intérprete razoável que saiba seguir o modelo (adaptando – da figura legal – a regra para a figura análoga) para a própria *fattispecie*, não um intérprete que seja um imitador servil da norma; tanto mais que, frequentemente, a normativa a aplicar é fruto de coligações entre mais disposições, ou entre fragmentos de disposições, de modo que não se saberia falar de ‘precisa disposição’ ou de *analogia legis* ou ainda de *analogia juris*”.

<sup>78</sup> A partir de semelhante preocupação, afirma-se: “Não faltam contudo aqueles que argumentam ser desnecessária uma ação específica de enriquecimento sem causa, uma vez que todos os casos se resolvem por um ou outro dispositivos espalhados pelo Ordenamento Jurídico, com base na analogia decerto, reportando-se às normas consubstanciadas nos arts. 157, parte final, 491, 513, 547, 613, 964 e 972, 1.339 do CC, art. 48, da Lei 2.044, de 31.12.1908, etc. etc., e, quando nenhuma solução houver foi porque o legislador não quis providenciar a respeito; porém, a verdade é que muitos casos imagináveis que possam gerar um locupletamento ilícito não estão previstos em qualquer lei e muito difícil que a analogia possa amparar a injustiça que se vislumbra, porque necessário seria uma argumentação especialíssima para poder socorrer o caso concreto” (FROTA, José Eduardo da Rocha. Ação de enriquecimento sem causa. *Revista de Processo*, n. 36, out.-dez./1984, p. 50).



mecanismo que beira a impossibilidade fática. O raciocínio analógico, ademais, é muito mais elementar à interpretação jurídica do que o caráter subsidiário atribuído aos mecanismos de integração sugere. Diante de tais razões, não faria sentido restringir o enriquecimento sem causa a mero parâmetro de aplicação da analogia.

Melhor sorte não poderia assistir, por semelhantes ordens de razão, à tradicional tentativa de qualificação da vedação ao enriquecimento sem causa como princípio geral do direito.<sup>79</sup> Já se encontram superadas, em doutrina, antigas confusões conceituais a respeito da expressão “princípios gerais do direito”,<sup>80</sup> razão pela qual se podem assumir como premissas, nesta sede, a sua natureza de mecanismo de integração do ordenamento e sua absoluta distinção em relação aos princípios constitucionais.<sup>81</sup> Pautar-se-á a presente análise, então, no esforço de investigação da seguinte hipótese: o atributo principal da categoria dos princípios gerais do direito – a subsidiariedade – se acoplou à configuração dogmática do enriquecimento sem causa muito mais por inércia histórica do que por exigência teórica.<sup>82</sup>

Diversas teorias buscaram conceituar os princípios gerais do direito e elucidar seu

<sup>79</sup> Para um relato de tal entendimento, v. CAPUCHO, Fábio Jun. Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, a. 4, n. 16, out.-dez./2003, pp. 18-22; e ALVIM, Rafael da Silva. Contornos conceituais do princípio de vedação do enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 5, n. 11, jan.-abr./2016, p. 68.

<sup>80</sup> “A expressão – princípios gerais do Direito é, porém, vaga e perigosa. Sob ela se acobertam ideias diversas e, pelo seu sentido omnicomprensivo, pode dar largas margens ao arbítrio judicial, ou à *aequitas cerebrina*” (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Volume I, cit., p. 329). No sentido da mesma advertência, v. VECCHIO, Giorgio Del. *Los principios generales del Derecho*, cit., pp. 52-53.

<sup>81</sup> “(...) não se pode concordar com os civilistas que se utilizam dos princípios constitucionais como princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei for omissa, segundo a dicção do artigo 4º da Lei de Introdução, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia e os costumes; e só então, na ausência de lei expressa e fracassada a tentativa de dirimir o conflito valendo-se de tais fontes, decidirá com base nos princípios gerais de direito. No caso dos princípios constitucionais, esta posição representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais que, dessa maneira, só seriam utilizados em sede interpretativa na omissão do legislador, e após serem descartadas a analogia e a fonte consuetudinária” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, cit., p. 19).

<sup>82</sup> Pertinente, neste ponto, a conclusão de Rafael Nuñez Lagos à luz do direito espanhol, cujo Código Civil – desde a sua configuração originária de 1889 – não contém disciplina expressa e específica para o enriquecimento sem causa: “*Conviene también dejar sentado que no hay en derecho español ningún precepto en que fundar, con generalidad el carácter subsidiario de la pretensión de enriquecimiento. (...) El ser el postulado fundamental ‘Nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro’, un principio general del derecho, en modo alguno puede servir de base para fijar en derecho español la exigencia de la subsidiariedad, en vista del artículo sexto, párrafo segundo, del Código civil, pues la vigencia del postulado que nos ocupa tiene como principio general una significación especial*” (LAGOS, Rafael Nuñez. *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, cit., p. 9). Em tradução livre: “Convém também deixar assentado que não há no direito espanhol nenhum preceito em que fundar, com generalidade, o caráter subsidiário da pretensão de enriquecimento. (...) O fato de ser o postulado fundamental ‘Ninguém pode enriquecer-se sem causa à custa de outrem’ um princípio geral do direito de modo algum pode servir de base para fixar no direito espanhol a exigência da subsidiariedade em vista do artigo sexto, parágrafo segundo, do *Código civil* [na redação então vigente], pois a vigência do postulado que nos ocupa tem como princípio geral uma significação especial”.

fundamento. Em apertada síntese, três principais formulações merecem destaque.<sup>83</sup> De uma parte, já se sustentou que os princípios gerais do Direito seriam os princípios norteadores do inteiro ordenamento jurídico, extraídos por abstração das variadas regras particulares.<sup>84</sup> De outra parte, apontou-se uma indissociável ligação entre os princípios gerais do direito e o Direito Natural, de modo que aqueles corresponderiam a exigências impostas pela razão ou pela natureza das coisas.<sup>85</sup> Por fim, já se vislumbrou nos princípios gerais do direito os princípios que antecederiam e fundamentariam o próprio direito legislado, correspondendo a orientações culturais ou políticas do sistema jurídico positivo.<sup>86</sup>

Sem qualquer pretensão de tratamento conclusivo sobre tão delicada questão, pode-se destacar que chama atenção um ponto em comum entre a grande generalidade das proposições teóricas referentes aos princípios gerais do direito: a enunciação do seu caráter subsidiário. Com efeito, nas mais diversas construções teóricas se observa o relevo atribuído à subsidiariedade dos princípios gerais do direito em comparação com os demais mecanismos de colmatação de lacunas

<sup>83</sup> A presente sistematização remonta à lição de BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Volume I, cit., pp. 329-330. Para uma semelhante análise das teorias que buscaram conceituar e fundamentar os princípios gerais do direito, v., ainda, FRANÇA, R. Limongi. *Princípios gerais de direito*, cit., pp. 41 e ss.

<sup>84</sup> Wilson de Souza Campos Batalha relata a crítica de Del Vecchio à linha de entendimento que resume os princípios gerais de direito ao resultado da análise indutiva das normas do direito positivo: “Del Vecchio não concorda, porém, com essa orientação, por considerar impossível sempre extrair das regras particulares formuladas pelo legislador princípios gerais capazes de resolver os casos novos que a vida apresenta em seu fluxo perpétuo. (...) Del Vecchio apela para os dados do Direito Natural ou da *naturalis ratio*, que indicam os princípios informadores das leis atualmente em vigor, seja que estas os formulem expressamente, seja que os suponham a título implícito, máximas cujo desaparecimento faria perderem toda a sua significação numerosas disposições particulares” (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Volume I, cit., pp. 342-344). Prossegue o relato: “Os princípios gerais do Direito têm um caráter ideal e absoluto, mediante o qual ultrapassam virtualmente o sistema determinado a que se aplicam; mas, não podem prevalecer contra as regras especiais que o compõem, nem as destruir em caso algum; valem, porém, ao contrário, acima e no interior dessas regras porque eles representam sua mais alta razão e seu espírito animador” (Ibid., pp. 344-345).

<sup>85</sup> A capitanear a associação dos princípios gerais de direito ao Direito Natural, v. VECCHIO, Giorgio Del. *Los principios generales del Derecho*, cit., pp. 113-125. Nesse sentido, veja-se, ilustrativamente, a proposição de A. Ferreira Coelho: “Esgotados estes elementos, isto é, não havendo o pronunciamento da vontade nacional, nem por isto ficará o caso em litígio, sem regra para a sua solução; o julgador recorrerá aos princípios, geralmente aceitos pelos povos civilizados, àqueles cujo conjunto se chamou, e ainda hoje alguns juristas e certos Códigos conservam-lhe a denominação de Direito Natural. (...) Estes princípios são universais, aceitos e proclamados por todos os povos civilizados, e a sua concretização depende somente da cultura científica da humanidade” (COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analysado*, cit., pp. 133-134). No mesmo sentido, v., ainda, MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 242; e FRANÇA, R. Limongi. *Princípios gerais de direito*, cit., pp. 198-199. Em sentido crítico à vinculação dos princípios gerais do direito ao Direito Natural, v., entre outros, BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Volume I, cit., p. 356.

<sup>86</sup> “Os princípios gerais do Direito são, portanto, em primeiro lugar, os que derivam das normas particulares do ordenamento jurídico, por via de indução, e, em segundo lugar, os que se harmonizam com os valores de determinada cultura e em determinado tempo (ideias políticas, sociais e jurídicas vigentes). Além desses, há os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas, *abstractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em determinado momento histórico” (BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Volume I, cit., p. 363). Em sentido semelhante, v. ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, p. 459.

aparentes.<sup>87</sup> A análise das fontes mais tradicionais revela que sequer parece haver dúvida acerca do reconhecimento de tal atributo. Sedimentou-se, de fato, a noção de que o intérprete apenas deve recorrer aos princípios gerais do direito quando todos os demais mecanismos de integração se revelarem insuficientes para a resolução do caso concreto.<sup>88</sup>

Curioso observar, a respeito da subsidiariedade dos princípios gerais do direito, que tal atributo encontrava fundamento positivo direto mais propriamente no artigo 7º da Introdução ao Código Civil de 1916 do que no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.<sup>89</sup> A análise comparativa dos dispositivos revela que a literalidade do primeiro realmente parecia induzir ao reconhecimento da gradação entre os mecanismos de integração, ocupando os princípios gerais o posto derradeiro.<sup>90</sup> Já a literalidade do segundo (e vigente) dispositivo, diversamente, não contém qualquer indício de uma suposta gradação entre a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, parecendo não haver maior fundamento que a tradição histórica para a preterição dos últimos

---

<sup>87</sup> “Na esteira de quase todos os códigos estrangeiros, o Direito brasileiro consagrou-os como o último elo a que o juiz deverá recorrer, na busca da norma aplicável a um caso concreto. Os princípios gerais de Direito garantem, em última instância, o critério de julgamento. (...) Na ausência da lei, de analogia e costume, o preceito orientador há de ser descoberto mediante os princípios gerais de Direito” (NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 199). Do mesmo autor, v., sem alteração substancial, NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Volume 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 86.

<sup>88</sup> “Relativamente ao Direito escrito, como também aos usos, costumes e atos jurídicos, seguir-se-á a gradação clássica, formulada, em parte, pelo Código Civil [de 1916]: depois de apurar a inutilidade, para o caso vertente, dos métodos adotados para descobrir o sentido e alcance dos textos, e de verificar também que os caracteres da hipótese em apreço não comportam o emprego do processo analógico; terá pleno cabimento, em último grau, o recurso aos princípios gerais do Direito” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 246).

<sup>89</sup> Válido destacar, neste ponto, a maior similitude de redação do artigo 12 do *Codice Civile* italiano com o artigo 7º da Introdução ao Código Civil brasileiro de 1916. Confirma-se a redação do dispositivo legal italiano: “Art. 12. *Interpretazione della legge*. (...) *Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”. Em tradução livre: “Art. 12. *Interpretação da lei*. (...) *Se uma controvérsia não puder ser decidida com uma precisa disposição, observam-se as disposições que regulam casos similares ou matérias análogas; se o caso ainda permanecer dúbio, decide-se segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado*”. A propósito da subsidiariedade do recurso aos princípios gerais de direito no sistema italiano, v., por todos, TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., 2013, pp. 62-63; e GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 50-51.

<sup>90</sup> “Na falta de casos análogos, manda o artigo [7º da Introdução ao Código Civil de 1916] que o intérprete recorra aos princípios gerais de direito, a fim de, em caso algum, ficar o pleito sem solução (...). No processo de analogia jurídica, o intérprete estuda a vontade nacional pela manifestação dos princípios de direito que serviram de base à formação do dispositivo legal, para do caso expreso tirar o não regulado” (COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analysado*, cit., p. 133). No mesmo sentido, v. FRANÇA, R. Limongi. *Princípios gerais de direito*, cit., p. 218; DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 123. Semelhante conclusão foi alcançada, à luz do direito italiano, por VECCHIO, Giorgio Del. *Los principios generales del Derecho*, cit., p. 43.

em prol dos primeiros.<sup>91</sup>

A análise até aqui realizada conduz à percepção de que se desenvolveu historicamente uma dupla subsidiariedade dos princípios gerais do direito. Sob um enfoque, os princípios gerais seriam subsidiários em relação a outras normas por força da mera circunstância de serem qualificados como mecanismos de integração do ordenamento diante de lacunas aparentes. Sob outro enfoque, os princípios gerais seriam subsidiários em relação aos próprios mecanismos de integração, devendo ser utilizados apenas na hipótese de insuficiência do recurso à analogia e aos costumes. Como visto, ambas as noções parecem sucumbir diante da adoção de postura metodológica que ressalte a necessidade de consideração simultânea do inteiro ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade.<sup>92</sup>

Registre-se, ainda, que a subsidiariedade dos princípios gerais do direito tendia a ser reforçada também por uma outra construção teórica, que apregoava a preferência, por ocasião da interpretação integrativa, dos princípios gerais que se revelassem mais intimamente relacionados ao raio de domínio aplicável à espécie.<sup>93</sup> Sustentou-se, nesse sentido, que o intérprete deveria recorrer aos princípios gerais de acordo com os variados âmbitos de referência, na seguinte ordem: um instituto jurídico; vários institutos afins; uma parte do Direito Privado ou uma parte do Direito Público; todo o Direito Privado ou todo o Direito Público; o inteiro direito positivo; “e, finalmente, o

---

<sup>91</sup> Em similar sentido crítico, sustenta Miguel Reale: “Lembramos, no início desta aula, que, sendo omissa a lei, deve o juiz julgar de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Entendem alguns intérpretes e, entre eles, o insigne Clóvis Beviláqua, que, no mencionado texto, haveria uma enumeração excludente de tal modo que, em primeiro lugar, se deveria recorrer à analogia; a seguir, aos costumes e, por fim, aos princípios gerais. Essa asserção de Clóvis prende-se ainda à tese da supremacia absoluta da lei. Não nos parece que assim deva ser posta a questão. (...) Ora, o apelo à analogia não impede que recorramos, concomitantemente, aos costumes e aos princípios gerais, mesmo porque todo raciocínio analógico pressupõe a apontada correspondência entre duas modalidades do real postas em confronto (*analogia entis*) e conduz naturalmente ao plano dos princípios. Quando mais não seja, estes reforçam as aduzidas razões de similitude e dão objetividade à sempre delicada aplicação do processo analógico” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., pp. 310-311). Em semelhante linha de sentido, Pietro Perlingieri sustenta a incompatibilidade do referido artigo 12 do *Codice Civile* italiano de 1942 com a *Costituzione della Repubblica*: “*Il metodo gradualistico proposto dall’art. 12 – costruito per fasi distinte, l’una escludente l’altra, e che fa appello ai principi soltanto in via eventuale – è incompatibile con la Costituzione; dunque, l’art. 12 (contenuto nel codice civile, che è legge ordinaria, fonte subordinata alla Costituzione) è tacitamente abrogato dall’instaurazione di un ordinamento fondato sul primato dei principi*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 112). Em tradução livre: “O método gradualístico proposto pelo art. 12 – construído por fases distintas, uma excludente da outra, e que remete aos princípios somente em via eventual – é incompatível com a Constituição; portanto, o art. 12 (contido no Código Civil, que é lei ordinária, fonte subordinada à Constituição) foi tacitamente ab-rogado pela instauração de um ordenamento fundado sobre o primado dos princípios”.

<sup>92</sup> Encontra-se, mesmo na doutrina tradicional, a advertência de que não se deveria atribuir caráter absoluto à subsidiariedade dos princípios gerais do direito: “(...) se não julga força seguir sempre, e modo invariável, absoluto, fatal, a ordem descrita pelo art. 7º [da Introdução ao Código Civil de 1916] (hoje art. 4º [da Lei de Introdução de 1942]). Às vezes, à primeira vista já se percebe a inaplicabilidade dos outros processos, principalmente do analógico. Demais, tudo é relativo no mundo moral. Apenas cumpre ter presente que a gradação estabelecida constitui a regra” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 246).

<sup>93</sup> “Nem todos os princípios gerais têm a mesma amplitude, pois há os que se aplicam apenas neste ou naquele ramo do Direito, sendo objeto de estudo da Teoria Geral do Direito Civil, do Direito Constitucional, do Direito Financeiro etc.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 301). No mesmo sentido, v., ainda, NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 203.

direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma”.<sup>94</sup>

Uma vez mais, justifica-se a revisitação do entendimento tradicional à luz da metodologia civil-constitucional. A adequação da interpretação ao caráter unitário e complexo do ordenamento<sup>95</sup> parece não deixar espaço para a existência de lacunas (sequer aparentes) apenas em um determinado ramo ou segmento.<sup>96</sup> A consideração do inteiro ordenamento jurídico no processo unitário de interpretação-aplicação do direito, direcionado à individualização da normativa do caso concreto, conduz à conclusão inevitável: “(A) lacuna, se houver, é do sistema inteiro, e não dos possíveis níveis de normas que o compõem”.<sup>97</sup> Afasta-se, assim, o risco de fragmentação do sistema, evitando-se que a delimitação estrita dos mecanismos de integração finde por promover a indesejada divisão da unidade sistêmica fundada na axiologia constitucional.<sup>98</sup>

As críticas previamente esboçadas assumem relevo central no estudo da conformação dogmática do enriquecimento sem causa no direito brasileiro. Isso porque, como já destacado, a ausência de positivação expressa do instituto pelo Código Civil de 1916 levou a civilística nacional a

---

<sup>94</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 241. O autor arremata: “Vai-se gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio aplicável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação à hipótese controvertida” (Ibid., p. 241).

<sup>95</sup> “Dessa superioridade constitucional decorre a unidade e complexidade do ordenamento jurídico: ainda que se diversifiquem suas fontes, se multipliquem suas normas e se especializem os seus setores, o ordenamento permanece unitário, pois centrado sobre os valores constitucionais” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda para o direito civil-constitucional*, cit., p. 12).

<sup>96</sup> “O enfoque sistêmico dualista leva a afirmar que a *analogia iuris* pode utilizar os princípios gerais comuns, mas não também os princípios constitucionais, enquanto ‘a recuperação da norma ordinária que falta deve ocorrer no mesmo espaço normativo no qual se nota a ausência’. Uma simetria, aderente a uma abordagem dogmática dualista, mas que não parece coerente com uma interpretação sistemática e axiológica de um ordenamento unitário e complexo. O juiz aplica a norma mais adequada ao caos concreto: deve realizar a busca da normativa a ser aplicada na totalidade do ordenamento jurídico” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 221).

<sup>97</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 221

<sup>98</sup> “A conclusão do mesmo raciocínio, em sede interpretativa, é que, diante de lacunas do legislador especial, o intérprete deverá aplicar tanto a *analogia legis* (o recurso à norma que regule situação analoga, com identidade de *ratio* em relação à situação não prevista) como a *analogia iuris* (o recurso aos princípios gerais de direito) no âmbito das normas do próprio estatuto, esgotando no assim chamado microssistema a atividade interpretativa. Não obstante a extraordinária análise histórica oferecida por Natalino Irti, o fato é que tal doutrina, levada às últimas consequências, representa uma grave fragmentação do sistema, permitindo a convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, cit., pp. 12-13). O autor arremata: “Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição” (Ibid., p. 13).

atribuir-lhe a natureza de princípio geral do direito.<sup>99</sup> Neste ponto, porém, o propósito louvável convive com o risco constante de deturpação: ainda que a inspiração genuína da manualística fosse ressaltar a relevância da vedação ao enriquecimento para a formulação de regras as mais variadas, a sua associação aos princípios gerais do direito imediatamente trouxe para si os problemas afetos a tal mecanismo de integração.<sup>100</sup>

Poderia surpreender, nesse cenário metodológico, a opção do codificador de 2002 por positivar expressamente, junto com a cláusula geral do dever de restituir (artigo 884), a regra da subsidiariedade (artigo 886).<sup>101</sup> À falta da elucidação, por parte da doutrina, de razões que pudessem levar a tal escolha, poder-se-ia a acreditar ter o legislador incorrido no recorrente equívoco de reproduzir acriticamente um entendimento consagrado pela tradição, transportando para um instituto positivado os problemas de longa data relacionados à categoria dos princípios gerais do direito.<sup>102</sup> Coloca-se à civilística, portanto, o desafio de compreensão dos limites e possibilidades de interpretação da regra da subsidiariedade no direito contemporâneo.

Sem embargo das dificuldades ínsitas à matéria, o que não parece admissível é a perpetuação

---

<sup>99</sup> Trata-se, como visto, de experiência similar à verificada no âmbito do direito francês, a propósito do qual se destaca a finalidade deliberada da Corte de Cassação de restringir, mediante a enunciação da regra da subsidiariedade, o vasto potencial de incidência da ação autônoma por ela reconhecida sem previsão expressa em lei a partir do *arrêt Boudier*: “A referida sentença [do *arrêt Boudier*], aliás, considerou que semelhante ação não estava submetida a uma qualquer condição determinada, bastando, para o seu exercício, a alegação e prova da existência de uma vantagem derivada de um sacrifício, de um fato pessoal de uma prestação realizados a favor da pessoa contra a qual se litiga. Desde muito cedo que houve a consciência de que se tinha ido longe demais na consagração incondicionada de uma ação de restituição tão ampla; a noção de subsidiariedade, bem como a referência à ausência de causa, surgiram, precisamente, para limitar o recurso a esta ação” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 153).

<sup>100</sup> Ilustrativamente, veja-se a lição de J. M. de Carvalho Santos, que aponta o atributo da subsidiariedade do enriquecimento sem causa como decorrência da sua natureza de princípio geral do direito sob a égide do CC/1916: “(...) precisamente, por ser a ação *in rem verso*, do caráter subsidiário, tal qual o tem o princípio geral de direito, em que se funda, só deve e pode ela ser intentada quando o indivíduo, que se julga lesado no seu patrimônio, não tiver ao seu dispor uma ação baseada em contrato, delito, ou preceito especial de lei (...). Quer dizer: mesmo que o Código não tenha previsto a hipótese, o que muitas vezes pode acontecer, em que pese a douta opinião de Clóvis [Bevilaqua] em contrário, poderá a parte prejudicada intentar a ação de locupletamento ou *in rem verso*” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XII, cit., pp. 378-379). O autor arremata: “Não é possível duvidar do caráter subsidiário da ação de *in rem verso*. Fundando-se nos princípios gerais de direito, que só em ausência de lei expressa devem ser invocados, claro que outro caráter não poderia apresentar senão o mesmo do princípio geral em que se funda” (Ibid., p. 388). Em sentido semelhante, afirma-se, na doutrina portuguesa: “(...) a subsidiariedade só surge quando o enriquecimento sem causa é incorporado numa ordem jurídica *a posteriori* para o preenchimento de lacunas do sistema ou quando os seus pressupostos típicos aparecem com um tal grau de generalidade e de imprecisão que se torna necessário evitar a subversão do restante sistema através da sua utilização excessiva. Nestes casos é que a subsidiariedade surge para manter o funcionamento deste instituto dentro de limites razoáveis” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 415, nota de rodapé n. 680).

<sup>101</sup> Sobre a positivação do instituto do enriquecimento sem causa e da correlata regra de subsidiariedade pelo CC/2002, v., por todos, KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., pp. 369 e ss.

<sup>102</sup> O aludido risco de que a positivação da subsidiariedade seja entendida como mero acidente no tratamento legislativo da matéria faz-se presente, a título ilustrativo, na doutrina portuguesa. A propósito, v. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 427-428.

do tradicional entendimento que se contenta em identificar a subsidiariedade como atributo supostamente diferencial do enriquecimento sem causa – ou, em formulação clássica, “condição específica e internacional da ação *de in rem verso*”.<sup>103</sup> A positivação da subsidiariedade parece traduzir, muito ao revés de uma consequência *natural* da regulação do instituto, uma opção de política legislativa, cujos contornos devem ser detidamente investigados (v. item 2.4, *infra*). Conclama-se o intérprete, em suma, a *desnaturalizar* a positivação da regra da subsidiariedade e evitar que ela se mantenha, ora positivada e quase despercebida, como o fio condutor da inexplorada crônica de um instituto desprestigiado.<sup>104</sup>

## 1.2. Esforço de compreensão do enriquecimento sem causa no quadro de fontes das obrigações

A opção do legislador brasileiro pela positivação expressa da vedação ao enriquecimento sem causa reclama da doutrina o esforço de compreensão do instituto no âmbito geral das fontes das obrigações. Com efeito, se mesmo na ausência de norma positivada já se justificava tal empreitada, com maioria de razão impõe-se ao intérprete, em um cenário de positivação expressa, a necessidade metodológica de perquirir se e em que medida a vedação ao enriquecimento sem causa se relaciona

---

<sup>103</sup> No original, “*condition spécifique et internationale de l’action de in rem verso*” (DRAKIDIS, M. Philippe. La subsidiarité, caractère spécifique et international de l’action d’enrichissement sans cause. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, out.-dez./1961, p. 614). O autor assevera: “(...) *le caractère subsidiaire est tellement spécifique que quelle que soit l’appellation que l’on se plaise à lui donner, il s’impose nécessairement comme étant dans la logique de l’institution. Telle s’avère être la nature ‘sui generis’ de l’action de in rem verso, qui est en quelque sorte ‘métajuridique’: elle n’existe que si aucune autre action n’existe*” (Ibid., p. 613). Em tradução livre: “(...) o caráter subsidiário é tão específico que, seja qual for a denominação que se lhe preferir dar, ele se impõe necessariamente como sendo da lógica do instituto. De tal forma se revela a natureza ‘sui generis’ da ação *de in rem verso*, que ela é de alguma maneira ‘metajurídica’: ela existe apenas se não existe outra ação”. Em sentido deliberadamente contrário, a destacar a ausência de uma vinculação lógico-natural entre a subsidiariedade e o instituto do enriquecimento sem causa, afirma-se: “A subsidiariedade constitui uma das notas características do enriquecimento sem causa nos sistemas latinos e um dos fatores que mais dificulta o tratamento comparado do instituto. Registre-se, antes de mais, que é inteiramente infundada a observação de Drakidis, segundo a qual a subsidiariedade constituiria ‘uma condição específica e internacional’ do enriquecimento sem causa, imposta pela natureza das coisas e pela lógica do instituto. Se esta afirmação se revela errônea, ela traduz a convicção dominante nos países latinos do caráter essencial, evidente e inescapável da subsidiariedade. Na nossa opinião, trata-se de uma convicção que não resiste a uma análise mais profunda (...)” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 415-416).

<sup>104</sup> Em sentido crítico, afirma-se: “(...) o requisito da subsidiariedade não só não tem um antecedente histórico ou uma explicação lógica uniforme, como, além disso, se for levado às suas últimas consequências, acarretaria a quase inutilidade do instituto do enriquecimento sem causa” (KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, cit., p. 69).

com as fontes das obrigações no direito brasileiro.<sup>105</sup> Vale destacar que o objeto central da análise ora proposta não envolve o tratamento pormenorizado de cada uma das fontes tradicionalmente reconhecidas, mas tão somente a investigação do papel ocupado pelo enriquecimento sem causa na teoria geral das fontes, com o que será possível, ao final, cogitar de perspectivas concretas de qualificação de pretensões restitutórias passíveis de recondução à cláusula geral do artigo 884 do Código Civil.<sup>106</sup>

A título preliminar, cumpre afastar eventual confusão conceitual entre *fontes das obrigações* e *fontes do direito*.<sup>107</sup> Nada obstante ambas as expressões remetam a uma noção de origem, distanciam-se precisamente no que diz respeito à identificação daquilo de cuja proveniência se cogita.<sup>108</sup> A referida diferença conceitual pode ser ilustrada, em termos sintéticos, pelas variadas indagações subjacentes a cada uma das análises. De uma parte, o intérprete preocupado com as *fontes do direito* busca responder aos questionamentos relacionados às possíveis origens da norma jurídica – e, em última instância, do próprio ordenamento jurídico.<sup>109</sup> Indaga-se, então: de onde nasce o direito estatal? Como se constituem, modificam e revogam as normas integrantes do arcabouço normativo de um dado sistema jurídico? Onde reside o poder com aptidão à conformação

---

<sup>105</sup> Eduardo Espínola sistematiza as principais técnicas de disciplina do enriquecimento sem causa: “Os códigos modernos divergem muito no método seguido, em matéria de enriquecimento sem causa. Podemos distribuí-los em quatro classes ou categorias: 1. Os que regulam como fontes das obrigações os quase-contratos, especificando a gestão de negócios e o pagamento indevido (...). 2. Os que regulam o enriquecimento injusto, ou sem causa, como terceira fonte geral de obrigações, ao lado do contrato e do ato ilícito (...). 3. Os que unificando também a matéria, colocam as suas regras na parte especial das obrigações (...). 4. Os que regulam incidentemente vários casos de enriquecimento sem causa em partes destacadas, sem um princípio unificador, considerando o pagamento indevido ao tratar do pagamento das obrigações” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 69). Para um relato semelhante, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1962, pp. 241 e ss.

<sup>106</sup> Para a análise de algumas perspectivas concretas de aplicação do raciocínio ora proposto, remete-se ao Capítulo 3, *infra*.

<sup>107</sup> “A expressão [fontes das obrigações], diferentemente do que se dá quando se fala em ‘fontes’ do Direito ‘as quais na verdade são formas e não fontes’ (...), no caso é legítima, pois a ideia de fonte corresponde à de causa eficiente” (FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. Volume 4. Tomo II, cit., p. 49).

<sup>108</sup> A polissemia do vocábulo “fonte” gera ambigüidades até mesmo no interior de cada uma das categorias. A propósito, pertinente a advertência de Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “Na verdade, a expressão fonte do direito é uma metáfora cheia de ambigüidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese. As discussões sobre o assunto, que mencionamos, revelam que muitas das disputas resultam daquela ambigüidade, posto que fonte quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação. (...) Essas ambigüidades, porém, se explicam. Afinal, a teoria das fontes relaciona-se, primordialmente, com o problema da identificação do que seja direito no contexto da sociedade moderna. A aplicação do direito aos fatos, reconhecido como um fenômeno em constante câmbio, exige critérios para a qualificação jurídica de manifestações prescritivas da conduta social como normas, numa sociedade marcada pela perda de padrões estáveis, como o direito natural” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 192).

<sup>109</sup> Tercio Sampaio Ferraz Jr. associa a preocupação com o estudo das fontes do direito à tomada de consciência sobre o caráter essencialmente cultural (e não natural) do fenômeno jurídico: “A teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 190).



do ordenamento jurídico?<sup>110</sup> O estudo das fontes do direito pretende, portanto, explicitar os legítimos “processos de produção de normas jurídicas” destinados à regência da vida em sociedade.<sup>111</sup>

De outra parte, a ideia de *fontes das obrigações* tem escopo acentuadamente mais reduzido. O intérprete que se lhe dedica atenção busca respostas para os questionamentos atinentes às possíveis origens de uma específica relação jurídica – a relação obrigacional.<sup>112</sup> Indaga-se, a esse propósito: de onde nasce a relação jurídica obrigacional?<sup>113</sup> Quais são os fatores com aptidão a constituir, modificar ou extinguir obrigações? Como se disciplina a autonomia dos particulares para a conformação das obrigações? O estudo das fontes das obrigações visa, portanto, à explicitação dos fatos aos quais se atribui eficácia jurídica para gerar uma relação obrigacional.<sup>114</sup> Não por acaso se destaca, na metodologia civil-constitucional, a estreita relação entre o estudo das fontes das obrigações e o estudo dos fatos jurídicos, a ser mais detidamente explorada na sequência deste

<sup>110</sup> Miguel Reale destaca a associação entre as fontes do direito e as manifestações de poder: “Tais processos pressupõem sempre uma estrutura de poder, desde o poder capaz de assegurar por si mesmo o adimplemento das normas por ele emanadas (como é o caso do poder estatal no processo legislativo) até outras formas subordinadas de poder que estabelecem, de maneira objetiva, relações que permitem seja pretendida a garantia de execução outorgada pelo Estado” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 139).

<sup>111</sup> A identificar as *fontes do direito* como “processos de produção de normas jurídicas”, v. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 139. O autor assevera: “Por ‘fonte do direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatórias, isto é, com vigência e eficácia. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o poder negocial” (Ibid., p. 140).

<sup>112</sup> “Das primeiras [fontes do direito] brotam os preceitos jurídicos (normas gerais e abstratas, que disciplinam a vida social), enquanto das segundas [fontes das obrigações], apenas surgem relações concretas e particulares, entre duas o mais pessoas, tendo por objeto determinada prestação” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 35). O autor assim conceitua: “Fonte de obrigação constitui o ato ou fato que lhe dá origem, tendo em vista as regras de direito. Com sua atuação e reiterada incidência, produzindo sempre idênticas reações, acaba o direito por lhe reconhecer força criadora, outorgando-lhe por isso a necessária tutela legal. Fonte de obrigação é assim seu elemento gerador ou seu fator genético, o ato ou fato, idôneo a criar obrigações, em conformidade com o ordenamento jurídico” (Ibid., p. 35).

<sup>113</sup> A propósito da conceituação da relação obrigacional, leciona Luiz da Cunha Gonçalves: “A obrigação supõe uma relação jurídica ou coercível, que o credor pode, em caso de inexecução, exigir por intermédio dos tribunais (...). Ficam assim excluídas todas as obrigações morais ou religiosas. (...) A obrigação existe necessariamente entre duas pessoas ou dois sujeitos: um sujeito ativo ou credor e um sujeito passivo ou devedor. Mas, isto não significa que ambos os sujeitos devem ser, necessariamente, pessoas certas e determinadas. O credor pode ser indeterminado em certos casos, embora deva ser posteriormente determinável” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípio de direito civil luso-brasileiro*. Volume II. São Paulo: Max Limonad, 1951, pp. 519-520).

<sup>114</sup> Assim conceitua Pietro Perlingieri: “*Fonte di obbligazione è il fatto o l’atto che secondo l’ordinamento è idoneo a far sorgere il vincolo. L’ordinamento può ricollegare l’idoneità in questione anche a situazioni soggettive o a rapporti giuridici unitamente ad altri presupposti: ad esempio, nelle ipotesi di obblighi alimentari (rapporto di parentela – o donazione – e stato di bisogno)*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 294). Em tradução livre: “Fonte de obrigação é o fato ou o ato que, segundo o ordenamento, é idôneo a fazer surgir o vínculo. O ordenamento pode ligar a idoneidade em questão também a situações subjetivas ou a relações jurídicas unicamente a outros pressupostos: por exemplo, nas hipóteses de deveres alimentares (relação de parentesco – ou doação – e estado de necessidade)”. Alberto Trabucchi, por sua vez, assevera: “*Fonti delle obbligazioni sono i presupposti per l’esistenza del vincolo. Fonte è in qualche modo anche il titolo del diritto del creditore e dell’obbligo corrispondente: la genesi del vincolo, come limite alla naturale libertà dei soggetti, deve giustificarsi con una precisa ragione socialmente valutabile*” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 684). Em tradução livre: “Fontes das obrigações são os pressupostos para a existência do vínculo. Fonte é, em algum sentido, também o título do direito do credor e do dever correspondente: a gênese do vínculo, como limite à natural liberdade dos sujeitos, deve justificar-se com uma precisa razão socialmente valorável”.

item.<sup>115</sup>

Tais considerações permitem compreender que o reconhecimento das possíveis fontes das obrigações decorre, inexoravelmente, das escolhas consagradas em um dado ordenamento jurídico. O ordenamento, por sua vez, somente pode ser reconhecido como tal com base na pré-compreensão das legítimas fontes do direito, de modo a se definirem os fatores com aptidão à criação de normas jurídicas. Alcança-se, assim, a conclusão desta sede preliminar do raciocínio: a definição das fontes do direito constitui questão logicamente antecedente à investigação das fontes das obrigações. Com efeito, somente se pode cogitar dos fatos com aptidão à criação de relações obrigacionais uma vez que se tenha pré-estabelecido quais são os fatores capazes de instituir normas definidoras da referida eficácia jurídica. O presente estudo cinge-se, nesse contexto, à análise das fontes das obrigações, com especial enfoque para o papel desempenhado pela vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>116</sup>

O estudo das fontes das obrigações no âmbito do direito privado contemporâneo inspira-se diretamente no desenvolvimento que o direito romano conferiu à matéria. Passa-se, então, sem qualquer pretensão de esgotamento da análise histórica, a um breve relato, em perspectiva crítica, do tratamento das fontes das obrigações pelos jurisconsultos romanos e pelos autores europeus cujas formulações teóricas mais diretamente influenciaram a civilística brasileira. Espera-se, nesta empreitada, que a identificação das continuidades e rupturas no trato da matéria auxilie na compreensão do papel atribuído à vedação ao enriquecimento sem causa no quadro geral de fontes das obrigações no direito brasileiro.

Usualmente atribui-se às Institutas de Gaio a primeira classificação de fontes das obrigações de relevo considerável para a doutrina moderna. Segundo a formulação de Gaio, toda obrigação nasceria do contrato ou do delito – *omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*.

<sup>115</sup> Pietro Perlingieri identifica a correlação das fontes das obrigações com os fatos jurídicos: “*La disciplina delle fonti delle obbligazioni è integrata da quella dei singoli fatti e atti e va studiata in collegamento con il contenuto normativo – poteri, facoltà, obblighi, oneri – delle situazioni soggettive che compongono il rapporto*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 294). Em tradução livre: “A disciplina das fontes das obrigações é integrada por aquela dos singulares fatos e atos e é estudada em ligação com o conteúdo normativo – poderes, faculdades, deveres, ônus – das situações subjetivas que compõem a relação”.

<sup>116</sup> Ainda a título preliminar, vale advertir que o estudo das fontes das obrigações não se confunde com o estudo da causa das obrigações (ou, mais propriamente, causa dos negócios jurídicos), como ressalta Washington de Barros Monteiro: “Por outro lado, merece preferência a expressão fonte, que é tradicional, universalmente consagrada, à palavra causa, que, além de ambígua, tem em matéria obrigacional sentido específico, restrito e próprio. Há assim clara dissemelhança entre *causae obligationis* (fontes das obrigações) e *causa obligandi* (elemento integrante das obrigações, segundo a teoria causalista)” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 35). Na impossibilidade de se desenvolver, nesta sede, a controversa noção de causa ou função negocial, adota-se aquela proposta por Pietro Perlingieri, que a reputa a função econômico-individual do contrato (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 370). Na doutrina brasileira, Carlos Nelson Konder elucida que a causa contratual “é causa daquele contrato específico e individualizado, com suas peculiaridades e vicissitudes, e por isso referida como função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação. Expressa-se igualmente na síntese dos efeitos jurídicos essenciais, (...) os efeitos essenciais àquele negócio concretamente firmado” (KONDER, Carlos Nelson. *Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 43, jul.-set./2010, p. 74).

Concebia-se, assim, uma estanque bipartição das fontes entre o contrato e o delito, sendo de se ressaltar que a noção de *contrato* era, se não mais ampla (eis que não se cogitava da atipicidade contratual), ao menos bastante diversa do que aquela corrente nos dias atuais.<sup>117</sup>

Do próprio Gaio se veio a colher, em formulação posterior, o reconhecimento de que a mera bipartição não seria suficiente para abarcar todas as hipóteses de obrigações, o que justificou o recurso a uma expressão de ordem genérica – *ex variis causam figuris* – capaz de abranger todas as possíveis fontes das obrigações.<sup>118</sup> Tal percepção de insuficiência parece ter se intensificado à medida que, ainda no âmbito do direito romano, restringiram-se os conceitos de *contrato* e de *delito*, para limitá-los, respectivamente, aos atos decorrentes de acordo de vontade e aos atos dolosos.<sup>119</sup> Não por acaso se conceberam, em construção atribuída à obra de Justiniano, duas novas categorias de fontes, correspondentes a fatos que, embora lícitos, não fossem convencionais, e a fatos que, embora ilícitos, não fossem dolosos.<sup>120</sup> Formularam-se, assim, respectivamente, as categorias dos *quase-contratos* e dos *quase-delitos*, que, em complemento aos *contratos* e aos *delitos*, vieram a compor a célebre classificação quadripartida romana das fontes das obrigações.<sup>121</sup>

No âmbito da tradicional quadripartição, os *contratos* englobariam as diversas convenções reconhecidas pelo direito civil e providas de obrigatoriedade.<sup>122</sup> Reconhecia-se, assim, a força jurígena da autonomia dos particulares para a auto-regulação dos seus próprios interesses mediante a

<sup>117</sup> “A primeira e mais antiga classificação de fontes de obrigações vem das *Institutas* de Gaio: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*, entendendo-se por contrato não só a convenção, como ainda todo ato jurídico lícito, do qual derivase uma obrigação. De fato, no direito romano, eram considerados contratos, o *negotiorum gestio*, a adição da herança, a *pro herede gestio*, o pagamento indevido e o pagamento dos legados, pois só mais tarde, no período clássico, é que o contrato tomou o sentido de convenção” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Volume II. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, pp. 28-29. Grifos do original).

<sup>118</sup> Assim relata RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II, cit., p. 19.

<sup>119</sup> “Os bizantinos, porém, introduziram uma outra modificação nessa matéria: reduziram o conceito de contrato a tudo quanto decorresse do acordo de vontade e reservaram o termo – *delictum* – unicamente para os atos dolosos. Veio daí a necessidade de distinguir os negócios jurídicos voluntários dos exurgidos sem o concurso da vontade, e, quanto ao ilícito, determinar os atos meramente culposos, distinguindo-os dos dolosos. Aos primeiros, denominaram de quase-contratos, e aos segundos, quase-delitos” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Volume II. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p. 29).

<sup>120</sup> Para um relato da formulação quadripartida de Justiniano, v. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 40.

<sup>121</sup> Para uma análise mais detida da evolução da classificação bipartida para a classificação quadripartida, v., por todos, BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volume II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 1-2; PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 294-295; e PEPPEL, Leo. Les classifications des sources des obligations chez les juristes romains. In: MANNINO, Vincenzo; OPHELE, Claude. (Coords.). *L'enrichissement sans cause: la classification des sources des obligations*. Paris: LGDJ, 2007, pp. 96 e ss.

<sup>122</sup> “*Conventio* era a expressão genérica empregada pelos romanos e que compreendia simultaneamente não só os *contratos* propriamente ditos, isto é, as convenções reconhecidas pelo direito civil, providas de obrigatoriedade e de tutela judicial, como também os *pactos*, isto é, as convenções não sancionadas pelo direito civil, despidas de força obrigatória e de tutela processual. Os *contratos* filiavam-se a quatro grupos: *obligationes, quae sunt ex contractu, aut consensu contrahuntur, aut re, aut verbis, aut litteris* (*Institutas*, III, 89). Por outras palavras, os *contratos* eram consensuais, reais, verbais e literais, segundo resultassem do mútuo acordo das partes (*consensu*), da entrega de uma coisa ou do adimplemento de outra prestação (*re*), do emprego de expressões solenes que os contraentes deveriam pronunciar (*verbis*), ou de sua formação por escrito (*litteris*)” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 37. Grifos no original).

imposição de obrigações a um ou mais sujeitos.<sup>123</sup> Embora o reconhecimento do contrato como fonte das obrigações traduza um relevante grau de deferência à autonomia privada, o escopo originário da formulação romana parece se vincular, em considerável medida, à preocupação em discriminar taxativamente os tipos possíveis de contratos.<sup>124</sup>

Justifica-se, assim, o esclarecimento do escopo contemporâneo da categoria em comento. Em razão do princípio da atipicidade contratual e da admissibilidade ampla dos negócios jurídicos no direito brasileiro, parece mais adequado entender, no âmbito das fontes das obrigações, a expressão *contrato* como mera espécie (e autêntica representação metonímica) do gênero *negócio jurídico*. Desse modo, ainda que, por força da tradição, se mencione o contrato como categoria de fonte das obrigações, dever-se-á entender como objeto de referência a inteira fonte convencional, abrangente dos variados negócios jurídicos.

A segunda fonte das obrigações na classificação quadripartida romana dizia respeito aos denominados *quase-contratos*.<sup>125</sup> Buscava-se, com tal categoria, reconhecer a eficácia jurídica obrigacional de atos jurídicos lícitos que não decorressem de convenção entre particulares.<sup>126</sup> A distinção dos quase-contratos em relação aos contratos era demarcada precisamente no que diz respeito à existência ou não de manifestação de vontade: se os efeitos do ato jurídico lícito decorressem da vontade, falar-se-ia em contrato; se, ao revés, os efeitos do ato lícito independessem

<sup>123</sup> “O contrato é fonte de obrigação no sentido de que a avença entre as partes faz gerar um liame entre elas, de modo que uma ou ambas se comprometem a realizar uma prestação” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II, cit., p. 20).

<sup>124</sup> Nesse sentido, afirma-se: “*En el Derecho Romano se utilizó la categoría de los contratos nominados para fijar de un modo cerrado la posibilidad de crear obligaciones: sólo en los casos permitidos por la ley podían surgir obligaciones de fuente contractual. A fin de flexibilizar esta rigidez el Derecho justiniano incorporó a los innominados*” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 16). Em tradução livre: “No Direito Romano se utilizou a categoria dos contratos nominados para fixar de um modo fechado a possibilidade de criar obrigações: apenas nos casos permitidos pela lei podiam surgir obrigações de fonte contratual. A fim de flexibilizar essa rigidez o Direito justinianeu incorporou aos inominados”. A propósito, pertinente, ainda, o relato de MOSCATI, Enrico. *La disciplina generale delle obbligazioni*. Torino: G. Giappichelli, 2013, pp. 159 e ss.

<sup>125</sup> A propósito, v., por todos, JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Volume I. Tomo II. Trad. Santiago Churchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cía, 1950, pp. 10 e ss.

<sup>126</sup> “*On appelle quasi-contrat, le fait d’une personne permis par la loi, qui l’oblige envers un autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu’il intervienne aucune convention entre elles. (...) Dans les contrats, c’est le consentement des parties contractantes qui produit l’obligation; dans les quasi-contrats, il n’intervient aucun consentement, e c’est la loi seule ou l’équité naturelle qui produit l’obligation, en rendant obligatoire le fait d’où elle résulte. C’est pour cela que ces faits sont appelés quasi-contrats, parce que sans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produisent des obligations comme en produisant les contrats*” (POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Tome I<sup>er</sup>. Paris: Debure, 1761, pp. 126-128). Em tradução livre: “Chama-se quase-contrato o fato de uma pessoa, permitido pela lei, que a obriga perante outra ou obriga uma outra pessoa para com ela, sem que entre ambas intervenha qualquer convenção. (...) Nos contratos, é o consentimento das partes contratantes que produz a obrigação; nos quase-contratos, não intervém qualquer consentimento, e é a lei sozinha ou a equidade natural que produz a obrigação, ao tornar obrigatório o fato de onde resulta. É por isso que esses fatos são chamados quase-contratos, porque, sem ser contratos, e muito menos delitos, produzem obrigações como as produzem os contratos”.

da vontade convencional, falar-se-ia em quase-contrato.<sup>127</sup>

A preocupação com a discriminação dos tipos possíveis de quase-contratos era ainda mais acentuada do que aquela verificada a propósito dos contratos, uma vez que aqueles sequer possibilitariam buscar na autonomia dos particulares a justificativa direta para a produção de efeitos vinculantes entre os envolvidos.<sup>128</sup> Adiantava-se a doutrina, portanto, em explicitar os tipos possíveis de quase-contratos, sendo usualmente referidos a gestão de negócios e o pagamento indevido.<sup>129</sup> A tais exemplos básicos já se acrescentaram, entre outros, as obrigações nascidas da curatela, as nascidas das relações de vizinhança e, em formulação que mais diretamente importa ao presente estudo, “os demais casos em que coubesse a *condictio indebiti*”.<sup>130</sup> Ainda que de modo tímido – e, em geral, sem abandonar a noção da taxatividade das fontes –, a doutrina parece ter encontrado precisamente na categoria dos quase-contratos o *locus* mais adequado ao desenvolvimento de hipóteses as mais variadas, que hoje se podem reconduzir à cláusula geral de vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>131</sup>

A categoria dos quase-contratos não passou, todavia, incólume a críticas. Dos argumentos que buscaram sinalizar a inadequação geral da categoria em comento, dois principais merecem menção. Em primeiro lugar, já se propugnou pela absoluta impropriedade na utilização da expressão *contratual* para designar fatos em que não se verifica a característica essencial dos contratos – o

<sup>127</sup> “Quanto aos quase-contratos, foram assim denominados porque se assemelhavam aos contratos, com os quais mantinham afinidades, distinguindo-se deles, todavia, porque lhes faltava o acordo de vontades (*duorum vel plurium in idem placitum consensus*), isto é, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto. (...) As principais espécies de quase-contratos, no direito romano, foram as seguintes: gestão de negócios, obrigações nascidas da tutela e da indivisão (*communio incidens*), bem como o pagamento indevido” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 38). Em sentido semelhante, afirma-se: “A figura do quase contrato surge para justificar o aparecimento de obrigações advindas de atos humanos lícitos, que não provêm de acordo de vontade, mas que representam um procedimento em muito parecido com a relação convencional; é quase como se fosse um contrato. Assim, por exemplo, a gestão de negócios ou repetição do indébito” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II, cit., p. 20).

<sup>128</sup> A propósito, v. GALLO, Paolo. Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori). 2. ed. In: SACCO, Rodolfo (a cura di). *Trattato di diritto civile*. Torino: UTET, 2008, pp. 1-5; e NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações: Generalidades – Espécies*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 180 e ss.

<sup>129</sup> Nesse sentido, v. POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Tome I<sup>er</sup>, cit., p. 127; GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. Volume II, cit., p. 520; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 506; e BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 100. Em sentido semelhante, ao comentar o artigo 1.371 do *Code Napoléon* pré-reforma de 2016, v. GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*, cit., pp. 275 e ss.

<sup>130</sup> “Essa enumeração ampliou-se posteriormente com a inclusão de novas modalidades, como as obrigações nascidas da curatela e das relações de vizinhança e os demais casos em que coubesse a *condictio indebiti*” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 39).

<sup>131</sup> Idêntica conclusão é alcançada, no âmbito da doutrina do direito administrativo, por WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 8. ed. Paris: Sirey, 1959, p. 593. Em sentido semelhante, v., ainda, GALLO, Paolo. Arricchimento senza causa e quasi contratti, cit., pp. 1-10; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français. Première Partie. Tome VI*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930, p. 8; e CAPEROCHIPI, José Antonio Álvarez. *El enriquecimiento sin causa*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1979, pp. 22-24.

acordo de vontades.<sup>132</sup> Em segundo lugar, e em atenção a relevante questão de fundo, já se destacou que a origem e o desenvolvimento da categoria dos quase-contratos parecem se vincular diretamente a uma injustificada resistência, de matriz voluntarista, à possibilidade de criação de obrigações sem fonte imediata na vontade humana.<sup>133</sup>

Ao lado das fontes referentes a atos lícitos – *contratos* e *quase-contratos* –, a classificação quadripartida romana indicava as fontes cujos objetos de referência eram atos antijurídicos em sentido lato – *delitos* e *quase-delitos*.<sup>134</sup> Tanto os delitos quanto os quase-delitos denotavam contrariedade ao direito e justificavam o surgimento do dever de indenizar, cingindo-se a distinção fundamentalmente à presença ou ausência de dolo (i.e., consciência da infração ou dos respectivos

<sup>132</sup> “*Or la vérité est tout autre et la différence qui les sépare porte justement sur le caractère essentiel des contrats, sur l'accord de volontés en dehors auquel il ne peut rien y avoir qui mérite le nom de contractuel*” (PLANIOL, Marcel. *Classification des sources des obligations*, cit., p. 227). Em tradução livre: “A verdade é totalmente diferente e a diferença que os separa diz respeito justamente à característica essencial dos contratos, ao acordo de vontades, na ausência dos quais não há nada que mereça o nome de contratual”. O autor prossegue na crítica, destacando a irrelevância da voluntariedade e a suposta ilicitude dos fatos enquadrados na categoria dos quase-contratos, o que os afastaria por definitivo de qualquer ligação com a categoria dos contratos (PLANIOL, Marcel. *Classification des sources des obligations*, cit., pp. 228-229). No mesmo sentido, v. PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Tome II. 2. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1948, p. 401. Na doutrina brasileira, assevera-se: “(...) infeliz é essa classificação, porque inclui entre os quase-contratos obrigações que não oferecem a menor analogia com os contratos, acordo de vontades, como a obrigação do tutor para com o pupilo e a obrigação do herdeiro em satisfazer o legado. Além disso, ela considera quase-delitos alguns atos ilícitos de origem pretoriana, que seriam verdadeiros delitos, segundo o *ius civile*” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 37).

<sup>133</sup> “No fundo, a ideia que explica, senão a formação da categoria dos quase-contratos, pelo menos a persistência dela ao longo de muitos séculos, é o chamado dogma da vontade, traduzido na preocupação individualista de reconduzir todas as obrigações à força criadora da vontade dos cidadãos e na relutância em aceitar que elas possam nascer, por imperativo legal, das exigências da solidariedade social e das relações de cooperação entre os homens” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., p. 208). No mesmo sentido, v. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25; e MICHELON JR. Cláudio. *Direito restituítorio*, cit., p. 22. Chega-se a destacar uma conjugação do mito da vontade individual com o mito da lei, como razão possivelmente subjacente à consagração da classificação quadripartida romana: “*Le fonti delle obbligazioni erano pensate in funzione non soltanto del 'mito' della volontà individuale, ma anche in funzione del 'mito' della legge; né vi era l'idea di un possibile conflitto, quanto piuttosto la convinzione di una normale alleanza. E tutto questo favoriva un sistema delle fonti delle obbligazioni caratterizzato nel complesso da una nota di rigidità o di 'chiusura'*” (BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, cit., p. 109). Em tradução livre: “As fontes das obrigações eram pensadas em função não apenas do ‘mito’ da vontade individual, mas também em função do ‘mito’ da lei; tampouco havia a ideia de um possível conflito, mas em realidade a convicção de uma normal aliança. E tudo isso favorecia um sistema das fontes das obrigações caracterizado no complexo por uma nota de rigidez e fechamento”.

<sup>134</sup> Vale mencionar a ressalva de Marcel Planiol, de encontro à tendência geral de associação da categoria dos quase-contratos à formulação romana: “*La classe des quasi-délits est de formation récente. Elle n'est pas romaine, malgré la similitude des dénominations, car les obligations que les Romains traitaient comme nées quasi ex delicto font aujourd'hui partie des obligations délictuelles, et nos obligations quasi-délictuelles ont été extraites de la catégorie romaine des delicta privata: ce sont les faits prévus par la loi Aquilia. C'est encore Heineccius qui est l'inventeur de cette catégorie nouvelle*” (PLANIOL, Marcel. *Classification des sources des obligations*, cit., p. 234). Em tradução livre: “A classe dos quase-delitos é de formação recente. Ela não é romana, malgrado a similitude das denominações, já que as obrigações que os romanos tratavam como nascidas *quasi ex delicto* hoje fazem parte das obrigações delituais, et as nossas obrigações quase-delituais foram extraídas da categoria romana das *delicta privata*: são os fatos previstos pela lei Aquilia. É, de novo, Heineccius que é o inventor dessa novel categoria”.

resultados).<sup>135</sup> Assim, enquanto a configuração dos delitos dependia da demonstração de dolo por parte do agente, o reconhecimento dos quase-delitos prescindia da comprovação de tal elemento.<sup>136</sup>

Em construção taxativa, apontavam-se como hipóteses de delitos o furto, o roubo, o dano e a injúria.<sup>137</sup> Na formulação originária, portanto, somente essas específicas condutas teriam aptidão a deflagrar o surgimento do dever de indenizar.<sup>138</sup> Em processo semelhante àquele verificado a propósito dos contratos e quase-contratos, não tardou para que se destacasse a insuficiência das hipóteses restritas de delitos para a garantia da recomposição patrimonial pelas vítimas de condutas praticadas por terceiros.<sup>139</sup> Concebeu-se, então, a categorias dos quase-delitos, cujas principais hipóteses seriam as seguintes: *actio de positum et suspensum* (dano causado por queda de coisa suspensa); *actio de effusum et deiectum* (dano causado por arremesso de objetos sólidos ou líquidos

---

<sup>135</sup> “*Les délits sont la troisième cause qui produit les obligations, e les quasi-délits la quatrième. On appelle délit le fait par lequel une personne par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre. Le quasi-délict est le fait par lequel une personne sans malignité, mais par une imprudence qui n’est pas excusable, cause quelque tort à un autre*” (POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Tomo I, cit., p. 129). Em tradução livre: “Os delitos são a terceira causa que produz as obrigações, e os quase-delitos a quarta. Chama-se delito o fato pelo qual uma pessoa, por dolo ou malignidade, causa prejuízo ou dano a uma outra. O quase-delito é o fato pelo qual uma pessoa sem malignidade, mas por uma imprudência que não é escusável, causa algum dano a uma outra”.

<sup>136</sup> “O quase delito se aproxima do delito; enquanto o delito envolve a ideia de dolo, pois o agente do furto, do dano ou da injúria almejou alcançar o efeito atingido, no quase delito o procedimento se inspira na culpa, pois o prejuízo causado à vítima decorreu apenas da negligência, imprudência ou imperícia do agente” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II, cit., pp. 20-21). No mesmo sentido, v. ZACHARIAE, C.-S. *Cours de droit civil français*. Trad. Aubry e Rau. *Tome Second*. 2. ed. Bruxelles: Société Belge de Librairie, 1842, p. 80; e AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*. *Tome Quatrième*. 4. ed. Paris: Marchal et Billard, 1871, pp. 747-748.

<sup>137</sup> “Referentemente aos delitos, constituíam-se eles numa das principais fontes de obrigações, porque sujeitavam seus autores à reparação do dano. (...) Quatro eram as figuras de delito entre os romanos: furto, roubo, dano e injúria” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 39).

<sup>138</sup> “O direito romano não chegou a elaborar a noção abstrata do ato ilícito, que conheceu com a denominação especial de delitos civis, na ocorrência de certos atos, como tais especificamente denominados e caracterizados: *furtum* [furto], *noxia* [dano] *et iniuria* [injúria]. Eram ilícitos típicos, que sujeitavam quem os cometesse à pena civil cominada, e esta responsabilidade dizia-se *ex delicto*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I. 24. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 549-550).

<sup>139</sup> “Mas, não podendo as figuras delituais típicas conter todas as hipóteses de danos reparáveis, foi necessário imaginar um fundamento para o dever de reparação fora daqueles casos, e, então, situações a eles estranhas passaram a exigir recomposição patrimonial, como se fossem delitos, e a responsabilidade decorrente era tida como se se tratasse de um delito – *quasi ex delicto*, e o prejuízo sofrido pelo indivíduo, equiparado ao proveniente do delito – *quasi ex maleficio teneri videtur*. Da mesma forma que procedeu quanto ao delito, transformando uma coleção de tipos concretos em categoria abstrata, igualmente agiu o direito romano no tocante ao quase delito, definido especiosamente no direito romano (...), convertendo-o em um ente genérico, cuja conceituação, porém, tem fugido à argúcia dos escritores” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I, cit., p. 550).

em local indevido); *iudex qui litem suam fecit* (dano cometido pelo juiz).<sup>140</sup>

Tal como a categoria dos quase-contratos, também as categorias dos delitos e dos quase-delitos foram objeto de críticas variadas.<sup>141</sup> Sustenta-se, de início, a verdadeira incompatibilidade das referidas categorias com a concepção contemporânea do direito civil, cada vez mais afastada – do ponto de vista funcional – do direito penal.<sup>142</sup> Nota-se, a propósito, a tendência de crescente afastamento do direito civil em relação a indagações acerca do elemento anímico do agente,<sup>143</sup> aspecto esse que inviabilizaria, por si só, a identificação e diferenciação dos delitos e quase-delitos segundo a formulação tradicional.<sup>144</sup> Tal contexto metodológico justifica, aliás, a própria formulação do *ato ilícito* (hoje consagrado na cláusula geral do artigo 186 do Código Civil) como categoria abstrata e suficientemente abrangente para abranger hipóteses fáticas as mais diversas que se pudessem reconduzir a certos requisitos gerais – dano, culpa (na responsabilidade civil subjetiva) e

<sup>140</sup> A enumeração remonta à lição de MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 39. O autor arremata: “A essa enumeração adicionou Justiniano a fraude contra credores, cujos efeitos se anulavam por intermédio da ação pauliana” (Ibid., p. 39). Pertinente, ainda, o relato de Clóvis Beviláqua: “As hipóteses de quase-delitos, apontadas pelas Institutas, são as seguintes: 1ª, o juiz profere uma sentença manifestamente injusta ou contrária à lei, por dolo ou imperícia; 2ª, alguém atira, imprudentemente, à rua, algum objeto, que vai, em sua queda, ofender um transeunte, ou suspende, sobre quaisquer lugares de passagem, um móvel, que venha ou não a tombar sobre desprecauidos passeantes; 3ª, o capitão de navio, o dono de hotel ou de cavalaria não impedem que seus empregados causem prejuízos aos passageiros, hóspedes ou viajantes. Quaisquer dessas pessoas, em tais emergências, praticaram quase-delitos; diríamos hoje atos dolosos ou culposos, infrações de polícia, responsabilidade indireta” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931, p. 213, nota de rodapé n. 5). Para um relato do desenvolvimento da categoria dos quase-delitos, v. ZACHARIAE, C.-S. *Cours de droit civil français. Tome Second*, cit., pp. 81 e ss.; e AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae. Tome Quatrième*, cit., pp. 754 e ss.

<sup>141</sup> Assim sintetizam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “As figuras do quase-contrato e do quase-delito foram gradativamente abandonadas por sua falta de precisão técnica. O quase-delito, termo reservado aos atos danosos praticados culposamente, fundiu-se ao delito, que tinha o dolo como elemento essencial, resultando na figura mais abrangente do ato ilícito. De forma semelhante, o quase-contrato foi substituído pela noção dos atos unilaterais de vontade, que a Pandectística germânica inseriu ao lado do contrato como espécies de uma categoria mais ampla denominada negócio jurídico” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV, cit., p. 24).

<sup>142</sup> “*Comunque è certo, quanto al delitto e quasi delitto, che oggi tali termini non si intendono più, non avendo nel codice civile carattere penale, ma solo civile*” (BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 2). Em tradução livre: “No entanto, é certo, em relação ao delito e quase-delito, que hoje tais termos não mais se escutam, não havendo no código civil caráter penal, mas somente civil”. Tal tendência contrapõe-se à associação, característica do direito romano, entre o direito civil e o direito penal, como relata Luiz da Cunha Gonçalves: “Além disto, no direito romano, não havia uma nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal. A indenização de perdas e danos era considerada pena e com este caráter passou para o direito dos povos modernos, até os fins do século XVIII” (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. Volume II, cit., p. 567).

<sup>143</sup> Ilustrativamente, veja-se a previsão constante do artigo 403 do Código Civil, que, em matéria de responsabilidade civil contratual, equipara dolo e culpa do devedor inadimplente: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

<sup>144</sup> “Sem indagar se o agente tinha ou não a consciência do resultado e sem cogitar se o seu procedimento se escusaria em função de qualificar-se ou não como homem diligente e probo, mas, atentando apenas para o caráter antijurídico da conduta e seu resultado danoso, o nosso direito fundiu as ideias de dolo e culpa, diversamente do que acontecesse com o direito penal, e desta sorte aboliu as distinções sutis, para dissecar o perfil do ato ilícito” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I, cit., p. 551).



nexo de causalidade entre conduta e dano.<sup>145</sup>

No contexto contemporâneo da responsabilidade civil, caracterizado, de uma parte, pelo alargamento da noção de culpa (a abranger as hipóteses outrora vinculadas ao dolo e sem a antiga diferenciação de graus de culpa), e, de outra parte, pela expansão da responsabilidade civil objetiva,<sup>146</sup> maior interesse parece haver na distinção entre as modalidades subjetiva (dependente de culpa) e objetiva (independente de culpa) da responsabilidade civil.<sup>147</sup> Superada a relevância outrora atribuída ao elemento anímico do dolo, parece ser recomendável, no cenário atual, a fusão das antigas categorias de delitos e quase-delitos em torno de uma unitária fonte indenizatória.

Sem embargo das dúvidas e críticas mencionadas, a classificação quadripartida romana recebeu expressiva acolhida na experiência europeia continental na Idade Contemporânea. Tamanha receptividade se deveu, em larga medida, ao desenvolvimento a ela conferido na modernidade por Robert Joseph Pothier, que à classificação clássica acrescentou uma quinta fonte – a lei.<sup>148</sup> Segundo Pothier, toda obrigação no direito civil poderia ser reconduzida ou bem às fontes tradicionais herdadas da tradição romana – contrato, quase-contrato, delito e quase-delito – ou bem à lei, de modo direto, sem intermediação de outras fontes.<sup>149</sup>

A principal inovação da proposta de Pothier consistiu, portanto, no reconhecimento da lei

<sup>145</sup> “Considerando a inutilidade prática da diferenciação entre delito e quase delito, o direito brasileiro abandonou-a, fixando na ideia de transgressão de um dever o conceito genérico do ato ilícito, pois que tais filigranas nenhuma solução na verdade trouxeram ao problema” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I, cit., p. 551).

<sup>146</sup> A propósito, v., por todos, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 19 e ss.

<sup>147</sup> “Embora o Código Civil tenha emprestado um novo interesse à distinção entre o dolo e a mera culpa, a larga zona de aspectos comuns à responsabilidade civil fundada nos aspectos dolosos e nos fatos meramente culposos dá como resultado que tem hoje muito maior interesse, no domínio da responsabilidade extracontratual, a distinção entre a responsabilidade proveniente da prática de fatos ilícitos e a responsabilidade baseada no risco do que a clássica distinção entre delitos e quase delitos” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., p. 209). No mesmo sentido da crítica, v. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, cit., p. 101.

<sup>148</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Tomo I<sup>er</sup>, cit., pp. 126 e ss. Para um relato da influência da obra de Pothier sobre a doutrina francesa, v. PLANIOL, Marcel. *Classification des sources des obligations*, cit., pp. 224 e ss.

<sup>149</sup> Pertinente a síntese fornecida por Washington de Barros Monteiro: “A teoria de Pothier pode ser assim resumida: todas as obrigações resultam de um acordo de vontades (ato bilateral), ou de uma única vontade (ato unilateral). O primeiro tem como expressão mais característica o contrato ou convenção. O segundo, por seu turno, pode ser lícito ou ilícito. O ato unilateral, de natureza lícita, encerra certa analogia com o contrato, razão por que se denomina quase-contrato. O ato unilateral de natureza ilícita pode ter sido praticado com o propósito deliberado de causar o malefício, ou então cometido sem ânimo preconcebido de lesar. Aquele constitui o delito e este o quase-delito, tendo em vista sua semelhança externa com o delito. Refere-se ainda Pothier às obrigações que promanam direta e exclusivamente da lei. Não se torna necessária a prática de qualquer ato, lícito ou ilícito, para que a parte se vincule. A obrigação decorre de um imperativo da lei, de um postulado legal, de um comando legislativo. Por exemplo: a obrigação que toca ao descendente de alimentar o ascendente” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., pp. 40-41).

como fonte geral das obrigações.<sup>150</sup> Nessa linha de raciocínio, toda e qualquer obrigação decorreria da lei, de modo que se poderia identificá-la, a um só tempo, como fonte *mediata* de todas as obrigações (cujo surgimento sempre decorreria, em última instância, do reconhecimento pelo ordenamento jurídico) e como fonte *imediata* daquelas obrigações que não correspondessem a qualquer das demais fontes intermediadoras.<sup>151</sup> Afirma-se, nesse sentido, que o reconhecimento da lei como fonte possível das obrigações permitiu a compreensão de hipóteses até então carentes de justificativa teórica, tais como as obrigações de alimentos entre pais e filhos e as obrigações indenizatórias decorrentes da responsabilidade objetiva.<sup>152</sup>

Tais razões auxiliaram a compreensão do prestígio de que desfrutou a formulação de Pothier na experiência europeia moderna. Evidencia-se tal prestígio a partir da análise da obra de Marcel Planiol, relevante (e explícito) opositor da proposta de Pothier, que, nada obstante a divergência, reconheceu ao fator da classificação pentapartida o mérito de propiciar “um arranjo simétrico como um brasão esquartelado”.<sup>153</sup> A difusão da construção de Pothier acerca das fontes das obrigações

---

<sup>150</sup> “*La Loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations; car si les contrats, délits e quasi-délits produisent des obligations, c’est primitivement, parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu’il a promis, e qu’il répare le tort qu’il a commis par sa faute. C’est aussi cette même loi qui rend obligatoires les faits d’où il résulte quelque obligation, e qui sont pour cet effet appelés quasi-contrats*” (POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Tome I<sup>er</sup>, cit., p. 134). Em tradução livre: “A lei natural é a causa ao menos mediata de todas as obrigações; pois se os contratos, delitos e quase-delitos produzem obrigações, assim o é, primitivamente, porque a lei natural ordena que cada um cumpra o que prometeu, e que repare o dano causado por sua falta. É também essa mesma lei que torna obrigatórios os fatos de onde resulta alguma obrigação, e que são por esse efeito chamados quase-contratos”.

<sup>151</sup> A propósito da possibilidade de obrigações decorrentes exclusivamente da lei, Pothier afirma: “*Il ya des obligations qui ont pour seule e unique cause immédiate la loi; par exemple, ce n’est en vertu d’aucun contrat ni quasi-contrat, que les enfants, lorsqu’ils en ont le moyen, sont obligés de fournir des aliments à leurs père e mère, qui font dans l’indigence*” (POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Tomo I, cit., p. 135). Em tradução livre: “Há obrigações que têm por só e única causa imediata a lei; por exemplo, não é em virtude de nenhum outro contrato ou quase-contrato que os filhos, desde que tenham meios, estão obrigados a fornecer alimentos a seus pai e mãe que estejam na indigência”.

<sup>152</sup> “Durante muito tempo entendeu-se que a fonte obrigacional deveria decorrer sempre da vontade humana, mesmo quando esta se volta para a prática de um ato ilícito. Daí a recusa à admissão da lei como fonte das obrigações. Afinal, afirmava-se, a lei é fonte do direito, não já das obrigações, que dependeriam, portanto, da intervenção da autonomia privada. Entretanto, pouco a pouco, com o declínio do voluntarismo, o legislador passou a criar diretamente determinados vínculos obrigacionais, independentemente da iniciativa privada. É o caso das obrigações de alimentos entre pais e filhos ou das obrigações indenizatórias decorrentes da responsabilidade objetiva, que tanto se intensificam na sociedade contemporânea” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV, cit., p. 25).

<sup>153</sup> No original, “*un arrangement symétrique comme un blason écartelé*”. Assim busca Marcel Planiol explicar a acolhida da classificação de Pothier: “*Cette classification laît par sa symétrie. Les quatre premières sources se groupent deux par deux, de deux manières différentes: selon que l’on considère qu’il s’agit de faits licites ou illicites, on met ensemble les contrats et les quasi-contrats, d’une part, les délits et les quasi-délits de l’autre; ou bien, en recherchant si leur caractère est intentionnel ou non, on rapproche les contrats des délits et les quasi-contrats des quasi-délits. Quant à la loi, on lui attribue, comme un résidu, les obligations qui n’ont pas pu trouver place dans les autres catégories. Voilà un arrangement symétrique comme un blason écartelé. Que désire de mieux?*” (PLANIOL, Marcel. *Classification des sources des obligations*, cit., p. 224). Em tradução livre: “Esta classificação agrada por sua simetria. As quatro primeiras fontes se agrupam duas a duas, de duas maneiras diferentes: segundo que se considere tratar-se de fatos lícitos ou ilícitos, se colocam em conjunto os contratos e os quase-contratos, de uma parte, os delitos e os quase-delitos da outra; ou bem, ao se investigar se o caráter é intencional ou não, se aproximam os contratos dos delitos e os quase-contratos dos quase-delitos. Quanto à lei, se lhe atribuem, como um resíduo, as obrigações que não puderam encontrar lugar nas outras categorias. Eis um arranjo simétrico como um brasão esquartelado. O que desejar de melhor?”.

pode ser exemplificada pela sua influência decisiva tanto sobre o *Code Napoléon* de 1804<sup>154</sup> quanto sobre o *Codice Civile* italiano de 1865,<sup>155</sup> valendo destacar o decurso de séculos (no caso francês)<sup>156</sup> ou décadas (no caso italiano)<sup>157</sup> até que se superasse a tradicional classificação.

Em sentido deliberadamente oposto à proposição de Pothier, Planiol pugna pelo reconhecimento de apenas duas fontes das obrigações – o contrato e a lei.<sup>158</sup> Todas as obrigações poderiam ser reconduzidas, segundo o autor, a uma bipartição fundamental entre fonte contratual e fonte não contratual – sem, porém, que esta última assumisse relevo meramente negativo ou residual.<sup>159</sup> Desse modo, toda obrigação que não tivesse fonte em um específico contrato decorreria, necessariamente, da lei, cuja eficácia jurídica obrigacional abrangeria as hipóteses até então

<sup>154</sup> Pertinente, neste ponto, o relato de Clóvis Beviláqua acerca da redação do *Code Napoléon* anterior à reforma promovida no direito das obrigações em 2016: “O Código Civil francês, arts. 1.376-1.381, aceitou esse modo de ver, e, tratando do pagamento indevido, único dos casos de enriquecimento injusto de que se ocupa em separado, coloca entre os chamados quase contratos, expressão incorreta, com que os modernos procuram traduzir a ideia que os romanos exprimiam pelas palavras *obligationes quae ex contractu*. Por sua vez, o Código Civil francês serviu de modelo à maioria dos códigos modernos, que nada de melhor acharam, nesta matéria, do que reproduzi-lo” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Atual. Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, p. 96). Ainda sobre a inspiração do código francês na construção de Pothier, v., na doutrina brasileira, RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II, cit., p. 21; na doutrina francesa, GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*, cit., pp. 19-20; e, na doutrina italiana, BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volume II, cit., pp. 2-3.

<sup>155</sup> Washington de Barros Monteiro relata a adoção da classificação quadripartida romana, por influência da doutrina de Pothier, pelo *Codice Civile* italiano de 1865, no que não foi seguido pelo de 1942 (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 41). Ainda sobre a adoção da classificação quadripartida pelo *Codice Civile* italiano de 1865, v., por todos, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Volume II, cit., p. 30; BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, cit., pp. 98-99; VECCHI, Paolo Maria. *Les classifications des sources des obligations dans le Code de 1865*. In: MANNINO, Vincenzo; OPHELE, Claude. (Coords.). *L’enrichissement sans cause: la classification des sources des obligations*. Paris: LGDJ, 2007, *passim*.

<sup>156</sup> A reforma do direito das obrigações promovida pela *Ordonnance du 10 février 2016* retirou do *Code civil* a menção expressa à categoria dos quase-contratos e, no que mais importa ao presente estudo, adicionou-lhe uma cláusula geral do dever de restituição do enriquecimento sem causa. Para um relato mais detido do referido processo legislativo, v., por todos, CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016, pp. 203 e ss.; e SIMLER, Philippe. *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*. Paris: LexiNexis, 2016, pp. 51-52.

<sup>157</sup> A propósito da experiência italiana, notadamente no que diz respeito à alteração da sistemática das fontes por parte do *Codice Civile* de 1942 em relação ao predecessor de 1865, v., por todos, MOSCATI, Enrico. *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., pp. 163 e ss.; e GALLO Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., pp. 19-21.

<sup>158</sup> Para um relato detido da proposição de Planiol, v. RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., pp. 746 e ss.; e BOUDOT, Michel. *La classification des sources des obligations au tournant du 20<sup>e</sup> siècle*. In: MANNINO, Vincenzo; OPHELE, Claude. (Coords.). *L’enrichissement sans cause: la classification des sources des obligations*. Paris: LGDJ, 2007, pp. 144 e ss.

<sup>159</sup> “*En réalité, il n’y a que deux sources: l’accord de volontés entre le créancier et le débiteur, et la volonté toute puissante de la loi qui impose une obligation à une personne, malgré elle et dans l’intérêt d’une autre. Cette classification se réduit à la distinction bien connue entre les obligations contractuelles et les obligations non contractuelles, mais au lieu de se borner pour ces dernières à une désignation purement négative de leur source, en les appelant des ‘engagements qui se forment sans convention’, comme dit le code civil, elle leur attribue positivement une source spéciale et unique: la loi*” (PLANIOL, Marcel. *Classification des sources des obligations*, cit., pp. 225-226). Em tradução livre: “Em realidade, existem apenas duas fontes: o acordo de vontades entre o credor e o devedor, e a vontade todo-poderosa da lei que impõe uma obrigação a uma pessoa, em seu prejuízo e no interesse de uma outra. Essa classificação se reduz à distinção bastante conhecida entre as obrigações contratuais e as obrigações não contratuais, mas em vez de se limitar para essas últimas a uma designação puramente negativa da sua fonte, elas são chamadas de ‘vínculos que se formam sem convenção’, como diz o código civil, a elas atribui positivamente uma fonte especial e única: a lei”.

abarcadas pelas categorias dos quase-contratos, delitos e quase-delitos.<sup>160</sup>

A formulação de Planiol certamente não detém exclusividade em matéria de crítica à classificação pentapartida de Pothier. A título meramente exemplificativo, pode-se mencionar, entre outras construções, a proposta de superação da classificação romana por uma bipartição das fontes entre o contrato e o ilícito.<sup>161</sup> A ausência de exclusividade na crítica não impediu, todavia, que a proposição de Planiol viesse a desfrutar de prestígio equiparável àquela de Pothier.<sup>162</sup>

No que mais diretamente importa ao presente estudo, cumpre destacar a associação expressa, no âmbito da doutrina de Planiol, entre a categoria dos quase-contratos e o enriquecimento sem causa.<sup>163</sup> Nada obstante haja negado a tal categoria o caráter de fonte autônoma das obrigações, a proposição de Planiol teve o mérito, entre outros, de destacar a possibilidade de recondução de todas as hipóteses de quase-contratos à vedação geral ao enriquecimento sem causa.<sup>164</sup>

O desenvolvimento conferido pela doutrina europeia à matéria das fontes das obrigações repercutiu, em graus e perspectivas os mais variados, na compreensão da civilística brasileira acerca da ausência de referência expressa ao enriquecimento sem causa pelo Código Civil de 1916. Parece ter prevalecido, a esse respeito, a postura de elogio à opção do legislador pátrio do início do século

<sup>160</sup> “Ainsi la catégorie des obligations légales proprement dites est la catégorie primordiale; elle nous montre les obligations non contractuelles qui ne sont pas transformées en dommages-intérêts et qui se présentent à nous avec leur objet primitif, comme obligations de faire ou de ne pas faire quelque chose dans l'intérêt d'autrui. Et, pour résumer tout ce système, nous dirons: toute obligation qui ne dérive pas d'un contrat n'a d'autre cause que la loi; toute obligation légale a pour motif la crainte d'une lésion injuste pour autrui, qu'il s'agit d'éviter, si elle est encore à l'état futur; de réparer, si elle est déjà réalisée” (PLANIOL, Marcel. *Classification des sources des obligations*, cit., p. 231). Em tradução livre: “Assim, a categoria das obrigações legais propriamente ditas é a categoria primordial; ela nos mostra as obrigações não contratuais que não foram transformadas em perdas e danos e que se nos apresentam com seu objeto primitivo, como obrigações de fazer ou de não fazer alguma coisa no interesse de outrem, E, para resumir todo esse sistema, nós diremos: todas as obrigações que não derivam de um contrato não têm outra causa que não a lei; toda obrigação legal tem por motivo o receio de uma lesão injusta por outrem, que se trata de evitar, se ela está ainda em estado futuro; de reparar, se ela já se realizou”.

<sup>161</sup> Assim sustenta Lodovico Barassi: “Quella precedente partizione era stata condannata dalla critica unanime; perchè, come tutte le partizioni che vogliono troppo specificare, era insufficiente. Meglio assai una partizione più concisa, cioè più generale e quindi comprensiva, come quella che oggi è accolta nel codice. Del resto è stato sostenuto che già nel diritto romano non vi erano in realtà che due sole fonti: il contratto e il delitto” (BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volume II, cit., p. 2). Em tradução livre: “Aquela precedente divisão havia sido condenada pela crítica unânime; porque, como todas as divisões que querem especificar demais, era insuficiente. Melhor talvez uma divisão mais concisa, isto é, mais geral e, portanto, compreensiva, como aquela que hoje é acolhida no código. De resto se sustentou que já no direito romano não havia mais do que apenas duas fontes: o contrato e o delito”.

<sup>162</sup> No mesmo sentido propugnado por Planiol, a favor de uma classificação bipartida que aparte as fontes convencionais das fontes não convencionais, v., entre outros, PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de droit civil belge*. Tome II, cit., p. 399; e BOUDOT, Michel. *La classification des sources des obligations au tournant du 20<sup>e</sup> siècle*, cit., pp. 139-140.

<sup>163</sup> “D'après ce qui a été exposé ci-dessus, tout quasi-contrat s'analyse en un enrichissement sans cause; c'est donc un acte essentiellement unilatéral, comme le délit ou le quasi-délit, et il en est ainsi en réalité” (PLANIOL, Marcel. *Classification des sources des obligations*, cit., p. 233). Em tradução livre: “A partir de todo o exposto acima, todo quase-contrato se analisa em um enriquecimento sem causa; é, portanto, um ato essencialmente unilateral, como o delito ou o quase-delito, e ele assim o é na realidade”.

<sup>164</sup> No mesmo sentido, a destacar que todos os quase-contratos remeteriam ao enriquecimento sem causa, v. GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*, cit., p. 294.

XX, por diversos fundamentos.<sup>165</sup> Já se sustentou, por exemplo, que a referida ausência de menção expressa decorreria da impossibilidade de subordinação das diversas hipóteses de enriquecimento sem causa a um princípio unificador.<sup>166</sup> Igualmente se buscou fundamentar na subsidiariedade (originariamente entendida como princípio geral do direito, como visto no item 1.1, *supra*) a adequação da escolha do legislador brasileiro por não positivar, em caráter geral, a vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>167</sup>

Em meio à expressiva tendência de não reconhecimento da vedação ao enriquecimento sem causa como fonte autônoma das obrigações, reconheceu-se, já nas primeiras décadas de vigência do diploma de 1916, a manifestação do instituto em diversas previsões, ainda que sem menção expressa ao locupletamento indevido.<sup>168</sup> Ainda assim, ressentia-se a doutrina majoritária da positivação genérica do enriquecimento sem causa, sem a qual não se vislumbrava a possibilidade de cogitação de uma autônoma fonte das obrigações.<sup>169</sup> De qualquer modo, é possível identificar, na contramão da tendência de negação, propostas de reconhecimento da vedação ao enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações, valendo destacar, a propósito, a lição de Orlando Gomes ainda

---

<sup>165</sup> O prestígio da referida linha de entendimento manteve-se após a promulgação do Código Civil de 2002, como se depreende da lição de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Discute-se, finalmente, se o enriquecimento sem causa se constituiria em fonte de obrigações. Alguns autores têm incluído o enriquecimento sem causa entre as fontes das obrigações. Argumentam que o enriquecimento sem causa gera o dever de restituição e assim consistiria em fonte de relação obrigacional. Entretanto, o enriquecimento sem causa representa justamente a ausência de fonte obrigacional. O dever de restituição nasce precisamente do fato de que alguém recebeu benefício patrimonial de outra pessoa, sem que se possa identificar a fonte obrigacional. A prestação se deu sem título jurídico, sem causa. O enriquecimento sem causa não se enquadra, por isto, entre as fontes obrigacionais; é antes o resultado da ausência de qualquer fonte” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Volume IV, cit., p. 27).

<sup>166</sup> “O nosso Código Civil [de 1916] não considerou expressamente a doutrina do enriquecimento ilícito, no sentido de troná-lo como figura especial, ou melhor como causa geradora de obrigação. Foi além, nem aceitando a doutrina dos quase contratos. A causa disso nô-la dá Clóvis Bevilacqua, ao esclarecer que as suas diversas espécies não se subordinam a um princípio unificador” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XII, cit., p. 378).

<sup>167</sup> “O recurso ao enriquecimento ilícito é meramente subsidiário. Se a coisa pode ser reivindicada pela ação correspondente ao domínio, se pode ser reclamada por ineficácia do contrato ou porque, ainda, se possa a parte arrepender, não há que lançar mão do enriquecimento ilícito” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed., cit., p. 99). O autor arremata: “E se assim é, se não pode, numa fórmula geral, indicar quando o enriquecimento é injusto ou sem causa; se aqui fala mais alto a equidade para restabelecer o equilíbrio dos interesses e dar satisfação aos reclamos da verdadeira justiça; e se, finalmente, os casos, que escapam às aplicações diversas das regras especiais relativas às variadas relações de direito, entram no círculo da restituição do pagamento indevidamente recebido, contentemo-nos com esta ideia, que é clara, segura e exata” (Ibid., pp. 100-101).

<sup>168</sup> “A lei civil brasileira não formulou nenhum princípio geral no sentido de qualificar o enriquecimento sem causa como fonte especial de obrigações. Entretanto, é certo que se encontram no Código Civil várias regras que pressupõem aquela proibição e afirmam a existência de ações para corrigir casos de locupletamento, em aplicações parciais” (FERREIRA, José G. do Valle. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 83).

<sup>169</sup> Ilustrativamente, Jorge Americano sustentava o enquadramento do enriquecimento sem causa como hipótese de ato ilícito: “Reduzida a questão do locupletamento indevido, apenas ao terreno das obrigações, é preciso ter sempre em vista que, neste terreno, ou a ação correspondente assenta na lei, ou na vontade intencional das partes, ou no ato ilícito. Na lei, já verificamos todas as hipóteses providas de ação por força do locupletamento injustificado. Na vontade intencional das partes, já verificamos as várias hipóteses que derivam dos contratos, ou dos atos unilaterais, inclusive a gestão de negócios, todas elas cumpridamente regulamentadas na lei. Cumpre, portanto, retraindo a questão do locupletamento injustificado aos limites do ato ilícito, para verifica se, pelos princípios gerais deste se pode ver no locupletamento injustificado uma modalidade do ilícito (...)” (AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, cit., pp. 98-99).

sob a vigência do Código Civil de 1916:

A figura do enriquecimento sem causa pode ser isolada como fonte autônoma das obrigações. Não é a lei que, direta e imediatamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é a vontade do enriquecido que a produz. O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecido. Mas assim é para todas as obrigações, ainda as contratuais.<sup>170</sup>

Voltando-se a atenção diretamente à classificação bipartida proposta por Planiol, parece possível concluir que, em realidade, carece de fundamento lógico a divisão estanque entre contrato e lei, por duas principais ordens de razão. A uma, porque tal enunciação teórica parece propor que o contrato constituiria fonte autônoma em relação à lei, quando, na verdade, a lei (no sentido amplo de legalidade) é fonte (ao menos mediata) de todas as obrigações, inclusive as contratuais.<sup>171</sup> A duas, porque a lei não cria obrigações por si só, sendo imprescindível a verificação de um fato jurídico para que se concretize o comando contido na norma positivada.<sup>172</sup>

Tais observações permitem compreender, em caráter geral, a inadequação de eventual raciocínio que busque identificar o surgimento de obrigações com base única e exclusivamente na lei, sem um respectivo fato jurídico.<sup>173</sup> Ao revés, a lei sempre depende da verificação de um suporte

<sup>170</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 308

<sup>171</sup> “Mas, apelando diretamente para a lei no intuito de cobrir esses casos, não se atendeu que a lei, como o próprio Pothier reconhece, é a causa, pelo menos mediata, de todas as obrigações. Para manter todos os elementos da classificação ao mesmo nível, como convém à economia de uma boa sistematização da matéria, haverá que descer ao plano das situações de fato a que a lei atende para criar a obrigação – e identificá-las através de categorias correspondentes aos outros membros da classificação” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., pp. 209-210).

<sup>172</sup> “Atualmente, com a superação das teses individualístico-liberais que sacralizavam a vontade, o papel desta na constituição de obrigações vem sendo reduzido às devidas proporções, ao mesmo tempo que se reconhece que a lei apenas pode permitir a criação de direitos de crédito, mas nunca criá-los diretamente. Neste sentido, pode-se afirmar que a vontade sozinha não cria nenhuma obrigação e que a lei sozinha também não é fonte de qualquer obrigação” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 365). Na mesma linha de sentido, Bruno Miragem destaca a dificuldade de enfrentamento das fontes das obrigações em apartado da classificação dos fatos jurídicos: “(...) como bem demonstra a doutrina, a multiplicidade de fatos juridicamente relevantes (negócio jurídico, atos ilícitos, atos justificados, fatos jurídicos e atos jurídicos lícitos), praticamente todos que em dado momento importam na fonte de uma obrigação, faz com que o exame jurídico da relação obrigacional a partir de suas fontes apresente grande dificuldade” (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79).

<sup>173</sup> Ilustrativamente, veja-se a proposição de Umberto Breccia: “*L’indicazione autonoma della legge voleva dunque significare, anche nel codice del 1865, che vi sono casi in cui la legge (la quale pure è implicitamente alla base di tutte le fonti) produce l’obbligo, in presenza della figura prevista, ‘per sua sola autorità’, senza la mediazione di un fatto personale dell’obbligato*” (BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, cit., p. 100). Em tradução livre: “A indicação autônoma da lei queria, portanto, significar, também no código de 1865, que existem casos nos quais a lei (a qual, em realidade, está implicitamente na base de todas as fontes) produz o dever, na presença da figura prevista, ‘por sua simples autoridade’, sem a mediação de um fato pessoal do obrigado”. Em sentido diverso, a identificar a lei como fonte autônoma de obrigações, v. NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2015, p. 32.

fático para a sua incidência.<sup>174</sup> Tal advertência decorre, fundamentalmente, da premissa metodológica do direito civil-constitucional acerca da impossibilidade de cisão entre fato e norma.<sup>175</sup> Com efeito, somente o cotejo dos elementos fáticos com o inteiro ordenamento jurídico, em processo unitário de interpretação-aplicação do direito, permite a identificação da normativa do caso concreto.<sup>176</sup> Rejeita-se, assim, a proposta de divisão bipartida das fontes das obrigações entre lei e fato jurídico,<sup>177</sup> construção que já nasce viciada por autêntica contradição em termos: não é possível diferenciar em categorias estaques de fontes a lei e o fato jurídico, uma vez que ambos se apresentam em situação de indissociável interdependência na busca pela individualização das obrigações merecedoras de tutela à luz do inteiro ordenamento jurídico.

Tamanha é a relevância da análise dos fatos jurídicos originadores de cada específica obrigação que já se reconheceu a incompletude da classificação romana justamente em razão de não abarcar todos os fatos jurídicos *lato sensu* aptos a deflagrarem efeitos obrigacionais.<sup>178</sup> O estudo das fontes das obrigações assume, então, o papel de perquirir os fatos aos quais o ordenamento jurídico

<sup>174</sup> “(...) apenas fatos jurídicos produzem efeitos jurídicos. Por sua vez, pode-se inferir que a norma jurídica, por si só, não gera efeitos jurídicos. Ela incide sobre o suporte fático para gerar efeitos. Logo, a norma não seria a fonte direta geradora da obrigação, mas sim o fato jurídico. A função da norma é de atribuir os efeitos do fato jurídico. É o fato jurídico que cria, portanto, a obrigação” (SCHILLER, Cristiano O. S. B. *O enriquecimento sem causa no contexto da teoria do fato jurídico*, cit., p. 286).

<sup>175</sup> “O ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam. Do confronto fato-norma se individua o significado jurídico a ser atribuído àquele fato concreto e o ordenamento assume um significado real, sem perder sua intrínseca função de ‘ordenar’. (...) A teoria da interpretação (entendida como unidade de interpretação e qualificação) supera a contraposição entre *fattispecie* abstrata e *fattispecie* concreta, e almeja a máxima valorização das particularidades do fato” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 657-658).

<sup>176</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 100-105.

<sup>177</sup> Veja-se a proposta de Limongi R. França, no sentido de uma divisão bipartida entre lei e fato jurídico: “A nosso ver, as causas eficientes da obrigação se resumem fundamentalmente em duas: a lei e o fato jurídico. Quando falamos em lei como fonte da obrigação, referimo-nos à mesma como causa eficiente por si só, como nos casos de *privata privilegia* ou de *jus singulare*. Quanto ao fato jurídico, é evidente que ele também pressupõe a norma legal. Mas, além da norma geral, exige como requisito o fato específico. O fato pode ou não depender da vontade do agente. (...) Em suma, as causas que são abrangidas pelo fato jurídico são as seguintes: a) o contrato; b) as declarações unilaterais da vontade; c) o enriquecimento ilícito; d) o abuso de direito; e e) o dano (responsabilidade civil)” (FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. Volume 4. Tomo II, cit., pp. 50-51).

<sup>178</sup> “Mas em verdade persistiu incompleta, devido a haver obrigações que não resultam *ex contractu*, nem *quasi ex contractu*, nem *ex delicto*, ou *quasi ex delicto*. Há obrigações que se irradiam de fatos jurídicos, de atos-fatos jurídicos, de atos jurídicos *stricto sensu*, de fatos *stricto sensu* ilícitos, ou de atos-fatos ilícitos; portanto, obrigações que não poderiam caber nas quatro classes” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, pp. 52-53).

atribui eficácia jurígena obrigacional.<sup>179</sup> Nesse contexto metodológico, pode-se perceber que a lei (no sentido amplo de legalidade, a coincidir com o ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade) é fonte de todas as obrigações.<sup>180</sup> Com efeito, uma obrigação apenas surge porque o ordenamento disciplina os efeitos do específico fato jurídico desencadeador.<sup>181</sup>

Tal conclusão não torna aconselhável, todavia, a redução da análise a somente um dos pontos de referência: a restrição da análise à legalidade obscureceria indevidamente a relevância dos elementos fáticos, ao passo que a consideração exclusiva dos fatos faria ressentir-se o intérprete da compreensão do fenômeno obrigacional à luz do arcabouço normativo que lhe origina.<sup>182</sup> Conjugadas tais considerações com as categorias tradicionais de fontes, conclui-se pela adequação da postura do intérprete que, diante da indagação acerca das fontes das obrigações, reconhece nascerem elas “(...) dos contratos e da lei, dos quase-contratos e da lei, dos delitos e da lei, dos quase-delitos e da lei; e de qualquer outro fato ou circunstância e da lei”.<sup>183</sup>

<sup>179</sup> “Ogni obbligazione, da qualsiasi fonte tragga origine, ha pur sempre nell’ordinamento il suo fondamento: soltanto quest’ultimo attribuisce ad un determinato fatto o atto l’idoneità a far sorgere il vincolo. (...) In questa prospettiva, la normativa costituzionale è parte essenziale ed integrante della disciplina delle fonti delle obbligazioni” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 295). Em tradução livre: “Toda obrigação, que em qualquer fonte tenha origem, tem sempre no ordenamento o seu fundamento: somente este último atribui a um determinado fato ou ato a idoneidade para fazer surgir o vínculo. (...) Nessa perspectiva, a normativa constitucional é parte essencial e integrante da disciplina das fontes das obrigações”. Na mesma linha de sentido, afirma-se: “A sistematização das fontes das obrigações consiste em definir a quais acontecimentos predefinidos pelo Direito é atribuída a eficácia de constituir uma relação jurídica obrigacional, ou seja, os fatos jurídicos que lhe dão origem, cuja ocorrência serve para constituí-las” (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*, cit., p. 77).

<sup>180</sup> “(...) non dimentichiamo che in tutti i casi è la legge che dà vita a una obbligazione, che quindi non possiamo menzionare la legge come fonte a sé” (BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volume II, cit., p. 3). Em tradução livre: “(...) não esqueçamos que em todos os casos é a lei que dá vida a uma obrigação, que, portanto, não podemos mencionar a lei como fonte por si só”. No mesmo sentido, v. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 685.

<sup>181</sup> “(...) dizer que só a lei tem o poder de criar obrigações, significa que só ela, ou melhor, só normas (ainda que diversas da lei escrita) determinam o que é e o que não é jurídico. Todas as obrigações, tanto as contratuais como as não contratuais, só vinculam se e na medida em que são acolhidas pela ordem jurídica” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 366). O autor arremata: “Sobre o papel da lei na criação de obrigações, o que se poderia dizer é que ela é fonte de todas as obrigações, mas sem que o seja de nenhuma em particular. Na verdade, todas as obrigações estão amparadas pela lei (primeira afirmação), mas a fonte imediata, direta, de cada obrigação da vida real é sempre um certo e determinado fato concreto (segunda afirmação)” (Ibid., p. 366).

<sup>182</sup> Pertinente, no ponto, a conclusão de Washington de Barros Monteiro: “Para solver a dificuldade decorrente de sua classificação, costumam os autores dizer que são obrigações *ex-lege*. Mas a lei é a fonte primária de todas as obrigações em geral. Assim, as obrigações provenientes dos contratos são também obrigações que resultam da lei, porque é a lei que disciplina os contratos. (...) Dizer, portanto, que a lei constitui fonte das obrigações é mostrar-se inconcludente, porquanto, num certo sentido, ela representa a fonte primordial, a fonte suprema, de todas as obrigações, sem qualquer exceção. Nenhuma relação obrigacional se concebe que se não funde, precipuamente, na própria lei, que nesta não encontre seu suporte lógico, natural e necessário” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 45).

<sup>183</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. Volume II, cit., pp. 520-521. O autor assevera: “A verdade é que nenhuma obrigação é independente dum fato e da lei” (Ibid., p. 520). Semelhante conclusão é alcançada por Umberto Breccia ao comentar o artigo 1.173 do *Codice Civile* italiano de 1942: “La categoria che chiude l’elenco è ancor più indistinta, poiché ricomprende in sé tutte le altre; e tende perfino a coincidere con l’intera classificazione dei fatti produttivi di effetti giuridici nei rapporti tra privati” (BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, cit., p. 106). Em tradução livre: “A categoria que fecha o elenco é ainda mais indistinta, vez que engloba em si todas as outras; e tende, por fim, a coincidir com a inteira classificação dos fatos produtores de efeitos jurídicos nas relações entre privados”.



Neste ponto do raciocínio, a aparente tranquilidade na conclusão sobre o caráter geral da lei (em sentido lato) como fonte das obrigações convive com questionamentos dos mais delicados: a que se presta o estudo das fontes das obrigações no cenário contemporâneo? Qual é a utilidade das categorias de fontes se se reconhece que toda e qualquer obrigação provém da atribuição de eficácia jurídica a fatos jurídicos os mais variados por força do ordenamento jurídico? Seria possível (ou aconselhável) insistir no tratamento categorizado de fontes das obrigações? As categorias tradicionais têm aptidão para abarcar toda a pluralidade de obrigações? Qual é, afinal, o papel desempenhado pela vedação ao enriquecimento sem causa no quadro geral de fontes das obrigações?

Sem qualquer pretensão de se fornecer resposta conclusiva a tais questionamentos, algumas considerações podem ser delineadas. Preliminarmente, mostra-se pertinente a ressalva, colhida da doutrina italiana, no sentido de que o abandono, pelo *Codice Civile* de 1942 (em inovação relativamente ao antecessor de 1865) das categorias romanas do quase-contrato e do quase-delito associa-se ao renovado panorama normativo de não taxatividade das obrigações.<sup>184</sup> Desse modo, à medida que se difundiu o entendimento pela inconveniência da enunciação taxativa das obrigações, perdeu relevo a tradicional associação entre as categorias de fontes das obrigações e uma suposta concretização do princípio da legalidade; abandonou-se, em suma, o esforço de reconduzir subsuntivamente toda obrigação a uma específica categoria de fonte, sendo suficiente, ao revés, a compatibilidade com o ordenamento jurídico.<sup>185</sup> A experiência italiana coincide, nesse ponto, com a brasileira, valendo rememorar a já mencionada consagração da ampla liberdade negocial e contratual pelo Código Civil de 2002 (em especial por seu artigo 425).

Se maior espaço não há para a associação entre as fontes das obrigações e um (há muito superado) princípio da taxatividade na seara dos direitos de crédito, boas perspectivas parecem

<sup>184</sup> Nesse sentido, v. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, cit., pp. 109-110; e VARANO, Edoardo. *La classification des sources des obligations dans le Code de 1942*. In: MANNINO, Vincenzo; OPHELE, Claude. (Coords.). *L'enrichissement sans cause: la classification des sources des obligations*. Paris: LGDJ, 2007, pp. 185 e ss.

<sup>185</sup> “*Quest’ultimo modello fu accolto nel codice civile del 1865 il quale vi aggiunse la legge, nell’intento – più o meno esplicito – di salvaguardare un principio di tipicità delle fonti (in parte conseguenza della tipicità dei diritti reali): nel codice del 1865, infatti, l’obbligazione era prevalentemente mezzo di acquisto della proprietà. Il codice vigente elimina ogni riferimento alle discutibili categoria del quasi-contratto, del quasi-delitto e sostituisce il richiamo alla ‘legge’ con un rinvio all’ordinamento giuridico’. Questa innovazione sancisce il passaggio ad un sistema aperto nel quale, pur in difetto di un’espressa previsione normativa, la qualifica di fonte del vincolo può anche discendere da un giudizio di virtuale idoneità che ricollegghi al singolo fatto la nascita di un’obbligazione” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 294-295). Em tradução livre: “Este último modelo foi acolhido no código civil de 1865, o qual lhe acrescentou a lei, no intuito – mais ou menos explícito – de salvaguardar um princípio de tipicidade das fontes (em parte consequência da tipicidade dos direitos reais): no código de 1865, de fato, a obrigação era prevalentemente meio de aquisição da propriedade. O código vigente elimina toda referência às discutíveis categorias do quase-contrato, do quase-delito e substitui a remissão à ‘lei’ por um reenvio ao ‘ordenamento jurídico’. Esta inovação marca a passagem a um sistema aberto no qual, mesmo na ausência de uma expressa previsão normativa, a qualificação de fonte do vínculo pode mesmo derivar de um juízo de idoneidade virtual que ligue ao singular fato o nascimento de uma obrigação”.*

existir no que tange à relação com a atipicidade obrigacional.<sup>186</sup> A identificação da fonte de uma certa obrigação passa a assumir importância, assim, não tanto para a admissibilidade do seu surgimento (conclusão que depende inexoravelmente do juízo de merecimento de tutela como concretização contemporânea do princípio da legalidade no direito privado, em contraponto à não taxatividade das obrigações), mas sim para a identificação do regime jurídico aplicável, em atenção à distinção funcional entre as espécies de obrigações.<sup>187</sup>

Conjuga-se, desse modo, o princípio da atipicidade das obrigações (a indicar o amplo espectro de liberdade para a conformação do conteúdo da obrigação pelos particulares) com o imperativo sistemático de incidência das normas pertinentes à específica relação obrigacional.<sup>188</sup> Não por outra razão é que, de modo quase inconsciente, o intérprete tende a aplicar às mais variadas obrigações contratuais a normativa geral dispensada aos negócios jurídicos, assim como aplica às obrigações indenizatórias a normativa geral da responsabilidade civil. O passo derradeiro – autêntica exigência de coerência metodológica – parece ser o esforço em se aplicar às obrigações restitutórias a normativa geral da vedação ao enriquecimento sem causa.

De posse de tais considerações, pode-se passar em revista a sistematização adotada pelo Código Civil de 2002 para o tratamento das fontes das obrigações. Destacam-se, em doutrina, acertos e desacertos do legislador pátrio na matéria. De uma parte, se lhe reconhece o mérito de tratar separadamente as obrigações de fonte negocial (com destaque, entre elas, para as relações

<sup>186</sup> No que tange aos direitos reais, Milena Donato Oliva e Pablo Rentería assim esclarecem a distinção entre taxatividade e tipicidade, em lição de todo aplicável aos direitos pessoais: “No ordenamento pátrio, os direitos reais, ao contrário dos pessoais, são *numerus clausus*, isto é, decorrem diretamente da lei, não sendo possível a criação, pela autonomia privada, de novos vínculos reais. Eis o princípio da taxatividade dos direitos reais, segundo o qual apenas o legislador pode criá-los, ocasião em que lhes atribui conteúdo típico, daí estabelecendo-se como segundo princípio, corolário do primeiro, o da tipicidade dos direitos reais. A taxatividade concerne à fonte do direito real; a tipicidade, por sua vez, se refere à modalidade de seu exercício, vale dizer, à disciplina jurídica que lhe é aplicável” (OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. *Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, p. 3).

<sup>187</sup> “É preciso abandonar as tentativas de classificar as obrigações a partir das fontes. Mais importante que isso, é tentar agrupar as diversas obrigações da vida real de acordo com a sua natureza. E se na vida real temos diversas categorias de obrigações, é porque são diversas as funções que elas desempenham. A especificidade de regime de cada categoria é consequência dessa diversidade de funções” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 432). Parece vir ao encontro da presente preocupação de delimitação funcional dos regimes obrigacionais a *Ordonnance du 10 février 2016*, que, entre outras modificações, acrescentou ao *Code civil* francês, no seu título dedicado ao regime geral das obrigações (*Titre IV – Du régime général des obligations*), um capítulo próprio para as restituições (*Chapitre V – Les restitutions*). Desse modo, na sequência da disciplina das modalidades da obrigação (*Chapitre Ier*), das operações sobre obrigações (*Chapitre II*), das ações atribuídas ao credor (*Chapitre III*) e da extinção da obrigação (*Chapitre IV*), o legislador francês estabelece regramento geral para hipóteses as mais variadas de obrigações restitutórias. O desenvolvimento da doutrina permitirá definir se a referida disciplina geral será estudada limitadamente (ou prioritariamente) no âmbito das invalidades (nesse sentido, v. CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., pp. 105-106) ou se, ao revés, se utilizará seu potencial para o regramento das hipóteses diversas em que se identificar uma obrigação funcionalmente vinculada ao regime restitutivo.

<sup>188</sup> “A fonte tem uma importância especial na vida da obrigação, por virtude da atipicidade da relação creditória. Enquanto o direito de propriedade, o usufruto, a enfiteuse ou o direito de superfície têm, em princípio, o mesmo conteúdo, seja qual for a sua origem, a obrigação tem um conteúdo variável consoante a fonte donde procede” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., p. 203).

contratuais) das obrigações de fonte indenizatória.<sup>189</sup> Assim é que o Código Civil brasileiro dispensa normativa diferenciada aos negócios jurídicos (Título I do Livro III da Parte Geral) – e aos contratos, em particular (Título V do Livro I da Parte Especial) – e à responsabilidade civil (Título IX do Livro I da Parte Especial).

De outra parte, critica-se a sistematização do diploma de 2002 principalmente no que tange à categoria dos “atos unilaterais”, a que se dedicou o Título VII do Livro I da Parte Especial.<sup>190</sup> Tal categoria reúne, em capítulos próprios, a promessa de recompensa (artigos 854-860), a gestão de negócios (artigos 861-875), o pagamento indevido (artigos 876-883) e o enriquecimento sem causa (artigos 884-886).<sup>191</sup> Nada obstante um possível propósito didático, o legislador parece ter incorrido no equívoco de reunir, em uma só categoria geral (“atos unilaterais”), algumas hipóteses de obrigações sem qualquer identidade funcional.<sup>192</sup> Afirma-se, ainda, que tal ausência de tratamento sistemático atento à identidade funcional repercute no próprio tratamento dos títulos de crédito em apartado da categoria geral dos negócios jurídicos.<sup>193</sup>

Vale destacar que a análise ora proposta não tem por escopo a mera discussão da localização topográfica dos enunciados normativos no âmbito do Código Civil. Muito ao revés, a percepção das similitudes e distinções funcionais entre as hipóteses de obrigações propicia a consideração da normativa mais diretamente relacionada à específica obrigação diante da qual se vir o intérprete,

---

<sup>189</sup> “(...) a sistematização estabelecida pelo Código Civil não é a melhor. Embora tenha distinguido claramente duas situações, do negócio jurídico – e dentre estes, do contrato em especial – e das hipóteses de responsabilidade civil por atos ilícitos e mesmo lícitos, por outro lado, reuniu sob a mesma categoria legal de atos unilaterais, situações com grande diferença entre si, caso da promessa de recompensa, gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Estabeleceu-se, no caso, certo artificialismo na solução proposta, reunindo sob a denominação de atos unilaterais situações que distinguem claramente entre si” (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*, cit., p. 80).

<sup>190</sup> “O nosso Código não enumera as fontes das obrigações, mas em títulos sucessivos fala nos contratos (arts. 421 a 853), nos atos unilaterais (arts. 854 a 884), nos títulos de crédito (arts. 887 a 926) e, finalmente, na responsabilidade civil (arts. 927 a 954). Parece que considera estas diversas categorias como outras tantas fontes de obrigações. Todavia, se quanto aos contratos e à responsabilidade civil a categorização feita ainda é aceitável (num caso temos as chamadas obrigações negociais, no outro as de responsabilidade civil), o mesmo não acontece com as outras duas categorias” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 431).

<sup>191</sup> Pertinente a crítica de Menezes Leitão acerca da experiência brasileira: “A colocação do enriquecimento sem causa entre as fontes das obrigações constitui uma das importantes inovações do Código Civil brasileiro, ainda que seja a de criticar a sua inserção sistemática entre os atos unilaterais, dado que o enriquecimento sem causa não constitui um ato unilateral, mas antes uma fonte das obrigações de cariz legal. Por outro lado, o Código, na sequência dos Códigos de raiz francesa, autonomiza o pagamento indevido em relação ao enriquecimento sem causa, quando tal pagamento constitui manifestamente uma hipótese de enriquecimento sem causa” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista CEJ*, n. 25, abr.-jun./2004, p. 25).

<sup>192</sup> “(...) o Código ‘mistura’ estes negócios jurídicos [unilaterais] com institutos de natureza diversa, como a gestão de negócios (arts. 861 e s.), o pagamento indevido (arts. 876 e s.) e o enriquecimento sem causa (arts. 884 e s.), apodando todos de ‘atos unilaterais’, como se eles tivessem tratamento jurídico similar (isto é, como se não fossem absolutamente diferentes as obrigações fundadas em negócios jurídicos unilaterais e as de restituição de enriquecimento sem causa)” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 427).

<sup>193</sup> “Quanto aos títulos de crédito, ainda se pode dizer que reúnem suficientes características específicas para serem tratados em título autônomo, mas a verdade é que todos eles são negócios jurídicos unilaterais, gerando obrigações similares às nascidas de contratos” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 432).

com o que se permite a mais completa satisfação dos concretos interesses em jogo.<sup>194</sup> De fato, em matéria obrigacional, o interesse do credor<sup>195</sup> – a ser tutelado de acordo com o respectivo regime jurídico – parece passível de recondução, a depender da hipótese fática que originou a obrigação, à realização das expectativas nascidas de compromissos assumidos, à reparação dos danos causados ou à reversão de transferências patrimoniais injustificadas.<sup>196</sup>

A análise funcional das categorias de obrigações tratadas pelo diploma brasileiro parece tornar possível, então, a sua sistematização em torno de três principais regimes (negocial, indenizatório e restitutivo), vinculados às respectivas fontes imediatas.<sup>197</sup> Reconhecer-se-ia, assim, uma tripartição funcional das obrigações, podendo-se apartar as funções *executória* (de um negócio celebrado), *indenizatória* (de um prejuízo sofrido) e *restitutória* (de um enriquecimento auferido).<sup>198</sup> Ao que mais diretamente interessa ao presente estudo, destaca-se que, no âmbito da referida tripartição, a vedação ao enriquecimento sem causa assumiria papel autônomo como fonte de

<sup>194</sup> A destacar a relevância do estudo das fontes das obrigações para a definição do regime jurídico aplicável, veja-se a lição de Lodovico Barassi: “*La fonte in cui il rapporto obbligatorio affonda le sue radici senza esserne un elemento costitutivo reagisce però largamente sulla disciplina giuridica del rapporto; le obbligazioni contrattuali, ad. es., – oltre a norme generali comuni a tutte le obbligazioni (art. 1174-1320) – sono soggette pure a norme ad esse particolari (art. 1321 seg.). Da ciò consegue l’importanza che la natura della fonte ha per il rapporto obbligatorio*” (BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volume II, cit., p. 1). Em tradução livre: “A fonte na qual o vínculo obrigacional afunda as suas raízes sem ser um seu elemento constitutivo reage largamente, porém, sobre a disciplina jurídica da relação; as obrigações contratuais, por exemplo – além das normas gerais comuns a todas as obrigações (art. 1174-1320) – são sujeitas também a normas a elas particulares (art. 1321 seg.). Disso resulta a importância que a natureza da fonte tem para a relação obrigacional”.

<sup>195</sup> Faz-se menção às figuras do *credor* e do *devedor* em razão da consagração do seu uso na práxis nacional, sem qualquer prejuízo à premissa metodológica de que toda relação jurídica (inclusive a obrigacional) consiste, do ponto de vista subjetivo, em uma ligação entre centros de interesse (nesse sentido, v., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 734 e ss.), e igualmente sem prejuízo à premissa metodológica de que a complexidade da relação obrigacional aponta para a multiplicidade de situações jurídicas subjetivas ativas e passivas atreladas a cada um dos centros de interesse (nesse sentido, v., por todos, LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37). Para uma análise mais detida dos influxos dessas premissas metodológicas na compreensão do fenômeno obrigacional, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, a. 18, v. 78, jun./2017, pp. 48 e ss.

<sup>196</sup> Nesse sentido, v. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 440.

<sup>197</sup> Assim conclui Eduardo Espínola: “O direito contemporâneo, por força das divergências legislativas, reconhece que o enriquecimento sem causa é uma fonte de obrigações, ao lado da declaração da vontade e do ato ilícito, obedecendo a um princípio geral, com requisitos característicos, sem prejuízo de algumas disposições especiais referentes a casos determinados” (ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*, cit., pp. 75-77).

<sup>198</sup> Assim conclui Fernando Noronha: “Falar na diversidade de funções que desempenham as obrigações que acabamos de caracterizar como autônomas, é o mesmo que nos reportarmos à diversidade de interesses que são prosseguidos em cada uma delas. Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 439). Pertinente, na mesma linha de sentido, a conclusão de Bruno Miragem ao comentar a pretensão de *repetição do indébito*: “Uma distinção fundamental no exame da repetição de indébito, diz respeito à natureza da pretensão que a caracteriza em relação à pretensão indenizatória. Quando se fala em indenização tem-se pretensão de reparação de danos, ou seja, do prejuízo causado ou dos lucros cessantes que atingem o patrimônio da vítima, e cujo dever de ressarcir é imputado a alguém. Na repetição de indébito, o que se tem é pretensão de restituição, ou seja, que alguém devolva bem ou quantia que está consigo, embora pertença ao patrimônio de outra pessoa” (MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado: comentário à Súmula 322 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, p. 385).

obrigações, conforme leciona Carlos Nelson Konder:

Além dessa face principiológica, o enriquecimento sem causa também se apresenta como uma fonte de obrigações, mais especificamente, fonte de uma obrigação de restituir aquilo que foi indevidamente objeto de locupletamento. Se antes tal obrigação de restituir era justificada apenas em situações específicas (como no caso de pagamento indevido), agora, este segundo aspecto encontra-se regulamentado de maneira abrangente pelos arts. 884 a 886 do Código Civil: o instituto do enriquecimento sem causa.<sup>199</sup>

Consagra-se, assim, o reconhecimento da vedação ao enriquecimento sem causa como fonte (autônoma) das obrigações restitutórias que não remetam ao cumprimento de obrigação negocial.<sup>200</sup> Esta última ressalva faz-se de acentuada importância por ser plenamente possível que um negócio jurídico preveja certas obrigações, por assim dizer, de restituir – mais usualmente referidas como obrigações de *restituir (ou devolver) coisa certa*.<sup>201</sup> A restituição relevante ao presente estudo, diversamente, é aquela funcionalmente direcionada, não à promoção de um interesse contratualmente ajustado, mas sim à recomposição de um patrimônio injustificadamente beneficiado.<sup>202</sup>

A consagração expressa da vedação ao enriquecimento sem causa como fonte autônoma de

<sup>199</sup> KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido, cit., p. 369. Pertinente, a propósito, o relato histórico de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “O movimento do *usus modernus* na Alemanha admitiu, por isso, não apenas a tutela do enriquecimento sem causa com base nas *condictiones* para as atribuições directas, mas também a da *actio de in rem verso* para as atribuições indirectas. Faltou-lhe, assim, dar o passo que representaria a criação de uma acção genérica destinada expressamente a reprimir o enriquecimento sem causa, entendido como fonte autônoma de obrigações. Esse passo, no entanto, tinha sido dado na Holanda por Hugo Grotius (...), justamente considerado o fundador da escola do jusracionalismo, que aparece assim como o primeiro autor na História do Direito a conceber o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações, fonte essa que poderia figurar a par do contrato e do delito” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 256-257).

<sup>200</sup> “Compreende-se, de toda sorte, que o enriquecimento sem causa é fonte autônoma de obrigações (...), figurando ao lado dos negócios jurídicos, especialmente os contratos, e da responsabilidade civil, subjetiva (ato ilícito) ou objetiva, como é indicado também em doutrina nacional” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforma a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 754).

<sup>201</sup> Elucida-se o conceito das obrigações negociais de restituir coisa certa: “Entre as obrigações de dar coisas conumera-se a de restituir. Em razão de diferenciar-se da simples obrigação de dar, porque o que se dá, nessa hipótese, é de propriedade do credor, distinguiu-as nosso Código Civil, de maneira mais analítica, nessa parte, do que o Código Germânico. A distinção impõe-se, porque o tratamento das obrigações de restituir está sob o comando de regras diversas em certos aspectos, das de dar. De modo geral, trata-se de restituir a posse e não a propriedade. Em alguns casos referentes a bens fungíveis e consumíveis, a restituição, porém, por não se operar no ‘idem corpus’, mas no ‘tantundem’, no equivalente, torna-se idêntica à obrigação de dar. É o problema do dinheiro, de coisa móvel e consumível, por excelência, que pode, por vezes, alterar o tratamento jurídico” (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 153). A partir de tal percepção, Aline de Miranda Valverde Terra diferencia a obrigação de restituição do equivalente na hipótese de resolução contratual da obrigação convencional de restituir coisa certa: “Note-se que a conversão no equivalente pecuniário independe de a restituição *in natura* ter se impossibilitado com ou sem culpa do devedor. Não se aplicam à hipótese os artigos 238 e 239 do Código Civil, relativos à perda da coisa objeto da obrigação de restituir, dado que de dívida de restituição não se trata, e sim de restituição imposta pela desconstituição da obrigação contratada (...)” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 189).

<sup>202</sup> Para uma análise mais detida da confusão conceitual em torno da noção de *restituição*, remete-se ao item 3.1, *infra*.

obrigações não traduz peculiaridade da experiência brasileira. Relata-se, com efeito, remontar ao direito francês, pelo menos desde o julgamento do *arrêt Boudier* em 1892, certo pioneirismo no reconhecimento de uma ação geral vocacionada a determinar a restituição do enriquecimento sem causa.<sup>203</sup> O caso concreto que veio a originar o célebre aresto concernia, na origem, aos efeitos do contrato de arrendamento celebrado entre o proprietário Sr. Patureau e um fazendeiro. Tal contrato veio a ser resolvido em razão do inadimplemento por parte do fazendeiro, o qual, para extinguir uma parte da sua dívida, abandonou em favor do proprietário a colheita já pronta. Proprietário e arrendatário solucionaram, assim, amigavelmente o término da sua relação contratual. Eis que o Sr. Boudier, comerciante de fertilizantes que ainda não havia recebido a devida remuneração pelos suprimentos fornecidos ao fazendeiro – o qual se tornara insolvente –, insurgiu-se em face do proprietário Sr. Patureau alegando que, ao receber a colheita, ele teria se enriquecido à custa do comerciante, razão pela qual deveria restituir a este o valor referente aos fertilizantes. Ao se deparar com esse caso, a Corte de Cassação decidiu favoravelmente ao comerciante – o que justifica a consagração da referência à decisão como *arrêt Boudier* –, no sentido de reconhecer o cabimento geral da *actio de in rem verso*, cujo exercício no sistema francês não estaria “(...) submetido a

<sup>203</sup> Sem embargo do caráter paradigmático da decisão proferida pela Corte de Cassação no *arrêt Boudier*, afirma-se que o pioneirismo no reconhecimento de uma ação geral fundada no enriquecimento sem causa remonta, em realidade, à doutrina francesa, notadamente às obras de Aubry e Rau e de Zachariae. Assim relata, por exemplo, ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 13. A análise da obra de Zachariae revela, com efeito, antes da prolação do célebre *arrêt Boudier*, o reconhecimento da *actio de in rem verso* em caráter autônomo face à ação fundada na gestão de negócios: “*Celui qui s’est immiscé aux affaires d’autrui dans des vues d’intérêt purement personnel, ne jouit pas de l’action negotiorum gestorum contraria. Il ne peut, lors même que sa gestion a été utile au maître, répéter ses déboursés que jusqu’à concurrence de la somme dont ce dernier se trouve enrichi au moment de la demande*” (ZACHARIAE, C.-S. *Cours de droit civil français. Tome Second*, cit., p. 76). O autor arremata: “*C’est l’action de in rem verso, et non l’action negotiorum gestorum contraria, qui est ouvert en pareil cas*” (Ibid., p. 76, nota de rodapé n. 7). Em tradução livre: “Quem interferiu nos assuntos de outrem em vista de interesse puramente pessoal, não desfrutava da ação *negotiorum gestorum contraria*. Não pode, mesmo que sua gestão tenha sido útil ao dono, repetir seus desembolsos além da soma da qual este último se encontrar enriquecido no momento da demanda”; “É a ação *de in rem verso*, e não a ação *negotiorum gestorum contraria*, que se abre neste caso”. Aubry e Rau, por sua vez, a partir da influência direta da obra de Zachariae (influência essa refletida já no título do seu trabalho), enunciaram de modo ainda mais expresso o cabimento geral de uma ação (distinta da ação fundada na gestão de negócios e daquela fundada no pagamento indevido) vocacionada a promover a repetição de pagamentos efetuados sem causa, ou por uma causa contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, e de pagamentos obtidos por força de meios ilícitos: “*Les paiements effectués sans cause, c’est-à-dire (hoc sensu) pour une cause future, qui ne s’est pas réalisée, ou pour une cause déjà existante, mais qui a cessé d’exister, comme aussi ceux qui ont eu lieu en vue d’une cause contraire à la loi, à l’ordre public ou aux bonnes mœurs, et ceux enfin qui ont été obtenus à l’aide de moyens illicites, donnent, en principe, ouverture à une action en répétition, indépendamment de toute erreur de la part de celui qui les a faits, et sans qu’il y ait à examiner s’ils ont ou non été dictés par l’intention d’accomplir une obligation naturelle, ou par le désir de satisfaire à un sentiment d’équité, de conscience, de délicatesse, ou d’honneur*” (AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae. Tome Quatrième*, cit., pp. 739-740). Em tradução livre: “Os pagamentos efetuados sem causa, isto é (*hoc sensu*), por uma causa futura que não foi realizada, ou por uma causa já existente, mas que deixou de existir, como também aqueles que tiveram lugar em vista de causa contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, e aqueles, por fim, que tiverem sido obtidos por força de meios ilícitos, dão, em princípio, abertura a uma ação de repetição, independentemente de qualquer erro por parte de quem os efetuou e sem ter que considerar se foram ou não ditados pela intenção de cumprir uma obrigação natural ou pelo desejo de satisfazer um sentimento de equidade, de consciência, de gentileza ou de honra”. Vale mencionar, ainda, o relato de D. Budishtëano acerca da existência de decisões esparsas nas instâncias inferiores francesas no sentido do reconhecimento de uma ação fundada na vedação ao enriquecimento sem causa (BUDISHTÉANO, D. *De l’enrichissement sans cause*. Paris: Ernest Sagot, 1920, pp. 41 e ss.).

nenhuma condição determinada”.<sup>204</sup>

A tendência jurisprudencial implementada a partir do julgamento do *arrêt Boudier*<sup>205</sup> veio a ser positivada expressamente por força da *Ordonnance du 10 février 2016*, que incorporou ao artigo 1.303 do *Code Napoléon* uma autêntica cláusula geral de restituição do enriquecimento sem causa.<sup>206</sup> Atribui-se, contudo, ao Código Suíço das Obrigações de 1881/1911 o pioneirismo na positivação do enriquecimento sem causa.<sup>207</sup> Sem maior destaque à enunciação cronológica, identifica-se, ainda, semelhante opção de reconhecimento expresso pelo BGB de 1896<sup>208</sup> e pelos

<sup>204</sup> Vale trazer à tona o seguinte excerto da decisão: “Attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée; qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit; que dès lors, en admettant les défendeurs éventuels à prouver par témoins que les engrais par eux fournis à la date indiquée par le jugement avaient bien été employés sur le domaine du demandeur pour servir aux ensemencements dont ce dernier a profité, le jugement attaqué (T. civ. de Châteauroux, 2 déc. 1890) n'a fait des principes de la matière qu'une exacte application”. Em tradução livre: “Considerando que esta ação, derivada do princípio da equidade que proíbe enriquecer-se em detrimento de outrem e não regulamentada por nenhum texto de nossas leis, seu exercício não está sujeito a nenhuma condição determinada; que é suficiente, para que seja admissível, que o demandante alegue e possa estabelecer a existência de uma vantagem que ele teria, por um sacrifício ou um fato pessoal, proporcionado àquele contra quem ele age; que a partir de então, admitindo-se que os eventuais réus provem por testemunhas que os fertilizantes por eles fornecidos na data indicada pelo julgamento tinham sido bem empregados no domínio do requerente para a semeadura de que este último se beneficiou, o acórdão recorrido (T. civ. de Châteauroux, 2 déc. 1890) apenas realizou uma aplicação exata dos princípios da matéria”. A íntegra da decisão, seguida de análise crítica, pode ser encontrada em CAPITANT, Henri; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. Tome 2. 12. ed. Paris: Dalloz, 2008, pp. 553 e ss. Para uma análise das críticas aventadas em doutrina à referida decisão da Corte de Cassação, sobretudo pelo alegado caráter irrestrito e ilimitado da ação fundada no enriquecimento sem causa, v. ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., pp. 12-15. Em realidade, costuma-se atribuir ao caráter excessivamente genérico da conclusão da Corte de Cassação no *arrêt Boudier* a necessidade, sentida tanto por doutrina quanto por jurisprudência, de limitar o alcance da ação fundada no enriquecimento sem causa, o que parece justificar a própria formulação da regra da subsidiariedade, como se poderá expor nos itens 1.3 e 2.4, *infra*.

<sup>205</sup> Assim relatam, na doutrina francesa, CAEMMERER, Ernst Von. *Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause*. *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n. 3, jul.-set./1966, p. 572; e, na doutrina brasileira, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II, cit., pp. 242 e ss.; e MICHELON JR. Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 24.

<sup>206</sup> Para uma análise da reforma legislativa que promoveu a positivação expressa do enriquecimento sem causa no *Code civil* francês, v., por todos, CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., pp. 203 e ss; e SIMLER, Philippe. *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, cit., pp. 49-52.

<sup>207</sup> Assim relatam FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. Volume 4. Tomo II, cit., p. 300; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II, cit., p. 241. O Código Suíço das Obrigações consiste em valioso exemplo, ainda, da possibilidade de sistematização das obrigações em torno da tripartição ora propugnada. Verifica-se, assim, no *Titre Premier* da *Première Partie* do *Livre Cinquième: Droit des Obligations*, a tripartição das obrigações em contratos (*Chapitre I*), atos ilícitos (*Chapitre II*) e enriquecimento sem causa (*Chapitre III*). A propósito da experiência suíça, v., ainda, BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volume II, cit., pp. 2-3.

<sup>208</sup> A propósito da experiência alemã, v., por todos, LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts. II Band*. 7. ed. München: C. H. Beck, 1965, pp. 364 e ss.

Códigos Civis italiano de 1942<sup>209</sup> e grego de 1946.<sup>210</sup>

À luz da referida proposta de tripartição funcional das obrigações, pode-se, por fim, buscar compreender efetivamente a sistematização adotada pelo Código Civil de 2002 para as fontes das obrigações. Afora as seções próprias dos negócios jurídicos, dos contratos e da responsabilidade civil – que, por corresponderem imediatamente às fontes possíveis, não acarretam maiores dúvidas –, deve-se perquirir o adequado enquadramento dos títulos de crédito e dos denominados atos unilaterais. Os títulos de crédito, com as devidas peculiaridades,<sup>211</sup> decorrem de autênticos negócios jurídicos – no mais das vezes, unilaterais –, de modo a atrair o regime negocial.<sup>212</sup>

No que tange à categoria geral dos “atos unilaterais” (Título VII do Livro I da Parte Especial), cumpre diferenciar cada uma das hipóteses. A promessa de recompensa não gera grande dificuldade: se lhe reconhece, desde a vigência do Código Civil de 1916, a natureza de negócio jurídico unilateral.<sup>213</sup> A gestão de negócios, por sua vez, subdivide-se em duas principais hipóteses, conforme a gestão seja ou não ratificada e, na segunda hipótese, seja ou não reputada útil ao dono do negócio: “(...) a gestão ratificada tem consequências similares ao contrato de mandato; a não ratificada, mas útil, gera obrigação de restituição por enriquecimento sem causa; a não ratificada e

<sup>209</sup> A propósito da experiência italiana, v., por todos, GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., pp. 34 e ss.; ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., pp. 18-21; e CORTESE, Barbara. *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato: modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*. Padova: CEDAM, 2009, pp. 241 e ss. Pertinente, ainda, o relato de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “O legislador italiano de 1942 optou por uma recepção praticamente integral da doutrina francesa, que se manifesta na diferenciação da repetição do indevido em relação ao enriquecimento sem causa (arts. 2033 e 2041) e na consagração expressa da subsidiariedade da ação (art. 2042). No entanto, não efectuou qualquer enquadramento dogmático da figura enquanto fonte de obrigações, rejeitando o conceito de quase-contrato e limitando-se a referir no art. 1173 como fonte das obrigações, a par do contrato e do delito, ‘qualquer outro acto ou facto idôneo a produzi-la de acordo com o ordenamento jurídico’. (...) Sem enquadramento dogmático adequado e com uma colocação sistemática deficiente, a acção de enriquecimento não singraria no direito italiano que faz dela uma aplicação ainda mais restrita que o direito francês” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 370).

<sup>210</sup> A propósito da experiência grega, v. CAEMMERER, Ernst Von. *Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause*, cit., pp. 574 e ss.

<sup>211</sup> Tornou-se célebre na doutrina comercialista a conceituação concebida por Vivante, conforme relata Fábio Ulhoa Coelho: “Título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado. Esse conceito, formulado por Vivante e aceito pela unanimidade da doutrina comercialista, sintetiza com clareza os elementos principais da matéria cambial. Nele se encontram, ademais, referências aos princípios básicos da disciplina do documento (cartularidade, literalidade e autonomia) (...)” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Volume 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 435).

<sup>212</sup> Rubens Requião destacava, sob a égide do Código Civil de 1916, que o direito brasileiro considerava os títulos de crédito “(...) não como resultantes de relação contratual, mas de declaração unilateral da vontade” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 303). No mesmo sentido, v. GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., pp. 170 e ss.

<sup>213</sup> “Entende-se como promessa de recompensa o negócio jurídico unilateral pelo qual se estipula uma gratificação ou recompensa pelo preenchimento de certa condição, ou pela prestação de certo serviço, anunciado publicamente, de maneira a obrigar o promitente a cumprir o prometido. A natureza jurídica da promessa de recompensa constitui ponto pacífico na doutrina brasileira desde o CC1916” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de et alii. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 687).



tida como não útil gera responsabilidade civil”.<sup>214</sup> O pagamento indevido, por sua vez, que normalmente se traduz em ato jurídico em sentido estrito, gera obrigação funcionalmente destinada à restituição do enriquecimento sem causa.<sup>215</sup>

Por fim, o enriquecimento sem causa, embora referido nominalmente pelo legislador como mera espécie de ato unilateral, “é pura e simplesmente uma das três grandes categorias em que podem ser repartidas todas as obrigações”.<sup>216</sup> Neste ponto do raciocínio, impõe-se uma advertência central: a fonte obrigacional da vedação ao enriquecimento sem causa manifesta-se, no direito positivo brasileiro, tanto pela cláusula geral do dever de restituir prevista pelo artigo 884 do Código Civil quanto por previsões legais específicas de restituição que ostentem a função restitutória.<sup>217</sup> O regime da vedação ao enriquecimento sem causa não se esgota, portanto, na cláusula geral do dever

<sup>214</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 432. Em sentido semelhante, afirma-se: “Enfim, a gestão de negócios (CC, arts.861 e ss.) configura propriamente espécie do gênero enriquecimento sem causa” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 394).

<sup>215</sup> Assim conclui, na doutrina italiana, Pietro Perlingieri: “*La ripetizione dell’indebito è un’azione restitutoria*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 299). O autor arremata: “*Il diritto alla ripetizione di ciò che si è indebitamente pagato non ha natura risarcitoria, non essendo il comportamento dell’accipiens di per sé illegittimo e causativo di danno*” (Ibid., p. 299, nota de rodapé n. 808). Em tradução livre: “A repetição do pagamento indevido é uma ação restitutória”; “O direito à repetição daquilo que se pagou indevidamente não tem natureza ressarcitória, não sendo o comportamento do *accipiens* por si ilegítimo e causador de dano”. Na doutrina brasileira, Silvio Rodrigues assevera: “O pagamento indevido constitui no plano teórico, apenas um capítulo de assunto mais amplo, que é o enriquecimento sem causa. Este representa o gênero, do qual aquele não passa de espécie” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II, cit., p. 185). Na mesma linha de sentido, afirma-se: “Enriquecimento sem causa e pagamento indevido, a rigor, são gênero e espécie. A técnica do Código Civil de 2002 desconsiderou este aspecto, e fez a espécie preceder o gênero” (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*, cit., p. 81). No mesmo sentido, v., ainda na doutrina brasileira, SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XII, cit., pp. 390-391; KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 395; LUCCA, Newton de. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Volume XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 99; e, na doutrina portuguesa, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 497 e ss.; e, na doutrina italiana, SIRENA, Pietro. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Orgs.). *Diritto civile*. Volume III: obbligazioni. Tomo I: il rapporto obbligatorio. Milano: Giuffrè, 2009, p. 506.

<sup>216</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 432.

<sup>217</sup> O presente esclarecimento talvez se preste a responder à preocupação que parece ter levado Cláudio Michelon Jr. a sustentar uma tripartição das fontes das obrigações em que o enriquecimento sem causa assume a conotação de mera espécie da fonte mais abrangente que denominou “direito restitutivo”; o autor identifica, nesse sentido, “(...) três fontes independentes de obrigação, quais sejam (a) as declarações de vontade, (b) a ocorrência de danos imputáveis e (c) a migração injustificada de bens ou direitos de um patrimônio a outro” (MICHELON JR. Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 15). O autor afirma, ao analisar o Título VII do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002: “Um mesmo princípio jurídico fundamenta a existência dos institutos da *actio contraria* na gestão de negócios (Capítulo II), do pagamento indevido (Capítulo III) e do enriquecimento sem causa (Capítulo IV), qual seja o princípio da conservação estática dos patrimônios. A adoção desse princípio é o que explica a reunião dos três institutos em um mesmo título do novo Código Civil. Em última análise, a configuração estrutural do título em comento representa o reconhecimento pelo codificador brasileiro de uma fonte autônoma de obrigações que não orbita em torno da noção de ato voluntário e que, ao mesmo tempo, é *tertium genus* em relação à distinção entre obrigações resultantes de declarações de vontade e obrigações resultantes de responsabilidade civil” (Ibid., pp. 17-18). No mesmo sentido, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 183. Referida formulação, pautada na rejeição da unificação funcional das obrigações restitutórias em torno da vedação ao enriquecimento sem causa e na primazia de um suposto princípio de duvidosa juridicidade (o “princípio da conservação estática dos patrimônios”), além de não contar, aparentemente, com qualquer substrato positivo no direito brasileiro, parece padecer da dificuldade de compreensão da distinção entre o regime (ou fonte) geral da vedação ao enriquecimento sem causa e a cláusula geral do dever de restituir.

de restituir, tal como o regime da responsabilidade civil certamente não se esgota nas cláusulas gerais do dever de indenizar previstas pelos artigos 186 e 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil.

Justifica-se, à luz de tais considerações, a adoção de cautela a respeito da tradicional formulação teórica (já mencionada na Introdução deste estudo) que busca distinguir as manifestações do enriquecimento sem causa como *princípio* e como *instituto*.<sup>218</sup> Tal formulação teórica demanda especial cautela, não em razão de uma inadequação de conteúdo, mas sim em razão do risco de malversação pela doutrina.<sup>219</sup> De fato, ainda que se pudesse criticar a menção excessivamente vaga ao *princípio* do enriquecimento sem causa, o maior risco na presente matéria consiste na possibilidade de a distinção entre *instituto* e *princípio* ser confundida com a distinção entre *cláusula geral* e *fonte obrigacional*. Trata-se, com efeito, de classificações absolutamente impassíveis de confusão ou tratamento intercambiável. No que importa ao presente estudo, deve-se ressaltar que a *cláusula geral do dever de restituir* (positivada no artigo 884 do Código Civil) traduz apenas uma das diversas manifestações da *fonte obrigacional da vedação ao enriquecimento sem causa*. Não se pode, portanto, associar a noção de *cláusula geral* à de *instituto* e a noção de *fonte obrigacional* à de *princípio*. Em realidade, ambas as noções empregadas no presente estudo – *cláusula geral* e *fonte obrigacional* – dizem respeito à conformação dogmática do instituto do enriquecimento sem causa. Tal conclusão assume acentuada relevância por possibilitar a adequada qualificação da pretensão restitutória à luz da fonte obrigacional da vedação ao enriquecimento sem causa – independentemente de decorrer da cláusula geral do artigo 884 ou de previsão legal específica –, com os consectários próprios de que se cogitará no capítulo 3, *infra*. O esforço de sistematização ora empreendido permite concluir que a identificação do regime jurídico regente de certa relação obrigacional (sem prejuízo, por certo, à consideração holística do ordenamento jurídico) depende da vinculação funcional da específica hipótese de obrigação aos regimes fundamentais consagrados pelo direito brasileiro – os regimes negocial, indenizatório e restitutivo. Como visto, não basta que a atenção do intérprete esteja voltada apenas para a enunciação das fontes possíveis das obrigações, vez que todo fato jurídico tem aptidão, em tese, para constituir, modificar

---

<sup>218</sup> A propósito, v., por todos, MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 176; e MARTINS-COSTA, Judith. *Direito restitutivo*, cit., p. 262.

<sup>219</sup> Adverte-se: “Constantemente se invoca, nos livros de doutrina, o princípio de não-locupletamento à causa alheia ou do não-enriquecimento injusto ou sem causa, para exprimir a ideia – corolário das velhas regras de *neminem laedere* e de *suum cuique tribuere* – de que ninguém deve enriquecer-se a expensas de outrem sem título ou causa jurídica que o justifique. O princípio, assim entendido, encontra-se na base de numerosos institutos jurídicos. Não é neste sentido, porém, que o locupletamento à custa alheia ou enriquecimento injusto deve considerar-se fonte autônoma de obrigações: fonte da obrigação de restituir o valor do enriquecimento” (JORGE, Pessoa. *Direito das obrigações*. Volume 1. Lisboa: AAFDL, 1975/1976, p. 231).

ou extinguir relações jurídicas obrigacionais, a depender da valoração atribuída pelo ordenamento.<sup>220</sup> A polissemia da expressão “fontes das obrigações” não deve obscurecer, portanto, a percepção de que qualquer fato jurídico pode consistir em *fonte* de obrigações (no sentido de hipótese fática de incidência da norma), a atrair, conforme a função concretamente desempenhada,<sup>221</sup> o regime geral dispensado a cada grande categoria de *fonte* (negócio jurídico, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa).<sup>222</sup>

Não subjaz à sistematização ora proposta qualquer percepção teórica de taxatividade dos regimes jurídicos obrigacionais. Quer-se com tal advertência ressaltar que cada sistema jurídico pode conceber os regimes jurídicos gerais que mais lhe aprouverem, com as denominações que mais lhe agradarem. Nada obsta, portanto, que um ordenamento consagre quantidade menor ou maior de fontes das obrigações (no presente sentido de regimes obrigacionais gerais) do aquela identificada no atual sistema jurídico brasileiro. O que parece recomendável, em qualquer caso, é a investigação das similitudes e distinções funcionais das principais categorias, a manter a utilidade do estudo – no escopo ora pugnado – das fontes das obrigações.

Tais ressalvas metodológicas permitem superar tradicional controvérsia doutrinária a propósito da qualificação de certos deveres, tais como o dever de prestar alimentos e os deveres de vizinhança.<sup>223</sup> A controvérsia cinge-se, fundamentalmente, a definir a natureza jurídica – se

<sup>220</sup> “Se, como vimos acima, entre a norma e a obrigação está sempre um acontecimento e se ele é o pressuposto (fatispécie, ou suporte fático) da norma, então este é que será fonte da obrigação correspondente. E dizer que cada obrigação tem um pressuposto normado é o mesmo que dizer que toda e qualquer obrigação há de nascer de uma situação fática juridicamente relevante” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., pp. 367-368). O autor arremata: “Das cinco categorias de fatos juridicamente relevantes que estivemos analisando nas seções anteriores [negócios jurídicos, atos ilícitos, fatos jurídicos, atos jurídicos e atos justificados], não existe uma que não possa dar origem a obrigações, quer consideradas isoladamente, quer integradas numa qualquer atividade” (Ibid., p. 427).

<sup>221</sup> Pense-se, a título ilustrativo, nos deveres laterais de conduta oriundos da boa-fé objetiva: nada obstante provenham da lei (e não de uma convenção dos contratantes), integram-se ao regulamento contratual e passam a compor a noção de resultado útil da específica relação obrigacional, de modo a atrair, portanto, o regime negocial (e não os regimes indenizatório ou restitutivo).

<sup>222</sup> Em sentido diverso, a restringir o enriquecimento sem causa à qualificação de ato-fato jurídico, afirma-se: “Levando em consideração aquilo que foi acima exposto sobre fontes das obrigações e como ele deve ser organizado a partir da classificação dos atos jurídicos, o enriquecimento sem causa pode e deve ser incluído na categoria do ato-fato jurídico. Isto se dá na medida em que a categoria do ato-fato jurídico é a fonte de obrigações que decorrem de atos humanos que produzem eficácia imediata e incondicional no ordenamento independentemente da existência de vontade do agente, tal como precisamente funciona o instituto do enriquecimento sem causa” (SCHILLER, Cristiano O. S. B. O enriquecimento sem causa no contexto da teoria do fato jurídico, cit., p. 291).

<sup>223</sup> Pertinente, a propósito, a lição de Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería: “O Código Civil, no seu art. 1.566, impõe aos cônjuges os deveres de fidelidade, assistência, respeito e consideração mútuos. São obrigações? Para os patrimonialistas, não são obrigações, mas outra categoria de deveres jurídicos. O que, destaque-se, não significa que estejam privados de juridicidade, que não possam ser tuteladas, mas tão-somente significa que não se pode aplicar de forma automática as normas de direito das obrigações. Ou seja, a tutela dos interesses envolvidos na relação conjugal não se adequaria à estrutura das obrigações e, portanto, não se poderia reconhecer que, por conta desses deveres, os cônjuges tenham direito de crédito um contra o outro” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, a. 1, n. 2, 2012, p. 20).

obrigacional ou não – dos referidos deveres.<sup>224</sup> A persistência da referida controvérsia parece vincular-se diretamente à concepção – igualmente tradicional – de que somente poderiam surgir deveres entre particulares nas hipóteses (supostamente) taxativas de fontes das obrigações.<sup>225</sup> No cenário contemporâneo, todavia, à luz da presente proposta de revisitação da teoria das fontes das obrigações, o fato de um dever (qualificado ou não como obrigação em sentido técnico)<sup>226</sup> não corresponder a qualquer das fontes significa tão somente que tal dever não será regido por um regime jurídico geral – ou, ao menos, que não será regido por um regime jurídico geral com denominação já individualizada, já que o ordenamento sempre incidirá, em sua unidade e complexidade, para reger toda e qualquer relação jurídica.<sup>227</sup>

Em suma, o que parece ser mais importante na presente matéria é a investigação da função desempenhada por cada específica obrigação. Não se afigura possível ou recomendável, nesta proposta, associar as categorias de fontes das obrigações às categorias de fatos jurídicos, como se a cada fonte correspondesse tão somente um fato. Ao revés, como visto, todo fato tem aptidão para consistir em suporte fático de incidência de qualquer dos grandes regimes jurídicos obrigacionais.

---

<sup>224</sup> Clóvis Beviláqua rejeita a natureza obrigacional: “Quanto às obrigações, que se originam das relações de família (como a de prestar alimentos a pessoas vinculadas pelas relações de parentesco dentro de certo limite); as que procedem do direito sucessório (como a responsabilidade pelas dívidas do *de cuius*); as que vão prender suas raízes na organização social (como a de concorrer, por meio de impostos, para as despesas do Estado e do município); escapam todas, pela índole natural, que lhes seria fácil apontar, ao quadro, dentro do qual se tem de inscrever este livro, e acharão suas normas noutras seções da ciência do direito, que não dentro das raízes da teoria das obrigações” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*, cit., p. 19). O autor arremata: “Outros dos chamados quase-contratos, a tutela, a curatela, a indivisão, acham-se naturalmente excluídos destas páginas, pois que em outras seções do direito privado encontrarão eles sua colocação conveniente. E o mesmo devo dizer de todas as fontes de obrigações que, por pertencerem ao direito de família, ao das coisas e ao sucessoral, são estranhas ao das obrigações” (Ibid., p. 215).

<sup>225</sup> A ilustrar o quanto exposto, veja-se a lição de Silvio Rodrigues: “A meu ver, as obrigações sempre têm por fonte a lei, sendo que nalguns casos, embora esta apareça como fonte mediata, outros elementos despontam como causadores imediatos do vínculo. Assim, a vontade humana, ou o ato ilícito. De maneira que classifico as obrigações da seguinte maneira: a) obrigações que têm por fonte imediata a vontade humana; b) obrigações que têm por fonte imediata o ato ilícito; c) obrigações que têm por fonte direta a lei” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II, cit., p. 21).

<sup>226</sup> Por certo, a ausência de correspondência ao conceito de obrigação sequer deveria suscitar a dúvida mencionada. Pertinente, a propósito, a lição de Washington de Barros Monteiro: “Avulta assim, no encargo alimentar, um elemento não patrimonial, vale dizer, a insígnia moral e social, que o diferencia, de modo nítido, dos demais direitos obrigacionais, exclusivamente patrimoniais. Sua disciplina jurídica há de ser ministrada, de conseguinte, por disposições peculiares e especiais, cujo suporte se encontra naturalmente no direito de família” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 44). Em sentido diverso, afirma-se: “Finalmente há aquelas obrigações que decorrem direta e imediatamente da lei, como a obrigação de prestar alimentos ou o mister de reparar o prejuízo causado, em caso de responsabilidade informada pela teoria do risco. Com efeito, os parentes se devem uns aos outros alimentos, se a pessoa que os reclama deles necessita e o demandado os pode prestar, sem prejuízo de sua subsistência (Cód. Civil, arts. 396 e sgts.). Da mesma forma, ao marido cumpre manter a família (Cód. Civil, art. 233, V). São obrigações que decorrem diretamente da lei” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume II, cit., p. 22).

<sup>227</sup> Veja-se a conclusão de Washington de Barros Monteiro: “Temos de reconhecer assim que, além dos contratos, das declarações unilaterais da vontade e dos atos ilícitos, outros fatos ainda existem de que resultam obrigações. Enfeixá-los numa fórmula única, sintética, precisa, por amor à simetria e harmoniza, parece impossível. Se a generalidade das obrigações se filia aos contratos e aos atos ilícitos, outras existem que se mostram deploravelmente rebeldes a qualquer catalogação sistemática. Preferível, portanto, que o legislador pátrio houvesse retornado à classificação tripartida do direito romano *ex contractu*, *ex delictu* e *ex variis causam figuris*, ou então, ainda mais simplesmente, à classificação das obrigações em voluntárias e legais” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 45).

Tal percepção revela que a classificação dos fatos jurídicos é necessariamente mais ampla do que aquela das fontes das obrigações, uma vez que a obrigação (entendida como a própria relação jurídica ou como uma específica situação jurídica subjetiva passiva contraposta a um direito subjetivo de crédito) é apenas um dos inúmeros possíveis efeitos dos fatos jurídicos<sup>228</sup> (entendidos como quaisquer fatos com aptidão para constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas subjetivas).<sup>229</sup>

De posse de todas essas considerações, pode-se, por fim, afastar algumas confusões de ordem terminológica ou conceitual. Pense-se, inicialmente, na *responsabilidade civil*: tal expressão por vezes é utilizada para designar tanto o conjunto de normas regentes da obrigação de indenizar quanto a própria obrigação de indenizar (nesta acepção, seria efetivamente redundante associar a responsabilidade civil a uma específica fonte das obrigações, pois isso equivaleria a chamar a “obrigação de indenizar” de “fonte da obrigação de indenizar”).<sup>230</sup> De qualquer modo, o certo é que qualquer fato jurídico (negócio jurídico, ato jurídico em sentido estrito ou ato-fato jurídico) que cause dano tem aptidão para criar a obrigação de indenizar.<sup>231</sup> No que tange ao *enriquecimento sem causa*, cumpre esclarecer: tal expressão pode designar tanto o conjunto de normas regentes da obrigação de restituir quanto a própria obrigação de restituir (nesta acepção, seria efetivamente redundante mencionar o enriquecimento sem causa como uma fonte das obrigações, pois isso equivaleria a chamar a “obrigação de restituir” de fonte da “obrigação de restituir”). Tal como sucede com a responsabilidade civil, qualquer fato jurídico (negócio jurídico, ato jurídico em sentido estrito ou ato-fato jurídico) que gere enriquecimento sem causa tem aptidão para criar a obrigação de restituir.

Todo o exposto não aponta para a obsolescência da classificação das fontes das obrigações, a qual deve servir, em realidade, para destacar a existência de regimes jurídicos básicos aplicáveis a alguns conjuntos de obrigações de acordo com a sua específica natureza – se negocial, indenizatória

<sup>228</sup> “Os efeitos por excelência dos fatos jurídicos na ordem civil consistem nas situações jurídicas subjetivas. Em outras palavras, de todo fato jurídico concreto, situado no mundo do ser, resulta um efeito jurídico, conceito abstrato que integra o universo do dever ser. Tais efeitos, enquadráveis em categorias distintas estrutural e funcionalmente, podem ser reunidos sob a designação genérica de situações jurídicas subjetivas” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos*. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015, p. 2). No mesmo sentido, a identificar as situações jurídicas subjetivas como efeitos dos fatos jurídicos, v. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 74.

<sup>229</sup> “(...) fato jurídico será, por outras palavras, qualquer acontecimento juridicamente relevante, porque produtor de efeitos jurídicos, quer estes se traduzam na constituição, na modificação ou na extinção de direitos, ou ainda na imposição de obrigações” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., pp. 368-369).

<sup>230</sup> Sobre a ressalva terminológica, Fernando Noronha destaca que a “obrigação de indenizar” pode ser chamada de “responsabilidade civil propriamente dita” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 439).

<sup>231</sup> “A rigor, a qualificação ‘ilícito’, em qualquer de suas acepções, mostra-se estranha ao quadro geral classificatório dos fatos jurídicos, que toma por base o papel da vontade individual e não a juridicidade ou não do próprio fato. O ato ilícito do art. 186 do Código Civil, portanto, consiste, em verdade, em um fato humano juridicamente relevante (em geral ato-fato, mas até mesmo ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico) sujeito a um regime especial em decorrência da produção de um dano injusto” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 88).

ou restitutória. Parece ser exatamente essa perspectiva que justificou, historicamente, o desenvolvimento de uma teoria geral das obrigações (excessivamente abrangente e mais voltada para os negócios jurídicos), dos contratos e da responsabilidade civil, incumbindo à doutrina contemporânea trilhar semelhante percurso em matéria de enriquecimento sem causa. Passa-se, então, à investigação da distinção funcional entre as duas categorias que, por sua similitude estrutural, são usualmente mais confundidas – a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa.

### **1.3. Perfil funcional do enriquecimento sem causa em cotejo com outras fontes das obrigações**

A compreensão do quadro geral de fontes das obrigações a que se procedeu no item anterior reclama do intérprete a constante investigação da natureza de cada obrigação com que se deparar. Tal esforço, distante de mero deleite teórico, assume repercussões de acentuado relevo, uma vez que a definição da natureza da específica pretensão – ao que se relaciona a identificação da sua fonte – auxiliará no complexo procedimento hermenêutico de individualização da normativa do caso concreto.

Nesse contexto, assume relevância central a investigação do perfil funcional da vedação ao enriquecimento sem causa, de modo a possibilitar a definição das fronteiras entre as três fontes gerais das obrigações. Analisam-se, de início, os contornos da função restitutória, basilar para a distinção funcional entre o enriquecimento sem causa e a fonte com que guarda mais acentuada similitude estrutural – a responsabilidade civil. Com efeito, tanto os problemas indenizatórios quanto os problemas restitutórios em comento afiguram-se alheios ao caráter convencional característico da outra principal fonte de obrigações – a negocial –, faltando-lhes o regulamento privado de interesses oriundo da livre manifestação de vontade. Cumpre, portanto, investigar os contornos contemporâneos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, o que propiciará, a um só tempo, a melhor compreensão do próprio instituto do enriquecimento sem causa e a adequada sistematização da pretensão restitutória no direito brasileiro. Na sequência do raciocínio, após a compreensão do perfil funcional primordial da vedação ao enriquecimento sem causa, cogitar-se-á de outras funções que não a restitutória. Assumirá especial relevo, uma vez mais, o cotejo com a responsabilidade civil, a deflagrada investigação da compatibilidade também do enriquecimento sem causa com a função punitiva – função essa cada vez mais desenvolvida pela doutrina da responsabilidade civil em acréscimo à função basilar indenizatória.

Cumpre, nessa empreitada, ressaltar a premissa metodológica subjacente ao presente raciocínio. Como se sabe, o desenvolvimento contemporâneo da doutrina do direito civil logrou

consagrar o entendimento de que a análise dos institutos jurídicos comporta tanto uma investigação estática acerca dos seus elementos de formação quanto uma investigação dinâmica sobre os efeitos essenciais e os valores relacionados à sua atuação concreta.<sup>232</sup> Sem que se despreze por completo a relevância da análise estrutural, hodiernamente se reconhece a impossibilidade de realização integral do processo de interpretação-aplicação do direito sem a consideração da função concretamente desempenhada pelo instituto.<sup>233</sup> Sintetizam-se, assim, os contornos da distinção entre a análise estrutural e a análise funcional do direito, tendo se sedimentado o entendimento de que a última determina a própria conformação da primeira.<sup>234</sup>

No que tange às duas fontes das obrigações que mais diretamente interessam ao presente estudo, pode-se notar que a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa ostentam certa similitude do ponto de vista estrutural. Tal similitude se depreende da circunstância de que ambos os institutos visam, em alguma medida, à restauração do equilíbrio patrimonial

---

<sup>232</sup> A necessidade de análise funcional dos institutos do direito civil é ressaltada por Pietro Perlingieri: “Para evitar os perigos de um estruturalismo árido, de maneira a subtrair-se ao fascínio de doutos questionamentos sobre o consentimento, sobre a troca sem diálogo e sem acordo, é necessário deslocar a atenção para os aspectos teleológicos e axiológicos dos atos de autonomia negocial, para o seu merecimento de tutela segundo o ordenamento jurídico. Isto representa o sinal de uma forte mutação no enfoque hermenêutico e qualificador do ato e, sobretudo, de um modo mais moderno de considerar a relação entre lei e a autonomia negocial, configurada unitariamente” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 358-359).

<sup>233</sup> Pietro Perlingieri ressalta o caráter meramente didático-sistemático da divisão entre análise estrutural e análise funcional, uma vez que a adequada compreensão do ato de autonomia sempre pressuporia a combinação dos dois perfis (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 348). Sustenta-se, na metodologia civil-constitucional, a verdadeira prioridade do perfil funcional em detrimento do estrutural: “A interpretação com fins aplicativos conduz à prioridade do perfil funcional dos institutos sobre o perfil estrutural. (...) Sob a perspectiva civil-constitucional, isso implica que não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam a tutela jurídica do instituto por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda para o direito civil-constitucional*, cit., p. 13). No que tange especificamente às relações obrigacionais, afirma-se: “A relação obrigacional somente pode ser corretamente compreendida quando examinada sob seu perfil estrutural e sob o funcional” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais*, cit., p. 1).

<sup>234</sup> “Estruturas idênticas se distinguem pela diversidade de sua função, funções idênticas se realizem mediante estruturas diversas. (...) Na individuação da natureza dos institutos concorrem estrutura e função, mas é esta última, como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda que de forma diferida, a tipificar a *fattispecie*” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 118). Em outra sede, o autor assevera: “*Nel valutare il fatto il giurista individua la funzione, costruisce cioè la sintesi complessiva degli interessi sui quali quel fatto incide. La funzione del fatto determina la struttura. La struttura segue, non precede, la funzione*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 74). Em tradução livre: “Ao valorar o fato, o jurista individualiza a função, isto é, constrói a síntese complexiva dos interesses sobre os quais aquele fato incide. A função do fato determina a estrutura. A estrutura segue, não precede, a função”.

originário – ou, na hipótese específica dos danos morais, à compensação pecuniária da vítima.<sup>235</sup> Assim como o abalo no patrimônio da vítima pode deflagrar o dever de indenizar, o incremento patrimonial injustificado de uma pessoa tem o condão de ensejar a obrigação de restituir. Em ambas as hipóteses, o ordenamento jurídico parece buscar promover a restauração do equilíbrio patrimonial anterior à ocorrência do fato causador da variação não tolerada.<sup>236</sup>

Identifica-se, a propósito da referida similitude estrutural, uma identidade do que se convencionou denominar “função genérica dos institutos”. Uma vez que ambos lidam diretamente com a preocupação em preservar a distribuição das riquezas, afirma-se que seria possível associá-los a essa mesma “função genérica”.<sup>237</sup> Ressalvada a possível confusão terminológica que tal enunciação pode gerar – uma equivocada impressão sobre a existência de alguma similitude funcional –, o que não se pode perder de vista é a efetiva relevância da análise funcional dos institutos consiste na identificação da denominada “função específica” (passível de referência simplesmente como “função”) de cada um deles.<sup>238</sup>

Registre-se, ainda, que a referida similitude estrutural (por alguns autores expressa em termos de similitude de “função genérica”) finda por ser ressaltada pelas linhas de entendimento que extraem do requisito da obtenção à custa de outrem – consagrado, no direito brasileiro, pelo artigo 884 do Código Civil – uma suposta exigência de correlação entre enriquecimento e empobrecimento.<sup>239</sup> Exigir a prova do empobrecimento e da sua correlação com o enriquecimento

<sup>235</sup> Afirma-se que “(...) a função específica do enriquecimento sem causa é diversa daquela inerente à responsabilidade civil. Contudo, não há como negar certa similitude na estrutura e entre as respectivas funções genéricas destes dois institutos do direito civil brasileiro. Ambos visam repor um equilíbrio que se rompeu e, neste sentido, aproximam-se por estarem ligados pela ideia geral de ‘reparação’, aqui referida em sentido amplo” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50). O autor afirma que “[A] semelhante função genérica de ambos os institutos acaba gerando uma confusão pragmática” (Ibid., p. 52). Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma que, “(...) por mais paradoxal que possa parecer, é preciso reconhecer, ainda que minimamente, certa similitude funcional entre a responsabilidade civil e a disciplina do enriquecimento sem causa, além de alguma semelhança de estrutura” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 207).

<sup>236</sup> Em estudo comparatista dos sistemas jurídicos inglês, alemão e italiano, afirma-se: “*Compensation and restitution realize different results, but the mechanism in operation is the same for both responses: after compensation, the victim should be in a position of indifference between the pre-wrong and the post-compensation situation. After restitution, the wrongdoer should be in a position of indifference as regards his pre-wrong and post-restitution situation*” (GIGLIO, Francesco. *The Foundations of Restitution for Wrongs*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 34). Em tradução livre: “Compensação e restituição promovem resultados diferentes, mas o mecanismo de operação é o mesmo em ambas as respostas: após a compensação, a vítima deve estar em uma posição de indiferença em relação às situações anterior e posterior ao ilícito. Após a restituição, o malfeitor deve estar em uma posição de indiferença em relação às suas situações pré-ilícito e pós-restituição”.

<sup>237</sup> Em que pese a similitude em referência à denominada *função genérica* dos institutos, reconhece-se haver nítida distinção no tocante à dita *função específica*: “Ao contrário do que ocorre na responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento; a remoção do dano é que, neste caso, é indireta e eventual” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 54). Em sentido semelhante, v. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., pp. 224-225.

<sup>238</sup> “Se pode dizer-se que é esta – a de operar uma tal redistribuição da riqueza – a função genérica dos dois institutos, a verdade, porém, é que há entre ambos profundas e inegáveis diferenças, a revelarem a distinta intenção ou função específica de um e outro” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 22).

<sup>239</sup> Para o desenvolvimento da crítica a tal linha de entendimento, remete-se ao item 2.2.2, *infra*.



como condição para a deflagração da obrigação de restituir acarretaria, de fato, a quase impossibilidade prática de delimitação dos contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil.<sup>240</sup>

Somente a análise funcional dos institutos parece possibilitar, então, a delimitação das suas fronteiras dogmáticas, de modo a revelar que a sua similitude estrutural não tem o condão de extirpar a distinção funcional que lhes acompanha desde a gênese.<sup>241</sup> Tal distinção funcional pode ser traduzida, em termos sintéticos, por uma diferença de foco.<sup>242</sup> De uma parte, a vedação ao enriquecimento sem causa visa à restauração do patrimônio da pessoa ao estado em que estaria acaso não ocorrido o fato gerador do enriquecimento injustificado.<sup>243</sup> Pouco importa, para a determinação da obrigação de restituir, o estado anímico do enriquecido ou mesmo a ilicitude do fato gerador do enriquecimento.<sup>244</sup>

---

<sup>240</sup> Sobre este ponto novos comentários serão tecidos mais adiante. A ilustrar a mencionada dificuldade, veja-se: “(...) a própria palavra ‘restituição’ mostra que a indenização deve ser limitada aos danos emergentes. Se o proveito de um for superior ao prejuízo do outro, não poderá este reclamar a importância total desse proveito, porque a diferença não constitui o seu detrimento. A ação de *in rem verso* visa a restituição do objeto cuja transferência foi causa do empobrecimento de um e correlativo enriquecimento de outro patrimônio, quando nenhum obstáculo de fato ou de direito se opõe a essa restituição *in natura*, em caso contrário, à restituição do valor em que se subrogou aquele objeto” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XII, cit., p. 389).

<sup>241</sup> Ao analisar o cenário jurídico posterior à Constituição de 1988 e anterior ao Código Civil de 2002, Judith Martins-Costa alude à existência de “(...) confusões doutrinárias e jurisprudenciais entre o princípio (implícito) da reparação integral e o (na época também implícito) do *restitutio in integrum*, que pertence, todavia, ao enriquecimento sem causa, instituto que tem plena autonomia relativamente à responsabilidade civil, reportando-se a fonte obrigacional diversa daquela que leva ao dever de indenizar – num caso, o dano injusto, noutro, o trespasse patrimonial destituído de causa” (MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9). Também a destacar a distinção entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa, v., na doutrina espanhola, a lição de LAGOS, Rafael Núñez. *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, cit., pp. 7-9.

<sup>242</sup> Nesse sentido, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 28, dez./2015, pp. 21-22.

<sup>243</sup> Sobre a distinção funcional entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa, Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma: “O foco da responsabilidade é a situação do lesado (e não a do ofensor) e a sua principal função é eliminar os prejuízos que lhe foram causados, seja na modalidade de dano emergente, seja na forma de lucro cessante, ao passo que o enriquecimento sem causa (e o ilícito) têm por escopo aniquilar um acréscimo, indevidamente injustificado, do qual o ofensor se beneficiou. É por isso que a doutrina tradicional ressalta que a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa estão sujeitos a princípios fundamentalmente diversos” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., pp. 203-204). Em sentido semelhante, v., na doutrina brasileira, NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 216-218; e MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*, cit., pp. 116-117; e, no direito português, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II. Tomo III, cit., p. 208.

<sup>244</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes esclarece que, diversamente da responsabilidade civil, “(...) a obrigação de restituir o que se obteve injustificadamente não depende de um comportamento culposo ou sequer de um comportamento ilícito do enriquecido – em rigor, não é mesmo necessário que tenha havido qualquer conduta do enriquecido, podendo este ter obtido algo à custa alheia em virtude de um comportamento da própria pessoa que vem agora exigir a restituição” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 223). Semelhante conclusão já fora alcançada na doutrina brasileira do século passado: “(...) pode haver o locupletamento embora o locupletador permaneça em atitude puramente passiva, sem o ter desejado ou previsto. Logo, não é possível subordinar a ação de *in rem verso* aos princípios da responsabilidade civil, nem equipará-la à ação de perdas e danos” (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XII, cit., p. 381).

De outra parte, a responsabilidade civil, outrora focada na pessoa do agente que perpetrava um ato ilícito, hoje se encontra voltada precipuamente à tutela da vítima do dano injusto.<sup>245</sup> Expressão maior de tal preocupação é a determinação, contida no *caput* do art. 944 do Código Civil, de que “[A] indenização mede-se pela extensão do dano”. Ao mesmo tempo em que assegura à vítima a reparação integral do dano injusto por ela sofrido, a norma em comento garante ao causador do dano que a sua responsabilidade não ultrapassará o estrito limite do dano.<sup>246</sup> O montante da indenização pode até mesmo se revelar inferior à extensão do dano,<sup>247</sup> mas jamais se lhe poderá sobrepor.<sup>248</sup>

A negativa da possibilidade de indenização superior ao dano tem como premissa a rejeição das teses genéricas de atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil.<sup>249</sup> A advertência faz-se de especial relevância no cenário contemporâneo, no qual juízes e tribunais brasileiros reiteradamente invocam a noção punitivista supostamente associada à responsabilidade civil para fundamentar a fixação de indenizações em montantes aleatórios e desprovidos de substrato racional – particularmente na seara dos danos morais, por influxo da doutrina estadunidense dos *punitive*

---

<sup>245</sup> “A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, cit., p. 331).

<sup>246</sup> Judith Martins-Costa correlaciona o perfil funcional da responsabilidade civil ao princípio da reparação integral: “O princípio em torno do qual se articula o instituto da responsabilidade civil é o princípio da reparação integral, que agrega ao valor fundante dessa disciplina o valor sistemático e o valor dogmático. É fundante o valor do princípio porque serve para explicitar em uma síntese altamente expressiva a razão de ser da responsabilidade civil como instituto jurídico, apontando para o seu núcleo básico ou característica central. (...) Colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito liga-se diretamente à própria função da responsabilidade civil, apontando à ficção expressa na palavra ‘indenização’ – o tornar *in-demne* (sem dano), fazendo desaparecer, na medida do possível, os efeitos desagradáveis do evento danoso” (MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*, cit., p. 5).

<sup>247</sup> Mencionem-se, ilustrativamente, as previsões contidas no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil e no parágrafo único do artigo 928, todos do Código Civil.

<sup>248</sup> “O referido dispositivo [parágrafo único do art. 944 do CC] apenas autoriza que o juiz, com base na equidade, reduza a indenização – nunca, porém, que a aumente –, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 217). Sérgio SAVI critica, ainda, a proposta de interpretação extensiva da regra contida no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: “O legislador de fato inovou ao introduzir uma exceção expressa ao princípio da reparação integral dos danos. A regra, contudo, é de exceção, e deve ser interpretada restritivamente. O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil não pode, portanto, ser utilizado como ‘porta de entrada’ ou fundamento para as indenizações punitivas no direito brasileiro e, tampouco, para justificar o cômputo dos lucros do interventor no cálculo da indenização” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., pp. 75-76).

<sup>249</sup> Para uma crítica à tese atribuição genérica de caráter punitivo à responsabilidade civil, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas*, cit., pp. 371 e ss.

*damages*.<sup>250</sup>

Tal prática jurisprudencial, ainda que imbuída de louváveis propósitos, encontra óbice aparentemente intransponível no princípio da legalidade: toda e qualquer punição, independentemente do ramo do Direito em que situada, deve se fundamentar diretamente em lei em sentido formal.<sup>251</sup> Trata-se do princípio da legalidade, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CF, art. 5º, XXXIX). Trazido à esfera cível, o referido princípio determina que nenhuma punição pode ser imposta pelo juiz sem prévia e estrita cominação legal.<sup>252</sup>

Não bastasse a afronta direta ao princípio da legalidade, a imposição de penas através do mecanismo da responsabilidade civil findaria por agravar sobremaneira a situação do acusado no

---

<sup>250</sup> Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber relatam que “(...) na experiência brasileira, assim como em diversos ordenamentos ocidentais, vive-se um momento de fascínio pelos *punitive damages* norte-americanos e pelas indenizações milionárias que de suas aplicações resultavam. Ensaiou-se, na prática advocatícia, uma importação acrítica do modelo do *common law*, que somente agora vem, pouco a pouco, reconhecido como inaplicável, ao menos em seus contornos originais, ao ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica. Nem por isso, todavia, se pode dizer que à responsabilidade civil por dano moral seja, entre nós, atribuído caráter exclusivamente compensatório, já que o caráter punitivo aflora nos critérios de quantificação” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*, cit., p. 520).

<sup>251</sup> “De acordo com o princípio da reserva legal, todos os atos estatais que são gravosos aos cidadãos necessitam de apoio em uma lei formal. (...) O princípio da legalidade, dessa forma, empresta segurança a um ordenamento jurídico e garante aos cidadãos proteção ante o *jus puniendi* estatal. Por este princípio os jurisdicionados devem saber de antemão a conduta proibida e sua sanção (...)” (CALLEGARI, André Luís. [Verbete]. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 387).

<sup>252</sup> Assim se conclui, a propósito dos *punitive damages*: “É certo que a aplicação dos critérios punitivos e mesmo o teor sancionatório das sentenças judiciais vêm, muitas vezes, no afã de justificar indenizações mais elevadas para casos em que ao prejuízo gerado pela conduta reiterada e até maliciosa do ofensor não se costuma atribuir um valor suficiente para evitar a repetição do dano. Entretanto, parece, em primeiro lugar, que tal punição não pode prescindir de autorização legislativa expressa, e que, mesmo nos casos referidos, outras alternativas existem à atribuição de um papel punitivo à responsabilidade civil” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*, cit., p. 522). Idêntica conclusão é alcançada no âmbito da doutrina portuguesa: “Configurando os danos punitivos uma sanção de tipo penal, vários obstáculos se erigem contra a sua admissibilidade. Assim, e para nos centrarmos nos mais acutilantemente sublinhados pela doutrina, poderíamos dizer que eles, danos punitivos, escapavam à proibição do *nullum crimen sine lege*. É certo que – e já tivemos oportunidade de o referir – o sistema não é fechado e que a juridicidade se delimita a partir do problema, mas também é verdade que há determinados princípios que, com o seu cunho normativo, funcionam como limite objetivo à realização transsistemática do direito” (BARBOSA, Mafalda Miranda. Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 81, 2005, p. 574). A autora prossegue: “Ora, a cominação de danos punitivos afigura-se totalmente distante de um princípio da tipicidade. Não só inexistente a exigível previsão expressa da eventual punição a ser associada à prática de um ilícito doloso de determinado tipo, como, fruto da remissão do escopo punitivo estrito para o domínio civilístico, ficariam apagadas as garantias que, ao nível do processo penal, são reconhecidas aos arguidos, ao mesmo tempo que potenciaria o risco de uma dupla punição, em claro desrespeito por outra proibição penalista – *ne bis in idem*” (Ibid., pp. 574-575).

que tange às garantias substanciais e processuais.<sup>253</sup> Mencione-se, no intuito de demonstrar o propósito do legislador brasileiro, que todos os dispositivos do Projeto do Código de Defesa do Consumidor que contemplavam hipóteses de indenização punitiva sofreram veto presidencial, o qual não foi derrubado pelo Congresso Nacional por ocasião da promulgação do diploma legal.<sup>254</sup>

O que se tem, ao fim e ao cabo, é a opção expressa do direito brasileiro pela limitação da indenização à extensão do dano.<sup>255</sup> Consagrou-se, assim, modelo jurídico em que a responsabilidade civil assume caráter primordialmente reparatório (ou compensatório).<sup>256</sup> Diante disso, não é facultado ao julgador, no momento da quantificação do dever de indenizar, levar em consideração circunstâncias atinentes à pessoa ou à intenção do causador do dano. Ainda que se entenda que o desenvolvimento contemporâneo da matéria pode vir a permitir que se cogite do reconhecimento, em caráter geral, de certos mecanismos preventivos na responsabilidade civil, esta há de permanecer

---

<sup>253</sup> Em síntese das críticas ora expostas, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que, “(...) ao se adotar o caráter punitivo e o deixar ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas, cit., p. 375). No mesmo sentido, v. KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de direito civil contemporâneo*. No prelo.

<sup>254</sup> Faz-se referência aos arts. 16, 45 e 52, §3º, *verbis*: “Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”; “Art. 45 - As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo”; “Art. 52 - § 3º - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo”.

<sup>255</sup> “Em síntese, o ordenamento jurídico brasileiro não acolhe os *punitive damages* como título autônomo de indenização, mas os tribunais empregam, à margem de uma indicação legislativa, critérios de quantificação de natureza punitiva, o que acaba por ser ainda mais grave. Contra este caráter punitivo, posiciona-se expressamente o novo Código Civil brasileiro, que, em seu artigo 944, determina: (...). A gravidade da culpa somente vem tomada em consideração pelo legislador de 2002 para fins de eventual redução equitativa da indenização, quando for excessivamente desproporcional ao prejuízo causado (art. 944, par. ún.). O dado positivo aparece, portanto, em flagrante contradição com a prática jurisprudencial. (...) parece, em primeiro lugar, que tal punição não pode prescindir de autorização legislativa expressa, e que, mesmo nos casos referidos, outras alternativas existem à atribuição de um papel punitivo à responsabilidade civil” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro, cit., pp. 521-522). Em sentido diverso, a sustentar a necessidade de a indenização ser fixada em atenção não apenas à extensão do dano, mas igualmente à suposta função punitiva da responsabilidade civil, v., entre outros, ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 216 e ss.

<sup>256</sup> “A função primordial da responsabilidade civil, portanto, é a de remover o dano sofrido pela vítima, sem preocupar-se com a punição do ofensor” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 45).

sempre e necessariamente estruturada em torno de um dano concreto (atual ou iminente),<sup>257</sup> afastada, portanto, eventual confusão entre a verdadeira prevenção e a mera punição.<sup>258</sup>

As razões subjacentes à crítica ao recurso imoderado a uma suposta função punitiva da responsabilidade civil justificam, guardadas as devidas proporções, a adoção de acentuada cautela diante de proposições teóricas que associem a vedação ao enriquecimento sem causa a propósitos punitivos. Exemplo eloquente em que a presente advertência assume particular relevo consiste nas previsões legais do que se convencionou denominar *devolução em dobro*, em razão do risco – usualmente despercebido – que tais hipóteses apresentam aos limites da função restitutória. A expressão *devolução em dobro*, verdadeira contradição em termos, pretende aludir às hipóteses em que o legislador estabelece a obrigação imposta a uma parte de “devolver” a prestação indevidamente percebida por ela, mais o valor correspondente a essa mesma prestação, o que equivale, em termos pragmáticos, à “devolução” duplicada da prestação.

A análise da legislação brasileira revela alguns exemplos de previsão da chamada *devolução em dobro*, particularmente na disciplina da cobrança indevida no âmbito das relações paritárias e de consumo. O artigo 940 do Código Civil, por exemplo, estabelece que, quando o credor “demandar

---

<sup>257</sup> Eventual mecanismo preventivo há de pautar-se, em todo caso, na função primordial de indenização que preside a responsabilidade civil. Precisamente nesse sentido, conclui Mafalda Miranda Barbosa: “(...) parece-nos injustificada a defesa de uma finalidade preventiva que se autonomize da função reparadora. Esvaziada da consideração da personalidade, a prevenção transforma um instituto jurídico num instrumento de uma tecnocracia que contraria a estrutura básica, axiologicamente fundamentada, do sistema. Torna-se, por isso, imperiosa a negação incondicional da perspectiva encabeçada pela *law and economics*. Ligada à eficácia, a prevenção torna-se desvaliosa. Unida aos vetores sedimentados, a prevenção deve manter-se dentro dos parâmetros por ele definidos, pelo que se subordinará sempre a uma finalidade reparadora ou ressarcitória. O que quer dizer que ela não poderá nunca justificar, por si só, a admissibilidade de princípios de danos punitivos” (BARBOSA, Mafalda Miranda. Reflexões em torno da responsabilidade civil, cit., p. 599).

<sup>258</sup> Justifica-se, por tais razões, o afastamento da proposição teórica que associa toda a responsabilidade civil a uma genérica “função preventiva”: “Ao efetuarmos a tripartição funcional da responsabilidade civil em reparatória, punitiva e precaucional, abstermo-nos de conferir a qualquer uma delas, com exclusividade, a qualificação de ‘função preventiva’. A prevenção *lato sensu* é um dos quatro princípios regentes da responsabilidade civil e inafastável consequência da aplicação de qualquer uma das três funções estudadas. A prevenção reside em todos os confins da responsabilidade e não apenas simboliza um mero refrão: ‘mais vale prevenir do que remediar’, ou uma vazia declaração de princípios. (...) Em suma, podemos afirmar que na função reparatória a indenização é acrescida a uma ‘prevenção de danos’; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma ‘prevenção de ilícitos’; enquanto na função precaucional, a sanção é acrescida a uma ‘prevenção de riscos’” (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*, cit., p. 33). Especificamente no tocante à denominada função precaucional da responsabilidade civil, afirma-se: “Nesse cenário, o princípio da precaução ingressa quando há o confronto entre o ordenamento jurídico e as atividades danosas cujas consequências não são passíveis de compensação ou securitização. Pense-se, por exemplo, em riscos de natureza nuclear, química, ecológica ou associados à engenharia genética, os quais, em virtude de não poderem ser limitados pelo tempo ou pelo espaço, não podem ser compensados, nem segurados. um dos exemplos típicos neste domínio respeita aos produtos alimentares que contêm organismos geneticamente modificados. A ciência não consegue prever inequivocamente os seus efeitos no consumo humano. Nesse contexto de incerteza, os mecanismos tradicionais do direito da defesa de concorrência (...) afiguram-se inadequados para assegurar uma efetiva proteção aos consumidores. Parece apenas restar como opção a implementação do princípio da precaução” (Ibid., p. 122). O reconhecimento dogmático de um perfil funcional preventivo da responsabilidade civil parece não prescindir, em realidade, de uma distinção bem delimitada entre as possíveis funções do instituto, bem como de uma adequada autonomização entre os campos próprios de atuação do direito civil e dos demais ramos do direito – notadamente o administrativo –, por ser, ao menos, questionável a imputação de deveres os mais diversos a título de responsabilidade civil preventiva ou precaucional sem previsão legal e em substituição aos mecanismos próprios de política pública.

por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido”, deverá pagar ao devedor “o dobro do que houver cobrado” caso já tenha recebido o pagamento a maior, ou “o equivalente do que dele exigir” caso ainda não se tenha verificado mais do que a cobrança indevida (artigo 940 do Código Civil). Em sentido semelhante – e ainda mais explícito quanto à referência à ideia de *devolução em dobro* –, o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso”, ressalvada a hipótese de engano justificável.<sup>259</sup>

Superada eventual dúvida acerca da constitucionalidade dos referidos dispositivos legais – ou simplesmente presumida a sua legitimidade em respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público –, cumpre perquirir a sua vinculação aos regimes jurídicos obrigacionais a que se aludiu no item 1.2, *supra*. Não parece possível, em qualquer caso, identificar uma associação entre as hipóteses de *devolução em dobro* e a função executória característica do regime negocial, por não visarem elas à promoção de um regulamento privado de interesses. Resta maior dúvida, porém, no tocante à possível vinculação funcional das hipóteses em comento aos regimes indenizatório e restitutivo.

De uma parte, em favor da associação ao regime indenizatório coloca-se a opção expressa do legislador pela inclusão da norma referente à *devolução em dobro* (artigo 940) no âmbito da disciplina da obrigação de indenizar (Capítulo I), dentro do Título próprio dispensado pelo Código Civil de 2002 à responsabilidade civil. A parcela sobressalente em relação à *devolução simples*

---

<sup>259</sup> A ressalva constante da parte final do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor suscita acentuada controvérsia em doutrina e jurisprudencial, como relata Bruno Miragem: “Observa--se, contudo, que exegese da expressão ‘salvo hipótese de engano justificável’ considera distintas interpretações. Em trabalho anterior, sustentamos que é espécie de sanção civil, só afastada mediante demonstração cabal da ausência de dolo ou culpa do fornecedor. Todavia, assim não entende a jurisprudência majoritária, considerando diversamente, que a expressão conduz à necessidade de realizar a prova da presença de culpa ou dolo na conduta do fornecedor. Desse modo, da ausência de demonstração do elemento subjetivo da conduta do fornecedor, seria cabível apenas a repetição simples do valor pago indevidamente” (MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado, cit., p. 393). Assim conclui Bruno Miragem: “Com o devido respeito à opinião em contrário, não parece ser este o sentido comum que se retira da interpretação dos termos da norma. Isto porque claramente surge da norma o sentido excepcional do afastamento do dever de devolução em dobro, que é sanção aplicável ao fornecedor, e pela qual responde por culpa presumida. Seria de admitir-se, neste sentido, o afastamento do dever de devolução em dobro, caso houvesse erro justificável, a semelhança do erro substancial, a que se refere o Código Civil, como aquele que “poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (art. 138 do CC/2002). Neste sentido, o ônus da prova para demonstração da escusabilidade, ou aqui, de se tratar de erro justificável, é daquele a quem aproveita a alegação, no caso, o fornecedor” (Ibid., p. 394). No mesmo sentido, v. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; KOSIAWY, Stefany Guerra. Devolução em dobro e a exigência judicial da prova da má-fé: constatação a partir do descumprimento da boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 109, jan.-fev./2017, p. 428; e ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 54, abr.-jun./2005, p. 167.

poderia ser entendida, assim, como princípio de indenização assegurado em lei.<sup>260</sup> De outra parte, em favor da associação ao regime restitutivo coloca-se a opção – igualmente expressa – do legislador pela previsão do “dobro” como critério de cálculo da “repetição do indébito” (artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor). A parcela sobressalente em relação à *devolução simples* poderia ser entendida, desse modo, como critério específico de determinação do *quantum* da obrigação restitutória.

A diversidade de indícios fornecidos pelo legislador parece indicar não a associação da *devolução em dobro* a qualquer dos regimes em comento, mas sim o seu afastamento em relação a ambos. A vinculação com a função indenizatória resta dificultada não só pelo fato de se prescindir da demonstração do dano supostamente sofrido pelo devedor demandado, mas igualmente pelo fato de o artigo 941 do Código Civil estabelecer a não incidência do comando de devolução em dobro “quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide”.<sup>261</sup> O referido artigo 941 faz menção expressa, ainda, à noção de “pena” para se referir às hipóteses de *devolução em dobro*, a evidenciar

---

<sup>260</sup> Sistemática semelhante é adotada pelo direito brasileiro para a disciplina das arras confirmatórias, a teor dos artigos 417 a 419 do Código Civil. Nesse sentido, a destacar o funcionamento das arras confirmatórias como piso da indenização, Carlos Nelson Konder afirma: “Se, no entanto, houver inexecução por fato imputável a quem deu as arras – por exemplo, o promitente-comprador que desiste de adquirir o imóvel por encontrar outro que reputa melhor –, as arras serão perdidas em favor de quem as deu. Aqui se demonstra claramente sua função principal: aquele que recebeu as arras como confirmação da seriedade do negócio e, depois, é frustrado pelo comportamento culposo da outra parte, poderá reter as arras, a título de mínimo indenizatório dos prejuízos sofridos. Essa característica das arras de predeterminar um mínimo de indenização atua de forma bilateral, isto é, vincula ambos os contratantes. Assim, se o cenário for, enfim, de inexecução do contrato por fato imputável a quem recebeu as arras, deverá este não apenas devolver as arras, mas também pagar a quem as deu o equivalente pecuniário do sinal, valor que se entende ser o mínimo de indenização devida pelos prejuízos sofridos. Na prática, como o mais comum é que as arras sejam quantia em dinheiro, simplifica-se com a ideia da devolução em dobro: no inadimplemento com arras, quem as deu perde-as, quem as recebeu devolve-as em dobro” (KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, vol. 4, mar.-abr./2014, p. 90). O autor arremata: “Nesses dois últimos cenários, como destacado, as arras funcionam como predeterminação do mínimo da indenização. Poderá o contratante vítima, se comprovar que seu prejuízo com a inexecução foi superior ao valor das arras, demandar indenização suplementar, de maneira a ocorrer sua reparação integral. A perda das arras, ou sua devolução em dobro, todavia, por configurar mínimo indenizatório, independe de prova” (Ibid., p. 90). Em sentido semelhante, v. LIMA, Alvíno. Arras: restituição do sinal em dobro. *Doutrinas essenciais – Obrigações e contratos*. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Texto originalmente publicado na Revista dos Tribunais 165/461 de fev./1947, *passim*.

<sup>261</sup> A afastar eventual associação com a função indenizatória, afirmam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Como se vê, para as várias hipóteses de cobrança indevida, previu o legislador diferentes sanções, que têm, todavia, em comum o fato de prescindirem de qualquer prejuízo efetivo por parte do demandado. Assim, quem, por exemplo, demanda dívida já paga fica obrigado a pagar ao demandado o dobro do que houver lhe cobrado. Tecnicamente, tal montante não se transfere a título de reparação, já que nem a cobrança indevida necessariamente causa prejuízo ao devedor, nem há qualquer razão concreta para considerar que, existindo, tal prejuízo venha a corresponder ao dobro do valor exigido” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro, cit., p. 504). No mesmo sentido, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 1.737-1.739.

um propósito punitivo na disciplina legal.<sup>262</sup> Melhor sorte não assiste à tese que associa a *devolução em dobro* com uma função restitutória. Com efeito, não parece adequado à compreensão da função restitutória o reconhecimento de um critério de cálculo que conduza o enriquecido a situação mais gravosa do que aquela em que ele se encontraria na ausência do fato gerador do enriquecimento injustificado. Evidencia-se, uma vez mais, um provável propósito punitivo na matéria.<sup>263</sup>

No que mais diretamente importa ao presente estudo, das precedentes considerações decorrem, além do alerta sobre a constante necessidade de investigação dos limites da função restitutória, ao menos duas ordens de conclusão. Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que eventual propósito repressivo ou pedagógico, embora passível de positivação específica e expressa pelo legislador, não permite a associação indiscriminada do regime restitutivo do enriquecimento sem causa a uma suposta função punitiva, valendo incorporar à matéria as já referidas cautelas aventadas pela doutrina da responsabilidade civil. Em segundo lugar, deve-se reconhecer que a conclusão sobre a diversidade de perfis funcionais entre a obrigação de *devolução simples* (esta, sim, de cunho nitidamente restitutivo)<sup>264</sup> e aquela de *devolução em dobro* reclama investigação da civilística acerca da disciplina jurídica aplicável especificamente à pretensão de “devolução” da parcela sobressalente, a começar pelo prazo prescricional sobre ela incidente. Trata-se, em suma, de

<sup>262</sup> A ilustrar o reconhecimento de propósito punitivo na disciplina das hipóteses denominadas de *devolução em dobro*, afirma-se: “O art. 42, par., do Código de Defesa do Consumidor não contém uma disposição destinada a reger uma suposta reparação de danos. Contém sim a cominação de pesadíssima multa, que como multa deve ser tratada, quer em sua nítida finalidade repressiva, quer nos pressupostos de sua incidência. A finalidade repressiva de tal sanção e sua consequente natureza de autêntica multa são determinantes de um tratamento diferenciado, que não coincide e não se confunde com a regência da responsabilidade civil por danos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II, cit., p. 1.735). Identifica-se, a propósito, a tendência em “(...) se atribuir às referidas normas uma função exclusivamente punitiva, inserindo-as frequentemente no topo do rol das chamadas penas privadas” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*, cit., p. 504). Os autores cogitam, contudo, de uma função de pré-liquidação de danos extrapatrimoniais por normas como aquela contida no artigo 940 do Código Civil (Ibid., pp. 504-505). A identificação da função punitiva da *devolução em dobro* parece justificar a cautela, verificada na jurisprudência pátria, de limitar a incidência das previsões de *devolução em dobro* às hipóteses em que restar comprovada atuação maliciosa (e não meramente negligente) do credor. Trata-se de entendimento consagrado já sob a égide do Código Civil de 1916, refletido no Enunciado n. 159 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1531 do Código Civil”. A ilustrar a consagração do referido entendimento jurisprudencial, no sentido de condicionar a *devolução em dobro* à prova da má-fé do credor tanto no âmbito de relações regidas pelo Código Civil quanto no daquelas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, v. STJ, AgInt no AREsp 911.309/MG, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 04/05/2017, publ. 10/05/2017; STJ, AgInt no REsp 1.449.237/PR, 3ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, julg. 25/04/2017, publ. 04/05/2017; STJ, AgInt no AREsp 745.691/PR, 3ª T., Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, julg. 04/04/2017, publ. 10/04/2017; STJ, REsp 1.529.545/PE, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 01/12/2016, publ. 19/12/2016; STJ, AgRg no AREsp 825.017/SP, 4ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 05/04/2016, publ. 08/04/2016; STJ, AgRg no AREsp 489.079/RS, 2ª T., Rel. Min. Assusete Magalhães, julg. 03/03/2016, publ. 16/03/2016; STJ, REsp 1.111.270/PR, 2ª S., Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 25/11/2015, publ. 16/02/2016; e STJ, AgRg no REsp 1504572/PE, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 21/05/2015, publ. 01/06/2015.

<sup>263</sup> A ilustrar a identificação de propósito punitivo, afirma-se: “(...) observe-se que o art. 42, parágrafo único, do CDC (LGL\1990\40) estabelece espécie de sanção do fornecedor em face da violação do direito, de devolução em dobro do valor cobrado indevidamente” (MIRAGEM, Bruno. *Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado*, cit., p. 392).

<sup>264</sup> A identificar o perfil restitutivo da obrigação de devolução simples, v., por todos, MIRAGEM, Bruno. *Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado*, cit., p. 399.



reconhecer que a eventual identificação de função punitiva de certas obrigações parece desautorizar a aplicação automática do idêntico regime jurídico dispensado às obrigações de perfil restitutivo a elas associadas, a exemplo do que sucede a propósito da definição do prazo prescricional de três anos da pretensão de restituição do enriquecimento sem causa (v. item 3.1, *infra*).

As precedentes considerações, por outro lado, conduzem ao reconhecimento da possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e indenizatória, quando verificados os pressupostos próprios de cada qual.<sup>265</sup> Com efeito, uma vez compreendido que tais pretensões remontam a institutos funcionalmente distintos, afasta-se qualquer óbice *prima facie* à sua coexistência em uma mesma situação fática.<sup>266</sup> Em atenção às funções precípua da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa, pode-se enunciar, então, a regra geral segundo a qual as parcelas em comento coexistirão sempre que houver dano injusto a indenizar e enriquecimento injusto a restituir.<sup>267</sup> Pode-se concluir, assim, que quando uma determinada situação preencher simultaneamente os pressupostos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, diversas haverão de ser as pretensões relacionadas.<sup>268</sup> Ressaltam-se, com isso, as distinções funcionais entre

---

<sup>265</sup> Ao se referir à linha de entendimento que conclui pelo afastamento do regime do enriquecimento sem causa em todos os casos de surgimento do dever de indenizar, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão afirma: “A linearidade deste raciocínio é, no entanto, claramente posta em causa pela diferenciação de pressupostos e pela diferença de função dos dois institutos. Mesmo segundo a teoria clássica do enriquecimento sem causa (assente na existência de uma deslocação patrimonial) essa diferenciação de pressupostos existe em virtude de o enriquecimento sem causa pressupor a colocação de dois patrimónios independentes em relação um com o outro, enquanto na responsabilidade civil apenas se efectua uma ponderação isolada do património do lesado, abstraindo-se dos seus efeitos no património do lesante (...) As teorias mais modernas acentuam, pelo contrário, a diferença de funções dos dois institutos, um centrado na remoção do dano e outro na repressão do enriquecimento. Efectivamente, a responsabilidade civil visa remover os danos, só reprimindo o enriquecimento de uma forma indirecta e eventual. Pelo contrário, o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, só removendo o dano de uma forma indirecta e eventual” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 701).

<sup>266</sup> “Note-se, contudo, que não se confundem a pretensão de repetição de indébito, cujo fundamento é a vedação ao enriquecimento sem causa, e a pretensão indenizatória, que decorre de dano injusto causado ela outra parte. E por isso, não se pode afastar a priori, a possibilidade de cumularem-se, decorrentes de um mesmo fato, a pretensão de devolução (restituição em vista do enriquecimento sem causa do fornecedor), mesmo quando devolução em dobro (que se caracteriza como sanção civil decorrente de violação do fornecedor que promoveu a cobrança), e a pretensão indenizatória, seja como reparação de danos materiais, quanto a compensação e/ou satisfação de danos extrapatrimoniais, quando estes sejam verificados a partir do agir ilícito do fornecedor” (MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado, cit., p. 400).

<sup>267</sup> Alcança-se semelhante conclusão no âmbito do direito português “A possibilidade de existência de um concurso entre a responsabilidade civil e o enriquecimento é aliás entre nós confirmada pela disposição do art. 498, nº 4 do Código Civil [de Portugal], onde se escreve que ‘a prescrição do direito de indemnização não importa prescrição da acção de reivindicação nem da acção de restituição por enriquecimento sem causa, se houver lugar a uma ou outra’” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 702).

<sup>268</sup> CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, cit., pp. 46-47; COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., pp. 85-86; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I, cit., p. 411; e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 208.

os institutos em comento e evitam-se indesejáveis aproximações a um caráter punitivo genérico.<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> O realce da distinção funcional entre os institutos denota que não se coloca em xeque a regra de subsidiariedade: “Ora, ao falar em ‘outro meio’ o art. 474 [do Código Civil português] apenas estabelece uma subsidiariedade da pretensão de enriquecimento se através de outra disposição o lesado conseguir obter o mesmo resultado (ou um resultado superior) do que aquele que lhe adviria da pretensão de enriquecimento. Não sendo essa a situação, parece-nos claro que a pretensão de enriquecimento não fica afastada pela verificação cumulativa de uma hipótese de responsabilidade civil” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 701-702).

## 2. CONTORNOS DA CLÁUSULA GERAL DO DEVER DE RESTITUIR

As considerações desenvolvidas no capítulo antecedente buscaram identificar a conformação dogmática do enriquecimento sem causa em comparação com as demais fontes das obrigações no direito brasileiro. Buscou-se, para tanto, perquirir o perfil funcional do instituto, com o escopo primordial de delimitar as fronteiras entre a vedação ao enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil, fronteiras essas de contornos particularmente delicados quando se propõe, legislativa ou doutrinariamente, o acréscimo de uma função punitiva a essas duas fontes de obrigações.

Na sequência da referida análise de cunho comparativo, passa-se, doravante, a uma investigação voltada precipuamente ao interior da vedação ao enriquecimento sem causa. A empreitada norteadora do presente estudo – a saber, a qualificação da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa – não se poderia perfazer, de fato, com base na simples assunção da premissa teórica previamente desenvolvida acerca da distinção funcional entre as fontes das obrigações. Faz-se necessária, nesse sentido, a compreensão dos requisitos enunciados pelo direito brasileiro para a deflagração do dever de restituir, o que propiciará a investigação das perspectivas práticas de aplicação – direta ou indireta – da cláusula geral contida no artigo 884 do Código Civil.<sup>270</sup>

O particular destaque conferido por este capítulo à *cláusula geral do dever de restituir* faz-se necessário em razão do predomínio – posto que não exclusivo – dessa técnica legislativa na seara restitutória.<sup>271</sup> Sem dúvida, a disciplina do enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro não se resume ao Capítulo IV (“Do Enriquecimento sem Causa”) do Título VII (“Dos Atos Unilaterais”) do Livro dedicado pelo Código Civil de 2002 ao Direito das Obrigações. Em realidade, como se pôde expor ao tratar das fontes das obrigações (item 1.2, *supra*), a vedação ao enriquecimento sem causa traduz uma das três grandes categorias de regimes jurídicos obrigacionais e, como tal,

<sup>270</sup> V. Capítulo 3, *infra*.

<sup>271</sup> Destaca-se, nesse sentido, a inovação do Código Civil de 2002 em relação ao seu predecessor de 1916: “O codificador de 2002 houve por bem adotar para a regulação do direito restitutivo estrutura análoga àquela utilizada para a regulação da responsabilidade civil. A regulação se dá em dois níveis: em primeiro lugar, há uma cláusula geral que estabelece os termos em que casos não regulados especificamente poderão gerar direito à restituição (art. 884, com o complemento estabelecido no art. 885 e a restrição estabelecida no art. 886); em segundo lugar, há regras específicas para situações que necessitem, por suas peculiaridades, de regulamentação diferente daquela estabelecida na regra geral (como no caso do pagamento indevido e da gestão de negócios, no direito das obrigações, e do direito à restituição do valor da matéria-prima empregada na especificação por não proprietário, no direito das coisas). A opção do codificador pela positivação de uma cláusula geral que veda o enriquecimento sem causa no art. 884 é, como se viu acima, inovadora em relação ao Código anterior, onde tão-somente casos específicos foram regulados” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., pp. 34-35). Identificava-se a utilização da técnica legislativa da cláusula geral no âmbito do enriquecimento sem causa já por ocasião da análise do Projeto de Código Civil (GONDINHO, André Osorio. *Codificação e cláusulas gerais*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, abr.-jun./2000, p. 21).

manifesta-se nas mais diversas searas do direito civil. No entanto, o artigo 884 do Código Civil assume, nesse contexto, o papel de positivação de uma autêntica cláusula geral do dever de restituir, com a pluralidade ínsita à textura aberta dessas normas,<sup>272</sup> em oposição à técnica legislativa regulamentar.<sup>273</sup> As possibilidades de vinculação de uma obrigação à vedação ao enriquecimento sem causa, porém, não se resumem às hipóteses diretamente decorrentes da referida cláusula geral.<sup>274</sup>

O cotejo com a responsabilidade civil facilita a compreensão da sistemática concebida pelo legislador para o enriquecimento sem causa: não há grande dúvida de que as cláusulas gerais contidas no *caput* e no parágrafo único do artigo 927 (responsabilidade civil subjetiva e objetiva, respectivamente) convivem com previsões específicas do dever de indenizar, sem que se retire destas últimas a qualificação de obrigação indenizatória pelo simples fato de não decorrerem

<sup>272</sup> “*In questa ed in altre consimili fattispecie l’opera dell’interprete si affianca dunque a quella del legislatore specificando il comando normativo formulato in modo volutamente indicativo e non tassativo, mediante l’uso di concetti elastici e di clausole generali*” (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 48). Em tradução livre: “Nesta e em outras similares *fattispecie* a obra do intérprete se aproxima àquela do legislador, especificando o comando normativo formulado de modo deliberadamente indicativo e não taxativo, mediante o uso de conceitos elásticos e de cláusulas gerais”. Para uma análise mais detida acerca da conceituação e da operatividade das cláusulas gerais, com a advertência da necessária vinculação à tábua axiológica constitucional, v. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 18-22. Aponta-se – em aspecto similar à experiência brasileira – que o amplo reconhecimento doutrinário da natureza de cláusula geral do artigo 2.041 do *Codice civile* italiano não coincide com um aprofundado desenvolvimento das repercussões dogmáticas da referida qualificação: “*Le ragioni sono antiche quanto anacronistiche: è ancora il vecchio timore dell’abuso del giudice ad affiorare, la preoccupazione di un rimedio fondato sull’equità, e quindi sul personale convincimento del magistrato di ciò che è giusto e di ciò que non lo è, sul pericolo dell’arbitrio e sulla mancanza di certezza giuridica*” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 36). Em tradução livre: “As razões são antigas e anacrônicas: é ainda o velho temor do abuso do juiz a pavimentar a preocupação de um remédio fundado sobre a equidade e, portanto sobre o pessoal convencimento do magistrado daquilo que é justo e daquilo que não o é, sobre o perigo do arbítrio e sobre a falta de certeza jurídica”.

<sup>273</sup> “Ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit. p. 27). Afirma-se que uma das principais características metodológicas do vigente Código Civil brasileiro é “(A) adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 4). Para uma análise da discussão, antecedente à promulgação do Código Civil de 2002, acerca da técnica legislativa a ser predominantemente utilizada, v. GONDINHO, André Osorio. *Codificação e cláusulas gerais*, cit., *passim*.

<sup>274</sup> Relata-se semelhante experiência, no âmbito do direito português, de positivação do enriquecimento sem causa pela técnica de cláusula geral: “É sabido que o art. 473, nº1 [do Código Civil português] constitui uma cláusula geral, em que se abusa de conceitos normativos altamente indeterminados (‘sem causa justificativa’, ‘à custa de outrem’, ‘ilegítimo locupletamento’), deixando, assim, uma via aberta ao julgador para a eliminação das injustificadas deslocações ou transferências patrimoniais. Porém, logo no nº 2 dessa disposição se vem concretizar essa cláusula em três hipóteses específicas que constituiriam previsões de enriquecimento sem causa, a saber, o recebimento indevido, o recebimento por virtude de causa que deixou de existir ou em virtude de efeito que não se verificou” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 32-34). O autor arremata: “Uma única solução parece então justificar a disposição do art. 473, nº 2: a de que os pressupostos aparentemente unitários do art. 473, nº 1 têm uma configuração distinta em cada uma das diversas hipóteses referidas no nº 2 da mesma disposição. Tal distinção nada tem de estranho, atendendo ao caráter altamente indeterminado que revestem os pressupostos do instituto” (Ibid., pp. 47-48).

diretamente das aludidas cláusulas gerais.<sup>275</sup> Basta pensar, ilustrativamente, nas diversas disposições legislativas específicas que preveem o surgimento do dever de pagar perdas e danos, muito embora esse dever já se pudesse configurar, *a priori*, simplesmente a partir da incidência das cláusulas gerais (v., entre outros, os artigos 12, 146, 148, 149, 154, 155, 234, 236, 239, 247, 248, 251, 254 e 255, 389, 395 e 402 do Código Civil).<sup>276</sup>

Parece relativamente assentado, nesse ponto, que as referidas hipóteses se encontram plenamente vinculadas ao regime da responsabilidade civil, do qual se extraem os requisitos gerais para a deflagração do dever de indenizar pelas perdas e danos; de outra parte, parece igualmente assentado que esses requisitos gerais da deflagração do dever de indenizar podem ser especificados ou até mesmo afastados diante de escolhas expressas do legislador contidas nas disposições específicas. Ilustrativamente: não parece haver dúvida em doutrina acerca da natureza indenizatória das hipóteses da chamada responsabilidade indireta prevista especificamente pelos artigos 932 e 933, embora tais hipóteses não decorram diretamente da cláusula geral consagrada pelo parágrafo único do artigo 927.<sup>277</sup> Por outro lado, pode-se considerar que a regra contida no artigo 937 (dano decorrente de ruína de edifício) estabelece um parâmetro específico para a valoração da conduta do agente (necessidade manifesta de reparos) que restringe e particulariza a análise subjacente ao

---

<sup>275</sup> A propósito do sistema dualista de responsabilidade civil consagrado no direito brasileiro, Gustavo Tepedino esclarece: “Consolida-se, assim, o modelo dualista que já se delineava no sistema anterior, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade civil subjetiva, do atual art. 186, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa específica e agora também pela cláusula geral contida na nova codificação civil” (TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205). No mesmo sentido, v. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., pp. 19 e ss.

<sup>276</sup> A identificar a natureza indenizatória da pretensão ao pagamento de perdas e danos, v., por todos, ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, pp. 169 e ss.; e GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 188-190; e SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*. Volume XV. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 262.

<sup>277</sup> No que tange à conceituação da responsabilidade indireta, afirma-se: “Para que justiça se faça, é necessário levar mais longe a indagação, a saber, se é possível desbordar da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outra pessoa, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica, e, em consequência, possa ela ser convocada a responder. Aí situa-se a responsabilidade por fato de outrem ou pelo fato das coisas, ou responsabilidade indireta, ou responsabilidade complexa, que Trabucchi explica, quando a lei chama alguém a responder pelas consequências de fato alheio, ou fato danoso provocado por terceiro. Na responsabilidade indireta ou complexa o dano supõe um intermediário (...)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 119). Para uma análise do desenvolvimento dogmático da responsabilidade indireta, v., ainda, DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 629 e ss.

requisito geral de culpa da cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva (artigo 927, *caput*).<sup>278</sup>

Semelhante linha de raciocínio há de ser adotada em matéria de enriquecimento sem causa.<sup>279</sup> Não deve causar surpresa, nessa direção, a percepção de que a disposição deliberadamente genérica do artigo 884 convive com previsões específicas de obrigações restitutórias – como aquelas constantes, dentre muitos outros, dos artigos 182, 234, 236, 239 e 279 do Código Civil –, algumas das quais serão analisadas, a título ilustrativo, no Capítulo 3, *infra*. Antes, portanto, de se abordarem as perspectivas práticas de qualificação da pretensão restitutória, afigura-se relevante reconhecer a opção do legislador pátrio pela positivação de uma cláusula geral do dever de restituir simultaneamente com previsões específicas de restituição.<sup>280</sup> Constata-se, assim, que, na contramão de possíveis modelos teóricos que restrinjam a restituição a previsões legais específicas, o direito brasileiro recorre à técnica da cláusula geral a fim de estabelecer, a um só tempo, tanto o regime básico das obrigações restitutórias (passível de modificações diante de previsão legal específica) quanto a possibilidade de deflagração do dever de restituir independentemente de qualquer previsão legal específica.

Em qualquer dos casos, apresenta particular relevo o estudo dos requisitos gerais do dever de

---

<sup>278</sup> Vislumbra-se, em doutrina, a consagração, pelo artigo 937, de uma hipótese de responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida: “Com efeito, tem-se entendido que a negligência na conservação do imóvel é constatação que deriva *ipso facto* de sua própria ruína (...). É ao proprietário que incumbe, portanto, demonstrar que o prédio não precisava de reparos, e que a ruína ocorreu por causa estranha. Milita em favor da vítima a presunção de culpa do proprietário pela má conservação do imóvel. Em síntese, a responsabilidade é, aqui, subjetiva, com culpa presumida, bastando à vítima demonstrar i) o fato da ruína ou desabamento; ii) a existência de danos patrimoniais e/ou morais; e iii) a relação de causalidade entre tais danos e o desabamento” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 850). Em sentido diverso, identifica-se no artigo 937 a consagração de uma hipótese de responsabilidade civil objetiva (BRITO, Rodrigo Toscano de. Responsabilidade civil por ruína de prédios. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 218). Ao que mais diretamente importa para o presente estudo, nota-se que se reconhece, à margem de qualquer controvérsia, a natureza indenizatória da obrigação em comento independentemente da incidência direta ou não das cláusulas gerais contidas no artigo 927 do Código Civil.

<sup>279</sup> Pertinente, neste ponto, o relato acerca da proposição de Ernst von Caemmerer: “A teoria de Wilburg veio a ser desenvolvida por Ernst von Caemmerer, que parte do conceito central de ‘conteúdo da destinação’ na sua construção da teoria do enriquecimento sem causa. (...) O autor entende que a proibição do enriquecimento injustificado, constante do D. 50.17.206 e hoje do art. 62 do C.O. suíço, do § 812 BGB, do § 1 do *Restatement of the Law of Restitution* americano e do art. 2041 do C.C. italiano consiste numa máxima de justiça comutativa que se encontra ao mesmo nível de abstracção do que as cláusulas gerais de responsabilidade civil dos arts. 1382 do C.C. francês, § 1295 ABGB austríaco e 41 C.O. suíço. Tratam-se de normas que carecem de preenchimento pelo intérprete por forma a determinar se se verificou um dano ilícito ou a obtenção de um enriquecimento injustificado” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 417-418).

<sup>280</sup> A partir de semelhante preocupação, a destacar a convivência de um *sistema geral* com previsões específicas de restituição, afirma-se que, “[D]e fato, já sob nosso regime anterior diversos dispositivos vinham inspirados pelo princípio do enriquecimento sem causa, muitos dos quais permanecem em vigor no Código vigente. Vale mencioná-los rapidamente com o intuito de destacar suas distinções e peculiaridades com relação ao sistema geral. Um primeiro exemplo seria o pagamento indevidamente efetuado a incapaz, no qual só se pode reclamar o valor mediante a prova de que este de fato reverteu em proveito dele (CC, art. 181). Outro exemplo, já bastante mencionado, é o do possuidor que realiza benfeitorias no bem do proprietário ao qual se aplica um sistema diferenciado conforme seu estado (...) A mesma distinção aplica-se no que toca aos frutos (...)” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., pp. 393-394).

restituir, requisitos esses que podem ser sinteticamente classificados em *positivos* e *negativos*. Requisitos ou pressupostos *positivos* são aqueles que concorrem para a própria configuração da cláusula geral do dever de restituir – *enriquecimento* (item 2.1), *obtenção à custa de outrem* (item 2.2) e *ausência de justa causa* (item 2.3). Por outro lado, requisito ou pressuposto negativo é aquele que, ao invés de concorrer para a configuração da cláusula geral do dever de restituir, atua no sentido de obstar-lhe a eficácia – trata-se da regra da subsidiariedade (item 2.4). Passa-se, portanto, à sua análise individualizada.

## 2.1. Atributos do enriquecimento restituível: patrimonialidade e realidade

A investigação acerca da deflagração do dever de restituir tem na noção de *enriquecimento*<sup>281</sup> o seu inafastável ponto de partida.<sup>282</sup> Com efeito, somente se cogita de restituição após a prévia identificação de uma alteração patrimonial positiva em benefício de uma pessoa. Assim como se verifica no desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, em que tradicionalmente se enuncia a existência do dano como requisito indispensável para a imposição do dever de indenizar, também na seara restitutória se identifica a existência do enriquecimento como requisito basilar para a deflagração do dever de restituir.<sup>283</sup> Sem dúvida, do mesmo modo como é possível indagar se certo dano é indenizável, assim também será possível indagar se certo enriquecimento pode ser considerado restituível; contudo, sem que se verifiquem essas duas *fattispecie*, o dano e o enriquecimento, sequer se colocariam tais questões.

Se a associação entre enriquecimento e restituição não gera maiores dúvidas, idêntica conclusão não será de singelo atingimento caso se cogite de funções da vedação ao enriquecimento sem causa diversas da função restitutória.<sup>284</sup> No que tange à suposta função punitiva, já examinada anteriormente, a primazia da busca pela punição poderia relegar a um papel secundário a

<sup>281</sup> A noção de *enriquecimento* é controvertida desde a sua própria formulação como significante linguístico: “(...) a principal fonte de confusão bem pode radicar, afinal, no emprego da palavra ‘enriquecimento’ – é que, como veremos, um importante setor da doutrina sustenta que o que está aqui primordialmente em jogo é a restituição do que se obteve sem justificação e, só quando a restituição *in natura* não é possível, é que se impõe a restituição por equivalente e surge a questão do enriquecimento. (...) Haveria pois que distinguir cuidadosamente o ‘obtido’, por um lado, e o enriquecimento, por outro” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 105-106).

<sup>282</sup> “Sem o enriquecimento, em qualquer dessas modalidades, não há que se falar em obrigação restitutória” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutório*, cit., p. 185).

<sup>283</sup> “*Étant le fondement de l’action, l’enrichissement en est par conséquent la mesure*” (RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., p. 778). Em tradução livre: “Sendo o fundamento da ação, o enriquecimento é, por consequência, sua medida”.

<sup>284</sup> Para uma análise crítica da cogitação de perfis funcionais da vedação ao enriquecimento sem causa para além da restituição, remete-se ao item 1.3, *supra*.

investigação da própria existência de enriquecimento,<sup>285</sup> verdadeira subversão da lógica do enriquecimento sem causa.

Por outro lado, e não sem alguma contradição, parece ser precisamente na suposta seara punitiva que a demonstração do enriquecimento teria de assumir, necessariamente, contornos mais relevantes. Isso porque, como o enriquecimento sem causa pode ocorrer independentemente de qualquer conduta do enriquecido (o que, inclusive, se verifica com grande frequência), caso se entendesse pela prescindibilidade do enriquecimento, faltaria justificativa lógica para a subsistência de um tratamento repressivo na ausência de conduta valorada negativamente a ponto de reclamar tal repressão. Com efeito, ainda que superados todos os argumentos teóricos contrários ao reconhecimento de uma genérica função punitiva da vedação ao enriquecimento sem causa, soaria estranha ao sistema jurídico brasileiro a imposição de uma penalidade sem um correspondente elemento fático de incidência.<sup>286</sup> Neste ponto, até mesmo na responsabilidade civil seria menos difícil sustentar uma responsabilidade puramente punitiva e sem dano, pois, caso fosse admissível essa figura, o dever de indenizar poderia decorrer da mera conduta do agente; no enriquecimento sem causa, porém, sem enriquecimento simplesmente não há hipótese fática a deflagrar qualquer efeito jurídico. Em suma, seria de difícil sustentação um suposto propósito punitivo que se propusesse a abandonar a relevância precisamente do enriquecimento – requisito que mais inicialmente desperta a atenção do direito restitutivo.

Justifica-se, enfim, a afirmação necessária do enriquecimento tanto no âmbito da função restitutória (preconizada no presente estudo) quanto no âmbito da suposta função punitiva (caso superadas as críticas teóricas ora aventadas ao seu reconhecimento), por ordens próprias de razão. A vinculação com a restituição se justifica pela impossibilidade lógica da cogitação de um dever de restituir sem um objeto específico – *in casu*, o enriquecimento. Já a vinculação do enriquecimento com a punição se justifica pela impropriedade da cogitação de um tratamento repressivo sem a prévia definição do resultado valorado negativamente, sob pena de atração ao direito civil dos desafios – e, sobretudo, das críticas – experimentados pelo direito penal no que tange à tipificação dos chamados crimes de mera conduta.<sup>287</sup>

Sem embargo das dúvidas suscitadas por cada um dos cogitados perfis funcionais da vedação

---

<sup>285</sup> A ilustrar a linha de entendimento que associa o remédio restitutivo a propósitos punitivos, v., na doutrina contemporânea, ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 6, n. 14, jan.-abr./2017, p. 29.

<sup>286</sup> Para uma crítica à atribuição de propósitos punitivos ao instituto do enriquecimento sem causa, v. LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 174.

<sup>287</sup> Para uma análise crítica dos denominados *crimes de mera conduta*, v., por todos, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Volume I. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 281-282; JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231; e GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Volume I. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 215.



ao enriquecimento sem causa, foi a propósito da função restitutória que a doutrina tradicionalmente mais desenvolveu o requisito do enriquecimento. Passa-se, então, à investigação da noção de enriquecimento relevante para fins de deflagração do dever de restituir. De início, cumpre registrar que o legislador brasileiro não consagrou um critério genérico que sirva à definição do enriquecimento nas suas mais variadas manifestações.<sup>288</sup> Nota-se, nesse sentido, que a cláusula geral contida no *caput* do artigo 884 do Código Civil limita-se a determinar a restituição do “(...) indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Consagração expressa de critérios para a definição do enriquecimento se verifica na hipótese específica em que a restituição tenha por objeto coisa determinada. Nessa situação, o parágrafo único do artigo 884 do Código Civil estabelece que o enriquecido será obrigado a restituir a própria coisa em que consista o enriquecimento, e, “(...) se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”. Estabeleceram-se, assim, dois critérios sucessivos para a definição do enriquecimento que consista em coisa determinada: se a coisa subsistir, deverá ser restituída na sua substância (hipótese de restituição *in natura*);<sup>289</sup> se a coisa não mais subsistir, o enriquecido deverá restituir o montante equivalente ao valor do bem no momento da sua postulação (hipótese de restituição do equivalente).<sup>290</sup> A opção expressa do legislador pelo cálculo do equivalente no momento da reclamação pretendeu afastar a possibilidade de consideração de outros critérios para o cálculo do enriquecimento, tais como o valor do bem à época da aquisição pelo enriquecido ou o seu valor à época da deterioração.

<sup>288</sup> “Diferentemente da responsabilidade civil, cujo montante indenizatório é *a priori* definido pela extensão do dano (art. 944, *caput*, do Código Civil), e cujo fundamento pode ser encontrado na culpa do agente ou no risco de sua atividade (art. 927 do Código Civil), para a ação *de in rem verso* não existem limites positivados, nem explicita o legislador qualquer relevância da consideração da culpa sobre o enriquecimento. Resta à doutrina – exclusivamente – interpretar o art. 884 do Código Civil” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 150).

<sup>289</sup> Para um relato da primazia da restituição *in natura* sobre a restituição do equivalente, v., na doutrina portuguesa, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 117 e ss.; na doutrina italiana, CARRESI, Franco. *Il contratto*. In: MENGONI, Luigi (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Volume XXI. Tomo 2. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 910-911; e, na doutrina francesa, RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., p. 778. Sem embargo da referida primazia, cumpre ter em mente que em qualquer dos casos se mantém o caráter restitutório da obrigação: “*Non è superfluo specificare che il carattere restitutorio dell’obbligazione non muta se la restituzione non può essere effettuata in natura (...)*” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 9). Em tradução livre: “Não é supérfluo especificar que o caráter restitutório da obrigação não muda se a restituição puder ser efetuada *in natura*”.

<sup>290</sup> “Ainda quando o enriquecimento não tenha por objeto coisa determinada, se prioriza o ressarcimento *in natura*, de maneira a garantir a restituição justa do que foi indevidamente auferido (...). Com mais razão, esta regra aplica-se em caso de enriquecimento que tem por objeto coisa determinada – como resta positivado no parágrafo único do dispositivo em exame. Porém, para que seja possível esse tipo de restituição, é necessário que a coisa subsista na época da sua devolução. Ocorre que, em muitos casos, a coisa se perdeu ou deteriorou. O CC determina que, nessas hipóteses, a restituição se faça pelo valor do bem na época em que foi exigido” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 755). Em sentido semelhante, v., na doutrina francesa, BUDISHTÉANO, D. *De l’enrichissement sans cause*, cit., p. 178.

A dicção do parágrafo único do artigo 884, ao mesmo tempo em que consagra a adoção de critérios específicos para o dever de restituir coisa determinada, parte da assunção da possibilidade de o enriquecimento não consistir em coisa determinada. Precisamente no que tange às hipóteses não reguladas pelo dispositivo em comento é que surgem, então, as maiores dúvidas para a definição do enriquecimento.<sup>291</sup> Passa-se, portanto, a investigar os contornos da noção de enriquecimento nas variadas hipóteses que não envolvam coisa determinada.

Afirma-se usualmente que o *enriquecimento* pode consistir no incremento do ativo, na diminuição do passivo ou na poupança de despesas, modalidades às quais parecem passíveis de recondução as mais variadas hipóteses fáticas do fenómeno.<sup>292</sup> Desse modo, enriquece aquele que aumenta seu ativo (como a pessoa que recebe pagamento indevido), diminui suas dívidas (como o pai que vê sua obrigação alimentar de meses pretéritos adimplida por pessoa que acreditava, equivocadamente, ser o verdadeiro genitor do alimentando) ou mesmo deixa de realizar despesas (como a pessoa que invade casa alheia e dela desfruta no período de ausência do proprietário sem pagar qualquer remuneração).<sup>293</sup>

Neste ponto de raciocínio, cumpre advertir que a classificação das três modalidades básicas de enriquecimento conforme o seu conteúdo (incremento do ativo, diminuição do passivo e

<sup>291</sup> Critica-se a redação do artigo 884 do Código Civil: “Afinal, deixa em aberto o legislador, na norma cogitada, todas as questões que, acerca do tema, afligem a doutrina e a jurisprudência, tais como a definição do que seja a causa cuja ausência fundamenta o pedido de restituição ou, visto o enriquecimento sem causa como conduta, como extremá-lo da responsabilidade civil, entre outros” (CAPUCHO, Fábio Jun. Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro, cit., p. 23). Em sentido contrário, elogia-se a opção do legislador nacional: “A redação do Código de 2002 é representativa de boa técnica do legislador, ao passo que não limitou as situações em que a lei considere haver enriquecimento, bastando que este seja à custa de outrem, por causa vedada pelo ordenamento jurídico” (ALVIM, Rafael da Silva. Contornos conceituais do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro, cit., p. 77).

<sup>292</sup> “Apesar do silêncio do art. 884 do Código Civil de 2002, o indevidamente auferido que dá ensejo ao enriquecimento sem causa não ocorre apenas em acréscimos patrimoniais positivos, sendo extensível a alterações no acervo passivo, *verbi gratia*, quando se reduzem dívidas que gravam o patrimônio” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 237). Em sentido semelhante, João de Matos Antunes Varela afirma: “O enriquecimento consiste na obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial, seja qual for a forma que essa vantagem revista. Uma vez a vantagem traduzir-se-á num aumento do activo patrimonial (...); outras, numa diminuição do passivo (...); outras, no uso ou consumo de coisa alheia ou no exercício de direito alheio, quando esses actos sejam susceptíveis de avaliação pecuniária (...); outras ainda, na poupança de despesas” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., p. 481). A presente compreensão do *enriquecimento* é encontrada também na experiência estrangeira. V., no direito português, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*, cit., pp. 224-226; e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume II. Tomo III, cit., pp. 452-453; no direito italiano, SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., pp. 196-200; e, no direito francês, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II, cit., p. 2.436; e TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*, cit., pp. 1.114-1.115.

<sup>293</sup> “E este enriquecimento pode resultar tanto da aquisição de um novo direito como do incremento do valor de um direito ou bem que já lhe pertencia (*lucrum emergens*), ou ainda de uma diminuição do passivo, como também pode ‘enriquecer-se negativamente’, e isto quando se evita uma economia ou poupança, evitando-se uma despesa que doutro modo se realizaria’, como é o caso de um merceiro enviar a um certo freguês, enganadamente, mercadorias que haviam sido encomendadas por outrem, gerando contudo na mente do primeiro a convicção que o merceiro o fazia a título de oferta, uma vez que jamais consumiria tais gêneros, haja visto o preço dos mesmos, com isto poupando dinheiro que só aplicaria na aquisição de gêneros congêneres, porém nunca da mesma qualidade ou quantidade” (FROTA, José Eduardo da Rocha. *Ação de enriquecimento sem causa*, cit., p. 51).

poupança de despesa) não se confunde com a classificação que distingue as espécies de enriquecimento conforme a sua origem. A classificação do enriquecimento sem causa conforme a sua origem promove uma bipartição das hipóteses de enriquecimento nas categorias de prestação e de intervenção.<sup>294</sup> De uma parte, caso a vantagem patrimonial advinha de uma conduta comissiva de outrem com repercussão positiva sobre o patrimônio do enriquecido, fala-se em enriquecimento por prestação.<sup>295</sup> Tal categoria tem o condão de abranger, em tese, as modalidades de enriquecimento mediante incremento do ativo, diminuição do passivo ou poupança de despesas, embora a vinculação se afigure mais imediata com as duas primeiras hipóteses, nas quais uma prestação é efetuada por alguém ao enriquecido ou a um terceiro.

De outra parte, caso a vantagem patrimonial advinha da ingerência do enriquecido sobre bens ou direitos alheios, fala-se em enriquecimento por intervenção (ou lucro da intervenção).<sup>296</sup> Tal categoria igualmente parece ter o condão de abranger as variadas modalidades de enriquecimento conforme o seu conteúdo. Advirta-se, desde logo, que a qualificação do lucro da intervenção como espécie de enriquecimento sem causa não prescinde de aprofundado esforço de compreensão do enquadramento dogmático dessa figura no direito brasileiro (v. item 3.3, *infra*). Por ora, admitida a tendência doutrinária de reconhecimento da natureza restitutória da pretensão referente ao lucro da intervenção, afigura-se relevante a formulação de advertência acerca da necessidade de constante avaliação da compatibilidade dos conceitos tradicionais do enriquecimento sem causa com a específica hipótese de enriquecimento por intervenção.<sup>297</sup> Em suma, não se pode, sem a observância de acentuado ônus argumentativo, pugnar pela extensão irrestrita da disciplina do enriquecimento por prestação à problemática da intervenção.<sup>298</sup>

Em todas as modalidades de enriquecimento, qualquer que seja a classificação adotada (conforme o conteúdo ou a origem do enriquecimento), coloca-se o seguinte questionamento fundamental: o enriquecimento consiste no valor objetivo da vantagem ou, ao revés, na diferença entre a variação efetiva no patrimônio do enriquecido e a variação hipotética que ocorreria caso não houvesse acontecido o fato gerador do enriquecimento? Tais métodos de cálculo correspondem, respectivamente, ao que se convencionou denominar *enriquecimento real* e *enriquecimento*

<sup>294</sup> A propósito, v., por todos, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., pp. 472-473.

<sup>295</sup> A propósito da distinção entre o enriquecimento por prestação e o enriquecimento por intervenção, v., por todos, LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*, cit., pp. 86-87.

<sup>296</sup> A propósito, v., por todos, DRAGO, Guilherme Araujo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, vol. 48, out.-dez./2011, p. 75.

<sup>297</sup> Nesse sentido, v. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 133-137. A propósito da qualificação do lucro da intervenção no direito brasileiro, com referência à controvérsia sobre a possibilidade de configuração unitária do instituto do enriquecimento sem causa, remete-se ao item 3.3, *infra*.

<sup>298</sup> No sentido dessa advertência, v. MICHELON, Claudio. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, out.-dez./2016, p. 252.

*patrimonial*<sup>299</sup> – ou, em formulação alternativa, *enriquecimento em sentido objetivo e enriquecimento em sentido subjetivo*.<sup>300</sup>

Diante da referida ambiguidade do conteúdo do enriquecimento, identificam-se em doutrina proposições alinhadas a ambos os critérios, em divergência que parece remontar, fundamentalmente, à distinção de perspectiva ou foco<sup>301</sup> – situação patrimonial do enriquecido ou do dito “empobrecido”.<sup>302</sup> Sustenta-se, de uma parte, que a restituição deve se basear, via de regra, no denominado *enriquecimento real*.<sup>303</sup> Trata-se, segundo a formulação tradicional, do valor objetivo da vantagem auferida pelo enriquecido. O critério real para determinação do enriquecimento afastar-

<sup>299</sup> V., por todos, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 756. Vale destacar a explicação fornecida por Francisco Manuel Pereira Coelho: “Este [o enriquecimento] corresponderá, numa concepção real, ao valor objectivo da vantagem real adquirida; numa concepção patrimonial, ao saldo ou diferença para mais no patrimônio do enriquecido, que resulte da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se não se tivesse verificado a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir (situação hipotética)” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., pp. 29-30).

<sup>300</sup> “O enriquecimento em sentido objetivo é medido com base no valor econômico dos bens e direitos que são incorporados ao patrimônio do enriquecido, enquanto o enriquecimento em sentido subjetivo toma em conta a condição pessoal e patrimonial do enriquecido para limitar o enriquecimento ao valor do proveito que o enriquecido obtém” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 187). Ilustra-se o raciocínio: “De acordo com uma concepção objetiva de enriquecimento, aquele que incorre em despesas de conservação de um bem determinado de outrem tem direito à restituição, ainda que o proprietário pretenda, por razões pessoais, destruir o bem. Se uma concepção subjetiva de enriquecimento fosse aplicada ao caso, o proveito econômico simplesmente não teria existido já que o proprietário, se considerarmos seu plano de destruir o bem, não teria obtido qualquer utilidade com a sua conservação. nesse caso, a prestação é objetivamente útil e subjetivamente supérflua. Há outras situações nas quais um bem objetivamente supérfluo será subjetivamente útil” (Ibid., p. 187). A formulação que distingue o enriquecimento em sentido objetivo daquele em sentido subjetivo remonta à lição de GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., p. 38.

<sup>301</sup> Em sentido semelhante, v. DRAGO, Guilherme Araujo. *O enriquecimento sem causa no novo Código Civil*, cit., p. 81. A já referida confusão conceitual entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa repercute, por exemplo, na identificação do enriquecimento como mero limite da restituição pautada no empobrecimento: “*L’ingiustificato arricchimento è fonte di un’obbligazione indennitaria che tende a reintegrare la diminuzione patrimoniale. L’indennizzo va liquidato con riferimento ai valori di mercato (attualizzati al tempo della domanda) nella misura della minor somma tra la perdita effettivamente subita e l’arricchimento conseguito. L’entità dell’arricchimento configura il limite all’indennizzabilità della diminuzione patrimoniale*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 301). Em tradução livre: “O enriquecimento injustificado é fonte de uma obrigação indenitória [*indennitaria*] que tende a reintegrar a diminuição patrimonial. A indenização é liquidada com referência aos valores de mercado (atualizados ao tempo da demanda) na medida da menor soma entre a perda efetivamente sofrida e o enriquecimento auferido. A entidade do enriquecimento configura o limite à indenizabilidade da diminuição patrimonial”.

<sup>302</sup> A superação do requisito referente ao empobrecimento, nos termos a serem expostos no item seguinte deste estudo, aconselha que se evite o uso da expressão “empobrecido”, nada obstante a sua consagração pela práxis. Com efeito, reconhecida a superação dogmática de tal requisito e assumida a possibilidade fática de enriquecimento sem um correlato empobrecimento, pareceria contraditória a utilização indiscriminada da expressão “empobrecido” para fazer referência à pessoa à custa de quem se enriqueceu. No sentido da presente advertência, já se cogitou, na doutrina francesa, da utilização do termo “enriquecedor” (“*enrichisseur*”): “*A cette augmentation peut correspondre et correspondra le plus souvent une diminution dans les éléments qui composent le patrimoine de celui que nous appellerons désormais, par un barbarisme d’une clarté nécessaire, l’enrichisseur*” (RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., p. 728). Em tradução livre: “A este aumento pode corresponder e corresponderá muito frequentemente uma diminuição nos elementos que compõem o patrimônio daquele que chamaremos de agora em diante, pelo barbarismo de uma clareza necessária, o enriquecedor”.

<sup>303</sup> Nesse sentido, Júlio Manuel Vieira Gomes sustenta que se deve operar, via de regra, a restituição do enriquecimento real, funcionando o enriquecimento patrimonial como um limite à obrigação de restituir, em homenagem à boa-fé do enriquecido (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 105 e ss.).

se-ia, assim, de reflexões acerca da repercussão concreta da vantagem sobre o patrimônio do enriquecido.

O critério patrimonial, por sua vez, pautar-se-ia em perspectiva diametralmente oposta, afastando-se da investigação abstrata do valor objetivo da vantagem auferida pelo enriquecido.<sup>304</sup> O *enriquecimento patrimonial* consistiria, então, no montante da concreta repercussão positiva do fato gerador do enriquecimento sobre o patrimônio do enriquecido, com base na comparação entre a situação patrimonial atual e a situação patrimonial que provavelmente existiria para o enriquecido caso não se tivesse verificado a obtenção do enriquecimento à custa de outrem.<sup>305</sup>

O clássico exemplo do pagamento indevido consistente na prestação de pensão alimentícia é usualmente invocado para ilustrar a distinção entre o enriquecimento patrimonial e o enriquecimento real.<sup>306</sup> Imagine-se que uma pessoa, em errônea percepção de que seria o pai biológico de criança recém-nascida, passa a lhe prestar pensão alimentícia mensal – sem jamais vir a desenvolver vínculo de socioafetividade. Transcorridos alguns meses, o então alimentante vem a tomar conhecimento sobre o verdadeiro vínculo biológico de parentalidade, ocasião em que resolve cessar os pagamentos em benefício da criança e postular a condenação do pai biológico à obrigação de restituir o enriquecimento indevidamente auferido. Nessa situação hipotética, questionar-se-ia: o pai biológico (enriquecido em razão da poupança de despesas da pensão alimentícia) deverá restituir o valor efetivamente pago pelo terceiro ou o valor que ele próprio (verdadeiro pai biológico) teria pago?

A questão assume particular relevância em razão da diversidade de valores que se alcançaria a partir do cálculo da obrigação alimentar, que, como se sabe, depende da verificação do

---

<sup>304</sup> Nesse sentido, relata-se que, “(...) enquanto para um setor importante da doutrina, a restituição tem por objeto o enriquecimento real, por exemplo, a coisa indevidamente recebida ou o seu valor objetivo de mercado, para outros, a restituição não pode deixar de ter em conta fatores subjetivos e a inserção e impacto do objeto a restituir no patrimônio de quem o recebeu” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 107-108).

<sup>305</sup> “(...) o enriquecimento patrimonial é verificado através do patrimônio daquele que enriqueceu, ou seja, da diferença obtida entre a situação em que efetivamente se encontra e aquela em que estaria caso o enriquecimento não tivesse ocorrido” (ALVIM, Rafael da Silva. *Contornos conceituais do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro*, cit., p. 77).

<sup>306</sup> O exemplo remonta à lição de KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 384.

denominado *binômio necessidade-possibilidade*<sup>307</sup> (o qual por vezes é substituído pelo *trinômio necessidade-possibilidade-razoabilidade*).<sup>308</sup> Afirma-se que, a se adotar o critério do enriquecimento real, concluir-se-ia pela condenação do enriquecido a restituir o montante efetivamente pago pelo alimentante originário, por se tratar do valor objetivo da vantagem auferida. Diversamente, a se adotar o critério do enriquecimento patrimonial, concluir-se-ia pela quantificação da restituição com base no montante que o enriquecido teria pago de acordo com a sua condição financeira, por ser essa a repercussão concreta da vantagem sobre o seu patrimônio.

A partir de exemplos como o supramencionado,<sup>309</sup> parece ter se consolidado na doutrina a conclusão de que a linha de entendimento que pugna pela primazia do enriquecimento real não se coadunaria plenamente com a função restitutória que caracteriza a vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>310</sup> Como visto, é precisamente o perfil funcional restitutivo do instituto que determina a restauração do patrimônio do enriquecido ao estado em que deveria estar caso não verificado o

<sup>307</sup> “Não basta, todavia, a existência do vínculo de família para que a obrigação se torne exigível; é preciso que o eventual titular do direito à prestação de alimentos os necessite de verdade. Necessário, numa palavra, que esteja em estado de miserabilidade. Por tal deve-se entender a falta de recursos, sejam bens ou outros meios materiais de subsistência, mas, também, a impossibilidade de prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção. (...) Ainda, porém, que faça jus ao recebimento da prestação de alimentos, por estar em condições de reclamá-lo, o alimentando não pode exercer o seu direito se aquele de quem os exige não tiver condições de fazê-lo. A potencialidade econômico-financeira da pessoa de quem podem ser exigidos os alimentos é, assim, um pressuposto da obrigação, tal como a necessidade do alimentando” (GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 430). A conjugação dos requisitos de necessidade (do alimentando) e possibilidade (do alimentante) encontra-se atualmente positivada no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil. A propósito, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 362-363; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume V. 22. ed. Atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 587-588.

<sup>308</sup> “A doutrina e diversas decisões dos tribunais acrescentaram terceiro requisito, que estabelece um balanceamento equilibrado entre os dois requisitos tradicionais, ou seja, o da razoabilidade. Esse terceiro requisito é procedimental, pois submete ao seu crivo os dois outros. Alguns o denominam proporcionalidade, com o mesmo propósito. Cabe ao juiz não apenas verificar se há efetiva necessidade do titular, máxime quando desaparecida a convivência familiar, e possibilidade do devedor, mas se o montante exigido é razoável e o grau de razoabilidade do limite oposto a este. O requisito da razoabilidade está presente no texto legal, quando alude a ‘na proporção das necessidades’” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 371-372). No mesmo sentido, v., entre outros, DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 595-597.

<sup>309</sup> Entre outros exemplos, veja-se: “No caso da utilização de imóvel alheio, por exemplo. Pensemos em alguém que desfrute da casa de veraneio de um amigo, supondo, de boa-fé, ter-lhe sido emprestada, quando, na verdade, o amigo lhe entregara as chaves apenas para que fizesse o favor de checar se tudo estava em ordem na casa. A partir do mal entendido, o sujeito passa a desfrutar do imóvel alheio, que é de qualidade consideravelmente superior à da casa de veraneio que ele próprio – de poucas posses – alugaria, não fosse o empréstimo putativo. Neste caso, o enriquecimento real auferido foi o valor de mercado do aluguel do imóvel utilizado, avaliado objetivamente. Contudo, o enriquecimento patrimonial, neste caso menor, foi a despesa que lhe foi poupada, a despesa que ele teria não fosse o ato causador do enriquecimento, ou seja, o aluguel da casa que ele hipoteticamente alugaria. É a diferença entre o que ele realmente despendeu – nada – e o que ele despenderia hipoteticamente – a despesa com a locação de uma outra casa” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 384).

<sup>310</sup> Para um relato da prevalência do critério do enriquecimento patrimonial no âmbito da doutrina portuguesa, v. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 113 e ss. A ilustrar a defesa da primazia do enriquecimento patrimonial, v., na doutrina contemporânea, COHEN, Fernanda; SAAB, Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 139.

enriquecimento injustificado.<sup>311</sup> Desse modo, afirma-se usualmente que somente uma concepção de enriquecimento que levasse em conta as concretas condições patrimoniais da pessoa enriquecida poderia revelar a exata medida do seu enriquecimento no caso concreto, pouco importando aquilo que seria a média da vantagem na generalidade das situações.<sup>312</sup>

Tal conclusão, em princípio majoritária, acerca da primazia do enriquecimento patrimonial em detrimento do real parece traduzir, contudo, a resposta correta a um problema mal colocado. A malversação do problema remonta, em realidade, à própria formulação da classificação que aparta o enriquecimento real do enriquecimento patrimonial. A classificação tradicional incorre, pelo menos, em duas ordens de vícios – uma impropriedade terminológica e uma inadequação de conteúdo.

No que tange à terminologia adotada, deve-se destacar a impropriedade na enunciação dos atributos “patrimonial” e “real” como qualificações decorrentes de uma mesma classificação.<sup>313</sup> Com efeito, trata-se de atributos sem qualquer grau de oposição direta, razão pela qual não se poderia conceber uma classificação pautada nessas duas categorias. Como se sabe, o atributo da patrimonialidade se opõe ao da extrapatrimonialidade (a justificar, por exemplo, no âmbito da responsabilidade civil, a classificação dos danos em patrimoniais ou extrapatrimoniais), ao passo que o atributo da realidade, no sentido que se parece conferir ao termo em matéria de enriquecimento, parece se contrapor ao da virtualidade (a justificar, por exemplo, na seara da responsabilidade civil, a classificação das causas em reais ou virtuais).

Percebe-se, com isso, a inadequação de conteúdo da classificação tradicional: admitindo-se que todas as hipóteses até o momento levantadas dizem respeito a atribuições de caráter patrimonial, a questão verdadeiramente relevante na presente matéria consiste na investigação da relevância ou

---

<sup>311</sup> Francisco Manuel Pereira Coelho afirma que “(Q)uem usa, consome ou aliena bens alheios, quem recebe de outrem uma obrigação de *facere* não devida (...) não se enriquece assim na medida do valor objetivo do uso, do valor dos bens consumidos ou alienados ou da própria prestação, mas na medida da diferença que haja – se diferença houver – entre a situação em que o património do enriquecido se encontra e aquela em que se encontraria se não tivessem ocorrido aqueles factos” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 44).

<sup>312</sup> “Só uma avaliação dinâmica do enriquecimento permitirá que o instituto do enriquecimento sem causa realize as suas funções específicas: remover todo o enriquecimento, e só ele, do património do enriquecido. Correspondendo enriquecimento a utilidade, há que determinar qual a utilidade que o beneficiado com a deslocação patrimonial retirou desta” (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974, pp. 452-453). Idêntica conclusão é alcançada no âmbito da doutrina brasileira: “Portanto, para a configuração do enriquecimento sem causa, deve-se verificar se há enriquecimento patrimonial” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 60). No mesmo sentido, v., na doutrina brasileira, KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., pp. 383-384; e, na doutrina portuguesa, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 107-108.

<sup>313</sup> “Mais uma vez, a linguagem empregue corre o risco de se converter numa fonte de ambiguidade (como aliás sucede com a distinção, simétrica, entre dano real e dano patrimonial) já que a expressão ‘enriquecimento patrimonial’ tanto pode significar enriquecimento avaliável pecuniariamente (contrapondo-se, então, a um enriquecimento ‘moral’), como enriquecimento avaliável pecuniariamente sob a forma de saldo, segundo os critérios próprios da teoria da diferença (opondo-se, nessa hipótese, a enriquecimento real). É este segundo entendimento que sobretudo nos importa (...)” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 107).

irrelevância do enriquecimento virtual.<sup>314</sup> Trata-se, em síntese essencial, de perquirir se a vantagem patrimonial relevante para fins de determinação da restituição é somente aquela efetivamente verificada (enriquecimento real) ou se, ao revés, seria possível atribuir relevância jurídica à vantagem patrimonial que o enriquecido hipoteticamente poderia vir a auferir (enriquecimento virtual, na terminologia que parece mais adequada para o chamado enriquecimento patrimonial).<sup>315</sup>

O esclarecimento dos verdadeiros significados de cada um dos critérios da classificação tradicional serve a elucidar, assim, que tanto o enriquecimento *real* quanto o denominado enriquecimento *patrimonial* referem-se a vantagens dotadas do atributo da patrimonialidade.<sup>316</sup> A partir de tais considerações, percebe-se que a crítica usualmente utilizada para embasar a rejeição ao enriquecimento real traduz argumentação correta para um falso problema. Com efeito, não há qualquer razão para que a correta preocupação com o patrimônio do enriquecido – em decorrência da função restitutória da vedação ao enriquecimento sem causa – se restrinja ao critério dito

<sup>314</sup> Assim se pode depreender da lição de Carlos Nelson Konder mesmo no âmbito da formulação tradicional que aparta as hipóteses de enriquecimento com base nos critérios de *real* e *patrimonial*: “O cerne da discussão sobre o valor do enriquecimento está na distinção entre dois tipos de avaliação do enriquecimento: o enriquecimento real e o enriquecimento patrimonial. O enriquecimento real vincula-se ao objeto do enriquecimento. É a quantificação objetiva do valor da vantagem adquirida, o valor de uso do bem ou direito. Já o enriquecimento patrimonial está ligado ao sujeito enriquecido. E se calcula a partir do exame comparativo do seu patrimônio. É a diferença entre a situação real e a hipotética, isto é, se o fato que gerou o enriquecimento não tivesse ocorrido” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 383).

<sup>315</sup> Justifica-se, assim, a síntese da controvérsia que aparta os critérios real e patrimonial para a definição do enriquecimento nos seguintes termos: “(...) tem sido, porém, discutido se o enriquecimento deve ser definido num sentido real-individual, como a vantagem patrimonial concreta de qualquer tipo, com valor pecuniário, obtida pelo enriquecido, ou num sentido patrimonial-global, através da comparação entre a situação patrimonial vigente e a situação patrimonial que existiria sem a obtenção do enriquecimento” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 859). Em sentido semelhante, v. CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, cit., pp. 495-497.

<sup>316</sup> Registre-se, contudo, que em doutrina se chega a cogitar do enriquecimento de caráter extrapatrimonial ou moral: “Assim, deve-se admitir o conceito de enriquecimento não patrimonial ou moral, também como vantagem obtida, sem se descuidar do mandamento de respeito à dignidade da pessoa humana e à solidariedade. Presente qualquer situação de vantagem patrimonial concreta e objetiva ou de vantagem não patrimonial, nesse contexto, subjetiva, ou imaterial, como cessão de direito autoral, deve ser acolhida a possibilidade de exercício da ação de enriquecimento” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 244-245). No mesmo sentido, v., entre outros, GORÉ, François. *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, cit., pp. 59-63 ; e BÉGUET, Jean-Pierre. *L'enrichissement sans cause*. Paris: Sirey, 1945, pp. 142-144. Em sentido diverso, afirma-se: “Relativamente ao conceito de enriquecimento referido no art. 473º, nº 1 do Código Civil, este deve ser entendido no sentido de vantagem de caráter patrimonial, excluindo-se assim do âmbito deste instituto as vantagens obtidas à custa de outrem que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária, como sucede com os benefícios de cariz espiritual ou moral” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 858). O autor ressalva: “Já não há, porém, obstáculos a que se peça a restituição de prestações indevidas sem valor patrimonial, uma vez que a mesma entidade que pode ser objeto de uma prestação (cfr. art. 398º, nº 2), naturalmente que também o pode ser da restituição” (Ibid., pp. 858-859). A proposição doutrinária de reconhecimento do enriquecimento moral parece, no mais das vezes, incorrer em contradição nos seus próprios termos, uma vez que se sustenta a quantificação da restituição com base não na própria vantagem moral, mas sim na expressão econômica da prestação desempenhada: “Conclui-se que, tanto entre aqueles que negam a possibilidade do enriquecimento sem causa derivar de um enriquecimento não patrimonial quanto aqueles que afirmam essa possibilidade, concordam que o enriquecimento não patrimonial será ressarcido sempre que decorrer de uma prestação suscetível ela própria de avaliação econômica” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 195). A criticar a noção de enriquecimento moral, v., ainda, RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., p. 779; e NEGREIROS, Teresa. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 794 e ss.



*patrimonial* (de cunho virtual ou hipotético, como visto). Deve-se, ao revés, sempre ter em vista o perfil funcional próprio do instituto, tanto no critério real quanto no critério patrimonial, de modo a se perquirir a extensão da vantagem patrimonial indevidamente auferida pelo enriquecido.<sup>317</sup>

Nota-se, assim, que tal preocupação com a patrimonialidade nada diz acerca da distinção entre o enriquecimento real e o enriquecimento virtual. Com efeito, pautar a análise na situação patrimonial do enriquecido nada revela sobre qual deve ser a situação a se analisar – se aquela efetivamente verificada após o enriquecimento ou se aquela que provavelmente teria se verificado na ausência do fato gerador do enriquecimento. Tal investigação encontra valioso fundamento na análise do sistema positivo brasileiro. No âmbito da cláusula geral do dever de restituir, verifica-se a opção expressa do legislador pela restituição do “indevidamente auferido” (artigo 884, *caput*) – o que parece remeter à vantagem efetivamente (e não hipoteticamente) percebida – e, na hipótese de coisa determinada, da própria coisa recebida ou do valor a ela correspondente (artigo 884, parágrafo único).<sup>318</sup> O mesmo se constata nas previsões específicas do dever de restituir. No âmbito dos efeitos da posse, previu-se expressamente a obrigação do reivindicante de restituir o valor das benfeitorias realizadas, valor esse a variar conforme a boa-fé ou má-fé do possuidor, mas em qualquer caso tendo por referência vantagens patrimoniais efetivas do reivindicante (artigo 1.222).<sup>319</sup> No âmbito do pagamento indevido, estabeleceu-se o dever de restituição de todo o montante efetivamente recebido que não era devido (artigo 876 do Código Civil).

A simplicidade dos exemplos supramencionados – meramente ilustrativos de uma vasta gama de referências positivas ao critério do enriquecimento real –, ao invés de suscitar dúvida sobre a efetiva previsão de critérios de quantificação pelo legislador, deve servir à elucidação de que o direito positivo brasileiro foca a sua atenção, em matéria restitutória, na vantagem patrimonial

<sup>317</sup> “(...) *ciò da cui non si può prescindere è che si tratti di un'attribuzione effettiva e non già meramente eventuale o futura*” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 295). Em tradução livre: “(...) aquilo de que não se pode prescindir é que se trate de uma atribuição efetiva e não já meramente eventual ou futura”.

<sup>318</sup> “O legislador brasileiro fez a opção por aquela concepção que lhe pareceu mais segura, a concepção real. Veja-se que não se fala no montante da atribuição patrimonial, nem tampouco na situação hipotética do enriquecido caso o fato que gerou o enriquecimento nunca houvesse ocorrido” (DRAGO, Guilherme Araujo. *O enriquecimento sem causa no novo Código Civil*, cit., p. 80).

<sup>319</sup> Afirma-se, em semelhante linha de sentido: “Há duas posições em doutrina para balizar a estimativa para o reembolso e que se prendem ao conceito de benfeitoria como ‘qualidade acrescentada à coisa’: a primeira teoria, que se pauta pelo valor do acréscimo, independentemente do custo incorrido e a segunda, que se pauta pelo custo. (...) Uma vez superada essa questão terminológica, podemos passar ao conteúdo da análise dos textos legais, de onde adiantamos, nada há que assegure a avaliação da benfeitoria pelo critério econômico, qual seja, de mais valia agregada. A lei não apenas ignora esse critério como também não oferece parâmetros seguros de avaliação para identificar o ‘valor agregado à coisa’. Dessa forma, nos parece muito mais justo e razoável que o realizador da benfeitoria seja reembolsado pelos custos diretos e indiretos que teve com a obra nova: que guarde todas as faturas de serviço e notas fiscais, bem como contratos de honorários desembolsados e outros custos incorridos para quantificar o seu reembolso. Mas que se evite que o possuidor jogue com as despesas à luz de um ganho potencial, distorcendo a função própria da benfeitoria e tornando-a meio de ganho ou até mesmo de especulação” (PONTES, Evandro Fernandes de. *Breves notas sobre indenização por benfeitorias nas locações imobiliárias*. *Revista de Direito Privado*, vol. 67, jul./2016, p. 194).

injustificada *efetivamente* auferida.<sup>320</sup> Consagra-se, assim, a relevância genérica do enriquecimento real, cujo verdadeiro conteúdo não se esgota no critério do valor médio ou objetivo do bem, abrangendo, isso sim, toda a vantagem patrimonial concretamente auferida pelo enriquecido.<sup>321</sup> Não merecem prosperar, portanto, eventuais propostas de atribuição de relevância jurídica geral ao enriquecimento virtual da pessoa, assim entendido o enriquecimento que ela possível ou provavelmente viria a ter caso não houvesse ocorrido a concreta situação geradora de vantagem patrimonial injustificada. Justifica-se assim a invocação, com a devida cautela, das razões que conduzem a doutrina nacional, em matéria de responsabilidade civil, à rejeição da relevância negativa da causa virtual.<sup>322</sup> Em suma, ressalvada a prerrogativa do legislador para estabelecer hipóteses específicas de relevância do enriquecimento virtual, a restituição no direito brasileiro há de se pautar no enriquecimento real.

A presente conclusão não se altera diante da situação supramencionada de pagamento de prestação alimentar pelo suposto pai. A peculiaridade de tal hipótese consistirá na percepção de que o cálculo da obrigação alimentar depende da avaliação da possibilidade financeira do alimentante. Por tal razão, a vantagem efetivamente (e não hipoteticamente) auferida pelo verdadeiro pai não consistirá no montante despendido pelo terceiro, mas sim no montante que se vier a fixar para a sua

---

<sup>320</sup> Idêntica conclusão é alcançada no âmbito do direito português: “Não nos parece, porém, que a definição em termos patrimoniais do enriquecimento como pressuposto da obrigação de restituição seja adequada, uma vez que nem em face do direito alemão nem em face do direito português, se pode considerar essa solução como legislativamente consagrada, já que em ambos os direitos se faz referência a uma aquisição específica e não a um incremento patrimonial global. (...) Não é feita referência a um incremento patrimonial global consistindo assim o enriquecimento numa vantagem patrimonial concreta” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 862).

<sup>321</sup> A advertência assume especial valia por força da percepção de que a tradicional rejeição ao critério do enriquecimento real parece remontar, entre outras razões, à enunciação inadequada do seu conceito, sobretudo na seara do lucro da intervenção (v. item 3.3, *infra*). Com efeito, é precisamente no âmbito do enriquecimento por intervenção que mais intensamente se incomoda a doutrina pela ideia de restringir a restituição ao valor médio do bem ou direito sobre o qual se deu a intervenção (questão debatida em maior detalhe, por exemplo, em SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*, a. 5, n. 2, 2016, pp. 12-13). Uma vez compreendido que o critério do enriquecimento real, em oposição ao do enriquecimento virtual, abrange toda a vantagem efetivamente auferida pelo enriquecido, parece esmaecer a preocupação que acentuava na doutrina o receio em relação ao critério real.

<sup>322</sup> Gisela Sampaio da Cruz Guedes sintetiza a questão: “O problema da relevância negativa da causa virtual traduz-se na seguinte indagação: pode a causa virtual ser invocada pelo autor da causa real para diminuir ou excluir sua obrigação de indenizar?” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 349). A autora conclui no sentido da ausência de relevância negativa da causa virtual, ressalvadas previsões legais expressas: “Quando consistir em um fato de terceiro capaz de constituir o autor em responsabilidade, se tivesse provocado realmente o dano, a causa virtual, salvo melhor juízo, não tem relevância negativa. Do contrário, estaria protegendo o causador do dano em detrimento do próprio lesado, já que este não terá como pleitear a indenização do autor da causa virtual justamente por falta de nexo causal que ligue sua conduta ao dano. Essa solução tanto mais se impõe quando a causa virtual consistir em um caso fortuito ou de força maior, hipótese em que a vítima não terá de quem pleitear a indenização, a não ser do agente da causa real. Dessa forma, salvo nos casos expressamente previstos pelo legislador, a causa virtual, em regra, não tem relevância negativa no Direito brasileiro, tenha ela operado antes, depois ou concomitantemente à causa real” (Ibid., p. 350). Para uma análise detida da problemática referente à causa virtual no âmbito da experiência portuguesa, remete-se a COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955, *passim*.

obrigação alimentar.<sup>323</sup> Em outros termos, é porque esse enriquecimento se dá pela modalidade de poupança de despesas que seu cálculo partirá, evidentemente, da despesa poupada pelo pai verdadeiro; como essa despesa é arbitrada levando-se em conta o patrimônio do alimentante, o patrimônio do enriquecido será considerado nesse caso (não porque seu enriquecimento juridicamente relevante seja virtual, mas porque seu enriquecimento real é estipulado, no caso específico dos alimentos, a partir de seu patrimônio).

Vale ressaltar, por oportuno, que a situação ora cogitada não coincide com a hipótese fática disciplinada pelo artigo 871 do Código Civil, o qual qualifica como gestão de negócios o fato de “(...) alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem”. Referido dispositivo trata do pagamento feito pelo gestor deliberadamente no interesse do verdadeiro alimentante, razão pela qual se consolidou o entendimento que apenas se deflagra a pretensão restitutória caso a obrigação alimentar já tenha sido fixada em sentença previamente à efetivação dos pagamentos pelo gestor.<sup>324</sup>

Advirta-se, por fim, que a consagração do critério real (e não o dito patrimonial) pelo direito brasileiro para a determinação do enriquecimento não acarreta, *ipso facto*, a restituição de todo o montante aferido. Afigura-se plenamente possível, em realidade, que o enriquecimento seja reputado justo – a impedir a deflagração do dever de restituir – ou mesmo que para esse enriquecimento haja ocorrido contribuição causal relevante do próprio enriquecido – a justificar a redução do montante da restituição. Em suma, a conclusão acerca da existência (*an debeat*) e da quantificação (*quantum debeat*) do dever de restituir não se esgota no requisito do enriquecimento. Faz-se necessário, em acréscimo, investigar os demais requisitos previstos na cláusula geral do dever de restituir. Passa-se, então, à análise do requisito da obtenção à custa de outrem, para que, ao fim, se possa cogitar da ausência de justa causa (e a sua resignificação valorativa à luz do juízo de merecimento de tutela).

## 2.2. Obtenção à custa de outrem e o problema do duplo limite

Analisados os contornos gerais do conceito de *enriquecimento*, passa-se à análise do segundo requisito contido na cláusula geral do dever de restituir – a *obtenção à custa de outrem*. Em

<sup>323</sup> Ainda que se viesse a cogitar de enriquecimento sem causa do alimentando (não já do verdadeiro pai), a pretensão restitutória do alimentante em erro provavelmente seria obstada em razão do atributo de irrepitibilidade dos alimentos (a propósito, v., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume V, cit., p. 591).

<sup>324</sup> “Para que o gestor reaveja do devedor a quantia gasta, ainda que ele não ratifique o ato, mister que a obrigação já esteja previamente consubstanciada em sentença. (...) Tal exigência ganha relevância em face dos novos critérios previstos para a concessão dos alimentos, especialmente no que respeita às despesas que devem ser contempladas em cada caso (art. 1.694)” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 728).

formulação tradicional na doutrina nacional e estrangeira, afirma-se que a enunciação de tal requisito serve a exigir que o enriquecimento necessariamente venha acompanhado de um correspondente empobrecimento da pessoa à custa de quem se enriqueceu.<sup>325</sup> Sustenta-se, nesse sentido, que um “(...) elemento fundamental do enriquecimento sem causa é a perda patrimonial de alguém”.<sup>326</sup> Desse modo, não bastaria, para fins de deflagração do dever de restituir, a demonstração de enriquecimento injustificado, afigurando-se essencial, em complemento, a prova de um correlato empobrecimento.<sup>327</sup>

À semelhança do que sucede a propósito da noção de *enriquecimento*, também no que tange ao *empobrecimento* consagrou-se em doutrina a bipartição de dois critérios.<sup>328</sup> De uma parte, o critério *real* reclama a investigação da perda patrimonial tal como objetivamente suportada pelo empobrecido. De outra parte, o critério *patrimonial* aponta para a necessidade de comparação entre a perda patrimonial efetivamente suportada pelo empobrecido em razão do fato gerador do enriquecimento injustificado e a perda patrimonial que o empobrecido provavelmente suportaria caso não houvesse se verificado o concreto enriquecimento sem causa.<sup>329</sup>

Afigura-se curioso, todavia, notar que, embora a noção básica dos critérios real e patrimonial do empobrecimento corresponda, sem alteração substancial, à noção dos referidos critérios no âmbito do enriquecimento, a conclusão majoritária em doutrina aponta para resultados diversos no

<sup>325</sup> Nesse sentido, v., por todos, no direito brasileiro, GOMES, Orlando. *Obrigações*, cit., p. 306; no direito italiano, SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., p. 3; no direito português, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II. Tomo III, cit., pp. 227-228; no direito francês, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, cit., p. 2.436; TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil*, cit., p. 1.115; e BÉGUET, Jean-Pierre. *L'enrichissement sans cause*, cit., pp. 185 e ss.; e, no direito espanhol, LAGOS, Rafael Núñez. *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, cit., pp. 5-6. Em sentido contrário, a sustentar a desnecessidade de demonstração de empobrecimento correlato ao enriquecimento, v. SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 57.

<sup>326</sup> NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 208. No mesmo sentido, v. ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 45.

<sup>327</sup> “O empobrecimento do devedor constitui o segundo requisito para caracterização do indébito e deve concorrer simultaneamente com o enriquecimento do credor. Esse empobrecimento apresenta-se sob diversas formas: serviço prestado, trabalho realizado, perda material. Qualquer desses fatos poderá configurar o locupletamento, desde que não seja gratuito ou de mero favor” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., p. 294). No mesmo sentido, a sustentar a necessidade de demonstração de um empobrecimento correlato ao enriquecimento, v. ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*, cit., pp. 79-82; FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. Volume 4. Tomo II, cit., p. 303; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* (1ª parte), cit., pp. 293-294; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II, cit., p. 244.

<sup>328</sup> “A caracterização do dano ou do enriquecimento como ‘real’ diz respeito à sua vinculação direta ao que de fato subtraído ou adicionado ao patrimônio. (...) A qualificação como ‘patrimonial’, por sua vez, envolve a comparação com uma hipótese, isto é, a construção de um cenário que demonstraria o quanto fora perdido ou ganho sem o bem locupletado” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa, cit., p. 150).

<sup>329</sup> Para um desenvolvimento das noções de empobrecimento *real* e *patrimonial*, v. MARSANO, Isabella. *Arricchimento senza causa*. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata: Rivista Bimestrale delle Nuove Leggi Civile Commentate*, vol. 76, out./1938, p. 541.

que tange ao critério prevalente em um e em outro caso. Com efeito, ao contrário da usual prevalência do critério patrimonial para identificação do enriquecimento (criticada mais acima), tende a prevalecer em doutrina a indicação do atributo real do empobrecimento como o requisito verdadeiramente relevante para a configuração da cláusula geral do dever de restituir.<sup>330</sup>

A assunção de critérios distintos para a definição do enriquecimento e do empobrecimento é acompanhada, em doutrina, pelo seguinte questionamento: qual valor deve prevalecer quando os cálculos do empobrecimento real e do enriquecimento patrimonial conduzirem a resultados diversos?<sup>331</sup> No caso do pagamento indevido de prestação alimentar – referido no item antecedente –, deveria o pai biológico ser condenado a restituir o valor correspondente à prestação que ele teria pago conforme a sua possibilidade financeira (*enriquecimento patrimonial*) ou, ao revés, o montante efetivamente pago pelo alimentante em erro (*empobrecimento real*)? Na hipótese da utilização não autorizada de casa de veraneio – igualmente já referido –, deverá a restituição consistir no valor médio de locação do bem (*empobrecimento real*) ou, ao revés, no valor que o enriquecido hipoteticamente despenderia para locar imóvel em local semelhante e em conformidade com a sua possibilidade financeira (*enriquecimento patrimonial*)?

---

<sup>330</sup> Carlos Nelson Konder afirma: “O empobrecimento patrimonial é também calculado com base na diferença entre a situação efetiva do empobrecido e a situação hipotética. (...) Já o empobrecimento real vincula-se às condições objetivas da vantagem auferida pelo enriquecido, ou melhor, neste caso, às condições objetivas da vantagem não fruída pelo ‘empobrecido’. Abstrai, portanto, qualquer especulação sobre a aplicação especial que o lesado teria dado ao bem, ou a relação com seus outros bens” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., pp. 385-386). Com base em tal distinção, o autor conclui: “O que é requisito do enriquecimento sem causa – e que define o outro limite da obrigação de restituir – é o ‘empobrecimento’ real, e não o patrimonial. Como foi observado, o patrimonial muitas vezes sequer ocorrerá” (Ibid., p. 386).

<sup>331</sup> “O problema da exacta medida de restituição é controvertido. Afigura-se-nos que essa medida está sujeita ao duplo limite. Não excederá o valor do enriquecimento nem o do empobrecimento. O empobrecido não pode pretender mais do que aquilo em que o outro sujeito enriqueceu, pois de contrário haveria injustiça para este, tendo de desembolsar valor superior ao do seu benefício. Mas também não pode pretender mais do que aquilo em que ele próprio empobreceu, pois haveria igualmente injustiça em o prejudicado receber o valor superior ao do seu prejuízo” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, pp. 138-139).

Diante desses e de tantos outros questionamentos, concebeu-se o critério consagrado sob a denominação *teoria do duplo limite*:<sup>332</sup> a restituição haveria sempre de consistir no menor valor apurado a partir dos critérios do enriquecimento patrimonial e do empobrecimento real.<sup>333</sup> Imaginou-se produzir, desse modo, uma justa medida em matéria de enriquecimento sem causa, ao se impedir sacrifício excessivo do enriquecido e correlata vantagem injustificada do empobrecido. O sacrifício excessivo do enriquecido ocorreria quando o seu enriquecimento patrimonial fosse maior do que o empobrecimento real do empobrecido; nessa hipótese, caso a restituição levasse em consideração o enriquecimento patrimonial, o empobrecido seria conduzido a uma situação mais vantajosa do que aquela anterior ao evento gerador do enriquecimento sem causa. Já para a hipótese diversa, em que o empobrecimento real viesse a superar o enriquecimento patrimonial, a conclusão não se alteraria pela adoção da teoria do duplo limite ou pela consideração exclusiva do enriquecimento; em qualquer das hipóteses, o enriquecido não seria obrigado a restituir mais do que o montante do seu enriquecimento virtual.

Nota-se, assim, que a verdadeira preocupação subjacente à teoria do duplo limite parece ser evitar o enriquecimento às avessas do empobrecido, o qual auferiria injustificada vantagem caso se admitisse a possibilidade de a restituição consistir no enriquecimento patrimonial ainda quando seu valor superasse o do empobrecimento real.<sup>334</sup> Tal percepção parece revelar que o desenvolvimento da teoria do duplo limite pautou-se, em larga medida, na preocupação em se restringirem os efeitos da adoção generalizada do critério do enriquecimento patrimonial. Isso porque, como visto, a assunção da teoria do duplo limite restringe a prevalência do enriquecimento patrimonial às hipóteses em que seu montante é inferior ao do empobrecimento real; nas hipóteses diversas, em que

<sup>332</sup> O prestígio desfrutado pela teoria do duplo limite reflete-se diretamente na sua posituação expressa no artigo 1.303 do *Code civil* francês (com a redação determinada pela *Ordonnance du 10 février 2016*), embora sem diferenciação dos mencionados critérios real e patrimonial: “*En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement*”. Em tradução livre: “Além dos casos de gestão de negócios e de pagamento indevido, aquele que se beneficia de um enriquecimento injustificado em detrimento de outrem deve, àquele que resta empobrecido, uma indenização igual ao menor dos dois valores do enriquecimento e do empobrecimento”. Exemplifica-se, na doutrina francesa: “*Dans l'exemple classique de travaux effectués sur le terrain d'autrui, en dehors du domaine d'application de l'article 555 du Code civil, si ces travaux ont coûté 10 000 euros et qu'ils apportent une plus-value à l'immeuble de 7 000 euros, l'indemnité sera de 7 000 euros*” (CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., p. 209). Em tradução livre: “No exemplo clássico de trabalhos efetuados sobre o terreno alheio, além do domínio de aplicação do artigo 555 do *Code civil*, se esses trabalhos tiverem custado 10.000 euros e aportarem uma mais-valia ao imóvel de 7.000 euros, a indenização será de 7.000 euros”. Para uma análise do desenvolvimento da teoria do duplo limite na experiência italiana, v., por todos, ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., pp. 299-300.

<sup>333</sup> “Para a teoria do duplo limite estaria o alcance da ação *de in rem verso* não apenas constricto entre o dano real do locupletado e o enriquecimento patrimonial do locupletante, mas necessariamente ao mais baixo dentre os limites impostos” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa, cit., p. 151). Para uma formulação da teoria do duplo limite no âmbito da doutrina italiana, v. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 301.

<sup>334</sup> Semelhante conclusão, acerca da provável preocupação subjacente à formulação tradicional do duplo limite, é alcançada por ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 389.

o enriquecimento patrimonial assume maior monta, a restituição limita-se ao empobrecimento real. Constata-se, em suma, a relevância prática da teoria do duplo limite para a contenção dos efeitos do critério patrimonial na definição do enriquecimento.

Pode-se entrever na teoria do duplo limite, desse modo, um relevante (embora pouco percebido) indício da inadequação do critério do enriquecimento patrimonial. Parece ter percebido a doutrina, gradativamente, a necessidade de restrição do referido critério patrimonial – o qual mais propriamente se caracteriza, como visto, não pelo atributo da patrimonialidade, mas sim pelo da virtualidade. A consagração da teoria do duplo limite produziu, em suma, cenário no qual o critério patrimonial (*rectius*: virtual) do enriquecimento serviria apenas para reduzir o montante da restituição, mas nunca para aumentá-lo (em comparação com o valor correspondente ao empobrecimento real).

Nesse contexto, justifica-se a revisitação da classificação tradicional que aparta o empobrecimento real e o empobrecimento patrimonial. Com efeito, tal distinção traduz, assim como visto em matéria de enriquecimento, uma distinção entre perda patrimonial *real* e perda patrimonial *virtual* (ou hipotética). A similitude conceitual justifica, portanto, a importação, à presente seara, das razões justificadoras da impropriedade terminológica e da inadequação de conteúdo da classificação tradicional que aparta os critérios *real* e *patrimonial*, já vistas a propósito do conceito de enriquecimento (v. item 2.1, *supra*). Justifica-se, assim, o abandono do critério patrimonial (*rectius*: virtual) do empobrecimento, em razão da impossibilidade de atribuição de relevância negativa genérica (sem previsão legal) a causas virtuais para a limitação do dever de restituir.

A análise funcional dessas categorias justifica, indo mais além, o aprofundamento da investigação acerca da subsistência da própria exigência de empobrecimento no cenário contemporâneo.<sup>335</sup> Ao se tomarem como premissa os contornos do perfil funcional da vedação ao enriquecimento sem causa (v. item 1.2, *supra*), percebe-se que a verificação de empobrecimento correlato ao enriquecimento parece não se afigurar indispensável à configuração do enriquecimento

---

<sup>335</sup> “La lettera della norma, nonché la funzione dell’istituto, depongono dunque a favore di una interpretazione per via della quale la restituzione è sempre commisurabile nel limite massimo dell’arricchimento, non già sulla base di una variabile legata al concreto ammontare del danno (secondo la nota tecnica della minor somma tra arricchimento e impoverimento)” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 389). Em tradução livre: “A literalidade da norma, bem como a função do instituto, depõem a favor de uma interpretação por via da qual a restituição seja sempre mensurável no limite máximo do enriquecimento, não já sobre a base uma variável ligada ao montante concreto do dano (segundo a nota técnica do menor valor entre enriquecimento e empobrecimento)”.

sem causa em todas as suas possíveis modalidades.<sup>336</sup> Com efeito, ainda que se possa constatar empobrecimento em algumas hipóteses – especialmente as relacionadas ao enriquecimento por prestação nas modalidades de incremento do ativo ou diminuição do passivo –, a configuração dogmática do instituto não tem como pressuposto necessário o empobrecimento da pessoa à custa de quem se enriqueceu.<sup>337</sup> Tal percepção se revela da maior importância na seara do enriquecimento por intervenção,<sup>338</sup> cujas hipóteses fáticas usualmente se apresentam completamente dissociadas de qualquer empobrecimento por parte do titular do direito (v. item 3.3, *infra*).<sup>339</sup>

A conclusão no sentido da prescindibilidade do empobrecimento decorre, em primeiro lugar, do fato de o Código Civil brasileiro em nenhum momento prever o empobrecimento (real ou patrimonial) como requisito de configuração do enriquecimento sem causa, não parecendo possível se extrair esse suposto requisito da expressão “se enriquecer à custa de outrem” constante do artigo 884 do diploma.<sup>340</sup> Some-se a isso a constatação de que a exigência de demonstração de empobrecimento correspectivo ao enriquecimento não se coaduna com a função restitutória precípua da vedação ao enriquecimento sem causa, para a qual não assume especial relevância a situação

<sup>336</sup> “Face a esta conclusão parece que não faz sentido continuar a configurar o requisito ‘à custa de outrem’ como a exigência de um empobrecimento concomitante em relação ao enriquecimento. Esta conclusão representa, no fundo, o reconhecimento da verdadeira função do instituto do enriquecimento sem causa que é a de reprimir o enriquecimento injustificado e não o de compensar os danos sofridos” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 876). No mesmo sentido, a criticar a subsistência da noção de empobrecimento, v., na doutrina brasileira, MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*, cit., p. 118; e, na doutrina portuguesa, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 292 e ss.

<sup>337</sup> João de Matos Antunes Varela apresenta exemplos para demonstrar a insuficiência do critério do empobrecimento: “Admitamos que o dono da casa onde outrem se instalou indevidamente (por julgá-la própria) a não teria rendado em quaisquer circunstâncias; que o dono do cavalo ou do automóvel com que o amigo, utilizando abusivamente o animal ou o veículo, ganhou avultado prémio numa competição desportiva, não estaria disposto a concorrer a tal prova; que o dono da obra editada, sem a sua autorização, por terceiro não estaria inclinado a publicá-la, etc. Em nenhum desses casos se pode rigorosamente falar numa diminuição do património do dono da coisa e nem sequer na privação dum aumento dele, uma vez que o titular não estava disposto a usar ou fruir a coisa nos termos em que o fez o intrometido. E, todavia, não pode duvidar-se de que a vantagem patrimonial do beneficiado foi obtida à custa do dono da coisa” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., pp. 490-491).

<sup>338</sup> “A utilização do dano real como um dos limites revela sua fragilidade, de início, nos casos em que o interventor se valeu de direito alheio, sem com ele produzir dano ao patrimônio do locupletado. Em outras palavras, inexistindo dano real e, simultaneamente, devendo optar o aplicador do direito (que se baseia na teoria do duplo limite) pelo menos *quantum* na ação, o valor a ser restituído haveria de ser zero” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. *A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa*, cit., p. 151).

<sup>339</sup> “Não bastasse a ausência de previsão legal, como o lucro da intervenção muitas vezes surge em hipóteses em que o ato do interventor não causa danos ao titular do direito, a se entender que a expressão ‘à custa de outrem’ significa uma exigência de que algo efetivamente saia do patrimônio do titular do direito para o do enriquecido, os problemas relacionados ao lucro da intervenção continuariam sem solução” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 61).

<sup>340</sup> Afirma-se, nesse sentido, que “(...) não incluiu o Código como elemento de configuração do enriquecimento sem causa a necessidade de a outra parte empobrecer com o enriquecimento do beneficiado” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 525). No mesmo sentido, Sérgio Savi afirma: “Por ora, basta destacar que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer regra estabelecendo ser o empobrecimento do titular do direito um requisito para a configuração do enriquecimento sem causa” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 61). Tal linha de pensamento foi consagrada pelo Enunciado n. 35, aprovado pela I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *verbis*: “Art. 884: a expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.



patrimonial da pessoa à custa de quem se enriqueceu – diversamente do que sucede com a responsabilidade civil.<sup>341</sup>

A exigência de demonstração de empobrecimento parece se vincular, com efeito, a uma indevida confusão conceitual entre responsabilidade civil e vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>342</sup> Na seara indenizatória, precisamente por se visar à reparação integral do dano sofrido pela vítima, faz-se imprescindível a investigação de toda a consequência negativa do evento lesivo sobre a sua esfera patrimonial ou existencial.<sup>343</sup> A importação dessa preocupação à seara restitutória, todavia, não pode ser feita sem acentuada cautela: ainda que o evento possa gerar repercussão negativa *indireta* sobre o patrimônio da vítima, o foco do intérprete será a injustificada alteração patrimonial

<sup>341</sup> Nesse sentido, v., entre outros, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 383 e ss.; e NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 257. A partir de idêntica percepção, assevera-se: “*La conséquence pratique en est que la condamnation se mesure en principe sur l’enrichissement procuré et non plus sur la lésion soufferte, sur l’appauvrissement*” (RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., p. 758). Em tradução livre: “A consequência prática é que a condenação é medida, em princípio, pelo enriquecimento gerado e não mais pela lesão sofrida, pelo empobrecimento”.

<sup>342</sup> A ilustrar a confusão entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa em razão da associação do empobrecimento com a noção de dano: “*Qualunque forma di arricchimento a spese altrui e senza una causa che giuridicamente la giustifichi determina uno squilibrio contro il quale, dal diritto romano a oggi, l’ordine giuridico ha reagito, o più esattamente ha autorizzato colui a danno del quale l’arricchimento è avvenuto a reagire*” (BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volume II, cit., p. 361). Em tradução livre: “Toda forma de enriquecimento à custa de outrem e sem uma causa que juridicamente o justifique determina um desequilíbrio contra o qual, do direito romano até hoje, o ordenamento jurídico reagiu, ou mais exatamente autorizou aquele sob cujo dano [*danno*] o enriquecimento foi obtido a reagir”. Precisamente no sentido dessa observação crítica, afirma-se, na doutrina alemã, em passagem referente ao lucro da intervenção que se aplica, sem prejuízo, à generalidade das modalidades de enriquecimento sem causa: “*Dann wäre das Recht auf den Eingriffserwerb ein geminderter Schadenersatzanspruch*” (SCHULZ, Fritz. *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 105. Bd., H. 1, 1909, p. 441). Em tradução livre: “Então o direito ao lucro da intervenção seria uma reduzida pretensão indenizatória”. Em idêntico sentido, afirma-se, na doutrina portuguesa: “(...) a limitação do direito ao lucro da intervenção pelo dano do lesado converteria tal direito numa forma menor de responsabilidade civil (o que de fato sucede com o enriquecimento sem causa quando o dever de restituição se acha limitado pelo empobrecimento)” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 182).

<sup>343</sup> “O princípio em torno do qual se articula o instituto da responsabilidade civil é o princípio da reparação integral, que agrega ao valor fundante dessa disciplina o valor sistemático e o valor dogmático. É fundante o valor do princípio porque serve para explicitar em uma síntese altamente expressiva a razão de ser da responsabilidade civil como instituto jurídico, apontando para o seu núcleo básico ou característica central. (...) colocar o lesado em situação equivalente a que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito liga-se diretamente à própria função da responsabilidade civil, apontando à ficção expressa na palavra ‘indenização’ – o tornar *in-demne* (sem dano), fazendo desaparecer, na medida do possível, os efeitos desagradáveis do evento danoso” (MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*, cit., p. 5). Tamanha é a relevância do princípio da reparação integral que se aponta como “regra fundamental da *civil law*” (TEPEDINO, Gustavo. *Princípio da reparação integral e quantificação das perdas e danos derivadas da violação do acordo de acionistas*. *Soluções práticas*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 315). Para uma análise da conformação dogmática do princípio da reparação integral no direito brasileiro, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

de que se beneficia *diretamente* uma pessoa.<sup>344</sup> Com efeito, parece estranha à sistemática do ordenamento jurídico brasileiro a ideia de que o *quantum* restitutivo não seja quantificado em razão do injustificado enriquecimento auferido pelo enriquecido. Não se pretende, em suma, ignorar a notória similitude estrutural entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa,<sup>345</sup> mas tão somente ressaltar a distinção funcional entre as duas fontes.

Parece não haver óbice, contudo, à previsão legal de critérios de quantificação distintos do critério do enriquecimento real, até mesmo para a atribuição de relevância à noção de empobrecimento. A ilustrar tais considerações, vale trazer à tona a disciplina dispensada pelo artigo 1.222 do Código ao cálculo das benfeitorias no âmbito dos efeitos da posse: “Art. 1.222. O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual”. Veja-se que o critério básico adotado para a quantificação do dever de restituir (apenas atecnicamente referido pelo legislador como “indenizar”)<sup>346</sup> consiste no “valor atual” das benfeitorias, a refletir mais adequadamente a vantagem patrimonial efetivamente auferida pelo reivindicante, uma vez que o labor humano usualmente gera resultados mais valiosos do que o montante das despesas suportadas durante o processo.<sup>347</sup> O dispositivo em comento prevê, ainda, de modo restrito à hipótese de possuidor de má-fé, a possibilidade do reivindicante de optar entre o “valor atual” das benfeitorias e

<sup>344</sup> Esclarece Pereira Coelho: “(...) a responsabilidade civil visa a remover o dano; a remoção do enriquecimento é indireta e eventual (...). Pelo contrário, o enriquecimento sem causa visa a remover o enriquecimento; a remoção do dano é indireta e eventual” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., pp. 24-25). Pertinente, neste ponto, a seguinte advertência acerca do risco de confusão entre os institutos: “Assim, a restituição do obtido e a reparação de um dano são, muitas vezes, verso e reverso da mesma medalha. Do mesmo passo em que se opera a restituição do obtido injustificadamente, repara-se um dano, uma perda, ao menos potencial ou virtual, da outra banda. (...) Se, contudo, não houver o cuidado de precisar que a deslocação patrimonial não supõe a identidade exata entre o perdido por um e o obtido pelo outro, ou se não se tiver plena consciência de que o famoso empobrecimento não corresponde ao conceito de dano em sede de responsabilidade civil, mas é porventura, muito mais amplo, corre-se o risco de atrofiar consideravelmente o enriquecimento sem causa e de o converter num ‘parente pobre’, numa caricatura ou imitação da responsabilidade civil” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 225).

<sup>345</sup> Não por acaso se afirma, a ilustrar a referida similitude estrutural (como visto no item 1.2, *supra*), que tanto a responsabilidade civil quanto a vedação ao enriquecimento sem causa podem tutelar dano e enriquecimento, distinguindo-se no que tange ao caráter direto ou indireto dessa tutela. Nesse sentido, Gisela Sampaio da Cruz Guedes esclarece, especificamente no tocante ao lucro da intervenção: “Nestes termos, o enriquecimento do lesante seria suprimido de duas formas: em primeiro lugar, indiretamente, pela responsabilidade civil, e subsistindo uma parcela de enriquecimento, em segundo lugar, diretamente, por meio da disciplina do enriquecimento sem causa” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., pp. 224-225).

<sup>346</sup> Para uma análise da confusão conceitual entre *indenização* e *restituição*, remete-se ao item 3.1, *infra*.

<sup>347</sup> “Assim, o CC estabeleceu soluções diferenciadas de ressarcimento conforme a boa ou má-fé do possuidor. Comprovada a má-fé do possuidor, prevalecerá o interesse do reivindicante, a quem se confere o direito de optar por indenizar pelo valor atual da benfeitoria ou seu custo. Contudo, ao possuidor de boa-fé se indenizará pelo valor atual, que representa efetivamente o benefício percebido pelo reivindicante. Em qualquer das hipóteses, cabe destacar, trata-se de valor corrigido monetariamente” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume III, cit., p. 482).

“o seu custo”.<sup>348</sup> Parece tratar-se de previsão específica que permite o afastamento do critério do enriquecimento real em prol de critério mais aproximado ao do empobrecimento real, em provável ocorrência de limitação do dever de restituir (ordinariamente pautado pelo enriquecimento real) com base em propósito sancionatório do possuidor de má-fé.<sup>349</sup>

As considerações enunciadas parecem indicar a insubsistência teórica em se exigir que o enriquecimento seja acompanhado por um correspondente empobrecimento, o que conduz à conclusão no sentido da desnecessidade da própria teoria do duplo limite, uma vez que o único limite relevante em caráter geral (ressalvadas previsões legais em contrário) é aquele do enriquecimento real. Advirta-se, por oportuno, que a determinação do montante do enriquecimento real – a repercutir diretamente na quantificação da restituição – deve promover uma análise global da situação patrimonial do enriquecido antes e após a efetiva ocorrência do evento de enriquecimento, devendo ser levadas em consideração, por exemplo, as despesas de conservação da coisa.<sup>350</sup> Trata-se, em suma, de assegurar que a restituição promova a recondução do patrimônio do enriquecido à situação em que estaria caso o evento do enriquecimento não houvesse se verificado, em raciocínio

<sup>348</sup> A propósito do sistema adotado pelo codificador de 2002, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. Volume 14, cit., pp. 187-189.

<sup>349</sup> A destacar o caráter sancionatório da tutela pautada na má-fé subjetiva, afirma-se, especificamente na seara do enriquecimento por intervenção: “(...) tutelar a má-fé por analogia, fora das hipóteses legais do possuidor de má-fé, poderia sugerir uma distorção do mecanismo do lucro da intervenção, que visa precipuamente a restituição do lucro, cuja produção estava destinada a outrem. E, ao assim proceder, parece que o enriquecimento sem causa serviria de instrumento de punição da má-fé fora das hipóteses legalmente previstas, o que não se coaduna com o escopo restitutivo do enriquecimento sem causa e da interpretação técnica da teoria da destinação jurídica dos bens” (LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 173-174). Precisamente por tal percepção, parece possível sustentar que, na hipótese de a benfeitoria sofrer desvalorização, o possuidor de boa-fé poderia pleitear o cálculo da restituição com base no seu custo, embora esse critério seja textualmente dispensado apenas à hipótese de possuidor de má-fé. Vale registrar que o Código Civil brasileiro não enuncia expressamente o elemento subjetivo de boa-fé ou má-fé como critério genérico para a determinação da restituição, no que se diferencia, por exemplo, do Código Civil português, a propósito do qual se afirma: “Afigura-se-nos não se poder prescindir de todo dos dois conceitos de enriquecimento (...), o que é corroborado por uma leitura do nosso Código Civil. Este começa por afirmar o primado da restituição natural estabelecendo que (art. 479, nº 1) ‘a obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa compreende tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido, ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente’. Consagra-se aqui, quanto a nós, a obrigação de restituir o enriquecimento real. Mas, logo em seguida, afirma-se (art. 479, nº 2) que ‘a obrigação de restituir não pode exceder a medida do locupletamento à data da verificação de alguns dos factos referidos nas duas alíneas do artigo seguinte’ (...). Esta referência ao locupletamento parece limitar a restituição pelo enriquecimento patrimonial (...). Abre-se, assim, a porta a uma diferenciação de tratamento consoante a boa ou má-fé do enriquecido” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 109-111).

<sup>350</sup> Assim conclui Júlio Manuel Vieira Gomes: “(...) a noção de enriquecimento patrimonial não se limita a sugerir que o conceito de enriquecimento resulta de um saldo, de uma comparação entre uma situação real e uma situação hipotética, que existiria não fora o fato gerador do enriquecimento; vai mais além e exige a comparação da situação patrimonial global do enriquecido, da mesma forma que a teoria da diferença consagra em sede de dano patrimonial. Também quando se perfilha a tese segundo a qual se impõe, em primeira linha, a restituição do enriquecimento real, este corresponde ao valor objetivo da coisa ou prestação recebida, mas com isso não se quer, de modo algum, afastar-se que no cálculo da dimensão do enriquecimento real se possa ter que atender a despesas efetuadas pelo enriquecido, com vista à aquisição, à sua própria contraprestação, etc.” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 113-114).

semelhante àquele que justifica, em sede de responsabilidade civil, a consagração da regra da *compensatio lucri cum damno*.<sup>351</sup>

Abandonado o critério do empobrecimento, todavia, e superada a teoria do duplo limite, resta pendente de esclarecimento o conteúdo da exigência, estatuída pelo artigo 884 do Código Civil brasileiro, de que o enriquecimento seja obtido “à custa de outrem”. As críticas endereçadas à noção de empobrecimento em nada afetam, com efeito, a relevância do requisito em comento para a deflagração do dever de restituir. A importância da demonstração de que o enriquecimento foi *obtido à custa de outrem* parece remontar à constatação, tão simples quanto evidente, de que o ordenamento jurídico não busca reprimir toda e qualquer atribuição patrimonial.

Afigura-se útil, nesse ponto do raciocínio, destacar que todo e qualquer enriquecimento (no sentido de vantagem patrimonial auferida por uma pessoa) tem, por imperativo lógico, apenas três possíveis origens: (i) uma origem fortuita; (ii) o patrimônio do próprio enriquecido; e (iii) o patrimônio alheio. As vantagens patrimoniais obtidas a partir de uma causa fortuita não geram, em regra, qualquer reação negativa por parte do ordenamento. Pense-se, por exemplo, na aquisição da propriedade imobiliária por acessão nas modalidades de formação de ilhas, aluvião, avulsão e abandono de álveo (artigos 1.248-1.252 do Código Civil), ou mesmo na aquisição da propriedade mobiliária por ocupação (artigo 1.263).<sup>352</sup> Tais hipóteses servem a ilustrar que, em princípio, não existe qualquer contrariedade, por parte do ordenamento, a incrementos patrimoniais fortuitos.

Do mesmo modo se verifica com as vantagens obtidas a partir da exploração do patrimônio do próprio enriquecido. Desde a percepção de frutos (naturais e civis) até a aquisição da propriedade imobiliária por acessão na modalidade de construções e plantações – destacadamente na hipótese de utilização de materiais pertencentes ao próprio titular do prédio –, passando pelas mais diversas possibilidades de exploração de bens e direitos próprios, não há maior dúvida acerca da legitimidade, *a priori*, da obtenção de vantagens a partir de exploração do patrimônio pelo seu titular.<sup>353</sup>

Em meio às três origens gerais das atribuições patrimoniais, apenas parecem ter aptidão a suscitar problemas relevantes em matéria de vedação ao enriquecimento sem causa as hipóteses de

<sup>351</sup> A semelhança do raciocínio ora proposto – de análise global da situação de enriquecimento real – com a doutrina da *compensatio lucri cum damno* tal como desenvolvida no âmbito da responsabilidade civil é ressaltada por GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 114.

<sup>352</sup> “Outro exemplo a ser trazido (...) é o regime da avulsão como modo de aquisição da propriedade imóvel. Ela exemplifica claramente um modo de enriquecimento sem causa em virtude de fato natural: ocorre quando uma porção de terra se destaca de um prédio e se junta a outro (CC, art. 1.251). Mecanismo semelhante encontra-se na aquisição de propriedade móvel por especificação (CC, art. 1.271), assim como na confusão, comissão e adjunção (CC, arts. 1.272 a 1.273)” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 394).

<sup>353</sup> A propósito, v., por todos, CERVEIRA, Fernanda Pessoa. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 157.

vantagens patrimoniais obtidas a partir do patrimônio alheio. Vale ressaltar que as hipóteses potencialmente problemáticas afiguram-se excepcionais, uma vez que é da essência do regime contratual a aquisição de vantagens por uma parte à custa do patrimônio alheio.<sup>354</sup> Tais hipóteses reclamam, de qualquer modo, maior cautela por parte do intérprete, em razão da relevância atribuída pelo ordenamento jurídico à destinação dos bens e direitos distribuídos na sociedade. Não se trata de perquirir a justiça (abstrata ou filosófica) da distribuição dos bens, mas sim de reconhecer a tendência geral do ordenamento a atribuir ao titular as vantagens geradas por seus bens.<sup>355</sup>

Tal percepção costuma estar de tal modo impregnada na comunidade jurídica que parece beirar a obviedade a afirmação – exposta acima – de que o ordenamento não reprime a obtenção de vantagens patrimoniais a partir da exploração dos bens e direitos por seus titulares. O “outro lado da moeda”, contudo, não costuma passar sem ressalvas: devem todas as vantagens obtidas a partir de um bem ou direito ser atribuídas ao seu titular? A resposta mais recorrente, enunciada em caráter afirmativo à aventada questão, reflete-se na denominada *doutrina do conteúdo da destinação*, segundo a qual todas as vantagens patrimoniais geradas por um bem devem refletir em proveito do seu titular.<sup>356</sup>

Referida formulação teórica recebeu desenvolvimento particularmente aprofundado na seara do lucro da intervenção, possivelmente em razão da mencionada dificuldade em se identificar empobrecimento em diversas hipóteses de enriquecimento por intervenção (v. item 3.3, *infra*).<sup>357</sup> A doutrina do conteúdo da destinação parece, contudo, assumir acentuada relevância para a compreensão global do requisito de obtenção à custa de outrem nas mais variadas hipóteses fáticas

<sup>354</sup> “*Il est de l'essence même des relations commerciales qu'une personne puisse s'enrichir aux dépens d'une autre qui s'appauvrit*” (CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., p. 203). Em tradução livre: “É da essência mesma das relações comerciais que uma pessoa possa se enriquecer à custa de uma outra que se empobrece”.

<sup>355</sup> A partir de semelhante preocupação, vislumbra-se o requisito de *obtenção à custa de outrem* como a exigência da demonstração de um *nexo de imputação*: “Assim, o requisito do empobrecimento em termos genéricos parece apenas poder ser definido como a imputação do enriquecimento à esfera de outra pessoa, sendo essa imputação que justifica que alguém tenha que restituir o enriquecimento que se gerou no seu patrimônio. Essa imputação pode resultar de várias formas como a realização de uma prestação por parte do empobrecido, a afectação do conteúdo da destinação de uma posição jurídica de que ele era titular, a realização de uma despesa ou a impossibilidade de satisfação de um crédito em virtude dessa situação” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 876). Em sentido semelhante, v. CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, cit., p. 44.

<sup>356</sup> “(...) para a doutrina do ‘conteúdo de atribuição’ é, sobretudo, o resultado da ingerência, contrário à distribuição dos bens legalmente sancionada, que importa: a ingerência representa uma usurpação de uma competência reservada a outrem pela ordem jurídica (normalmente através do reconhecimento de um direito subjetivo). A pretensão de restituição fundada no enriquecimento sem causa, desta perspectiva, é, ainda, uma manifestação do direito lesado, uma expressão deste, mesmo que tal direito tenha sido afetado pela intervenção (por exemplo, a propriedade perdeu-se porque a coisa foi consumida por outrem, objeto de união, confusão, especificação – trata-se, pois, de uma visão que apresenta a pretensão de restituição fundada no enriquecimento sem causa como um sucedâneo da reivindicação perdida, muito embora a propriedade esteja longe de representar o único direito com um conteúdo de atribuição” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 200).

<sup>357</sup> Para um relato do desenvolvimento da *Zuweisungsgelaltlehre* (“doutrina do conteúdo da destinação”) na seara do lucro da intervenção, v. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., pp. 491-493.

de enriquecimento sem causa. A exigência de obtenção à custa de outrem traduziria, nesse contexto, a consagração legal do entendimento de que a aquisição de vantagem patrimonial somente pode assumir relevância para fins de deflagração do dever de restituir quando advier de patrimônio alheio. Não se deve cogitar, portanto, de pretensão restitutória fundamentada na vedação ao enriquecimento sem causa se o suposto enriquecimento tiver origem em caso fortuito ou no próprio patrimônio do enriquecido.

À luz de tais considerações, pode-se falar em enriquecimento *obtido à custa de outrem* quando a origem de tal vantagem remontar não a um caso fortuito ou ao patrimônio do próprio enriquecido, mas sim ao patrimônio de um terceiro.<sup>358</sup> Para além da deflagração do dever de restituir (*an debeat*), a noção de obtenção à custa de outrem assume papel relevante para a determinação do montante da restituição (*quantum debeat*). Isso porque, como será mais detidamente analisado no âmbito do lucro da intervenção (v. item 3.3, *infra*), a obtenção do enriquecimento pode se vincular, a um só tempo, ao patrimônio alheio e ao patrimônio ou labor do próprio enriquecido. Em tais hipóteses, estruturalmente assemelhadas ao fenômeno das causas simultâneas em matéria de responsabilidade civil, deve-se investigar a relevância causal de cada origem para a configuração do enriquecimento, tal como concretamente verificado.<sup>359</sup>

Vislumbra-se, em suma, a relevância da noção de obtenção à custa de outrem para a deflagração (e para a quantificação) do dever de restituir. Somente se cogita, portanto, de imposição da obrigação restitutória mediante a demonstração de uma vantagem patrimonial efetiva (*enriquecimento*) vinculada a um patrimônio alheio (*obtenção à custa de outrem*). A análise não restaria completa, todavia, sem a investigação de um elemento valorativo que permitisse definir a legitimidade da obtenção de tal vantagem a partir de patrimônio alheio, sob pena de efeitos extremamente nocivos na ordem jurídica, a ponto de se desvirtuar da inteira disciplina dos negócios

---

<sup>358</sup> De tal percepção decorre, como regra geral, a conclusão de que o montante da restituição deve ser direcionado precisamente à pessoa à custa de quem ocorreu o enriquecimento. Destaca-se em doutrina, contudo, que tal conclusão não assume caráter absoluto, o que permitiria cogitar, no plano teórico, da destinação a pessoa diversa, tal como constatado no âmbito da canonística medieval: “Só que essa anulação [do ganho auferido em infração à *lei divina*] não tem necessariamente que se operar mediante uma restituição ao empobrecido, podendo o enriquecimento ser destruído mediante a entrega de esmola aos pobres ou de doações à igreja. Em certos casos, porém, quando não existe qualquer culpa do empobrecido, como nas hipóteses de furto ou roubo, a anulação do enriquecimento só pode ser efectuada através da restituição à vítima, única forma de remissão do pecado cometido” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 195). No sistema brasileiro, o artigo 883 do Código Civil parece ilustrar a possibilidade de destinação do produto da restituição a pessoa diversa daquela à custa de quem se auferiu o enriquecimento. Com efeito, na sequência da vedação, contida no *caput*, à repetição do pagamento indevido por parte de quem “(...) deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”, o parágrafo único do dispositivo em comento estabelece que “(...) o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”. A propósito, v. KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 398.

<sup>359</sup> Nesse sentido, v. LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*, cit., pp. 176 e ss.

jurídicos.<sup>360</sup> Passa-se, então, à análise do requisito de *ausência de justa causa*, com o qual se perfaz a configuração da cláusula geral do dever de restituir.

### 2.3. Resignificação da ausência de justa causa à luz da legalidade constitucional: a injustiça do enriquecimento

O derradeiro requisito para a configuração da cláusula geral do dever de restituir, igualmente extraído do *caput* do artigo 884 do Código Civil, consiste na *ausência de justa causa* do enriquecimento obtido à custa de outrem.<sup>361</sup> Tal requisito, já apontado como o “eixo cardinal da teoria do enriquecimento”,<sup>362</sup> desempenha a importante missão de restringir a atenção do intérprete, em matéria restitutória, às vantagens patrimoniais *injustificadas*. Promove-se, assim, em última instância, a coerência interna do ordenamento jurídico, a qual restaria ameaçada caso se admitisse o surgimento de pretensões restitutórias tendentes a desfazer transferências ou atribuições patrimoniais regularmente amparadas em título jurídico idôneo.

A investigação acerca do requisito de *ausência de justa causa* consiste, fundamentalmente, em uma análise de *justificação* do enriquecimento auferido por uma pessoa com base em patrimônio alheio.<sup>363</sup> Como já se pôde destacar (v. item 2.1.2, *supra*), a mera obtenção de vantagem patrimonial a partir de bens ou direitos alheios não traduz, *ipso facto*, um problema idôneo a suscitar a atuação dos mecanismos restitutórios. A se entender diversamente, tenderia ao colapso, por exemplo, a inteira sistemática dos contratos, cujo escopo central consiste precipuamente na imposição (e concomitante justificação) de obrigações e direitos a cada um dos agentes em legítimo exercício de

<sup>360</sup> A destacar a ausência de ilegitimidade, *a priori*, na obtenção de enriquecimento à custa de outrem, a ser reprimido apenas na hipótese de ausência de justa causa, v. LAGOS, Rafael Núñez. *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, cit., p. 5.

<sup>361</sup> “*L’arricchimento deve essere ingiustificato: senza il requisito della mancanza di giusta causa sarebbe impossibile delimitare i casi in cui si ha la facoltà di ricorrere all’azione, chiunque potrebbe vantare un diritto a riappropriarsi di utilità non più sue perché privatosene a seguito di regolari negozi, o per spirito di liberalità, o perché perdute per effetto di disposizioni di legge*” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 199). Em tradução livre: “O enriquecimento deve ser injustificado: sem o requisito da ausência de justa causa seria impossível delimitar os casos em que se tem a faculdade de recorrer à ação, qualquer um poderia alegar um direito a se reapropriar de utilidades não mais suas porque privado delas em razão de negócios regulares, ou por espírito de liberalidade, ou porque perdidas por força de disposições legais”. A propósito da dificuldade conceitual ínsita à matéria, já se afirmou: “A ausência de causa justificativa é seguramente o conceito mais indeterminado no âmbito do enriquecimento sem causa” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 891).

<sup>362</sup> No original: “*eje cardinal de la teoría del enriquecimiento*” (LAGOS, Rafael Núñez. *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, cit., p. 5).

<sup>363</sup> “A causa, neste contexto, remete para a existência de uma justificação, justificação esta que, normalmente, se deve procurar fora dos quadros do ‘enriquecimento sem causa’ como fonte autônoma de obrigações” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 469). Em sentido semelhante, afirma-se: “*La cause est ici la raison juridique qui explique l’enrichissement*” (CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., p. 206). Em tradução livre: “A causa é aqui a razão jurídica que explica o enriquecimento”.

autonomia privada.

A título meramente ilustrativo, vale imaginar o exemplo da compra e venda regularmente celebrada e adimplida: após a tradição do bem móvel ou o registro do bem imóvel, o comprador adquire a propriedade sobre a coisa anteriormente pertencente ao vendedor,<sup>364</sup> situação essa que poderia ser exposta, sem prejuízo de sentido, pela noção de *obtenção de enriquecimento* (aquisição da propriedade da coisa) *à custa de outrem* (uma vez que a coisa integrava patrimônio alheio – *in casu*, do vendedor). Tal exemplo serve a ilustrar a percepção de que o ponto nevrálgico para a dissociação entre a disciplina da vedação ao enriquecimento sem causa e aquela da execução contratual, sem que sequer se necessite invocar a regra da subsidiariedade insculpida no artigo 886 (v. item 2.4, *infra*), consiste precisamente na *justificação* do enriquecimento.

Perquirir a *ausência de justa causa* do enriquecimento obtido à custa de outrem significa, em suma, investigar a existência de uma causa justificadora dessa vantagem patrimonial.<sup>365</sup> Compreende-se, assim, a inter-relação dos três requisitos da cláusula geral do dever de restituir: a vantagem patrimonial (*enriquecimento*) somente é relevante para fins restitutórios se houver sido obtida a partir de patrimônio alheio (*obtenção à custa de outrem*) sem uma legítima justificativa (*ausência de justa causa*). *A contrario sensu*, se a vantagem patrimonial houver sido obtida a partir do próprio patrimônio do enriquecido ou a partir de caso fortuito, ou ainda se a vantagem obtida à custa de patrimônio alheio desfrutar de justificativa legítima, impor-se-á idêntica conclusão: a não deflagração do dever de restituir.

Nesse contexto, cumpre investigar o alcance do requisito de *ausência de justa causa* para fins de configuração da cláusula geral contida no artigo 884 do Código Civil. Afigura-se relevante, desde logo, a advertência preliminar no sentido de que a disciplina particular da vedação ao enriquecimento sem causa não tem por vocação definir abstrata e previamente as causas legítimas de

---

<sup>364</sup> A necessidade da tradição e do registro para a transferência da propriedade mobiliária e imobiliária, respectivamente, encontra-se prevista nos artigos 1.267 e 1.245 do Código Civil. O direito brasileiro consagrou, nesse ponto, o sistema romano em matéria de transferência da propriedade: “Nosso direito, em divergência do francês, que aceita a transferência dominial por força do contrato apenas, e na linha tradicional romana (...), adota critério segundo o qual a convenção não é suficiente à aquisição da propriedade, mas tão somente habilita ou intitula o interessado. Na observância das linhas básicas do sistema, exige para os imóveis a inscrição (...). E, para os móveis estabelece que o domínio não se transfere pelos contratos antes da tradição” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume IV. 22. ed. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 147). A respeito da consagração do sistema romano de aquisição da propriedade pelo direito brasileiro, v., ainda, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 292-293; e MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 101-102.

<sup>365</sup> Para um desenvolvimento do conceito tradicional de *ausência de justa causa*, v., por todos, FRANCISCO, Caramuru Afonso. O enriquecimento sem causa nos contratos. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 90; e JORGE, Aimate. Inflation in Enrichment Claims: Reflections on the Brazilian Civil Code. *Journal of Civil Law Studies*, vol. 6, 2013, p. 558.



atribuição patrimonial.<sup>366</sup> A esse mister destinam-se setores e comandos normativos os mais diversos no direito brasileiro, aos quais o direito restitutivo certamente não tem pretensão de se sobrepor. Não incumbe ao regramento do enriquecimento sem causa, por exemplo, definir a abusividade de cláusulas insertas em contratos de consumo, mas sim disciplinar os efeitos da ausência superveniente da causa de atribuição patrimonial (*in casu*, por força do reconhecimento judicial da invalidade dessas cláusulas, exemplo de que se cogitará particularmente no item 3.2, *infra*).<sup>367</sup>

Por tais razões, usualmente se associa a noção de *justa causa* à ideia de *justo título*, no sentido de título jurídico idôneo, em tese, à transmissão da vantagem patrimonial.<sup>368</sup> O desenvolvimento histórico da matéria levou à enunciação de duas grandes categorias de títulos jurídicos aptos a legitimar a atribuição patrimonial: a lei<sup>369</sup> e o negócio jurídico.<sup>370</sup> Afirma-se, desse

<sup>366</sup> “Na verdade, a existência ou inexistência de uma justificação aceite pelo ordenamento jurídico, para um determinado enriquecimento, é uma questão prévia cuja solução não se pode, em regra, encontrar no âmbito desta figura. Daí que a afirmação de um dever de restituir, fundado no enriquecimento sem causa, dependa da resposta que noutra ‘lugar’ do ordenamento se encontra para a referida justificação: tentar sistematizar ou sequer catalogar, exaustivamente, as várias ‘causas’ é tarefa que se nos afigura vã, já que a referência à causa do enriquecimento remete o intérprete para a totalidade da ordem jurídica, designadamente, para as modalidades de aquisição derivada e originária da propriedade, para o regime dos vícios e da falta de vontade, para o âmbito da autonomia privada e para um grande leque de respostas legais ditadas por considerações de política legislativa” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 469-471).

<sup>367</sup> Conclui Eduardo Nunes de Souza: “O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, portanto, já desempenha, de antemão, um papel fundamental na disciplina da invalidade negocial, previsto pelo referido dispositivo: o desfazimento do negócio por força do reconhecimento da nulidade ou da anulação do contrato determina para as partes o dever de restituição de prestações eventualmente já executadas por força da vedação ao enriquecimento injusto. A problemática, portanto, em torno das consequências da retroatividade do reconhecimento da invalidade (seja na forma de “declaração” de nulidade, seja na forma de anulação do contrato) deve ser orientada por esse princípio. Quando for possível o retorno efetivo das partes *in statu quo ante*, as prestações realizadas por elas devem simplesmente ser restituídas: assim, por exemplo, em um contrato de compra e venda de uma joia que tenha sido celebrado em erro essencial reconhecível pela outra parte, o comprador deve devolver a coisa e o vendedor, o preço que fora pago. Em hipóteses mais complexas, porém, a orientação proporcionada pela vedação ao enriquecimento sem causa se mostra particularmente útil” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 346-347).

<sup>368</sup> “(...) abrindo mão de um exame mais apurado e rigoroso do conceito jurídico de causa, pode-se aplicar, sem excessivo rigor, a ideia de um título jurídico idôneo a justificar aquele enriquecimento” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 390). No mesmo sentido, v. NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 268. No mesmo sentido, v. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 8. ed. Atual. Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, pp. 95-96; e AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa* (dos institutos em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado). São Paulo: Academica, 1933, p. 105. A noção de *justo título* assume conotação própria – conquanto não absolutamente distinta – na qualidade de requisito da usucapião ordinária: “Com a locução justo título, o que se designa, por conseguinte, é o ato jurídico cujo fim, abstratamente considerado, é habilitar alguém a adquirir a propriedade de uma coisa. Todo negócio jurídico apto a transferir o domínio considera-se justo título” (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 18. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 169).

<sup>369</sup> “Julgamos, no entanto, mais adequada, neste aspecto, a perspectiva adotada no espaço europeu-continental; neste, é frequente referir-se que a causa de um enriquecimento pode consistir, designadamente, num negócio jurídico ou na lei, não faltando quem indique outras causas possíveis, tais como uma sentença ou decisão judicial ou os próprios usos” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 471). No mesmo sentido, v. BUDISHTÉANO, D. *De l’enrichissement sans cause*, cit., p. 165; e MOSOIU, Marcel. *De l’enrichissement injuste*, cit., pp. 241-255.

modo, que toda vantagem patrimonial legitimamente obtida a partir de patrimônio alheio encontraria amparo, ou bem na lei, ou bem em negócio jurídico.<sup>371</sup> A ilustrar a primeira categoria, poder-se-ia pensar no direito do proprietário-reivindicante às benfeitorias úteis realizadas pelo possuidor de má-fé, de modo a se vislumbrar no artigo 1.220 do Código Civil a consagração de uma causa legal de justificação do enriquecimento obtido pelo proprietário à custa do possuidor.<sup>372</sup> De outra parte, a ilustrar a segunda categoria, bastaria pensar-se na transferência de propriedade sobre certa coisa operada com fundamento em contrato de compra e venda regularmente celebrado e adimplido.

No tocante à enunciação do negócio jurídico como possível justa causa de atribuições patrimoniais obtidas a partir de patrimônio alheio, impõe-se uma advertência acerca da noção de *causa*. Com efeito, não é incomum que a menção à (justa) *causa* do enriquecimento gere confusão com a *causa* do negócio jurídico.<sup>373</sup> Em matéria de direito restitutivo, todavia, a noção relevante é a de *causa* como título jurídico justificador de certa atribuição patrimonial.<sup>374</sup> Caso esse título seja a própria lei, sequer se cogitará da causa negocial. Por outro lado, caso o referido título jurídico tenha natureza negocial, dever-se-á atentar para a circunstância de que a controvérsia sobre a (in)existência e sobre a (ir)relevância da causa traduzirá questão absolutamente independente daquela referente à

---

<sup>370</sup> A propósito da enunciação do negócio jurídico como causa justificativa do enriquecimento, afirma-se: “(...) no domínio, por excelência, da vontade das partes, esta fonte legal de obrigações só excepcionalmente será chamada a intervir. Designadamente, face a um negócio válido, importa, em homenagem à autonomia da vontade, reconhecer a existência de uma causa de justificação para qualquer deslocação de riqueza em cumprimento desse negócio, sem que haja lugar a indagações sobre um eventual equilíbrio objetivo do valor das prestações. Só não será assim em situações de usura, muito embora, mesmo nestas, não baste o mero desequilíbrio, já que sempre tem de existir um vício da vontade” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 473).

<sup>371</sup> Em sentido semelhante, v., na doutrina francesa, CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., pp. 206-207. Chega-se a sustentar que, ao lado da lei e do negócio jurídico, também a decisão judicial poderia traduzir causa justificadora do enriquecimento (nesse sentido, v., entre outros, TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*, cit., pp. 1.115-1.118). Parece mais adequado, contudo, reconhecer que a enunciação à decisão judicial como possível causa justificadora do enriquecimento decorre de referência metonímica à *justa causa* reconhecida pela decisão e que, originariamente, fundamenta a manutenção do enriquecimento.

<sup>372</sup> Exemplo semelhante é encontrado na doutrina portuguesa: “Relativamente à lei, é evidente que esta pode proporcionar uma justificação para um enriquecimento obtido à custa de outrem. Os exemplos de escola consistem no enriquecimento do possuidor de boa fé que ‘faz seus os frutos naturais percebidos até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem, e os frutos civis correspondentes ao mesmo período’, ou o enriquecimento de quem adquire a propriedade por usucapião ou, até, por uma aquisição válida *a non domino*” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 474-475).

<sup>373</sup> “Assim, a investigação sobre a causa do negócio jurídico (ou, mais genericamente, da relação obrigacional) e a investigação sobre a causa de atribuição patrimonial dizem respeito, cada qual, a um problema diferente. Enquanto a investigação sobre a causa do negócio jurídico pode concluir pela invalidade ou ineficácia do negócio jurídico, a investigação sobre a causa de atribuição patrimonial pode concluir sobre um dos requisitos para o surgimento de uma obrigação que, em si mesma, é uma obrigação não negocial, a saber, a obrigação de restituir. Há uma relação entre os dois problemas, como demonstramos acima (da ineficácia de um negócio pode decorrer a ausência de causa de uma atribuição patrimonial), mas mesmo para compreender essa relação é necessário ter em mente que os dois problemas são distintos” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 214). No mesmo sentido da advertência, v. KATAOKA, Eduardo Takemi. *Vedação ao enriquecimento sem causa como princípio*, cit., pp. 102 e ss.

<sup>374</sup> “(...) pode-se dizer que a causa a que alude o art. 884 do Código Civil é distinta da causa do negócio jurídico. O conceito de causa utilizado no âmbito do enriquecimento sem causa é o de ‘causa de atribuição patrimonial’” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, cit., p. 61).

identificação da legitimidade, em abstrato, do negócio jurídico a justificar a atribuição patrimonial.<sup>375</sup> Em suma, a definição da relevância ou não da análise causal, bem como das suas concretas repercussões sobre a validade do negócio, consiste em questão autônoma em face da investigação da ausência de causa (no sentido de justificação) do enriquecimento.<sup>376</sup>

Neste ponto do raciocínio, a menção conjunta à *lei* e ao *negócio jurídico* como possíveis causas justificadoras do enriquecimento obtido à custa de outrem poderia parecer contraditória com a premissa anteriormente firmada acerca da tripartição fundamental das obrigações – a identificar os regimes negocial, indenizatório e restitutivo (v. item 1.2, *supra*). Tal dúvida poderia ser ilustrada pelos seguintes questionamentos: em nome de um suposto paralelismo das fontes das obrigações, dever-se-ia falar em enriquecimento *com justa causa* na hipótese em que uma pessoa recebe certo valor a título de indenização ou de restituição? Se a lei é fonte mediata de todas as obrigações, por que no presente ponto da matéria vem mencionada ao lado do negócio jurídico sem a companhia das demais fontes de obrigações?

A simplicidade dos questionamentos pretende revelar que a cogitada contradição afigura-se meramente aparente, pelas razões que se passa a expor. No que tange à percepção de certa quantia a título de indenização, parece inadequado referir-se a um *enriquecimento*, vez que a imposição da obrigação indenizatória – na seara patrimonial – tem por escopo precisamente restaurar o patrimônio da vítima à situação em que estaria caso não houvesse ocorrido o dano. Já no que tange à percepção de certa quantia a título de restituição, embora possa haver autêntico *enriquecimento*, resulta inadequado falar em *obtenção à custa de outrem*, uma vez que a imposição da obrigação restitutória tem como pressuposto indispensável a vinculação do primeiro enriquecimento (aquele que foi restituído) ao patrimônio da pessoa beneficiária da restituição.

Percebe-se, desse modo, que, quando o enriquecimento for proveniente da satisfação de uma obrigação em sentido estrito, somente se cogitará, no âmbito do direito restitutivo, da fonte negocial. Como visto, a fonte indenizatória restará excluída em razão da impossibilidade de configuração de enriquecimento por parte da vítima que recebe regularmente a indenização, ao passo que a fonte restitutória restará excluída em razão de a percepção de vantagem a título de restituição vincular-se ao patrimônio do próprio titular da pretensão restitutória. Conclui-se, em suma, em

<sup>375</sup> Para o aprofundamento das controvérsias referentes à relevância da análise causal no direito brasileiro, v., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, vol. 309, mar./1990, *passim*; KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato, cit., *passim*; e SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54, abr./2013, *passim*.

<sup>376</sup> “Seja como for, no contexto deste estudo não se torna necessário tomar posição nesta querela, importando apenas realçar que a temática da ‘causa do negócio’ é, fundamentalmente, estranha àqueloutra da ‘causa do enriquecimento’” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 486).

resposta ao primeiro questionamento, que por razões lógicas não faz sentido referir-se às fontes indenizatória e restitutória como possíveis *justas causas* de enriquecimento – seja por não haver *enriquecimento*, seja por faltar-lhe o requisito da *obtenção à custa de outrem*.

Passa-se, então, à cogitação do segundo questionamento supramencionado. Como se sabe, a enunciação das *justas causas* do enriquecimento obtido à custa de outrem completa-se com a referência à *lei*. Desse modo, quando a vantagem patrimonial não for proveniente da satisfação de uma obrigação em sentido estrito, dever-se-á perquirir se a referida atribuição encontra amparo na lei. Em caso afirmativo, o enriquecimento obtido à custa de outrem será reputado *com causa* – a obstar a deflagração do dever de restituir. Em caso negativo, se o enriquecimento obtido à custa de outrem não encontrar amparo nem na lei nem em negócio jurídico, será reputado *sem causa* – e será, portanto, restituível.

A referência à lei ao lado do negócio jurídico traduz postura adequada e em nada contraditória com a premissa acerca da tripartição dos regimes obrigacionais. Trata-se, ao fim e ao cabo, de reconhecer que, se toda obrigação em sentido estrito decorre de uma das três grandes fontes anteriormente estudadas (que representam sua origem e também sua disciplina jurídica), nem toda atribuição patrimonial obtida à custa de outrem, por outro lado, decorre do cumprimento de uma obrigação. Caso o *enriquecimento obtido à custa de outrem* decorra efetivamente de uma relação obrigacional, somente se cogitará na prática, como visto, da fonte negocial para figurar como *justa causa*. Caso, de outra parte, o *enriquecimento obtido à custa de outrem* não decorra de relação obrigacional, dever-se-á perquirir a existência ou não de justificativa em lei para a referida atribuição patrimonial.

A referência à *lei* e ao negócio jurídico como possíveis causas justificadoras da atribuição do enriquecimento obtido à custa de outrem parece merecer, à luz do desenvolvimento contemporâneo da metodologia civil-constitucional, uma releitura capaz de ampliar seu conteúdo.<sup>377</sup> Com efeito, a assunção de premissas metodológicas como a incidência direta dos princípios constitucionais às relações privadas, a instrumentalização das situações patrimoniais às existenciais (restando estas em caráter de prevalência sobre aquelas), a insuficiência do método meramente subsuntivo,<sup>378</sup> a

---

<sup>377</sup> Precisamente nessa linha de sentido, sustenta-se: “(...) o enriquecimento sem causa dispensa a caracterização de fato ilícito, ou antijurídico, bastando que seja reprovável, pelos princípios do sistema. A esta reprovação se dá o nome de inexistência de causa – causa justificativa, causa legítima. À causa não se prestam definições estáticas, uma vez que o seu conceito resulta da dinâmica do ordenamento, dos seus princípios. A inexistência de causa é, portanto, o que determina a ilegitimidade ou a injustiça substancial do enriquecimento” (NEGREIROS, Teresa. Enriquecimento sem causa, cit., pp. 806-807).

<sup>378</sup> “O encaixe entre as *fattispecie* abstrata e concreta nunca é, em uma palavra, automático, como sugeria a dogmática tradicional – na verdade, ambas constituem aspectos de uma única realidade. Nesse cenário, afirma a metodologia civil-constitucional a insuficiência da subsunção como método interpretativo (e, por via de consequência, como forma de fundamentação das decisões judiciais)” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58, abr./2014, pp. 80-81).

concepção ampla de legalidade constitucional<sup>379</sup> e, por fim, a consideração de todo o ordenamento jurídico para a individualização da normativa do caso concreto,<sup>380</sup> reclamam a ressignificação da noção da *lei* e do negócio jurídico como causas justificadoras do enriquecimento.<sup>381</sup>

A identificação da existência ou ausência de justa causa do enriquecimento obtido à custa de outrem não se pode restringir, portanto, à investigação sobre uma específica previsão legal ou sobre um específico negócio jurídico que, por si só, supostamente justificaria a atribuição patrimonial. Deve-se, ao revés, perquirir no inteiro ordenamento jurídico, em sua unidade e complexidade, a resposta acerca da existência ou não de justificação para a específica situação de enriquecimento tomada para consideração.<sup>382</sup> Trata-se, ao fim e ao cabo, de investigar –sem desprezo à ponderação abstratamente realizada pelo legislador e consagrada na eventual previsão legal específica ou mesmo

---

<sup>379</sup> Assim conclui Pietro Perlingieri, em lição de todo extensível ao direito brasileiro: “A noção de legalidade é essencial ao sistema. No nosso ordenamento, o juiz é vinculado à norma, não à letra da lei. A dificuldade está em individuar a normativa do caso concreto. O juiz deve considerar todas as possíveis circunstâncias de fato que caracterizam o caso – a situação, também econômica, dos sujeitos, a formação cultural deles, o ambiente no qual atuam – e procurar julgar, dando-lhe a resposta que o ordenamento, visto em uma perspectiva unitária, oferece” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 254). Trata-se de fenômeno com tendência expansiva a todos os ramos do direito, visto que a supremacia e a unidade axiológica constitucionais impõem a conformação de todo o sistema – inclusive o princípio da legalidade – aos ditames da Constituição. Ilustrativa do fenômeno no direito público é a lição de Gustavo Binbenojm: “A superioridade formal e a ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico produzem uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 130).

<sup>380</sup> Tais premissas desfrutaram, na doutrina brasileira, de desenvolvimento originário em TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, cit., *passim*; e MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil-constitucional*, cit., *passim*.

<sup>381</sup> Trata-se de itinerário metodológico semelhante àquele que permitiu cogitar-se da ressignificação da causa de nulidade virtual do artigo 166, inciso VII, do Código Civil à luz da legalidade constitucional: “Subjazem a esse entendimento a perspectiva metodológica de constitucionalização do direito civil, em geral, e a conceituação ampla do princípio da legalidade, em particular, a imprimir novos contornos à causa virtual de nulidade prevista no art. 166, VII, do Código Civil: onde tradicionalmente se leu ‘lei em sentido estrito e formal’, deve-se passar a ler ‘lei em sentido amplo e material’, vez que traduziria nefasto contrassenso afirmar a validade de atos que, embora adequados à legalidade formal do Código Civil, não se revelassem compatíveis com a axiologia constitucional. Em suma, todo ato de autonomia privada contrário à normativa superior e fundante do sistema jurídico (a Constituição Federal) deverá ser considerado contrário à ‘lei’ em sentido amplo e, portanto, nulo nos termos do art. 166, VII, do Código Civil” (SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades*. *Civilistica.com*, a. 5, n. 1, 2016, p. 30). A proposição encontra-se mais detidamente desenvolvida em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 68 e ss.

<sup>382</sup> Semelhante conclusão é vislumbrada na doutrina portuguesa, conquanto em caráter excepcional, ao se analisar a problemática do lucro da intervenção: “Ressalvadas certas situações limite em que podem estar em jogo a função social da propriedade privada e o interesse da comunidade, constitucionalmente tutelado, numa utilização produtiva dos bens, parece-nos preferível que o titular do direito receba um lucro que não seria capaz de ou não estaria disposto a obter, do que tolerar que o interventor lucre com a prática de um fato ilícito, mormente quando culposos” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 185). Em sentido similar, afirma-se: “(...) reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 500). Em sentido tendencialmente contrário, sustenta-se: “(...) quem utiliza bens alheios deve – salva a hipótese de atribuição gratuita – pagar por eles ao titular do direito o correspondente às utilidades usufruídas, independentemente da maior ou menor utilidade social da sua intervenção” (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, cit., p. 45).

na admissibilidade, *a priori*, de certo negócio jurídico – a conformidade do enriquecimento obtido à custa de outrem com a tábua axiológica constitucional.<sup>383</sup> Incorpora-se, assim, também à seara restitutória, o juízo de merecimento de tutela, verdadeiro corolário da premissa metodológica de constitucionalização do direito civil.<sup>384</sup>

Não se trata de objetivo absolutamente inédito na doutrina do direito civil. A presente proposta consiste, em realidade, na promoção, no âmbito do enriquecimento sem causa, de percurso similar àquele trilhado na seara da responsabilidade civil que permitiu à civilística pugnar, na célebre expressão de Orlando Gomes, pelo “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”.<sup>385</sup> Como se sabe, a responsabilidade civil tradicionalmente pautava-se no paradigma do ato ilícito, para cuja configuração importava, fundamentalmente, a lesão a um direito subjetivo da vítima.<sup>386</sup>

O mencionado “giro conceitual” – diretamente influenciado pelo desenvolvimento da civilística italiana a partir do artigo 2.043 do *Codice civile*<sup>387</sup> – consistiu, portanto, no que mais diretamente importa ao presente estudo, na consideração de que a tutela dispensada pelo ordenamento aos valores e situações jurídicas subjetivas as mais diversas haveria de repercutir na deflagração do dever de indenizar independentemente da verificação ou não da estrutura rígida do

<sup>383</sup> Busca-se, assim, concretizar na seara do enriquecimento sem causa o imperativo geral da metodologia civil-constitucional: “Superado o dogma da subsunção e a concepção da interpretação como operação puramente formal, impõe-se uma hermenêutica com fins aplicativos, voltada à máxima realização dos valores constitucionais em vista das peculiaridades do caso concreto” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional, cit., p. 13).

<sup>384</sup> A propósito do juízo de merecimento de tutela, Pietro Perlingieri sintetiza: “Considerando que os valores constitucionais impõem plena concretização, compreende-se totalmente a necessidade, aqui manifestada, de não limitar a valoração do ato ao mero juízo de licitude e requerer também um juízo de valor; não basta, portanto, negativamente, a não invasão de um limite de tutela, mas é necessário, positivamente, que o fato possa ser representado como realização prática da ordem jurídica de valores, como desenvolvimento coerente de premissas sistemáticas colocadas na Carta Constitucional. O juízo de valor do ato deve ser expresso à luz dos princípios fundamentais do ordenamento e dos valores que o caracterizam. Nem todo ato lícito é merecedor de tutela” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 650). Ainda sobre a configuração contemporânea do juízo de merecimento de tutela, v., na doutrina brasileira, SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., *passim*.

<sup>385</sup> GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 293. O autor assim resume: “Uma reconstrução da teoria da responsabilidade civil e a revisão das normas que a institucionalizam começaram com a mudança de perspectiva que permite detectar outros danos ressarcíveis que não apenas aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto” (Ibid., p. 294).

<sup>386</sup> Orlando Gomes conceitua os atos ilícitos como “(...) atos voluntários que violam um dever, específico ou genérico, de comportamento do sujeito que age e que, sendo legalmente proibidos, têm como sanção a obrigação de ressarcir o dano que causem pela lesão produzida ao direito subjetivo de outrem” (GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, cit., p. 293).

<sup>387</sup> *In verbis*: “Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (...)”. Em tradução livre: “Art. 2.043. Ressarcimento por fato ilícito. Qualquer fato doloso ou culposo que provocar um dano injusto [*danno ingiusto*] a terceiros obriga aquele que praticou o fato a ressarcir o dano”. Para um relato do desenvolvimento atribuído pela civilística italiana à noção de *dano injusto* (“*danno ingiusto*”), v., por todos, VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005, pp. 421 e ss.; TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed, Milano: Giuffrè, 2011, pp. 110 e ss.; e MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide; CINELLI, Luca Siliquini. *Danno e risarcimento*. In: MONATERI, Pier Giuseppe (Coord.). *Trattato sulla responsabilità civile*. Torino: G. Giappichelli, 2013, pp. 25 e ss.

direito subjetivo.<sup>388</sup> Expandiram-se, assim, os horizontes da noção de *dano indenizável*, de modo a se assegurar a incidência da responsabilidade civil em prol de todos os valores e interesses violados que viessem a ser reputados concretamente merecedores de tutela.<sup>389</sup> A categoria do “dano injusto” foi concebida, então, para traduzir a impossibilidade de limitação da tutela indenizatória às lesões perpetradas contra direitos subjetivos – objeto fulcral de atenção no paradigma do ato ilícito.<sup>390</sup>

Adotadas todas as cautelas imprescindíveis a um raciocínio comparativo, talvez o atual panorama metodológico reclame a promoção – à semelhança do verificado em sede de responsabilidade civil – de um *giro conceitual do enriquecimento sem causa ao enriquecimento injusto*. Desse modo, sem abandono da noção tradicional de *justo título* – que há de seguir como relevante indício da ponderação realizada em abstrato pelo legislador e que se reflete ou bem na previsão legal específica da restituição ou na legitimidade, *a priori*, de certo negócio jurídico à transmissão patrimonial –<sup>391</sup> poder-se-ia complementar a investigação sobre a deflagração do dever de restituir mediante a consideração da tábua axiológica constitucional, com destaque para os

<sup>388</sup> Precisamente nesse sentido, identifica-se o dano injusto como aquele “(...) *derivante dalla lesione di una situazione soggettiva tutelata dall’ordinamento giuridico*” (PERLINGIERI, Pietro. La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento. *Rassegna di diritto civile*, vol. 4, 2004, p. 1.027). Em tradução livre: “(...) derivante da lesão de uma situação subjetiva tutelada pelo ordenamento jurídico”. Sintetiza-se, na doutrina brasileira: “O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 179). No mesmo sentido, v., ainda, por todos, SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., pp. 100-102.

<sup>389</sup> “(...) pode-se propor uma nova metodologia para a aferição do dano ressarcível, que, transcendendo os estreitos limites da subsunção, permita que o juízo de ressarcibilidade não se restrinja mais à identificação em abstrato de uma norma que tutele (às vezes, muito indiretamente) a posição jurídica violada pela conduta lesiva. Trata-se, em outras palavras, de construir um método que, revelando uma visão menos estrutural e estática da responsabilidade civil, permita uma autêntica comparação entre o merecimento de tutela que o ordenamento jurídico reserva, em concreto, aos interesses da vítima e do pretense responsável” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., pp. 163-164). O autor sintetiza o método proposto: “Tal metodologia deve ser dividida em duas fases: a primeira, em que se verifica o merecimento de tutela em abstrato dos interesses conflitantes; e a segunda, em que, não havendo prevalência estipulada entre dois interesses tutelados (por receberem ambos, em abstrato, proteção de igual patamar), confere-se ao juiz um espaço de ponderação para que decida qual interesse deve prevalecer à luz das circunstâncias concretas” (Ibid., p. 164).

<sup>390</sup> A propósito da conceituação de dano injusto, pertinente a lição de Orlando Gomes: “Que será dano injusto? Na definição de Tucci, tantas vezes citado, dano injusto é a alteração *in concreto* de qualquer bem jurídico do qual o sujeito é titular” (GOMES, Orlando. *Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil*, cit., p. 295). Na sequência, o autor esclarece o conceito necessariamente amplo de *bem jurídico*: “Para se ter uma noção bem clara do dano injusto, é preciso definir o significado da expressão bem jurídico. Entende-se como tal, não só os direitos subjetivos, mas também: a) os direitos da personalidade; b) certos direitos de família; c) direitos de crédito; e d) interesses legítimos” (Ibid., p. 296). E arremata o autor: “O aumento do número de danos ressarcíveis em virtude desse giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto (...) dilata a esfera da responsabilidade civil e espicha o manto da sua incidência” (Ibid., p. 296).

<sup>391</sup> Como leciona Ana Paula de Barcellos, o legislador prevê em abstrato ou preventivamente “(...) apenas situações-tipo de conflito (imaginadas e/ou colhidas da experiência) tanto no que diz respeito aos enunciados envolvidos, como no que toca aos aspectos de fato. Tudo isso sem que se esteja diante de um caso real. A partir das conclusões dessa ponderação preventiva, é possível formular parâmetros específicos para orientação do aplicador quando ele esteja diante dos casos concretos. Evidentemente, o aplicador estará livre para refazer a ponderação, considerando agora os elementos da hipótese real, toda vez que esses parâmetros não se mostrarem perfeitamente adequados. De toda sorte, caberá ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar por que o caso por ele examinado é substancialmente distinto das situações-tipo empregadas na ponderação preventiva” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 154-155).

valores mais diretamente relevantes em cada hipótese fática.<sup>392</sup> Promove-se, assim, com especial destaque, a premissa metodológica segundo a qual a concretização das cláusulas gerais – *in casu*, aquela referente ao dever de restituir –<sup>393</sup> depende inexoravelmente da sua funcionalização à principiologia constitucional,<sup>394</sup> afastando-se o arbítrio que poderia decorrer da aplicação das cláusulas gerais de modo alheio ao sistema que lhe confere legitimidade.<sup>395</sup>

Advirta-se, por oportuno, que a imposição metodológica de consideração global do ordenamento para a compreensão da (in)justiça do enriquecimento não se restringe às pretensões restitutórias diretamente decorrentes da cláusula geral do artigo 884 do Código Civil. Com efeito, o referido processo de funcionalização, imprescindível para a compreensão contemporânea da cláusula geral do dever de restituir, igualmente não pode ser afastado no âmbito das hipóteses em que o legislador dispensa disciplina específica para pretensões restitutórias (vinculadas, como estão, à fonte obrigacional do enriquecimento sem causa). Deve-se reconhecer, em suma, que toda pretensão de restituição do enriquecimento sem causa depende da investigação da injustiça do enriquecimento, tanto por força da ressignificação do requisito de ausência de justa causa de que trata o artigo 884 do Código Civil, quanto por incidência de idêntico processo de funcionalização das restituições

<sup>392</sup> Em semelhante linha de sentido, v. KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., no prelo. Vale destacar que não se trata, por evidente, de perquirir a *justiça* em termos equitativos ou mesmo metajurídicos, mas sim no sentido de compatibilidade, com a tábua axiológica constitucional, da concreta situação de obtenção de vantagem patrimonial à custa de patrimônio alheio. Compreende-se, nesses termos, a advertência de Júlio Gomes: “(...) enriquecimento sem causa não é sinônimo de enriquecimento injusto, mas de enriquecimento que carece de justificação num determinado sistema jurídico. (...) o enriquecimento carece de causa quando, de acordo com o ordenamento, não se impõe a sua restituição. Assim, quando a lei nega o direito à restituição, o enriquecimento, em rigor, tem uma causa – a própria lei (...)” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 422). Em sentido semelhante, v. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II. Tomo III, cit., p. 237. A presente proposta afasta-se, com efeito, de proposições que visualizam no requisito de *ausência de justa causa* um suposto comando ao juiz para perquirir valores fora dos confins do ordenamento positivo (nesse sentido v., por exemplo, ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 42).

<sup>393</sup> Semelhante percepção é alcançada, na doutrina italiana, por TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 64.

<sup>394</sup> “Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda da centralidade interpretativa do Código Civil de 1916” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*, cit., pp. 5-6).

<sup>395</sup> “*La vaghezza del riferimento contenuto nella clausola generale è superata con il rinvio non alla coscienza o alla valutazione sociale, ma al complesso dei principi che fondano l’ordinamento giuridico, unica garanzia di pluralismo e di democraticità*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 21). Em tradução livre: “A vagueza da referência contida na cláusula geral é superada com o reenvio não à consciência ou à valoração social, mas ao complexo dos princípios que fundam o ordenamento jurídico, única garantia de pluralismo e de democraticidade”.



especificamente previstas em lei à tábua axiológica constitucional.<sup>396</sup>

Imagine-se, em exemplo meramente introdutório do raciocínio, que uma família venha a invadir terreno rural sabidamente pertencente a investidor que jamais lhe conferiu destinação concreta diversa da mera especulação imobiliária, em violação ao comando contido no artigo 186 da Constituição Federal.<sup>397</sup> O fato de a família conhecer, desde o início, o obstáculo à aquisição da coisa faz reputar-se de má-fé a posse, nos termos do artigo 1.201.<sup>398</sup> Alguns anos após a ocupação do terreno pela família (sem preenchimento dos requisitos para a aquisição da propriedade por usucapião), o proprietário obtém êxito em ação reivindicatória e, ato contínuo, pleiteia, com base no artigo 1.216, a restituição de todos os frutos naturais colhidos durante o período de exercício da posse de má-fé, restando demonstrado que a família sequer realizou despesas operacionais para colher tais frutos.

A referida pretensão do proprietário ostenta nítida função de restituição do suposto enriquecimento sem causa, a reclamar do intérprete, à luz das considerações previamente delineadas, a consideração da inteira tábua axiológica constitucional a fim de concluir acerca da *justiça* ou *injustiça* do enriquecimento auferido pela família. Sem pretensão de resolução definitiva do exemplo – posto que sucinta e abstratamente apresentado –, poder-se-ia vislumbrar que a prevalência da situação possessória cumpridora da função social sobre a situação proprietária desrespeitadora da

<sup>396</sup> O raciocínio ora proposto, caro à metodologia civil-constitucional, pode promover a individualização da normativa do caso concreto em sentido contrário ao que decorreria da aplicação subsuntiva de uma dada previsão legal específica. Trata-se de fenômeno por vezes denominado, no âmbito da doutrina publicista, de *inconstitucionalidade no caso concreto*, que já se teve oportunidade de analisar em SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a “inconstitucionalidade no caso concreto”. *Revista de Direito Privado*, vol. 73, jan./2017, *passim*.

<sup>397</sup> “Pode-se concluir que ao menos no que diz respeito à propriedade imobiliária, urbana e rural, o Constituinte indica expressamente, nos artigos 182 e 186, interesses sociais relevantes que entende devem ser atendidos pelo titular do direito de propriedade. Entretanto, não é apenas a esses interesses sociais que se deve submeter o proprietário. Os dispositivos constitucionais mencionados acima não podem ser interpretados isoladamente, mas precisam ser lidos à luz dos princípios fundamentais da Constituição. A própria opção axiológica do Constituinte, privilegiando valores existenciais sobre valores meramente patrimoniais, deve ser levada em consideração na definição do conteúdo concreto do princípio da função social da propriedade. Dessa forma, a noção de função social deve ser informada por valores existenciais e interesses sociais relevantes, ainda que estranhos à literalidade dos artigos 182 e 186 da lei fundamental” (SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 2, vol. 6, abr.-jun./2001, p. 167). O autor arremata: “Impor parâmetros objetivos à aplicação dos princípios constitucionais é necessário e conveniente. Isso por inúmeras razões que vão desde a possibilidade de abuso por parte do Poder Judiciário até os riscos de que a invocação repetitiva e impertinente do princípio acabe por convertê-lo em fórmula vazia, abandonada à incredibilidade e ao esquecimento. Consoante a melhor doutrina, servem de parâmetros para a aplicação dos princípios e cláusulas gerais os próprios valores consagrados na Constituição” (Ibid., p. 173). Para uma análise da especificação de parâmetros para avaliação do cumprimento à função social pelo artigo 186 da Constituição Federal, v., ainda, GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *A posse como direito autônomo: teoria e prática no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 131 e ss.

<sup>398</sup> “A posse de má-fé, ao contrário, é aquela em que o possuidor tem consciência de que há obstáculo, ou sabe da existência do vício que impede a aquisição da coisa. É a posse em que o possuidor tem conhecimento do vício, sabe da ilegitimidade de sua posse e, apesar de tal conhecimento, mantém-se possuidor. Não basta a alegação da ausência da ciência da ilicitude como atitude passiva do indivíduo para caracterizar a posse de boa-fé; há um aspecto dinâmico na questão da ciência de boa-fé no sentido da investigação acerca da existência de proprietário ou de outro possuidor com melhor posse. Devem ser empregados todos os meios necessários para certificação da legitimidade de sua posse” (GAMA, Guilherme Calmon da. *Direitos reais*, cit., p. 117).

função social<sup>399</sup> conduzisse, à luz do caso concreto, à conclusão no sentido da *justiça* do enriquecimento auferido pela família, a despeito da ausência de justa causa, no sentido mais tradicional do termo.<sup>400</sup>

Vale frisar que o raciocínio ora proposto não pretende esvaziar de importância a disciplina dispensada pelo legislador ordinário a hipóteses específicas de restituição do enriquecimento sem causa.<sup>401</sup> Trata-se tão somente de ressaltar, à luz da metodologia civil-constitucional, que a investigação da *ausência de justa causa* não se pode perfazer sem a consideração da tábua axiológica constitucional.<sup>402</sup> Assim como em matéria de responsabilidade civil sustenta-se a necessidade de um juízo ponderativo em sequência à análise estrutural da lesão a bem jurídico, em matéria de enriquecimento sem causa a ausência de *justo título* no sentido tradicional pode ser um

---

<sup>399</sup> “(...) eventual controvérsia entre a posse e a propriedade não pode ser dirimida *a priori*. Diante de tal confronto, assistirá razão ao titular que demonstrar atender à função imposta ao exercício de sua respectiva titularidade, nos termos constitucionais: a função social da propriedade, segundo o conteúdo definido pelo art. 5º, XXIII, da Constituição da República, e a função social da posse, verificada a partir da correspondência do exercício possessório aos interesses jurídicos constitucionalmente tutelados, no âmbito das garantias fundamentais, como trabalho, moradia e saúde, todos expressões da dignidade da pessoa humana” (TEPEDINO, Gustavo. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao Código Civil*. Volume 14, cit., pp. 58-59). No mesmo sentido, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro em tema de usucapião*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 337; e TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse – um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, *passim*. Idêntica conclusão, a título ilustrativo do juízo de merecimento de tutela, é alcançada por SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., pp. 99-100. Subjaz a toda a presente conclusão o reconhecimento de que tende a ser a posse – por seu aspecto essencialmente dinâmico – a manifestação mais autêntica do cumprimento da função social da propriedade: “É a posse no cumprimento de sua função social que estabelece uma funcionalidade ao direito de propriedade, consagrando assim o direito fundamental à moradia” (FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 9). Para um relato do desenvolvimento do princípio da função social no direito italiano, de relevante influência sobre a experiência brasileira, v. PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 274 e ss.

<sup>400</sup> Em tendência contrária à cogitação ora aventada, afirma-se que “(...) quem utiliza bens alheios deve – salva a hipótese de atribuição gratuita – pagar por eles ao titular do direito o correspondente às utilidades usufruídas, independentemente da maior ou menor utilidade social da sua intervenção” (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, cit., p. 45).

<sup>401</sup> “La ‘mancanza di causa giusta’ dell’arricchimento ex art. 2041 c.c., in alcune specifiche ipotesi è già valutata dall’ordinamento, il quale predispone precise rimedi dotandoli di caratteri peculiari in virtù della coesistenza, accanto all’esigenza di evitare l’arricchimento, di altri, a volte preponderanti, principi; nelle restanti ipotesi, grazie alla codificazione della clausola generale, la valutazione dell’ingiustizia è rimessa alla valutazione del giudice, e può divenire una *quaestio facti*” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p.178). Em tradução livre: “A ‘ausência de justa causa’ do enriquecimento nos termos do art. 2041 do *Codice civile* em algumas hipóteses já foi prevista pelo ordenamento, o qual pré-dispõe remédios precisos dotando-lhes de caracteres peculiares em virtude da coexistência, ao lado da exigência de evitar o enriquecimento, de outros, às vezes preponderantes, princípios; nas restantes hipóteses, graças à codificação da cláusula geral, a valoração da injustiça é remetida à valoração do juiz, e pode tornar-se uma *quaestio facti*”.

<sup>402</sup> Em semelhante linha de sentido, afirma-se: “(...) reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 500). Em sentido semelhante, afirma-se: “O enriquecimento é injusto porque, segundo a ordenação substancial dos bens aprovada pelo Direito, ele deve pertencer a outro” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., p. 487). No mesmo sentido, v. COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Dissolução da união de facto e enriquecimento sem causa. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 145, n. 3395, nov.-dez./2015, p. 118.

indício da injustiça (no sentido de não merecimento de tutela) do enriquecimento.<sup>403</sup> Resignifica-se, assim, a noção de *justa causa* do enriquecimento, constante da cláusula geral do artigo 884, para integrar ao seu conteúdo a legalidade constitucional, em percurso teórico idêntico àquele que permite promover a funcionalização das pretensões restitutórias decorrentes de previsões legais específicas à tábua axiológica constitucional.

Sem embargo da consideração dos valores mais diretamente relacionados a cada caso concreto – como a função social no âmbito do conflito possessório –, a resignificação da *ausência de justa causa* à luz da legalidade constitucional parece aconselhar que se destine especial atenção aos valores constitucionais da liberdade de iniciativa e da liberdade contratual<sup>404</sup> nas hipóteses reunidas sob a alcunha de *enriquecimento forçado*.<sup>405</sup> Trata-se de situações nas quais o enriquecido efetivamente auferiu vantagem patrimonial à custa de patrimônio alheio sem que, contudo, tenha manifestado esse propósito – ou mesmo que a ele tenha se oposto expressamente.<sup>406</sup> Semelhante obtenção de vantagem por razão alheia à vontade do enriquecido não traduz, propriamente, uma possibilidade inovadora no âmbito da doutrina do enriquecimento sem causa. Assim sucede, por exemplo, com a pessoa que recebe pagamento indevido em razão de equívoco do devedor quanto à

---

<sup>403</sup> Conclui Antunes Varela: “A obrigação de restituir impõe-se, portanto, pelo fato de nem sempre a causa formal de certas situações constituir justificação bastante para todas as modificações substanciais que a elas se encontram adstritas. A obrigação de restituir e a correspondente pretensão à restituição constituem assim uma forma de compensação instituída pela lei para certas situações que, embora formalmente conformes aos seus preceitos, conduzem a resultados (de injusto enriquecimento) substancialmente reprovados pelo direito” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., pp. 476-477).

<sup>404</sup> Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 alçou a livre iniciativa ao *status* de fundamento da República (artigo 1º, inciso IV) e da ordem econômica (artigo 170, *caput*). A propósito, v., por todos, BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 7 e 366.

<sup>405</sup> Para um desenvolvimento da problemática atinente ao enriquecimento forçado ou imposto, v., na doutrina brasileira, NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 307 e ss.; e, na doutrina portuguesa, MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 74.

<sup>406</sup> Afirma-se, em doutrina, que o fato gerador do *enriquecimento forçado* pode remontar à atuação do “empobrecido” (i.e., da pessoa que pleiteia a restituição), de um caso fortuito, de um terceiro ou do próprio enriquecido (notadamente em hipótese de erro): “Este enriquecimento forçado ou, como outros o designam, indesejado, surge frequentemente em situações em que o ‘enriquecido’ não desencadeia ou até não participa no processo que conduziu ao enriquecimento o qual se ficou antes a dever à iniciativa do ‘empobrecido’; no entanto, a questão suscita-se também em casos em que o enriquecimento resulta de um fato natural ou de terceiro, não podendo, sequer, pôr-se de parte a hipótese de o enriquecimento resultar de um ato do próprio enriquecido. Este último caso pode parecer insólito ou contraditório, já que a característica deste enriquecimento forçado é a sua ocorrência, independentemente da vontade do enriquecido; contudo, basta pensar na hipótese de o agente ter utilizado um bem alheio na convicção errônea de que o mesmo era próprio e ser, depois, surpreendido com a exigência do pagamento de um valor pela referida utilização, para compreender que, também aqui, o ‘enriquecido’ poderia nunca estar disposto a utilizar tal bem se soubesse que teria que pagar pela sua utilização, não tendo, por isso, poupado quaisquer despesas” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 313).

identificação do verdadeiro credor.<sup>407</sup>

A peculiaridade das hipóteses reunidas sob a alcunha de *enriquecimento forçado* parece residir, portanto, não na mera obtenção de vantagem a partir de conduta alheia ao enriquecido, mas sim na alteração compulsória da destinação que o enriquecido conferia ou poderia conferir ao seu patrimônio.<sup>408</sup> Tal ingerência sobre a prerrogativa do enriquecido de determinar a destinação dos seus próprios bens e direitos coloca-se fundamentalmente nas hipóteses de impossibilidade da restituição *in natura*. Com efeito, a restituição da exata prestação em que consistiu o enriquecimento tende a não suscitar maiores controvérsias, por traduzir a atuação por excelência do mecanismo restitutivo.<sup>409</sup> Diante da impossibilidade da restituição *in natura*, diversamente, nota-se que a imposição da restituição do equivalente afronta muito mais diretamente a prerrogativa de destinação patrimonial conferida ao titular pelo ordenamento, não restando ao enriquecido alternativa que não o pagamento do valor correspondente à vantagem (compulsoriamente) obtida.<sup>410</sup> Impor a restituição do equivalente pode findar, ao fim e ao cabo, por gerar resultados equivalentes àqueles que

<sup>407</sup> Vale destacar que, conforme entendimento dominante, reconhecem-se duas modalidades de pagamento indevido – o indevido objetivo e o indevido subjetivo: “(...) a doutrina dominante, por exemplo, em Itália, distingue, na repetição do indevido, as hipóteses de indevido objetivo e de indevido subjetivo; aquelas correspondem às situações em que se ‘cumpre’ uma dívida de todo em todo inexistente, ao passo que estas últimas abrangem as situações em que uma pessoa cumpre dívida alheia, na convicção errônea de ser própria, bem como aquelas em que se cumpre uma dívida própria genuinamente existente, mas ao credor errado” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 511-512). No mesmo sentido, v., na doutrina brasileira, KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 395; e, na doutrina francesa, CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., p. 199; e DEFRENOIS-SOULEAU, Isabelle. *La répétition de l’indu objectif. Pour une application sans erreur de l’article 1376 du code civil*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, abr.-jun./1989, p. 265.

<sup>408</sup> “A restituição de um enriquecimento injustificado interfere, aqui, com o princípio básico da liberdade contratual, sob a forma da liberdade de contratar e de não contratar, com o princípio de que cada qual dispõe, segundo a sua vontade, da afetação dos seus recursos” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 311). O autor prossegue: “É, na realidade, fácil compreender a necessidade de tutelar um sujeito contra obrigações que lhe são impostas independentemente da sua vontade: se alguém, sem que eu o solicite, lave os vidros do meu carro ou me transporte a bagagem para o hotel, terei eu que lhe pagar por isso? Parece-nos que a primeira resposta, num sistema que se baseie na liberdade contratual, não pode deixar de ser uma resposta negativa – como um juiz inglês afirmou, numa frase que ficou célebre, se alguém me engraxar os sapatos que é que eu posso fazer se não voltar a calçá-los?” (Ibid., pp. 323-324). Para uma análise crítica da problemática referente ao enriquecimento imposto, v. GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., pp. 86 e ss.

<sup>409</sup> A restituição *in natura* desfruta, com efeito, de primazia face à restituição do equivalente, como se analisou no item 2.1, *supra*.

<sup>410</sup> “Questo arricchimento può comportare una mera modifica quantitativa nel patrimonio dell’arricchito (...). L’arricchimento può però avere ad oggetto anche la riparazione o il miglioramento di un bene dell’arricchito, ed in questi casi è ovviamente impossibile una restituzione in natura. L’accipiens dovrà tuttavia indennizzare il soggetto che ha compiuto quelle opere, nei limiti di cui all’art. 2041 c.c.: nel suo patrimonio è entrata una cosa (riparazione o il miglioramento) e ne uscirà una diversa (una somma di denaro). E ciò senza che egli abbia mai richiesto né desiderato la riparazione o il miglioramento e anche se fosse certo che mai avrebbe compiuto le spese utili a quei fini” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., pp. 264-265). Em tradução livre: “Esse enriquecimento pode comportar uma mera modificação quantitativa no patrimônio do enriquecido (...). O enriquecimento pode, porém, ter por objeto também uma reparação ou a benfeitoria de um bem do enriquecido, e nestes casos é obviamente impossível uma restituição *in natura*. O *accipiens* deverá, porém, indenizar o sujeito que realizou aquelas obras, nos limites do art. 2.041 do *Codice civile*: no seu patrimônio entrou uma coisa (reparação ou benfeitoria) e dele sairá uma diversa (uma soma de dinheiro). E isso sem que ele tenha jamais solicitado ou desejado a reparação ou a benfeitoria e ainda que fosse certo que nunca realizaria as despesas úteis para aqueles fins”.

decorreriam de uma autêntica imposição da obrigatoriedade de contratar, o que justifica, por si só, a devida cautela no enfrentamento da problemática.<sup>411</sup>

A ilustrar tal problemática, pode-se refletir acerca da disciplina das benfeitorias e das acessões.<sup>412</sup> Exemplificativamente, como se sabe, a imposição, ao proprietário, da obrigação de restituir as benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé (com a diversidade de regimes dos artigos 1.219 e 1.220, respectivamente), tal como a imposição da obrigação de restituir o valor da construção ou plantação ao sementeiro, plantador ou edificador de boa-fé (artigo 1.255, *caput*), não depende da investigação da vontade do proprietário de incrementar o valor da sua propriedade.<sup>413</sup> Em outras palavras, o legislador estabelece a irrelevância da intenção ou da aprovação do proprietário acerca da vantagem incorporada ao seu patrimônio por conduta alheia.<sup>414</sup> Trata-se, portanto, na denominação referida, de *enriquecimento forçado*, uma vez que o proprietário afeita involuntariamente certa vantagem patrimonial e, por conseguinte, se lhe impõe a obrigação de

<sup>411</sup> Para um esforço de contenção do enriquecimento forçado no âmbito do direito italiano, v. ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., pp. 264 e ss.

<sup>412</sup> A problemática do *enriquecimento forçado* se manifesta, com similar relevância, também na disciplina da gestão de negócios, sobretudo na hipótese em que a gestão, embora contrária à vontade presumível do dono, seja reputada útil nos termos do artigo 869 do Código Civil. A partir de semelhante preocupação, afirma-se, na doutrina portuguesa: “A questão do enriquecimento forçado coloca-se, logo, na gestão de negócios; dir-se-á, em contrário, que o gestor deve agir em conformidade com a vontade e o interesse do dono do negócio para que a sua gestão seja útil e ele tenha o direito de ser ressarcido das despesas que realizou (independentemente do seu resultado final) e que esta conformidade com a vontade do *dominus* impede que surja o problema do enriquecimento forçado. Uma análise mais cuidadosa mostra, todavia, que também aqui o dono do negócio pode vir a ter que pagar por despesas que não correspondem à sua vontade real (e que, até, não se traduzem, necessariamente, por um incremento final do seu patrimônio, mesmo sob a forma do valor objetivo ou de mercado). Efetivamente, a utilidade da gestão é, em primeiro lugar, aferida, atendendo, em regra, à vontade presumida do dono do negócio tal como ela era cognoscível para o gestor e, em segundo lugar, a utilidade decisiva é a utilidade inicial da gestão: se, por exemplo, a sementeira realizada pelo gestor é destruída posteriormente por caso fortuito, o *dominus* continua obrigado a indenizar o gestor” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 323). Vale registrar que o entendimento acerca da averiguação da utilidade das despesas (não já da gestão em si) com base no momento da sua realização está consagrado, igualmente, no direito brasileiro. Esclarece-se, assim, a previsão do artigo 869, §1º, do Código Civil: “É importante ressaltar que não se pode exigir que as circunstâncias permaneçam sempre inalteráveis, de modo a não comprometer os resultados obtidos com a gestão. Se elas se alteram e os resultados se perdem, ainda assim as despesas poderão ser consideradas úteis ou necessárias se assim tiverem se apresentado no momento em que foram feitas” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 726). Para uma análise mais detida da configuração do enriquecimento forçado na disciplina da gestão de negócios no âmbito da experiência portuguesa, v. BASTOS, Filipe Brito. O enriquecimento forçado no regime da gestão de negócios e a tutela do enriquecido de boa fé. *O direito*, a. 143, n. I, 2011, *passim*.

<sup>413</sup> Vale registrar, a propósito, certa tendência doutrinária de reconhecer, quando não uma similitude funcional, ao menos uma dificuldade de diferenciação entre as benfeitorias e as acessões. Nesse sentido, afirma-se, no âmbito da experiência portuguesa: “(...) no âmbito do nosso Código Civil, é, desde logo, incerta a delimitação entre aquelas situações em que estamos perante benfeitorias e aquelas em que se verifica um caso de acessão” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 329). Para a identificação de que a disciplina das acessões busca reprimir o enriquecimento sem causa, v. TEPEDINO, Gustavo. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. Volume 14, cit., pp. 401 e ss.

<sup>414</sup> Em sentido crítico, indaga-se: “*Ma può essere costretto l'arricchito, in ogni caso, a sopportare una modificazione qualitativa del proprio patrimonio da lui non voluta né preventivamente?*” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 265). Em tradução livre: “Mas pode ser constrangido o enriquecido, em todo caso, a suportar uma modificação qualitativa do próprio patrimônio por ele não desejada nem passível de previsão?”.

restituir tal vantagem.

Nota-se, em tais situações, um acentuado risco de preterição excessiva dos valores constitucionais da liberdade de iniciativa e da liberdade contratual exclusivamente em razão da existência de previsão legal a impor expressamente a restituição.<sup>415</sup> Incumbe ao intérprete, então, em concretização da premissa metodológica em comento, partir sempre do pressuposto de que a deflagração do dever de restituir em hipótese de *enriquecimento forçado* – como, aliás, na generalidade das hipóteses de enriquecimento obtido à custa de outrem – não pode prescindir de uma atenta ponderação dos diversos valores integrantes da tábua axiológica constitucional que, no caso concreto, venham a concorrer para a conformação da (*in*)*justiça* do enriquecimento.<sup>416</sup> A deferência à ponderação realizada em abstrato pelo legislador ordinário tende a conduzir, na generalidade das hipóteses, à legitimidade da previsão legal determinadora da restituição do enriquecimento forçado. Não se trata, contudo, de regra absoluta, uma vez que nenhuma escolha do legislador ordinário escapa ao controle de conformidade com a inteira disciplina constitucional,<sup>417</sup> devendo-se perquirir, diante do caso concreto, se a restituição do enriquecimento forçado traduz ou não um sacrifício excessivo à autonomia privada (nas manifestações da liberdade de iniciativa e da liberdade de contratar).<sup>418</sup>

Compreendem-se, assim, os contornos contemporâneos das duas categorias de possíveis causas justificadoras do enriquecimento, o que permite concluir, sob perspectiva inversa, que a vantagem patrimonial obtida à custa de patrimônio alheio sem amparo na lei (em sentido lato) ou no

---

<sup>415</sup> Pertinente, a propósito, a lição de Carlos Nelson Konder ao propor uma releitura do requisito da cláusula geral de *ausência de justa causa* a partir de interpretação teleológico-sistemática: “A causa aqui referida não se confunde com a causa do contrato ou do negócio, nem com o nexa causal da responsabilidade. Seria, para Pietro Perlingieri, um título jurídico idôneo a justificar aquele enriquecimento. Assim, sua avaliação nos encaminha a uma ponderação entre a legitimidade da pretensão do titular do direito à restituição do enriquecimento, de um lado, e, de outro lado, outro princípio que ampare a sua retenção pelo enriquecido, normalmente sua liberdade individual. Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça superou entendimento até então sumulado no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro relativo aos gastos com segurança de condomínios de fato, ou mesmo associações de moradores. A despeito de a instalação de uma guarita com segurança beneficiar todos os moradores daquela rua, gerando-lhes, assim, um enriquecimento, a liberdade dos moradores que não quiserem se associar nem contribuir para o rateio de gastos prevaleceu no entendimento dos Ministros. Nesse caso, portanto, não haveria ausência de causa para o enriquecimento, já que há um fato jurídico idôneo a justificar esse enriquecimento, que seria a liberdade de associação” (KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., no prelo).

<sup>416</sup> A destacar a excepcionalidade da restituição do enriquecimento forçado, v. GALLO, Paolo. Arricchimento senza causa e quasi contratti, cit. pp. 89 e ss.

<sup>417</sup> Reconhece-se, assim, a possibilidade de uma norma abstratamente constitucional afigurar-se, em uma concreta aplicação, incompatível com a tábua axiológica da Constituição Federal, em fenômeno usualmente apontado pela doutrina publicista como *inconstitucionalidade no caso concreto*. Para uma análise crítica da referida enunciação, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Um olhar civil-constitucional sobre a “inconstitucionalidade no caso concreto”, cit., *passim*.

<sup>418</sup> Em sentido semelhante, v. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 323 e ss. Como registra Giovanni Ettore Nanni, na seara obrigacional, a limitação da liberdade de contratar costuma encontrar amparo nos princípios constitucionais, notadamente a solidariedade social (NANNI, Giovanni Ettore. Dívida externa e princípios gerais do direito: uma visão do direito civil obrigacional. *Revista de Informação Legislativa*, a. 40, n. 160, out.-dez./2003, p. 249).

negócio jurídico deverá, em regra, ser objeto de restituição por parte do enriquecido. Trata-se, contudo, de consequência que não se restringe às hipóteses nas quais a atribuição patrimonial (obtida à custa de patrimônio alheio) já nasce desacompanhada de uma causa justificadora. Com efeito, a configuração da cláusula geral contida no artigo 884 e a subsequente imposição da obrigação restitutória ocorrem “(...) não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”, nos exatos termos do artigo 885 do Código Civil.<sup>419</sup>

O legislador houve por bem esclarecer, desse modo, que o preenchimento dos requisitos da cláusula geral deflagrará idêntica conclusão – a imposição do dever de restituir – independentemente de a ausência de justa causa ser simultânea ou superveniente à efetiva percepção da atribuição patrimonial à custa de patrimônio alheio.<sup>420</sup> Trata-se de conclusão para a qual haveria de bastar a adequada compreensão da cláusula geral contida no artigo 884, sem que tal observação diminua, em qualquer medida, o mérito do legislador ao esclarecer textualmente a abrangência da referida cláusula sobre as hipóteses de ausência *originária* e *superveniente* de justa causa do enriquecimento.

Exemplo emblemático da *fattispecie* prevista pelo artigo 885 do Código Civil parece se verificar na seara da resolução dos contratos.<sup>421</sup> Nessa situação, o desfazimento do vínculo contratual aparenta se amoldar precisamente à hipótese de ausência superveniente de causa de que

<sup>419</sup> Ao se referir à disposição do art. 473, nº 2, do Código Civil português – similar ao artigo 885 do Código Civil brasileiro no que tange à hipótese de ausência superveniente de causa, usualmente traduzida pela expressão latina *condictio ob causam finitam* –, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão afirma: “A especialidade desta *condictio* reside no facto de que no momento da prestação existe efectivamente uma causa jurídica que lhe está subjacente e, consequentemente, pode dizer-se que o fim visado com a prestação vem a ser obtido. O que sucede é que posteriormente vem a verificar-se o desaparecimento dessa causa jurídica, em termos que legitimam o surgimento de uma pretensão dirigida à restituição do enriquecimento” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 504).

<sup>420</sup> Exemplifica-se: “Sua aplicação a alguns desses institutos é clara, como nos casos em que se implementa condição resolutiva em negócio jurídico com prestações recíprocas (à vista ou diferidas no tempo) já adimplidas. Nesse caso, se causa havia (a eficácia do negócio jurídico), esta deixou de existir após o implemento da condição. Essa mesma utilidade se verifica em outras situações concretas. Pense-se, por exemplo, nas situações em que ocorrer antecipação da prestação devida em razão de uma relação contratual duradoura (como o contrato de aluguel), sendo que o contrato é denunciado antes do período ao qual as prestações efetuadas antecipadamente correspondiam. Pense-se, ainda, nas situações em que o segurador paga uma indenização pelo furto de coisas que, algum tempo depois, são encontradas e restituídas ao dono” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 250).

<sup>421</sup> Exemplifica-se, na doutrina portuguesa, a hipótese de ausência superveniente de causa: Exemplifica-se: “Já existirá, porém, um caso de *condictio ob causam finitam* no caso de se efectuar em relações contratuais duradouras a antecipação de uma prestação, vindo as partes posteriormente a extinguir o contrato antes de se atingir o momento em que deveria ser recebida a prestação. É, por exemplo, a hipótese de adiantamento de rendas em relação ao prazo do arrendamento, ou o adiantamento da remuneração em relação ao trabalho prestado, vindo a cessar antecipadamente o contrato. Nesses casos, a existência do contrato atribuída causa jurídica à prestação, apesar de ela ser antecipadamente paga, pelo que a sua extinção determina a extinção dessa causa jurídica, abrindo assim a possibilidade de recurso à acção de enriquecimento” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 506-507). Na doutrina brasileira, já se cogitou que a extinção de contratos coligados pela frustração de seu fim determina a restituição de valores mutuados entre as partes para fins de possibilitar o empreendimento frustrado, sendo então tais restituições consideradas uma aplicação do artigo 885 do Código Civil (NANNI, Giovanni Ettore. Promessa de fato de terceiro. Coligação contratual e extinção do contrato pela frustração de seu fim. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, out.-dez./2016, *passim*).

trata o artigo 885 do Código Civil.<sup>422</sup> Tal constatação contribui, em primeiro lugar, para a fundamentação do denominado *efeito restitutivo* da resolução, diante da ausência de previsão legal genérica da restituição no âmbito das relações paritárias.<sup>423</sup> O raciocínio auxilia, ademais, na qualificação – e identificação do respectivo regime jurídico – da pretensão restitutória decorrente da invalidade ou resolução do contrato,<sup>424</sup> a permitir compreender, por exemplo, a incidência ou não do prazo prescricional trienal previsto para a “pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem

<sup>422</sup> Assim conclui Orlando Gomes ao analisar especificamente a hipótese de resolução por impossibilidade não culposa da prestação: “Indaga-se, então, se continua obrigado a cumpri-la, ou, no caso de já ter sido cumprida, se tem direito à repetição, isto é, a obter a restituição. A regra dominante é a de que a exoneração de uma parte acarreta a da outra. Extingue-se a pretensão de quem deixou de cumprir, mas fica impossibilitado de exigir a contraprestação, já que a obrigação perde a sua causa, rompendo-se, em verdade, o vínculo de conexão entre as obrigações. Se a prestação da outra parte já foi cumprida, a parte liberada é obrigada a restituir o que recebeu, pois, do contrário, haveria enriquecimento sem causa. O pagamento seria indébito, pelo que a lei autoriza a repetição. Resolvido, pois, o contrato, as partes voltam à situação anterior à sua celebração” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atual. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 213). Idêntica conclusão é encontrada na doutrina portuguesa: “(...) a invalidade do negócio acarreta a falta de causa do enriquecimento de cada um dos intervenientes, resultante da execução das prestações. Uma vez que, segundo cremos, o objeto do enriquecimento é o enriquecimento real, seria possível enquadrar tal situação no âmbito do enriquecimento sem causa. (...) Também ao longo da execução de um contrato se podem suscitar situações em que o mesmo não funciona ou deixa de funcionar como causa justificativa do enriquecimento de uma das partes: assim, por exemplo, quando se verificam situações de impossibilidade ou de incumprimento parcial, de cumprimento defeituoso, ou até, quando a base negocial se altera em termos tais que a execução do contrato deixa de ter como suporte a vontade das partes” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 471-472). Em sentido semelhante, a identificar uma função restitutória da obrigação de restituição deflagrada pela resolução contratual, v., na doutrina italiana, D’ADDA, Alessandro. Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento. *Rivista di Diritto Civile*, II, 2000, p. 536. Ainda na doutrina italiana, reconhece-se, embora sem vincular expressamente o efeito restitutivo à vedação ao enriquecimento sem causa, a eliminação da causa justificadora da atribuição patrimonial: “*La risoluzione elimina la causa giustificativa delle prestazioni contrattuali e perciò obbliga a restituire ciò che si sia ricevuto in esecuzione del contratto*” (TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Guffrè, 2010, p. 72). Em tradução livre: “A resolução elimina a causa justificadora das prestações contratuais e, portanto, obriga a restituir aquilo que se tenha recebido em execução do contrato”. Mesmo no âmbito da formulação teórica que aponta o enriquecimento sem causa como mera espécie do gênero direito restitutivo, identifica-se que a resolução elimina a causa justificadora da atribuição patrimonial: “Resolvida a relação obrigacional, surge entre as partes uma relação de liquidação, pela qual cada uma recuperará aquilo que prestou. Isso ocorre porque a resolução elimina a causa justificadora das prestações contratuais e obriga os contratantes a restituir o que receberam em execução do contrato” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*, cit., p. 183). No mesmo sentido, v., ainda, MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., pp. 176-178.

<sup>423</sup> Cláudio Michelon Jr. parte de uma distinção entre resolução contratual *com* ou *sem* ilicitude para concluir que apenas na última hipótese se poderia fundamentar no artigo 885 o efeito restitutivo: “(...) segundo o princípio da subsidiariedade, a possibilidade de desfazimento do enriquecimento por outro meio (no caso, a responsabilidade civil por ato ilícito) exclui o próprio suporte fático do enriquecimento sem causa. Conclui-se que, nos casos de resolução contratual sem ilicitude, o fundamento do direito à restituição, no novo Código Civil, é o art. 885. Quanto ao direito à restituição que resulta da resolução por inadimplemento, a tese de Pontes de Miranda parece ainda prevalecer” (MICHELON JR. Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 254). Assumidas, contudo, a distinção funcional entre a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa e a possibilidade de cumulação das pretensões indenizatória e restitutória quando presentes seus requisitos específicos (v. item 1.3, *supra*), parece não se justificar a diferenciação do fundamento do efeito restitutivo conforme a origem lícita ou ilícita do fato deflagrador da resolução contratual.

<sup>424</sup> No que tange à qualificação da pretensão restitutória decorrente da invalidade negocial, afigura-se deliberada a menção ao *auxílio* do raciocínio referente ao artigo 885 do Código Civil. A ressalva faz-se relevante porque, diversamente do que sucede na seara do denominado *efeito restitutivo* da resolução (cenário de omissão legislativa no âmbito das relações paritárias), na seara da invalidade negocial o artigo 182 parece conter previsão específica de restituição, a obstar a aplicação direta do artigo 885, que, como visto, traduz especificação da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884. Em matéria de invalidade, portanto, sem que se cogite de aplicação direta da cláusula geral do dever de restituir, será relevante reconhecer a qualificação da pretensão restitutória à luz da fonte obrigacional da vedação ao enriquecimento sem causa.



causa” (artigo 206, § 3º, IV).

#### 2.4. A subsidiariedade da cláusula geral do dever de restituir: limites e possibilidades interpretativas do artigo 886 do Código Civil

A análise da regra da subsidiariedade permite completar a investigação sobre a operatividade da cláusula geral contida no artigo 884 do Código Civil. Advirta-se, por oportuno, que, no presente ponto do raciocínio, o objeto central de análise não será o desenvolvimento histórico da subsidiariedade ou tampouco as críticas que se lhe dirigem em sede doutrinária no Brasil e alhures – a tais desideratos dedicou-se o item 1.1, *supra*. Assume-se como premissa, desse modo, que as encontradiças acusações sobre o caráter supostamente supérfluo<sup>425</sup> e de pouca utilidade da regra da subsidiariedade<sup>426</sup> não assumem conotação jurídico-constitucional idônea a extirpar-lhe do ordenamento jurídico brasileiro. O escopo central da presente análise consiste, portanto, na investigação das perspectivas contemporâneas de atuação desse atributo, inequivocamente escolhido pelo legislador, cujo desenvolvimento histórico não raramente é confundido com o da própria vedação ao enriquecimento sem causa.

Como já se teve oportunidade de mencionar, a positivação da subsidiariedade (artigo 886) – ao lado da própria cláusula geral do dever de restituir (artigo 884) – pelo Código Civil de 2002 traduz autêntica inovação no âmbito do direito brasileiro. Não se trata, contudo, de postura pioneira nos sistemas da tradição romano-germânica, remontando já ao *Codice Civile* italiano de 1942 a técnica de positivação expressa do atributo em comento.<sup>427</sup> Verifica-se, assim, que imediatamente

<sup>425</sup> Em tom acentuadamente crítico, identifica-se a subsidiariedade como “(...) um conceito inteiramente supérfluo” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 424).

<sup>426</sup> “Assente nosso posicionamento de que a subsidiariedade é um conceito inteiramente supérfluo, resta um questionamento: qual seria o alcance e significado do artigo 886 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que: ‘Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.’ Ousa-se dizer que o dispositivo legal não encontra argumentos fáticos ou dogmáticos que possam sustentar sua aplicabilidade. Note-se, inclusive, que o linguajar utilizado é inapropriado porque mencionam-se o *lesado* e o *prejuízo* que são expressões típicas da responsabilidade civil. Na ação de enriquecimento não se busca recompor lesão ou prejuízo, mas somente restituir um enriquecimento verificado” (KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, cit., p. 100).

<sup>427</sup> Luís Manuel Teles de Menezes Leitão ressalta o pioneirismo da codificação italiana no que tange à previsão expressa da regra de subsidiariedade: “A codificação italiana de 1942, por influência do direito francês e da sua concepção da *actio in rem verso*, optou por uma solução legislativa original no âmbito da configuração do instituto do enriquecimento sem causa, a qual consistiu em o consagrar através de uma cláusula geral (*arricchimento senza causa*, art. 2041), embora com expressa afirmação da sua subsidiariedade (art. 2042), mas dele autonomizar radicalmente a *condictio indebiti* (*pagamento dell’indebito*, arts. 2033-2040), à qual atribuiu um regime extremamente preciso e delimitado, sem efectuar qualquer qualificação dogmática” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 366). Pertinente, ainda, o relato de MARSANO, Isabella. *Arricchimento senza causa*, cit., p. 538. A opção pela positivação da subsidiariedade não se amparou em um entendimento consolidado da doutrina, valendo destacar, entre outros, a tese refratária de ANDREOLI, Giuseppe. *L’ingiustificato arricchimento*. Milano: Giuffrè, 1940, pp. 182 e ss.

após a enunciação da “ação geral de enriquecimento” (“*azione generale di arricchimento*” – artigo 2.041), o diploma estabelece, sob a epígrafe de “caráter subsidiário da ação” (artigo 2.042): “A ação de enriquecimento não é proponível quando o lesado pode exercitar uma outra ação para se fazer indenizar do prejuízo sofrido”.<sup>428</sup>

Semelhante solução legislativa também se verifica no Código Civil português de 1966, o qual, na sequência da enunciação do “princípio geral” do enriquecimento sem causa (artigo 473), assim dispõe, sob a epígrafe de “natureza subsidiária da obrigação” (artigo 474): “Não há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento”.<sup>429</sup> No mesmo sentido, a reforma promovida em 2016 sobre o direito das obrigações na França introduziu no *Code civil*, a um só tempo, uma cláusula geral do enriquecimento sem causa (artigo 1.303) e a regra da subsidiariedade (artigo 1.303-3), esta última nos seguintes termos: “O empobrecimento não tem ação sobre esse fundamento caso outra ação lhe seja disponibilizada ou se depare com um obstáculo de direito, tal como a prescrição”.<sup>430</sup> Afigura-se curioso, de todo modo, notar que o atributo da subsidiariedade era usualmente reconhecido na doutrina estrangeira antes mesmo da sua positivação expressa por cada codificação.<sup>431</sup>

Sem pretensão de um estudo comparatista da matéria, a similitude das soluções adotadas

<sup>428</sup> Tradução livre do original: “Art. 2042. *Carattere sussidiario dell'azione. L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito*”. Para um relato do desenvolvimento da subsidiariedade na experiência italiana, v., por todos, ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., pp. 332 e ss.

<sup>429</sup> A propósito da experiência portuguesa, afirma-se: “A referência à subsidiariedade da pretensão de enriquecimento tem por base a afirmação da sua impossibilidade de concorrer com outras pretensões. Ao que parece, o surgimento desta doutrina filia-se na *actio doli* do Direito pretório, que o Pretor só poderia conceder *si de rebus alia actio non erit*, ou seja se não existisse outra acção aplicável. No direito comum, essa qualidade era afirmada pela doutrina, quer em relação à *condictio sine causa specialis*, quer em relação à *actio in factum wegen Bereicherung*. Modernamente, essa solução filia-se na jurisprudência francesa, após a reacção jurisprudencial contra o *Arrêt Boudier*, expressa no *Arrêt Clayette*, vindo a ter consagração legislativa no direito italiano (art. 2042 do *Codice*), que foi o que levou mais longe o entendimento dessa regra. Na Alemanha, a subsidiariedade do enriquecimento sem causa não é aceite, considerando-se, desde a entrada em vigor do BGB, como um requisito inútil, já que os casos em que não tem aplicação a pretensão de enriquecimento são considerados como casos de não verificação do *Tatbestand*” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 941-942).

<sup>430</sup> Tradução livre do original: “Art. 1303-3. *L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription*”. A propósito, v., por todos, CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., p. 208. A informação veio a consagrar, como já mencionado, o entendimento prevalente na doutrina francesa ainda sob a égide da redação originária do *Code*. V., a propósito, POSEZ, Alexis. *La subsidiarité de l'enrichissement sans cause: étude de droit français à la lumière du droit comparé. Revue de Droit International et de Droit Comparé*, n. 2, 2014, p. 224.

<sup>431</sup> Chega-se a se afirmar que a enunciação da subsidiariedade traduz “puro acidente histórico” que remontaria a um embrionário entendimento jurisprudencial francês: “Concluindo, parece-nos que se impõe não racionalizar o que não passa de puro acidente histórico. Ao erro do Code Civil, que não consagrava o enriquecimento sem causa, seguiu-se uma sentença (o *arrêt Boudier*) que, tendo embora o mérito de o redescobrir, errou ao não especificar os requisitos para o seu funcionamento, culminando esta evolução com um outro erro, desta feita da doutrina, que tentou corrigir o erro anterior, inventando, entre outros, o requisito da subsidiariedade. É apenas de lamentar que esta sucessão de erros franceses tenha acabado por se repercutir no nosso ordenamento, como, aliás, em tantos outros” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 427-428).

pelas referidas codificações justifica, com as devidas cautelas, a consideração do esforço da doutrina estrangeira para a elucidação do escopo da regra da subsidiariedade. Compreende-se, assim, a divisão da presente análise com base em duas diversas perspectivas. De uma parte, passar-se-ão em revista algumas tradicionais proposições teóricas das quais se pode extrair, como principal contributo, a compreensão daquilo que não deveria ser o escopo da subsidiariedade, vez que não corresponde, com exclusividade, à função do enriquecimento sem causa. De outra parte, em postura mais construtiva, buscar-se-á lançar bases teóricas para uma possível ressignificação da regra da subsidiariedade à luz da premissa de que a fonte obrigacional da vedação ao enriquecimento sem causa não se esgota na cláusula geral do artigo 884 do Código Civil. Cogitar-se-á, em suma, do que *não pode ser* e do que *talvez seja* o escopo da regra da subsidiariedade.

O fundamento que talvez mais usualmente se associe à regra da subsidiariedade diz respeito à vedação a fraudes.<sup>432</sup> Afirma-se, nesse sentido, que o escopo central da subsidiariedade consistiria em evitar que a disciplina geral do enriquecimento sem causa servisse como mecanismo de fraude à lei.<sup>433</sup> Não caberia ao intérprete, portanto, valer-se da vedação geral ao enriquecimento sem causa como subterfúgio para legitimar uma pretensão restitutória que se afigurasse contrária a uma previsão legal específica, afastando-se, assim, o risco de recurso indiscriminado à disciplina geral do enriquecimento sem causa pelo intérprete que não reputasse *justa* a disciplina especificamente dispensada pelo legislador para certa situação litigiosa.<sup>434</sup>

Aplicação concreta de tal raciocínio foi enfrentada, ilustrativamente, pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 1.497.769/RN. O caso versava, na origem, sobre a irresignação do adquirente de bem imóvel que, alguns anos após a celebração do contrato de compra e venda, veio a constatar, a partir de levantamento planimétrico, que a área real do imóvel era inferior àquela indicada na escritura pública. A controvérsia cingia-se, então, à possibilidade de tal adquirente pleitear, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa, a restituição

---

<sup>432</sup> “A finalidade de tal regra é impedir a utilização do enriquecimento sem causa como mecanismo para burlar regras específicas, previstas em outros dispositivos do Código Civil ou da legislação extravagante, que muitas vezes limitam ou mesmo afastam a possibilidade de restituição” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimentos em causa*, cit., p. 116). No mesmo sentido, v., na doutrina brasileira, ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*, cit., pp. 89-90; e, na doutrina italiana, ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 332; e GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., p. 73.

<sup>433</sup> Giovanni Ettore Nanni destaca o escopo de evitar fraude à lei, destacando que a regra de subsidiariedade somente pode ter seu conteúdo adequadamente revelado no caso concreto: “A verificação da subsidiariedade não deve ser feita abstratamente, mas analisada em concreto, conforme as particularidades da questão submetida a julgamento, em que se averiguará a possibilidade ou não da existência de outros meios disponíveis ao demandante para recompor-se da perda sofrida. Efetivamente, mais do que a discussão se a ação de enriquecimento pode ser exercida em concorrência com outra, o que deve predominar é o impedimento de obter-se a violação ou fraude da lei” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit. p. 277).

<sup>434</sup> A ilustrar o raciocínio, afirma-se: “Se a lei estabelece que o gerente ou usufrutuário não tem direito a indenização pelas despesas ou pelos melhoramentos efetuados na constância da relação, não é possível esquivar-se de tal disciplina por meio da ação de enriquecimento. Se existem disposições que não permitem remeter a discussão a juízo, não é lícito tentar driblá-las pelo exercício da ação em tela” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 277).

proporcional do valor que apurou ter pago a maior. Ao apreciar o caso, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu pela impossibilidade de aplicação da cláusula geral do artigo 884 do Código Civil, uma vez que a hipótese fática configurava venda *ad corpus*, para a qual já existe solução legislativa particular.<sup>435</sup> Prevaleceu, assim, em respeito à previsão específica do artigo 500, § 3º, a inexistência de direito do adquirente ao complemento de área.<sup>436</sup>

A subsidiariedade se prestaria, na mesma linha de sentido, a vedar o recurso à disciplina geral do enriquecimento sem causa quando a pretensão do credor, embora reputada legítima pelo ordenamento, já houvesse sido fulminada pela prescrição ou pela decadência.<sup>437</sup> O regime da prescrição consiste, com efeito, em exemplo emblemático do raciocínio mencionado, a suscitar o seguinte questionamento: após a consumação de certo prazo prescricional ou decadencial, poderia o credor satisfazer o seu interesse mediante a demonstração dos requisitos configuradores da cláusula geral contida no artigo 884 do Código Civil? A indagação assume acentuada importância, uma vez que, levado ao extremo o raciocínio, seria possível associar à vedação geral ao enriquecimento sem causa quase qualquer hipótese em que o devedor houvesse violado um direito subjetivo do credor. Em última instância, tal raciocínio permitiria inutilizar a generalidade dos prazos prescricionais e decadenciais inferiores ao prazo trienal dispensado para a pretensão de enriquecimento sem causa (artigo 206, §3º, IV).

O caso supramencionado serve, uma vez mais, a ilustrar o raciocínio.<sup>438</sup> Naquela hipótese, como visto, o adquirente de bem imóvel rural invocou a disciplina geral da vedação ao enriquecimento sem causa para pleitear a restituição de valores pagos a maior. Ao apreciar o mérito da demanda, além de ressaltar a impossibilidade de discussão acerca da configuração dos requisitos

<sup>435</sup> Sobre a noção de venda *ad corpus*, em oposição à venda *ad mensuram*, v., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III, cit., p. 163.

<sup>436</sup> Vale transcrever o seguinte trecho do inteiro teor: “O demandante busca por meio da ação de enriquecimento, resultado que não alcançaria se fosse utilizada a ação apropriada, principal, escolhida pelo ordenamento para solucionar os casos de compra e venda de imóveis, mormente rurais. Nessa ordem de raciocínio, a pretensão não pode ser acolhida porque busca socorrer-se da ação de enriquecimento para produzir o efeito que não alcançaria com o manejo da ação de complemento de área prevista no art. 500 do CC/2002, tendo em vista o disposto em seu parágrafo 3º” (STJ, REsp 1.497.769/RN, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 05/05/2016, publ. 07/06/2016).

<sup>437</sup> Assim conclui, à luz do sistema italiano, Pietro Perlingieri: “*L’azione in esame non può essere utilizzata quando altra azione è divenuta improponibile (perché prescritta o perché si è verificata una causa di decadenza) o è stata esperita senza successo (sempre che il rigetto sia avvenuto per questioni di merito) o quando vi è la possibilità di esercitare un’azione specifica (seppur contro un terzo)*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 300-301). Em tradução livre: “A ação em exame não pode ser utilizada quando outra ação se tornar improponível (porque prescrita ou porque se verificou uma causa de decadência) ou tiver sido experimentada sem sucesso (sempre que a rejeição ocorrer por questões de mérito) ou quando houver a possibilidade de exercitar uma ação específica (ainda que contra um terceiro)”. No mesmo sentido, v., na doutrina portuguesa, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no Código Civil de 1966. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Volume III. Lisboa: Coimbra Editora, 2007, p. 16. Para uma análise crítica do amplo acolhimento doutrinário do referido argumento, v., na doutrina italiana, ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., pp. 343-348.

<sup>438</sup> Também a ilustrar a consagração jurisprudencial do raciocínio indicado, no sentido de se reconhecer um escopo da regra da subsidiariedade para vedação a fraudes quando já consumada a prescrição ou a decadência, v. STJ, REsp 1.101.412/SP, 2ª S., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 11/12/2013, publ. 03/02/2014.

da cláusula geral do dever de restituir, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu, igualmente com vistas a evitar fraude à disciplina da venda *ad corpus*, que não se poderia aplicar o prazo prescricional da pretensão de enriquecimento sem causa em detrimento do prazo decadencial especificamente previsto para a pretensão de complemento de área na hipótese de venda *ad mensuram* (artigo 500, *caput*).<sup>439</sup>

A clareza de tal conclusão em matéria de prescrição se evidencia quando se imagina a situação oposta, em que o prazo prescricional ou decadencial específico é maior do que o prazo prescricional trienal da pretensão de restituição do enriquecimento sem causa. Não há dúvida, com efeito, de que o credor diligente que exerce a sua pretensão dentro do prazo prescricional específico não pode ser prejudicado pela alegação do devedor no sentido de prévia consumação do prazo prescricional trienal da pretensão de restituição do enriquecimento sem causa. O inverso há de ser igualmente verdadeiro, a evidenciar, em suma, que o prazo prescricional previsto para a pretensão restitutória não pode ser aplicado em burla ao prazo prescricional geral ou especificamente previsto pelo legislador para a concreta pretensão.<sup>440</sup>

O acerto das conclusões relatadas não lhes atribui, contudo, o caráter de elucidação adequada da regra da subsidiariedade.<sup>441</sup> Não parece correto ou necessário, à luz do inteiro sistema jurídico, vislumbrar em uma específica regra legal o fundamento decisivo para a vedação da prática de fraude à lei. A se entender diversamente, careceria de explicação coerente o entendimento, consolidado na doutrina nacional e estrangeira, acerca da vedação geral às mais variadas hipóteses fáticas de fraude à lei.<sup>442</sup> A repressão dos atos fraudulentos não parece, de fato, carecer de recondução a uma específica regra legal. Em suma, a impossibilidade de manejo da cláusula geral do enriquecimento sem causa como mecanismo de fraude à lei decorre de uma compreensão unitária e sistemática do

<sup>439</sup> Asseverou-se: “Na verdade, nem mesmo em caso de prescrição da ação específica, pode o autor se valer da ação em comento. (...) Com efeito, a doutrina esclarece que se o autor da ação de enriquecimento possuía uma outra ação cabível que restou prescrita, não poderá se valer da primeira, para que seja impedida, numa acepção ampla e finalística, a violação da lei” (STJ, REsp 1.497.769/RN, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 05/05/2016, publ. 07/06/2016).

<sup>440</sup> Tal entendimento restou consagrado no artigo 1.303-3 do *Code civil* francês, cuja redação – transcrita acima – faz referência expressa à prescrição como possível “obstáculo de direito” (“*obstacle de droit*”) que impede o recurso à *actio de in rem verso*. A propósito, v., por todos, CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., p. 208. O autor indica, ainda, a coisa julgada como outro exemplo de “obstáculo de direito” que, por força da regra da subsidiariedade, impediria o manejo da *actio de in rem verso* (Ibid., p. 208).

<sup>441</sup> Nesse sentido, em crítica à tendência doutrinária que identifica na fraude à lei o fundamento da subsidiariedade, v. CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, cit., p. 355. Também em sentido crítico à referida formulação teórica, Brandão Proença sustenta que sequer seria tecnicamente correto falar em *ausência de justa causa* quando a pretensão restitutória tiver sido fulminada pela prescrição: “Para nós, o decurso do prazo de caducidade, de prescrição ou, mesmo, a invocação do caso julgado já não tem a ver, em rigor, com essa primeira parte do art. 474 [do Código Civil português], pela razão de, nesses casos, o enriquecimento parecer dotado de causa, sendo chamada, para primeiro plano, a parte final do preceito (“[...] negar o direito à restituição [...]”)” (PROENÇA, José Carlos Brandão. À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa. *Cadernos de Direito Privado*, n. 50, abr.-jun./2015, p. 5).

<sup>442</sup> Para um desenvolvimento da vedação geral à fraude à lei, v., por todos, RODRIGUES, Silvio. *Fraude à lei* [verbetes]. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 38. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 307.

ordenamento jurídico, sem qualquer necessidade de positivação pelo legislador.<sup>443</sup> Mantém-se em aberto, então, a questão atinente ao escopo da regra da subsidiariedade do enriquecimento sem causa.

Ainda no que tange ao que *não deve ser* o escopo da regra da subsidiariedade, cumpre igualmente afastar eventual entendimento que vislumbre no artigo 886 do Código Civil o fundamento para a aplicação excepcional do enriquecimento sem causa como mecanismo de indenização da vítima de um dano injusto quando não restarem preenchidos os requisitos gerais da responsabilidade civil.<sup>444</sup> O risco de se admitir uma tal linha de entendimento remonta à literalidade do artigo 886, que, em perceptível confusão conceitual entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, faz alusão a “ressarcir” e “prejuízo sofrido”.<sup>445</sup> Trata-se, com efeito, de significantes próprios do campo da responsabilidade civil, cuja função precípua consiste na indenização dos danos injustos sofridos pelas vítimas.

A tentativa de compreensão dos referidos termos no campo do enriquecimento sem causa poderia gerar a falsa percepção de relevância da noção de empobrecimento, sendo certo que nessa hipótese – de consagração do requisito de empobrecimento – seria imperativo diferenciar a incidência (geral) da responsabilidade civil e a incidência (excepcional ou subsidiária) do

---

<sup>443</sup> Em sentido semelhante, afirma-se: “A subsidiariedade é também frequentemente apresentada como um meio de assegurar que o enriquecimento sem causa não se converta num mecanismo de fraude à lei (...). Afigura-se-nos que tal escopo seria conseguido de maneira mais adequada atendendo às particularidades de cada caso concreto e não através de uma regra geral gravemente atrofadora do instituto do enriquecimento sem causa” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento*, cit., p. 416).

<sup>444</sup> Na referida linha de sentido, afirma-se, em caráter ilustrativo: “Imagine-se o seguinte exemplo: A equivocadamente depositou na conta de B a quantia x. Nesse caso, A incute a B uma situação de enriquecimento sem causa. No caso exposto, a quantia x depositada é vista como dano (visto pelo patrimônio de A) e também como enriquecimento (visto pelo patrimônio de B), em um mero deslocamento patrimonial. Contudo, faltando os elementos necessários à responsabilidade civil, como há ausência de culpa de B na criação do dano e, conseqüentemente, ausência de um polo passivo para a ação de responsabilidade, não haveria possibilidade de ser resolvida a questão pela responsabilidade civil” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa, cit., p. 155). Os autores concluem: “Com isso, mostra-se o enriquecimento sem causa como a *ultima ratio* para o saneamento de deslocamentos patrimoniais cuja existência seja de alguma forma autônoma a quaisquer requisitos essenciais à responsabilidade civil. Assim, nota-se o caráter específico do art. 886 do Código Civil, pelo qual um acréscimo patrimonial injustificado é resolvido pelo desfazimento de um enriquecimento, quando inaplicáveis ou insuficientes os mecanismos da responsabilidade civil, como por vezes ocorre nos exemplos do lucro da intervenção” (Ibid., pp. 155-156).

<sup>445</sup> O dispositivo parece ter se inspirado no artigo 2.042 do *Codice Civile* italiano, que faz referência a “*danneggiato*” (“lesado”, em tradução livre) e “*indennizzare del pregiudizio subito*” (“indenizar do prejuízo sofrido”, em tradução livre).

enriquecimento sem causa.<sup>446</sup> Uma vez, contudo, delimitada a distinção funcional entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, como se viu, bem como superada a exigência de empobrecimento para a configuração da cláusula geral do dever de restituir, pode-se concluir no sentido da desnecessidade de invocação do artigo 886 para a diferenciação dos institutos em comento.<sup>447</sup> Subsiste pendente de explicação, então, o questionamento acerca das perspectivas contemporâneas de aplicação da regra da subsidiariedade.

No âmbito do esforço de compreensão da regra da subsidiariedade em atenção à sistemática própria do enriquecimento sem causa – afastadas, portanto, eventuais confusões conceituais com outras fontes de obrigações –, merece particular destaque a proposição de Diogo José Paredes Leite de Campos. O autor parte da premissa de que a disciplina do enriquecimento sem causa constantemente se encontra em concurso com outras disciplinas mais complexas destinadas

---

<sup>446</sup> Vale mencionar, neste ponto, a defesa, verificada no âmbito da doutrina italiana, da interpretação da subsidiariedade como mecanismo de diferenciar a tutela indenizatória geral promovida pela responsabilidade civil e a tutela indenizatória particular promovida pela vedação ao enriquecimento sem causa: “*Punto di partenza non è tanto l’arricchimento, quanto l’impoverimento che si vuole evitare; ed equamente lo si evita sottraendo il corrispondente vantaggio a chi lo ha conseguito senza causa*” (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 1.067). Em tradução livre: “Ponto de partida não é tanto o enriquecimento quanto o empobrecimento que se pretende evitar; e corretamente se o evita subtraindo a correspondente vantagem de quem a houver auferido sem causa”. O autor prossegue: “(...) *l’azione di arricchimento, oltre al carattere della generalità, ha natura di rimedio sussidiario; non soltanto non è proponibile quando la legge lo escluda (...), ma neppure quando ci sia una norma particolare che regoli la fattispecie. L’art. 2042 dice appunto che l’azione generale di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato possa esercitare un’altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito*” (Ibid., p. 1.068). Em tradução livre: “(...) a ação de enriquecimento, além do caráter da generalidade, tem natureza de remédio subsidiário; não apenas não é proponível quando a lei a exclua (...), mas também quando haja uma norma particular que regule a *fattispecie*. O art. 2042 prevê, de fato, que a ação geral de enriquecimento não é proponível quando o lesado possa exercer uma outra ação para se fazer indenizar do prejuízo sofrido”.

<sup>447</sup> No que tange à possível relação entre a defesa da subsidiariedade e a tese do empobrecimento, afirma-se: “Verifica-se aqui, também, uma estreita ligação entre a subsidiariedade e a tese segundo a qual a obrigação de restituir aparece limitada pelo enriquecimento e pelo empobrecimento (ou seja, pela menor das duas grandezas no caso concreto) como já transparecia, por exemplo, nas palavras de Théodoroff para que a restituição fundada no enriquecimento sem causa e limitada, como se disse, pelo enriquecimento e pelo empobrecimento, implicaria uma reparação necessariamente inferior a outras alternativas (designadamente a responsabilidade civil) representando, naturalmente, um *ultimum subsidium*” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 418-419). O autor prossegue: “Inversamente, a subsidiariedade e a noção de que o enriquecimento sem causa representa um remédio excepcional e limitado, contribuíram para configurar a ação de enriquecimento como uma ação que, em última análise, se destina a reparar um dano (ou empobrecimento), mais do que evitar um enriquecimento. (...) Trata-se, no fim de contas, ainda, de uma responsabilidade, embora limitada pelo enriquecimento e, já que tal responsabilidade prescinde da culpa do obrigado à reparação e produz um resultado menor do que o logrado pela responsabilidade civil ‘normal’, o seu caráter subsidiário afigura-se evidente” (Ibid., pp. 419-420). No mesmo sentido, a destacar a desnecessidade de invocação da subsidiariedade para a diferenciação dos planos de incidência da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, v. ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., pp. 406-414.

especificamente a reger certas hipóteses fáticas.<sup>448</sup> A subsidiariedade incidiria, então, no sentido de determinar a solução do conflito aparente mediante a consunção das normas concorrentes, de modo que a disciplina mais complexa e específica (norma consuntiva) prevaleceria em detrimento da disciplina mais simples e genérica do enriquecimento sem causa.<sup>449</sup>

A referida proposição parece traduzir a explicação mais consentânea da subsidiariedade com a sistemática do enriquecimento sem causa. A partir de tal formulação acerca do concurso aparente de normas, podem-se esboçar duas conclusões que, embora coexistentes, referem-se a hipóteses que se distinguem conforme a natureza das obrigações em cada caso. De uma parte, caso se vislumbre conflito aparente entre a disciplina geral do enriquecimento sem causa e a disciplina de uma obrigação de natureza não restitutória, a subsidiariedade atuará no sentido de determinar a incidência da norma mais específica, em concretização do secular princípio da especialidade na teoria

---

<sup>448</sup> Pertinente o seguinte relato: “O autor [Diogo Leite de Campos] começa por salientar que a proibição do enriquecimento sem causa corresponde a uma aspiração fundamental num sistema jurídico e a um princípio geral que atravessa todo o ordenamento e inspira muitas das soluções nele encontradas. Assim, verificar-se-ia uma concorrência generalizada e verdadeiramente sem paralelo entre o princípio que proíbe o enriquecimento injusto e as instituições que regem as deslocções patrimoniais (a responsabilidade delitual, o contrato, a gestão de negócios, entre outras). Face a um fenómeno tão singular de concorrência generalizada, o legislador poderia reagir de duas maneiras: ou consenti-la e ‘resolver o concurso em termos de alternatividade’, deixando ao particular a escolha de uma ou de outra, ou afastá-la e ‘impor ao sacrificio de um dos grupos de normas em presença’. O legislador português optou pela segunda solução e, no entender de Leite de Campos, ainda bem que assim sucedeu. (...) A escolha do legislador português seria, assim, ditada por razões de economia de meios” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 422-423).

<sup>449</sup> “Bem fez o legislador ao resolver o concurso em termos de subsidiariedade. Não haveria motivo para deixar ao credor diversos meios. Com efeito – e vamos reduzir os múltiplos argumentos neste sentido a um só – as normas do enriquecimento sem causa são objecto de consunção pelas normas concorrentes. O seu ponto de vista dissolve-se na perspectiva mais ampla, mais rica, da norma consuntiva. Dos dois pontos de vista sobre o mesmo facto, deve excluir-se o do enriquecimento sem causa, dado que o da norma concorrente enquadra o problema de modo mais complexo e completo, esgotando a relevância jurídica do caso para efeitos de enriquecimento sem causa. Os elementos relevantes para o enriquecimento sem causa e o seu sentido jurídico integram-se na maior riqueza da norma consuntiva. (...) Sendo assim, a resolução de qualquer caso a partir das normas mais complexas permite, através da assunção de um maior número de dados juridicamente relevantes, um resultado mais adequado” (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1982, pp. 47-48). A conclusão do autor encontra-se mais detidamente desenvolvida em CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974, pp. 316 e ss. Na mesma linha de sentido, afirma-se: “Pensamos que a resposta para o problema passa pela consideração da natureza do enriquecimento sem causa. Na verdade, o instituto é visto como uma válvula de escape do sistema, como o último expediente para corrigir situações que impliquem uma incorreta afetação de bens. Não terá, por isso, aplicação quando outros fundamentos se sobreponham a este, como seja o normativo axiológico sentido fundamentante da responsabilidade civil. Sendo este específico por referência aqueloutro mais genérico, a regulamentação da responsabilidade civil acaba por consumir o enriquecimento sem causa” (BARBOSA, Mafalda Miranda. *Reflexões em torno da responsabilidade civil*, cit., p. 585, nota de rodapé n. 163). Para uma crítica a tal proposição, ao argumento de que a ela subjazeria “(...) a visão do enriquecimento sem causa como um *minus* em relação à responsabilidade civil”, v. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 423 e ss. O autor afirma: “Efetivamente, Leite de Campos confunde o princípio da proibição do enriquecimento injusto e o instituto do enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações. Este último é um afloramento ou manifestação do primeiro, mas que, como todos os institutos, tem de ter em conta outros valores e preocupações do ordenamento” (Ibid., p. 424).



tradicional da interpretação.<sup>450</sup> De outra parte, caso se vislumbre conflito aparente entre a disciplina da cláusula geral do dever de restituir e a disciplina específica de certa obrigação restitutória, a incidência da subsidiariedade assumirá contornos mais delicados.

Nessa última hipótese, não parece adequado supor que a regra da subsidiariedade teria o condão de impedir a qualificação da específica pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa no quadro geral de fontes das obrigações. O escopo da mencionada regra parece consistir, em realidade, não na qualificação da pretensão restitutória, mas sim na delimitação do espectro de incidência da cláusula geral do dever de restituir. Justifica-se, por tais razões, o abandono da noção de *subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa* em prol da noção de *subsidiariedade da cláusula geral do dever de restituir*.<sup>451</sup> A regra da subsidiariedade atua, portanto, no sentido de determinar o respeito às escolhas do legislador para disciplinar hipóteses específicas de restituição,<sup>452</sup> não se permitindo ao intérprete o afastamento de tal disciplina própria em prol da aplicação dos requisitos de configuração da cláusula geral do dever de restituir.

Dessa conclusão decorre a impossibilidade de invocação dos requisitos da cláusula geral do artigo 884 em hipóteses para as quais o legislador dispensou soluções e critérios específicos.<sup>453</sup> Assim, por exemplo, não caberia perquirir a extensão do enriquecimento real se o reivindicante, com base na prerrogativa assegurada pelo artigo 1.222, pretender restituir ao possuidor de má-fé apenas o

<sup>450</sup> “O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras especiais de justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deve prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente à geral significa paralisar esse desenvolvimento” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., pp. 95-96).

<sup>451</sup> A ilustrar a recorrente menção à suposta *subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa*, veja-se: “Por esse motivo, o legislador brasileiro decidiu consagrar expressamente, no art. 886 [do Código Civil de 2002], a denominada ‘subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa’” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 25).

<sup>452</sup> Judith Martins-Costa destaca a manifestação da restituição em hipóteses diversas da cláusula geral contida no artigo 884 do Código Civil: “(...) há dever de restituir quando o transpasse patrimonial foi sem causa, já que o direito brasileiro acolhe – como acima anotado – o princípio da conservação estática dos patrimônios: para que haja a transmissão patrimonial, em regra, há de haver uma causa lícita, sendo excepcionais no direito brasileiro os atos abstratos. Essa pretensão restitutória decorre de várias hipóteses, sendo as principais o pagamento indevido, o enriquecimento sem causa (como instituto jurídico) e a gestão de negócios” (MARTINS-COSTA, Judith. *Direito restitutivo*, cit., p. 263).

<sup>453</sup> “A finalidade de tal regra, como dito, é impedir que, sob o manto genérico do enriquecimento sem causa, se pudesse pretender a superação das hipóteses em que a lei, atenta a razões as mais diversas, disciplina a reversão do enriquecimento segundo regras específicas, as quais, como também se viu, muitas vezes limitam, ou mesmo afastam, a possibilidade de restituição” (TRINDADE, Marcelo. *Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 18, abr.-jun./2004, p. 241).

custo das benfeitorias necessárias (critério aproximado da criticada noção de empobrecimento). Tampouco se poderia afirmar a suficiência dos requisitos da cláusula geral do dever de restituir para a disciplina do pagamento indevido, com a dispensa da prova do erro, em contrariedade à determinação expressa, contida no artigo 877, de que “(À)quele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”.<sup>454</sup>

Devem ser rejeitadas, pelas razões ora expostas, as proposições teóricas que se poderiam denominar *alternativistas*.<sup>455</sup> Trata-se de formulações cujo traço comum consiste na defesa da possibilidade de o agente optar entre a disciplina legal específica para a sua concreta situação fática e a disciplina geral da denominada *actio de in rem verso*.<sup>456</sup> Ainda que se pudesse cogitar, de *lege ferenda*, da conveniência de tal solução – tese que não encontraria no presente estudo um ponto de apoio –, as propostas *alternativistas* parecem de todo incompatíveis com o cenário atual, de *lege lata*,

---

<sup>454</sup> A propósito da exigência de demonstração do erro, v., na doutrina brasileira, TRINDADE, Marcelo. Enriquecimento sem causa e repetição de indébito, cit., p. 245; e MALUF, Carlos Roberto. Pressupostos do pagamento indevido. *Revista Forense*, a. 73, vol. 257, jan.-mar./1977, p. 380. Em sentido semelhante àquele consagrado pelo Código Civil brasileiro, a enunciar a exigência de demonstração do erro como requisito para a restituição do pagamento indevido, v., na doutrina francesa, AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Tome Quatrième*, cit., pp. 727 e ss.; e DEFRENOIS-SOULEAU, Isabelle. La répétition de l'indu objectif, cit., *passim*. Vale ressaltar, por oportuno, que no âmbito das relações de consumo tende a prevalecer o entendimento pela desnecessidade de demonstração de erro por parte do consumidor que pleitear a repetição do indébito, como relata FIGUEIREDO, Antonio Borges de. Devolução de valores – repetição em dobro pelos bancos. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e de Consumidor*, a. IX, n. 49, fev.-mar./2013, p. 8. Tal linha de entendimento restou consagrada no Enunciado n. 322 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro”.

<sup>455</sup> Sustenta-se, na doutrina portuguesa: “Se o lesado, em vez da responsabilidade civil, pretender optar pelo enriquecimento sem causa, tendo de demonstrar, não a ilicitude da conduta do agente, a culpa deste, a existência de um dano e a adequação entre a conduta do agente e o dano sofrido, mas sim a existência de um enriquecimento, a ausência de justificação do enriquecimento e que tal enriquecimento foi obtido à sua custa (seja como resultado, por exemplo, de uma prestação sua ou da usurpação ou invasão da sua esfera jurídica), por que é que se lhe há-de barrar tal caminho?” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 426). No mesmo sentido, afirma-se: “Não se entende porque razão, numa conjuntura que reúna, em simultâneo, os requisitos do enriquecimento sem causa e os de outros institutos, não poderão os interessados eleger aquele que, no seu juízo pessoal, mais lhe convenha. As habituais invocações de insegurança, a procederem, jogarão contra quem invoque o enriquecimento: as dúvidas conduzem, consabida e comprovadamente, à não-aplicação dos institutos” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II. Tomo III, cit., p. 251).

<sup>456</sup> Pertinente, nesse sentido, o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze no julgamento do REsp 1.361.182/RS, a sustentar que a regra da subsidiariedade não pode impedir a opção do autor pela *actio de in rem verso*, desde que se desincumba do ônus de provar todos os requisitos: “Desse modo, ainda que considerado o caráter subsidiário da ação de enriquecimento sem causa, deve ser respeitada a opção do demandante por esse caminho processual, para o qual deverá arcar com o ônus da prova dos seus requisitos (i - existência de um enriquecimento; ii - obtenção desse enriquecimento à custa de outrem; iii - ausência de causa justificadora para o enriquecimento)” (STJ, REsp 1.361.182/RS, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 10.08.2016, publ. 19.09.2016).

de positivação da regra da subsidiariedade.<sup>457</sup> Como registrado anteriormente, as críticas dogmáticas à subsidiariedade – a que se fez coro no item 1.1, *supra* – não parecem assumir conotação constitucional relevante a ponto de extirpar do ordenamento jurídico brasileiro o artigo 886 do Código Civil,<sup>458</sup> o que exige do intérprete que confira ao dispositivo um emprego útil, em vez de buscar subterfúgios para negar sua vigência.<sup>459</sup>

Vale retomar, neste ponto do raciocínio, a advertência de que a incidência da regra da subsidiariedade definitivamente não isenta o intérprete do dever de perquirir a conformidade da específica situação de enriquecimento com a inteira tábua axiológica constitucional (v. item 2.3, *supra*). A investigação da *injustiça* do enriquecimento, como visto, não se resume à resignificação do requisito da ausência de justa causa no âmbito da cláusula geral do dever de restituir, consistindo, em realidade, em análise imprescindível à luz da legalidade constitucional.

A partir das precedentes considerações, pode-se afirmar que a subsidiariedade ostenta a qualidade de pressuposto negativo de incidência da cláusula geral do dever de restituir, de modo a se assegurar o respeito à disciplina própria dispensada pelo legislador ordinário a hipóteses específicas de restituição. À atuação da cláusula geral do dever de restituir não basta, portanto, a demonstração dos requisitos ou pressupostos positivos tradicionalmente elencados – *enriquecimento, obtenção à custa de outrem e ausência de justa causa* –, afigurando-se igualmente relevante o respeito à regra da subsidiariedade. Vale registrar que o respeito à regra da subsidiariedade não impede o aproveitamento da evolução que a civilística houver conferido ao estudo do enriquecimento sem causa por ocasião da análise dos requisitos da cláusula geral. Desse modo, embora a existência de

<sup>457</sup> Conclui Carlos Nelson Konder: “Deve-se ter em vista que a subsidiariedade refere-se à aplicação do princípio geral da vedação ao enriquecimento sem causa frente a hipóteses regulamentadas de forma específica pelo legislador. Assim, não poderia um possuidor pretender o ressarcimento de benfeitorias voluptuárias alegando a vedação geral ao enriquecimento sem causa, já que sua aplicação é subsidiária às regras específicas relativas às benfeitorias, que tornam relevante a distinção entre benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. Isso não impediria, todavia, a cumulação entre a pretensão de restituição do enriquecimento sem causa e a pretensão de indenização por responsabilidade civil, que desempenham funções e têm fundamentos diversos. Contanto, é claro, que as duas pretensões não tivessem o mesmo objeto, isto é, o enriquecimento a ser restituído já não estivesse totalmente abarcado pelo dano a ser indenizado” (KONDER, Carlos Nelson. *Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção*, cit. No prelo.).

<sup>458</sup> Não parece, portanto, passível de importação à realidade brasileira a conclusão já formulada no âmbito da doutrina portuguesa: “Este requisito surgiu em consequência do excessivo alargamento que a certa altura foi dado ao princípio do não-locupletamento à custa alheia. Colocado este nos limites em que o pusemos, cremos ser dispensável o referido requisito, que aliás é de difícil justificação teórica. Todavia ele foi expressamente mantido no Código, contra a orientação proposta no anteprojeto, na primeira parte do art. 474” (PESSOA, Jorge. *Direito das obrigações*, cit., p. 236).

<sup>459</sup> A análise das proposições *alternativistas* revela que lhes parece subjazer uma pré-compreensão de acentuado desprestígio e mesmo inconformismo com a positivação da subsidiariedade: “Uma análise mais cuidada do regime do enriquecimento sem causa permite, porém, concluir que a denominada regra da subsidiariedade não tem um alcance absoluto. (...) Efectivamente, se a lei determina a subsistência do enriquecimento é porque lhe reconhece causa jurídica e, se atribui algum direito ao empobrecido em consequência da situação ocorrida, fica excluída a obtenção de enriquecimento à custa de outrem” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I, cit., p. 411). O autor conclui, em tom contundente: “Não existe, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa” (Ibid., p. 411). Em sentido semelhante, afirma-se que “(...) a subsidiariedade faz parte da lógica do instituto, de tal modo que, em rigor, nem seria sequer necessária uma norma a consagrá-la” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 417).

previsão legal específica da restituição (ou mesmo o seu afastamento) impeça que se busque demonstrar o preenchimento ou não dos requisitos da cláusula geral do artigo 884 para a definição do *an debeatur*, o recurso ao desenvolvimento dos requisitos da cláusula geral (notadamente no que tange à determinação do enriquecimento) pode afigurar-se útil também para a liquidação do *quantum debeatur* das restituições expressamente previstas em lei.

Tais observações em nada afetam, por outro lado, a qualificação da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa. Seja decorrente de uma previsão legal específica, seja decorrente da cláusula geral do artigo 884 do Código Civil, a pretensão se vinculará ao regime geral da vedação ao enriquecimento sem causa quando ostentar a função restitutória que distingue esta das demais fontes das obrigações no direito civil. Em outros termos, não se justificam posicionamentos doutrinários que buscam desvincular pretensões de cunho claramente restitutório em relação à sua fonte (a vedação ao enriquecimento sem causa), simplesmente invocando o argumento da subsidiariedade. Uma vez delineados os contornos gerais dos pressupostos positivos e negativos de incidência da cláusula geral do dever de restituir, cumpre, na sequência, perquirir algumas das perspectivas concretas de aplicação do raciocínio ora proposto.

### 3. PERSPECTIVAS PRÁTICAS DE QUALIFICAÇÃO DA PRETENSÃO RESTITUTÓRIA

A assunção da premissa metodológica referente à qualificação da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa pode acarretar relevantes consequências no tratamento jurídico de hipóteses as mais variadas de restituição, independentemente da incidência direta da cláusula geral do dever de restituir. Em formulação sintética, pode-se dizer que as referidas consequências vincular-se-ão à identificação da natureza jurídica da específica obrigação restitutória, empreitada para a qual assume relevo central a investigação do perfil funcional de cada obrigação. Com efeito, uma vez delineada a natureza jurídica da obrigação, atrair-se-á a disciplina geral que o ordenamento dispensa ao correlato regime jurídico-obrigacional. Trata-se, como visto por ocasião do estudo das *fontes das obrigações* (item 1.2, *supra*), de reconhecer que o perfil funcional de uma específica obrigação justifica a sua vinculação a um dos regimes jurídicos gerais (negocial, indenizatório e restitutivo) que o ordenamento dispensa ao regramento das obrigações no direito civil.

Nesse panorama metodológico, o presente ponto do estudo pretende perquirir, em um primeiro momento, a viabilidade de reconhecimento teórico de aspectos comuns ao tratamento da pretensão restitutória no sistema brasileiro. Assumem-se como premissas metodológicas específicas o reconhecimento da função restitutória da vedação ao enriquecimento sem causa (sobretudo em oposição à função reparatória da fonte obrigacional da responsabilidade civil – Capítulo 1, *supra*), bem como a significação a ser contemporaneamente atribuída aos requisitos (positivos e negativo) componentes da cláusula geral do dever de restituir (Capítulo 2, *supra*). Tais pressupostos auxiliarão no afastamento de recorrentes confusões conceituais que, por vezes, dificultam que o intérprete reconheça a incidência de autêntica obrigação restitutória. Para além do mero rigor conceitual, a adequada identificação funcional das obrigações permitirá a cogitação de aspectos comuns para um esforço – reconhecidamente embrionário – de sistematização da pretensão restitutória no direito brasileiro (item 3.1, *infra*).<sup>460</sup>

Em concretização do esforço teórico previamente aventado, buscar-se-á, na sequência, desenvolver dois possíveis exemplos da repercussão prática da qualificação da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa. Cogitar-se-á, particularmente, da vinculação

---

<sup>460</sup> Em sentido contrário à proposta de sistematização da pretensão restitutória, afirma-se: “Esparso o conceito do locupletamento por todo o sistema legal, não vemos necessidade de uma teoria autônoma, nem mesmo a possibilidade de corporificar um instituto do locupletamento, com regras peculiares capazes de abranger todos os casos, emancipando a estes das normas dos respectivos institutos” (AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, cit., p. 117).

funcional das obrigações restitutórias no âmbito da invalidade negocial (item 3.2, *infra*) ao regime jurídico referente à restituição do enriquecimento sem causa, com as consequências a decorrerem dessa cogitada qualificação. Investigar-se-á, ainda, a possibilidade de enquadramento dogmático do lucro da intervenção – carente de regramento legal específico no direito brasileiro – à vedação ao enriquecimento sem causa, sem se perder de vista as dificuldades práticas e teóricas associadas particularmente ao fenômeno da intervenção (item 3.3, *infra*).

### 3.1. Sequelas da confusão conceitual e do tratamento assistemático da pretensão restitutória

O estudo do fenômeno restitutivo no direito brasileiro revela que a assistemática do respectivo regime jurídico é prenunciada, desde o início, pela confusão conceitual verificada na matéria. Não se trata, contudo, de peculiaridade da experiência brasileira, o que se ilustra pela afirmação, colhida da doutrina portuguesa, no sentido de que “(A) primeira dificuldade com que nos deparamos nesta matéria consiste na própria linguagem”.<sup>461</sup> Entre outras expressões passíveis de gerar dúvida conceitual, pode-se apontar, ilustrativamente, as seguintes: *restituição*, *devolução*, *repetição*, *regresso*, *indenização*, *reparação*, *ressarcimento*, *reembolso* e *compensação*.

Trata-se de expressões que, não raramente, assumem relação recíproca de sinonímia, a qual poderia ser traduzida, em termos técnicos da civilística, em uma identidade ou similitude estrutural. Encontraria considerável dificuldade, por exemplo, o intérprete que, ao se deparar com a obrigação do proprietário-reivindicante de pagar o valor equivalente ao das benfeitorias necessárias realizadas pelo possuidor (na hipótese de não poderem elas ser levantadas sem prejuízo ao bem principal), pretendesse diferenciar rigidamente os conceitos de *restituição*, *devolução*, *ressarcimento* e *reembolso*. Nesse cenário de acentuada similitude (quando não identidade) estrutural, parece possível afirmar, em caráter preliminar, que a imprecisão conceitual verificada na presente matéria decorre, fundamentalmente, da recorrente dificuldade de delimitação do perfil funcional próprio de cada obrigação no direito civil.

A referida confusão conceitual poderia afigurar-se irrelevante em termos práticos caso o ordenamento jurídico não diferenciasse o regramento dos regimes obrigacionais gerais. Não foi essa, porém, a opção brasileira. Com efeito, muito mais do que o mero distanciamento topográfico das

---

<sup>461</sup> GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 77. O autor prossegue: “No nosso ordenamento jurídico e face ao Código Civil vigente, não parece que se possa distinguir entre reivindicação e restituição, mas, antes, entre obrigação de restituir resultante de uma reivindicação e obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa. Efetivamente, a expressão restituição parece destituída de um significado técnico preciso, assumindo, tão-só, o sentido, corrente na linguagem quotidiana, de devolução” (Ibid., p. 88).

normas especificamente referentes aos negócios jurídicos (Título I do Livro III da Parte Geral e Títulos I ao VI do Livro I da Parte Especial),<sup>462</sup> à responsabilidade civil (Título IX do Livro I da Parte Especial) e ao enriquecimento sem causa (*rectius*: à cláusula geral do dever de restituir – Título VII do Livro I da Parte Especial), o legislador pátrio estabelece regimes obrigacionais acentuadamente distintos entre si. Tome-se, para análise comparativa, a distinção entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa no que tange à definição do *quantum debeatur*: enquanto a indenização se mede, em regra, pela extensão do dano (artigo 944, *caput*, do Código Civil), a restituição se quantifica, em princípio, com base na extensão do enriquecimento real (artigo 884, *caput* e parágrafo único), o que pode gerar resultados absolutamente díspares, como se pôde demonstrar por ocasião da análise dos requisitos do *enriquecimento* (item 2.1, *supra*) e da *obtenção à custa de outrem* (item 2.2, *supra*).

Diante desse cenário, a superação da imprecisão conceitual consiste em esforço teórico imprescindível, uma vez que o significado atribuído a cada significante há de repercutir diretamente na identificação do regime jurídico aplicável. Não se pode, portanto, tomar por absolutamente fungíveis todas as expressões supramencionadas, sob pena de se entregar ao puro arbítrio do intérprete a definição da disciplina a reger certa hipótese de obrigação.<sup>463</sup> Se é verdade, como parece, que a consagração de distintos regimes jurídicos obrigacionais pelo ordenamento brasileiro não tolera a primazia do arbítrio do intérprete-aplicador do direito, incumbe à civilística a tarefa de

<sup>462</sup> Cumpre ressaltar que, embora os Títulos I ao VI do Livro I da Parte Especial destinem-se primordialmente à tutela das obrigações provenientes de negócio jurídico, algumas das suas normas assumem utilidade para o regramento de obrigações não negociais. Assim sucede, por exemplo, com a previsão de que “(N)as obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou” (artigo 398), a disciplinar obrigações fundadas na responsabilidade civil.

<sup>463</sup> A partir de semelhante preocupação, afirma-se, na doutrina francesa: “*Il n'existe jusqu'à présent aucune théorie des restitutions et aucune définition unique. Cette carence signifie peut-être une absence d'uniformité. La restitution serait une institution multiforme dont les acceptions et les applications sont nombreuses e sans guère d'homogénéité. La diversité des situations dans lesquelles une restitution peut apparaître en est une preuve : par exemple, un contrat de prêt ou un paiement indu font naître tous deux une dette de restitution mais le remboursement d'un prêt ou la répétition d'un paiement indu résultent de deux institutions différentes (un contrat ou un quasi-contrat). A première vue, le régime de la restitution est donc dépendant de l'institution dont elle résulte. La diversité des qualificatifs est une autre manifestation de la disparité des restitutions : on parle de réintégration, de répétition, de remboursement, de retour (légal ou conventionnel), de réméré, de retrait, de rétrocession, de réduction, de rapport et même, à certains égards, de récompense... or, la forme traduit souvent le fond. L'absence d'une unité terminologique serait liée à l'absence d'une unité en la matière*” (MALAURIE, Marie. *Les restitutions en droit civil*. Paris: Cujas, 1991, p. 23). Em tradução livre: “Até o presente não existe qualquer teoria das restituições e qualquer definição única. Esta carência pode ser uma ausência de uniformidade. A restituição seria uma instituição multiforme cujos significados e aplicações são numerosos e sem muita homogeneidade. A diversidade de situações em que a restituição pode ocorrer é uma prova disso: por exemplo, um contrato de empréstimo ou um pagamento indevido fazem nascer, todos os dois, uma dívida de restituição, mas o reembolso de um empréstimo ou a repetição de um pagamento indevido resultam de duas instituições diferentes (um contrato ou quase-contrato). À primeira vista, o regime da restituição depende, portanto, da instituição da qual resulta. A diversidade de qualificadores é uma outra manifestação da disparidade das restituições: fala-se de reintegração, de repetição, de reembolso, de regresso (legal ou convencional), recompra, de retirada, de retrocessão, de redução, de reposição e mesmo, de certa forma, de recompensa ... ora, a forma geralmente traduz o fundo. A ausência de uma unidade terminológica está ligada à ausência de uma unidade na matéria”.

determinar critérios objetivamente aferíveis para a definição do regime jurídico a disciplinar cada concreta relação jurídica obrigacional.<sup>464</sup>

Poder-se-ia cogitar, em uma primeira abordagem, da diferenciação dos significantes objeto de potencial confusão (ilustrados pelas expressões *restituição*, *devolução*, *repetição*, *regresso*, *indenização*, *reparação*, *ressarcimento*, *reembolso* e *compensação*) a partir de uma interpretação literal que lhes apartasse o sentido. A tentativa, porém, provavelmente nasceria fadada ao insucesso, pelo menos no tocante a algumas das expressões mencionadas. Nota-se, por exemplo, que a *restituição* é frequentemente utilizada para definir a *devolução* e a *repetição*, e vice-versa;<sup>465</sup> por vezes, igualmente *restituição* e *indenização* são utilizados para definição recíproca;<sup>466</sup> invocam-se,

<sup>464</sup> Reconhece-se, à luz desse panorama metodológico, o acentuado grau de responsabilidade do intérprete, o qual, não mais aprisionado à literalidade da lei ou à rigidez do raciocínio subsuntivo, encontra na tábua axiológica constitucional o norte do qual não pode se afastar: “Toda a compreensão tem as suas raízes ‘em uma disposição de fundo de quem compreende’ e que pode ser designada como ‘asserção axiológica’. De um lado, atenção ao fenômeno, ao dado concreto a ser colhido na mutável e complexa realidade, e, de outro, exigência de asserir valores (asserção, justamente, ‘axiológica’): os intérpretes, se não são copiadores e repetidores, são autores, criadores ‘sem mediações’, ‘extraindo do princípio do direito e trabalhando em torno das fontes do direito’; por isso todos eles são garantes, de modo qualitativamente igual, da adequação do que é interpretado. É uma chamada à autoridade e à responsabilidade da interpretação individual e coletiva que não é inútil no atual momento histórico” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., pp. 69-70). No mesmo sentido, afirma-se: “Dessa forma, o direito civil-constitucional não aprisiona o intérprete na literalidade da lei, nem o deixa livre para criar o direito a partir dos seus próprios instintos e opiniões: reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização dos valores constitucionais” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda para o direito civil-constitucional*, cit., p. 14).

<sup>465</sup> Vejam-se, a propósito, as definições fornecidas por De Plácido e Silva: “Restituição. (...) *Nesta razão, na terminologia jurídica, restituição em acepção comum e ampla, quer exprimir a devolução da coisa ou o retorno dela ao estado anterior. Desse modo, restituir é devolver, dar de volta, ou recolocar a coisa em mãos de seu legítimo proprietário ou em poder de quem licitamente deve estar*” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Atual. Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.222. Grifou-se); “Devolução. Derivado do latim *devolutio*, de *devolvere* (desenvolver, voltar), é tido, na terminologia do Direito Civil, como a translação ou transferência de uma coisa ou de uma pessoa de um lugar para outro. É sentido amplo. *Em acepção restrita, entende-se a restituição ou regresso da coisa ou do direito ao prestado estado*” (Ibid., p. 460. Grifou-se); “Repetição. (...) na linguagem jurídica, significa não somente a ação de repetir (pedir novamente ou tornar a pedir), como o *efeito de repetir (restituir, devolver ou tornar a dar o que se pede)*. Desse modo, no sentido jurídico, repetição significa não somente a ação, pela qual se torna a pedir ou se pede a restituição de alguma coisa, como a *própria restituição da coisa*” (Ibid., p. 1.201. Grifou-se). No mesmo sentido, a definir *devolver* a partir de *restituir*, v. FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 24. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 489. Fora do domínio jurídico, encontram-se semelhantes conceituações de *devolução* e *restituição* na lexicografia nacional (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, cit., pp. 669 e 1.748). Em sentido semelhante, a correlacionar *restitution* (“restituição”) e *répétition* (“repetição”), v., na doutrina francesa, CORNU, Gérard (Coord.). *Vocabulaire juridique*. 10. ed. Paris: PUF, 2014, p. 899.

<sup>466</sup> “Restituição. Do latim *restitutio*, de *restituere* (restituir, restabelecer, devolver), é originalmente tomado na mesma significação de restabelecimento, *reparação*, reintegração, reposição ou recolocação” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 1.222. Grifou-se). No mesmo sentido, a utilizar “*restituzione*” (“restituição”) e “*riparazione*” (“reparação”) para definição recíproca, v., na doutrina italiana, D’AMELIO, Mariano (*a cura di*). *Nuovo Digesto Italiano*. Volume XVIII. Torino: UTET, 1939, p. 768.



ainda, a *restituição* e a *indenização* para definir o *reembolso*;<sup>467</sup> o *regresso*, por sua vez, é comumente definido com base no *reembolso*;<sup>468</sup> por fim, as expressões *indenização*, *reparação*, *ressarcimento* e *compensação* são usualmente tomadas por sinônimas<sup>469</sup> – ressalvadas, no que tange à *compensação*, tanto o significado de modo especial de extinção de obrigações sem pagamento (regulado pelos artigos 368 a 380 do Código Civil)<sup>470</sup> quanto a tendência doutrinária, que se comentará adiante, à restrição da *compensação* para a seara dos danos morais ou extrapatrimoniais.<sup>471</sup>

Como se percebe, a interpretação meramente literal parece de todo insuficiente para a diferenciação das expressões em comento. Ainda que não se detecte uma identidade absoluta de sentido em todas as ocorrências mencionadas, os eventuais traços distintivos revelados pela interpretação literal não parecem capazes de justificar, por si só, a incidência de regimes jurídicos

<sup>467</sup> “Reembolso. (...) direito de reembolso, na linguagem jurídica, é aquele que se assegura a toda pessoa que tenha despendido ou pago quantias, por conta de outrem, ou que lhe tenha emprestado, *para que possa exigir a restituição das mesmas quantias ou importâncias*” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 1.176. Grifou-se). Em sentido semelhante, encontra-se a seguinte definição na lexicografia nacional: “reembolsar (...). 1. Embolsar de novo; tornar a embolsar (...). 2. *Restituir a (alguém) o dinheiro desembolsado.* (...) 3. *Indenizar, compensar* (...). 4. Voltar à posse do que se emprestou” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, cit., p. 1.717. Grifou-se). No mesmo sentido, a definir a *restitution* (“restituição”) a partir do *rembursement* (“reembolso”) e vice-versa, v., na doutrina francesa, CORNU, Gérard (Coord.). *Vocabulaire juridique*, cit., pp. 919-920 e 889.

<sup>468</sup> “Regresso. Do latim *regressus*, de *regredi* (retoceder, retroagir, voltar para trás), diz-se da ação ou do direito que se atribui ao credor ou a quem pagou por outrem, de ir buscar deste *a quantia ou a importância desembolsada, para que a reembolse.* (...) Em regra, o regresso ou direito regressivo aplica-se às questões creditórias, ou àquelas em que se fixa o *direito de reembolso de quantias despendidas ou pagas*” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 1.186. Grifou-se)

<sup>469</sup> Pertinentes, uma vez mais, as conceituações fornecidas por De Plácido e Silva: “Ressarcimento. De ressarcir, entende-se o ato pelo qual se cumpre a indenização, ou se satisfaz o pagamento das perdas ou danos, a que se está sujeito. (...) *Ressarcimento é a reparação do dano*” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 1.221. Grifou-se); “Indenização. Derivado do latim *indemniss* (indene), de que se formou no vernáculo o verbo *indenizar* (*reparar, recompensar, retribuir*), em sentido genérico *quer exprimir toda compensação ou retribuição monetária* feita por uma pessoa a outrem, *para a reembolsar de despesas feitas ou para a ressarcir de perdas tidas*” (Ibid., p. 731. Grifou-se); “Reparação. No sentido propriamente jurídico, *exprime o ressarcimento, a indenização ou a retribuição pecuniária* devida pelo dano que se tenha causado a alguém. (...) *A compensação*, resultante da indenização ou do *ressarcimento* do dano, caracterizando a *reparação*, traz a função de restabelecer uma situação, que se havia modificado, em virtude do prejuízo ou dano causado” (Ibid., p. 1.199. Grifou-se). No mesmo sentido, v. BRANCO, Elcir Castello. Indenização [verbetes]. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 43. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 377; e FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 65. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 75. Em sentido semelhante, a correlacionar *indemnisation* (“indenização”), *réparation* (“reparação”) e *compensation* (“compensação”), v., na doutrina francesa, CORNU, Gérard (Coord.). *Vocabulaire juridique*, cit., pp. 535, 896-897 e 212. Para um esforço de definição conceitual, no âmbito da doutrina italiana, das expressões “*indennizzo*”, “*risarcimento*” e “*indennità*”, v. PERLINGIERI, Pietro. La responsabilità civile tra *indennizzo* e *risarcimento*, cit., *passim*; e SCONAMIGLIO, Renato. *Indennità* [verbetes]. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coords.). *Novissimo Digesto Italiano*. Volume VIII. Torino: UTET, 1962, pp. 594-597.

<sup>470</sup> “Assim, se duas pessoas devem-se, mutuamente, são, reciprocamente, credora e devedora uma da outra, opera-se a extinção obrigacional até a concorrência dos valores dos objetos da relação jurídica” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Compensação (Direito civil)* [Verbetes]. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 16. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 323).

<sup>471</sup> “(...) a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 593).

distintos. Tal percepção traduz, em última instância, a insuficiência da própria análise estrutural para a compreensão do fenômeno jurídico.<sup>472</sup> Com efeito, a investigação das obrigações com base apenas nos seus elementos estruturais não permite identificar a diversidade funcional que justifica, ao fim e ao cabo, a consagração de distintos regimes obrigacionais pelo ordenamento brasileiro.<sup>473</sup>

Assumindo-se como premissa, portanto, a imprescindibilidade da análise funcional para a diferenciação das expressões em comento, cumpre perquirir a qual das funções características dos regimes jurídicos obrigacionais se vincula cada noção. Como se poderá observar, a promoção de uma análise funcional dificilmente terá o condão de extirpar as ambiguidades suscitadas pela interpretação literal de cada significante, esperando-se que o seu maior mérito consista, em realidade, na elucidação da diversidade de funções entre as variadas obrigações. Passa-se, então, a uma breve tentativa de compreensão do significado das expressões mencionadas à luz da tripartição fundamental das obrigações conforme a função concretamente desempenhada por cada qual. Fala-se, a propósito, nas funções negocial, indenizatória e restitutória (v. item 1.2, *supra*).

No âmbito daquela que poderia ser denominada *função executória* – relacionada à promoção da causa negocial em concreto –, nota-se que várias das expressões aventadas acima podem ser tecnicamente empregadas em referência ao cumprimento do regulamento privado de interesses. Assim sucede, por exemplo, com a obrigação de *restituição* da coisa alheia por parte do locatário (artigo 569, inciso IV, do Código Civil), do comodatário (artigo 582) e do depositário (artigo 629). Semelhante obrigação de *restituição* se verifica no âmbito do contrato de mútuo, cuja peculiaridade, decorrente precisamente do caráter fungível da coisa mutuada, consiste na obrigação do mutuário de “(...) restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade” (artigo 586). Em sentido similar ao de *restituição* (como entrega de coisa alheia), utiliza-se o vocábulo *devolução* para se determinar a ausência de obrigatoriedade do locatário de *devolver* a coisa antes do advento do termo no contrato de locação com prazo determinado (artigo 571), e, ainda, a impossibilidade de o credor pignoratício ser constrangido a *devolver* a coisa empenhada antes do pagamento integral (artigo 1.434).

Ainda no âmbito da função executória, utiliza-se a noção de *ressarcimento* para se fazer referência a uma série de obrigações direcionadas à promoção do concreto regulamento de interesses. Assim sucede, por exemplo, com o direito do credor, diante do inadimplemento do devedor, a ser *ressarcido* das despesas urgentes necessárias à execução da obrigação de fazer por

<sup>472</sup> Nesse sentido, v., por todos, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul.-set./2016, p. 13.

<sup>473</sup> A presente conclusão remete à lição de NORONHA, Fernando. Tripartição fundamental das obrigações: obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. *Jurisprudência Catarinense*, a. XXI, n. LXXII, 1993, *passim*.

terceiro (artigo 249, parágrafo único). Previsão semelhante se verifica na disciplina das obrigações de não fazer, em que se assegura ao credor o direito de *ressarcimento* das despesas urgentes necessárias ao desfazimento do ato indevidamente realizado pelo devedor (artigo 251, parágrafo único).

Em todas essas ocorrências de *restituição*, *devolução* e *ressarcimento*, percebe-se a presença da função executória. As obrigações estabelecidas pelos dispositivos mencionados não promovem, com efeito, a recomposição da esfera patrimonial ou moral de uma vítima de dano injusto e tampouco a restauração do patrimônio de um enriquecido ao patamar em que deveria se situar caso não houvesse ocorrido o fato gerador do enriquecimento. Nota-se, em suma, que nenhuma das aludidas obrigações afigura-se vocacionada a conduzir as partes<sup>474</sup> ao *status quo ante* – seja anterior a um dano indenizável, seja anterior a um enriquecimento restituível. De fato, o traço comum das obrigações referidas consiste precisamente no cumprimento do concreto regulamento de interesses entabulado pelos particulares, a atrair a incidência do regime jurídico negocial.

Vistas algumas das tantas expressões que o vernáculo disponibiliza para se fazer referência à função executória, passa-se a uma breve análise dos vocábulos no contexto da *função indenizatória*. O termo *indenização*, como se sabe, é largamente empregado em alusão à obrigação decorrente da produção de um dano injusto, valendo apontar, a título meramente ilustrativo dessa ocorrência, os artigos 20, 150, 236, 240, 241, 247, 249, 255, 404, 416, 439, 450 (inciso II), 475, 623, 667, 715, 734, bem como a generalidade dos dispositivos constantes do Título IX (“Da Responsabilidade Civil”) do Livro I (“Do Direito das Obrigações”) da Parte Especial do Código Civil. Do mesmo modo, também em referência à obrigação que se deflagra em tutela à vítima de um dano injusto, utiliza-se a expressão *ressarcimento* – seguida por complementos como *perdas e danos*, *dano* e *prejuízo* –, por exemplo, nos artigos 251, 571, 678, 705, 756, 866, 930, 934 e 936.

Nessas diversas ocorrências das expressões *indenização* e *ressarcimento*, percebe-se que as correlatas obrigações promovem, do ponto de vista funcional, a recomposição da esfera patrimonial ou moral da vítima de um dano injusto. Tais obrigações não visam, com efeito, à promoção de um regulamento privado de interesses entabulado por particulares (função executória), tampouco o desfazimento de uma vantagem patrimonial carente de justificativa no ordenamento jurídico (função restitutória). Afigura-se curioso, todavia, notar que as mesmas expressões – *indenização* e *ressarcimento* – são empregadas pelo legislador pátrio, ainda que em recorrência menos acentuada,

<sup>474</sup> A referência à expressão *partes* decorre de mera deferência ao uso consagrado pela práxis, sem prejuízo à premissa metodológica do reconhecimento de que a relação jurídica se configura em uma relação entre centros de interesse: “A ligação essencial do ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica; de maneira que não é indispensável referir-se à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação jurídica” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 734).

para fazer referência a obrigações funcionalmente destinadas à remoção de um enriquecimento injustificado.<sup>475</sup>

A disciplina da gestão de negócios presta-se a ilustrar tal ambiguidade conceitual em relação à *indenização*. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o gestor fazer operações arriscadas ou preterir interesse do dono em detrimento dos seus próprios. Em tal situação, embora se estabeleça, como regra, a responsabilidade do gestor pelo caso fortuito – em indício da inutilidade da gestão –, reconhece-se ao dono a opção de se aproveitar da gestão, hipótese em que “(...) será obrigado a indenizar o gestor das despesas necessárias, que tiver feito, e dos prejuízos, que por motivo da gestão, houver sofrido” (artigo 868, parágrafo único, do Código Civil). Percebe-se que um único dispositivo utiliza a expressão *indenizar* para fazer referência a duas obrigações funcionalmente distintas – a obrigação de *restituir* o enriquecimento injustificado (“indenizar o gestor das despesas necessárias”) e a obrigação de *reparar* o dano sofrido (“indenizar o gestor [...] dos prejuízos, que por motivo da gestão, houver sofrido”). Vale registrar, ainda a propósito da disciplina da gestão de negócios, que o artigo 870 igualmente utiliza o termo *indenização* para fazer referência a uma obrigação de restituição do enriquecimento injustificado do dono em favor do gestor, técnica essa reproduzida, no âmbito do pagamento indevido, pelo artigo 881. Idêntica ocorrência se verifica na disciplina dos efeitos da posse, em que a recorrente referência à *indenização* das benfeitorias (v., por exemplo, os artigos 1.219 e 1.222) traduz a restituição do enriquecimento injustificadamente auferido pelo proprietário.<sup>476</sup>

Tal como a *indenização*, o *ressarcimento* é indistintamente empregado pelo legislador pátrio em alusão a obrigações funcionalmente distintas. Com efeito, além das hipóteses de obrigações vocacionadas à reparação de um dano injusto (ilustradas acima pelos artigos 251, 571, 678, 705, 756, 866, 930, 934 e 936), o termo *ressarcimento* é utilizado em referência a obrigações funcionalmente direcionadas à remoção de um enriquecimento injustificado.<sup>477</sup> Exemplo emblemático dessa ocorrência se encontra no artigo 886 do Código Civil, que, no Capítulo próprio destinado ao enriquecimento sem causa, a pretexto de estabelecer a subsidiariedade da cláusula geral do dever de restituir, cogita de “(...) a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. O esforço de compreensão sistemática do aludido dispositivo legal – na tentativa

<sup>475</sup> Para uma crítica à recorrente confusão conceitual entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, v. MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 34.

<sup>476</sup> Na mesma linha de sentido, a afastar a confusão entre *indenização* e *restituição*, afirma-se: “Trata-se, contudo, de conceito historicamente formado, estando presente não apenas sob a fórmula legal genérica de proibição do enriquecimento sem uma causa justificativa reconhecida pelo direito e a imposição da obrigação de restituir. Também se verifica em situações há muito já previstas, como é o caso do pagamento indevido e do direito à indenização do proprietário do prédio desfalcado contra o proprietário do prédio acrescido, na hipótese de avulsão ou as regras de indenização de benfeitorias, ainda que a utilização da expressão indenização possa induzir em erro” (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*, cit., p. 115).

<sup>477</sup> Assim identifica, por exemplo, MARTINS-COSTA, Judith. *Direito restitutivo*, cit., p. 260.

deliberada de se refutar a simples rejeição doutrinária à regra da subsidiariedade, como visto no item 2.4, *supra* – revela que, sob pena de infrutífera redundância legislativa (em razão da desnecessidade de o legislador diferenciar regimes obrigacionais por si funcionalmente distintos), o artigo 886 deve ser interpretado em referência à própria cláusula geral do artigo 884. Justifica-se, assim, a leitura do termo *ressarcir* com o significado de *restituir*.

Exemplo ainda mais emblemático da utilização do termo *ressarcimento* em referência à *restituição* do enriquecimento injustificado se verifica na disciplina dos prazos prescricionais. Como se sabe, o artigo 206, § 3º, inciso IV, estabelece o prazo prescricional de três anos para a “pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa”. Nessa específica seara, mesmo o intérprete não amparado por análise funcional haveria de concluir pela distinção conceitual entre a restituição do enriquecimento injustificado e a indenização do dano injusto, uma vez que o inciso seguinte do mesmo dispositivo legal prevê idêntico prazo prescricional de três anos para “a pretensão de reparação civil”. Ocupou-se o legislador, portanto, de diferenciar conceitualmente enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, nada obstante a opção expressa pela previsão do mesmo prazo prescricional para ambas as pretensões.

Na mesma linha de sentido, verifica-se que as menções dos artigos 1.220 e 1.221 (na disciplina dos efeitos da posse) e do artigo 1.256 (na disciplina das construções e plantações) ao *ressarcimento* não têm o condão de atrair o regime geral da responsabilidade civil, mas sim o da vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>478</sup> Com efeito, as obrigações previstas nos mencionados dispositivos têm em comum precisamente a remoção de um enriquecimento injustificado do proprietário do bem principal – e não a reparação de um dano supostamente sofrido pelo possuidor, construtor ou plantador. Tal percepção repercute diretamente, por exemplo, no comando estatuído pela parte final do artigo 1.221 do Código Civil: caso o *ressarcimento* das benfeitorias visasse à tutela da vítima de um dano injusto, haver-se-ia de impor a indenização dos valores despendidos pelo possuidor (a traduzir o dano supostamente sofrido), independentemente da subsistência das benfeitorias; como, porém, a preocupação na matéria é remover o enriquecimento injustificado do

---

<sup>478</sup> Afirma-se, no âmbito da doutrina portuguesa: “(...) se revela delicada, na nossa lei, a relação entre a acessão industrial e o enriquecimento sem causa. Com efeito, se não é líquida, em geral, a distinção entre reparação e restituição, podendo, de resto, a reparação do dano e a restituição de um enriquecimento serem verso e reverso da mesma medalha, o nosso Código Civil mostra-se, nesta matéria, extremamente ambíguo (...). Mas, no fim de contas, está-se aqui perante hipóteses de reparação de um dano, de indenização, ou face a situações em que se impõe a restituição de um enriquecimento? E, sobretudo, está-se ainda no âmbito da responsabilidade civil?” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 368-369). O autor conclui: “Em suma, pensamos que só pode haver lugar, no contexto da acessão, a responsabilidade civil quando se puderem afirmar os pressupostos normais desta e, designadamente, a ilicitude e a culpa. Quando tais pressupostos não estiverem presentes, o que existe é um afloramento do enriquecimento sem causa, impondo-se a aplicação, com algumas adaptações, das regras do instituto do enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações” (Ibid., p. 374).

proprietário, estabelece-se a regra de que não deve haver *ressarcimento* (no sentido de *restituição*) caso não mais subsista enriquecimento a ser restituído.

Vale registrar, por fim, que, à semelhança do que sucede com a *indenização* e com o *ressarcimento*, também o *reembolso* é empregado pelo legislador em referência a obrigações funcionalmente distintas.<sup>479</sup> De uma parte, observa-se a utilização do *reembolso* para disciplinar a pretensão – de cunho restitutivo – do terceiro não interessado que paga a dívida em seu próprio nome (artigo 305 do Código Civil). De outra parte, na disciplina do contrato de mandato, o *reembolso* diz respeito à pretensão – de cunho executório – do mandatário ao recebimento do valor correspondente às despesas efetuadas no desempenho da representação (artigo 681).<sup>480</sup> Verifica-se, ainda, a utilização do *reembolso* para traduzir a pretensão – de cunho restitutivo – do passageiro a reaver o valor da passagem por ocasião do desfazimento voluntário do contrato de transporte (nos termos do artigo 740)<sup>481</sup> e, igualmente, do gestor a receber o valor das despesas necessárias ou úteis na hipótese em que houver sido utilmente administrado o negócio alheio (artigo 869).

As precedentes considerações não se revestem de qualquer pretensão de esgotar a pluralidade semântica de cada um dos vocábulos analisados, ou tampouco de definir-lhes um único conteúdo supostamente correto na seara do direito civil. O escopo central da presente análise consiste, em realidade, no reconhecimento de que a maior atenção do intérprete deve ser dedicada não à conceituação abstrata de cada uma das expressões, mas sim à identificação do perfil funcional das obrigações por elas traduzidas. Não se pretende, com isso, propor a atribuição de um salvo-conduto ao legislador ou ao operador do direito, como se lhes fosse dado usar indiscriminada e discricionariamente as palavras. Muito ao revés, o reconhecimento da importância da linguagem para o desenvolvimento do fenômeno jurídico reclama a tomada de consciência da civilística para a necessidade de elucidação das recorrentes manifestações da imprecisão conceitual na seara obrigacional.

Parece possível, nesse ponto do raciocínio, afirmar que o apuramento conceitual na disciplina das obrigações não prescinde da assunção da premissa metodológica referente à tripartição dos regimes obrigacionais. Torna-se possível, desse modo, propor o tratamento conjunto das

<sup>479</sup> A ilustrar a pluralidade semântica da expressão *reembolso*, veja-se a conceituação fornecida por De Plácido e Silva: “Reembolso. (...) Em regra, o direito de reembolso compete ao mandatário, que efetue pagamento de despesas por conta do mandante, ao gestor, que pagou despesas necessárias, e ao credor, que forneceu dinheiro ao devedor, ou pagou dívidas dele” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 1.176). Ainda no referido propósito ilustrativo, veja-se a lição de Judith Martins-Costa: “A causa do reembolso não é nem o ato ilícito, nem um trespasse patrimonial destituído de causa lícita (como o pagamento indevido ou enriquecimento sem causa dos arts. 876 e ss. e 884 e ss., respectivamente, do CC/2002)” (MARTINS-COSTA, Judith. *Direito restitutivo*, cit., p. 262).

<sup>480</sup> A propósito, v. TEPEDINO, Gustavo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume X, cit., pp. 150-152.

<sup>481</sup> No sentido da identificação do caráter restitutivo da obrigação consagrada pelo dispositivo em comento, v. TEPEDINO, Gustavo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume X, cit., pp. 541 e ss.

expressões que tenham, em comum, a referência a obrigações dotadas de um mesmo perfil funcional. Dividir-se-iam, assim, as pretensões mencionadas pelo legislador em conformidade com a função desempenhada por cada uma das respectivas obrigações. De uma parte, reunir-se-iam em torno da *função executória* as expressões que fizessem referência ao cumprimento de um regulamento privado de interesses. Nesse grupo, além de termos mais explícitos como *execução* e *cumprimento*, devem ser levadas em consideração expressões que, em nítido desvio conceitual, venham a representar obrigações que promovam a função executória. Assim sucede, para utilizar exemplos já referidos, com as previsões de *restituição* constantes dos artigos 569, inciso IV, 582 e 629, bem como com as previsões de *devolução* dos artigos 571 e 1.434 e com as hipóteses de *ressarcimento* dos artigos 249, parágrafo único, e 251, parágrafo único. Em todas essas hipóteses, a pluralidade de significantes (*restituição*, *devolução* e *ressarcimento*) não deve afastar o reconhecimento da função executória.

De outra parte, reunir-se-iam em torno da *função indenizatória* as expressões que fizessem referência à recomposição patrimonial ou pessoal da vítima de um dano injusto. Amoldam-se ao presente grupo os termos *indenização*, *reparação* e *compensação*, todos eles a promover, em sentido técnico, a tutela que o ordenamento dispensa à pessoa que haja sofrido um dano reputado injusto. Precisamente por força da identidade de sentido à luz da análise funcional propugnada, qualquer das aludidas expressões poderia ser utilizada para designar a própria função em comento, tendo-se optado pela expressão *função indenizatória* (e não *reparatória* ou *compensatória*) por simples força da tradição. Não se trata, contudo, de ignorar a possibilidade de as referidas expressões ostentarem significados distintos com base em critérios variados – assim, por exemplo, talvez se utilize apenas a *compensação* para fazer referência à tutela dos danos morais ou extrapatrimoniais –; quer-se apenas destacar que uma eventual diferenciação de significado não representaria mais do que uma distinção estrutural, sem o condão, portanto, de infirmar a similitude funcional na matéria.

Concentrar-se-iam, por fim, no grupo da *função restitutória* as expressões que fizessem referência à remoção de uma vantagem patrimonial injustificadamente obtida à custa de patrimônio alheio.<sup>482</sup> Merecem menção, no presente grupo, termos como *restituição*, *devolução*, *repetição* e

---

<sup>482</sup> Semelhante conclusão é alcançada, na doutrina francesa, por Marie Malaurie: “*Néanmoins, tous ces exemples se rattachent à une seule et même réalité, que le préfixe ‘re’, commun à toutes les expressions qui s’identifient à une restitution, traduit: le retour au statu quo ante. La restitution est une notion générique dont les applications sont nombreuses*” (MALAURIE, Marie. *Les restitutions en droit civil*, cit., p. 23). Em tradução livre: “No entanto, todos esses exemplos estão relacionados a uma única e mesma e mesmo, que o prefixo ‘re’, comum a todas as expressões que se identificam com uma restituição, traduz: o retorno ao *statu quo ante*. A restituição é uma noção genérica cujas aplicações são numerosas”.

*regresso*,<sup>483</sup> todos eles aptos a traduzir obrigações funcionalmente vinculadas à vedação, por parte do ordenamento jurídico, a aquisições patrimoniais à custa alheia sem uma devida causa justificadora.<sup>484</sup> À semelhança do verificado no bojo da função indenizatória, a opção, no presente grupo, pela identificação da função com base em uma específica expressão – *indenizatória* – não pretende ignorar a distinção estrutural que pode vir a ser atribuída a uma eventual diferenciação de significado, mas tão somente ressaltar que, em todo caso, a identidade funcional justifica o tratamento conjunto – e, na maior medida possível, sistemático – das obrigações restitutórias.

Registre-se, por oportuno, que duas expressões geram dúvidas particularmente acentuadas no presente esforço de precisão conceitual – o *ressarcimento* e o *reembolso*. Ambas as expressões são utilizadas pela legislação e pela civilística pátrias em referência a obrigações das mais variadas conotações funcionais. Assim, como visto, ambos os termos ora são utilizados em alusão a obrigações relacionadas ao cumprimento de um programa negocial (*função executória*), ora em alusão a obrigações vocacionadas à reparação de um dano injusto (*função indenizatória*), ora, por fim, em alusão a obrigações direcionadas à remoção de um enriquecimento injustificado (*função restitutória*). Parece difícil vislumbrar alguma tendência doutrinária acerca do uso preferencial de cada uma dessas expressões, razão pela qual, no que tange ao *ressarcimento* e ao *reembolso*, parece aconselhável evitar a indicação de algum sentido preferencial e ratificar, em todo caso, a prevalência da análise funcional de toda e qualquer obrigação.

Toda a imprecisão conceitual presente na disciplina das obrigações repercute, no que mais diretamente importa ao presente estudo, no tratamento assistemático da pretensão restitutória no direito civil brasileiro. Com efeito, não se ocupou o legislador pátrio – seguido, nesse ponto, pela

---

<sup>483</sup> Ao relatar a corrente majoritária na doutrina alemã acerca da divisão do instituto do enriquecimento sem causa, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão aponta a *condictio* por benfeitorias (*Verwendungskondition*) e a *condictio* para o exercício do direito de regresso (*Rückgriffskondition*) como integrantes de uma “(...) categoria intermédia entre os dois campos principais de enriquecimento sem causa, que teria como problemas dogmáticos próprios a necessidade de tomar em consideração a protecção do enriquecido contra um enriquecimento que não desejou e a sua articulação com a pretensão de reembolso de despesas, conferida pelo instituto da gestão” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 423).

<sup>484</sup> A reforçar tal conclusão, afirma-se, em comentário ao artigo 932 do Código Civil: “Se o *solvens* tiver que pagar duas vezes, ocorrendo uma das hipóteses acima descritas de ineficácia do pagamento, terá direito de regresso contra o credor, evitando-se, assim, o enriquecimento indevido” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 609). Em sentido semelhante, a identificar o caráter *restitutório* da obrigação de *repetição* do pagamento indevido, v., na doutrina brasileira, MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado, cit., p. 385; e, na doutrina italiana, RESCIGNO, Pietro. Ripetizione dell’indebito [verbete]. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coords.). *Novissimo Digesto Italiano*. Volume XV. 3. ed. Torino: UTET, 1957, p. 1.224.



comunidade jurídica – de dispensar tratamento unitário às mais variadas hipóteses de restituição.<sup>485</sup> Saliente-se, desde logo, que a proposição teórica de tratamento *unitário* não se confunde com uma eventual cogitação de regramento *homogêneo*. A preocupação subjacente ao tratamento unitário reside, de fato, não na atribuição de disciplina idêntica para toda e qualquer hipótese de restituição. Trata-se, ao revés, tão somente de se reconhecer a submissão das obrigações restitutórias a um regramento geral comum, em decorrência da própria distinção funcional do regime da vedação ao enriquecimento sem causa face aos demais regimes jurídicos obrigacionais. Justifica-se, assim, que as obrigações (e pretensões) restitutórias sejam objeto de disciplina comum em relação aos aspectos que se vincularem ao perfil funcional próprio que as diferencia das demais obrigações no direito civil.

A tripartição funcional das obrigações afigura-se, aliás, uma solução possível para um problema que ela própria faz ser reconhecido. Com efeito, não fosse a assunção da premissa metodológica acerca do reconhecimento das funções características das obrigações no direito civil, provavelmente não se ressentiria a comunidade jurídica do tratamento assistemático da restituição. Desse modo, em razão da suposta ausência de identidade entre as diversas hipóteses de restituição, sequer pareceria lógico dispensar-lhes tratamento em alguma medida unitário. Uma vez, contudo, que se reconheça a existência de um perfil funcional comum entre obrigações restitutórias as mais variadas – destinadas a remover um enriquecimento injustificado (excluídas, portanto, *restituições* que traduzam simples obrigação de dar coisa certa alheia em cumprimento de um negócio jurídico) – , a promoção de disciplina unitária exsurge como autêntica imposição de ordem metodológica.

A dificuldade – compartilhada por doutrina e jurisprudência pátrias – de enfrentamento sistemático das obrigações restitutórias parece remontar, nesse contexto, à resistência em se reconhecer o papel desempenhado pela vedação ao enriquecimento sem causa no quadro geral de fontes das obrigações no direito civil (v. item 1.2, *supra*). Verifica-se, como visto, uma recorrente confusão entre a fonte obrigacional do enriquecimento sem causa (a determinar a incidência de um

---

<sup>485</sup> O tratamento assistemático da restituição não traduz peculiaridade da experiência brasileira. Também no âmbito da doutrina italiana se afirma: “*Il diritto delle restituzioni si presenta nel nostro ordinamento come un ‘settore’ potenzialmente sconfinato, frutto de un’elaborazione tra le più antiche e stratificate, concretamente operativo nelle fattispecie più disparate, frammentato in numerose norme sparse all’interno di codice civile e leggi speciali le quali solo in senso molto lato sono riconducibili all’interno di un medesimo principio ispiratore ed il cui minimo comune denominatore non ha che una valenza ricognitivo-descrittiva di un fenomeno la cui disciplina ha limiti incerti, modalità contraddittorie, a volte persino fondamento ambiguo*” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 2). Em tradução livre: “O direito das restituições se apresenta no nosso ordenamento como um ‘setor’ potencialmente ilimitado, fruto de uma elaboração entre as mais antigas e estratificadas, concretamente operativo nas hipóteses fáticas mais discrepantes, fragmentado em numerosas normas esparsas no interior de Código Civil e leis especiais que apenas em sentido muito lato são reconduzíveis ao interior de um mesmo princípio inspirador e cujo mínimo denominador comum não tem mais do que uma valência recognitivo-descritiva de um fenômeno cuja disciplina tem limites incertos, modalidades contraditórias, por vezes fundamento ambíguo”. Para um relato dos esforços de sistematização das restituições nas experiências italiana, francesa e alemã, v. MAJO, Adolfo di. *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*. *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. XII, n. 3, jul.-set./1994, *passim*.

regime geral para obrigações de perfil funcional restitutivo) e a cláusula geral do dever de restituir (a fazer deflagrar a obrigação restitutória quando observados certos pressupostos positivos e negativos previstos nos artigos 884 e 886, respectivamente). Transportam-se, assim, para o inteiro tratamento das obrigações restitórias as cautelas tomadas a propósito da incidência direta da cláusula geral do dever de restituir, o que repercute diretamente, por exemplo, na usual compreensão de uma suposta subsidiariedade da fonte obrigacional do enriquecimento sem causa, em nítida demonstração da confusão entre o instituto (fonte autônoma de obrigações) e a sua respectiva cláusula geral (essa sim, subsidiária nos termos do artigo 886 do Código Civil).

Tal cenário de confusão conceitual e ausência de tratamento sistemático da pretensão restitutória no direito civil brasileiro acarreta consequências negativas no que tange à determinação do regime jurídico aplicável às obrigações restitórias. O presente estudo não tem por escopo esgotar o enfrentamento de cada uma dessas questões, mas sim, fundamentalmente, destacar as potencialidades positivas de um esforço (assumidamente inicial) de sistematização da pretensão restitutória com vistas à superação das sequelas decorrentes do atual cenário metodológico e normativo de assistemática na disciplina da restituição.

Tais sequelas podem ser ilustradas pela ausência ou dificuldade de resposta a alguns questionamentos, tais como: i) como se define o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a obrigação restitutória? Podem ser aplicados os mesmos critérios definidos pelo Superior Tribunal de Justiça a propósito da responsabilidade civil?; ii) Qual é o prazo prescricional das pretensões restitórias que não decorram diretamente da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884 do Código Civil? Deve ser aplicado o prazo geral de dez anos (artigo 205) ou o prazo trienal específico da “pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa” (artigo 206, § 3º, inciso IV)?; iii) Como deve ser determinado o *quantum debeatur* das obrigações restitórias? Podem ser utilizados os critérios aventados para a configuração do requisito geral de *enriquecimento* nos termos da cláusula geral do dever de restituir?; iv) As pretensões restitutória e indenizatória são cumuláveis?

O primeiro questionamento, referente ao termo inicial dos juros de mora e da correção monetária, é objeto de escassa análise por parte da civilística. Passa-se, sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria, ao estudo individualizado dos dois pontos. No que tange aos juros de mora, deve-se ter em mente que a definição do seu termo inicial depende inexoravelmente da identificação da função desempenhada por tal obrigação no direito civil. Sem prejuízo da controvérsia já verificada em doutrina,<sup>486</sup> parece mais adequado à sistemática do direito das obrigações o

---

<sup>486</sup> A ilustrar a linha de entendimento que identifica uma função exclusivamente punitiva dos juros de mora, absolutamente dissociada do propósito indenizatório, v. NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*, cit., p. 358.

reconhecimento da função indenizatória dos juros de mora.<sup>487</sup> Tal conclusão é reforçada, no direito brasileiro, pela previsão do parágrafo único do artigo 404 do Código Civil, que, ao admitir a possibilidade de os juros de mora não cobrirem o prejuízo – e, portanto, de caber a concessão de indenização suplementar –, reconhece inequivocamente a função indenizatória dos juros de mora.<sup>488</sup> Trata-se, portanto, de obrigação vocacionada não ao cumprimento de um programa privado de interesses nem à remoção de um enriquecimento injustificado, mas sim à reparação de um dano injusto sofrido pela vítima. Tal dano consiste precisamente, como já identificado em doutrina, na indisponibilidade do capital, ou, em outras palavras, na privação da disponibilidade de parcela do patrimônio da vítima.<sup>489</sup>

O reconhecimento da função indenizatória dos juros de mora (efeito dos mais importantes da configuração da situação de mora) talvez auxilie a compreender a própria exigência de culpa para a configuração da mora. Como se sabe, em concretização de vasto entendimento doutrinário, o artigo 396 do Código Civil preceitua que, “(N)ão havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. Trata-se, com efeito, de se exigir a demonstração da culpa como requisito para a configuração da mora do devedor, o que se compatibiliza com o reconhecimento – previamente anunciado – da função indenizatória dos juros de mora. De fato, o sistema jurídico padeceria de acentuado risco de contradição caso determinasse a imputação do dever de indenizar

---

<sup>487</sup> Assim conclui Pietro Perlingieri: “*Sulla somma liquidata sono poi dovuti gli interessi al tasso legale diretti a coprire e compensare l’ulteriore pregiudizio economico dal mancato godimento dei frutti*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 301, nota de rodapé n. 821). Em tradução livre: “Sobre a soma liquidada são, portanto, devidos juros à taxa legal destinados a cobrir e compensar o ulterior prejuízo econômico pela ausência de gozo dos frutos”. Em sentido semelhante, afirma-se, na doutrina brasileira: “Como se sabe, consistem os juros na prestação devida em razão da disponibilidade do capital alheio. Os juros de mora associam-se, em regra, à responsabilidade civil, na medida em que compõem a indenização devida pela privação do capital correspondente ao descumprimento de dever jurídico – legal ou convencional” (TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. *Scientia Iuris*, vol. 21, n. 1, mar./2017, p. 57). Os autores agregam, contudo, à função indenizatória uma suposta função punitiva atrelada à vedação ao enriquecimento sem causa: “Os juros moratórios encontram sua *ratio* na compensação da vítima do descumprimento – pela indevida privação do capital de que poderia dispor em virtude da lesão suportada – e na sanção do inadimplemento – por conta da vedação ao enriquecimento sem causa” (Ibid., p. 79). Também no sentido de conjugar uma função indenizatória com uma suposta função sancionadora do enriquecimento sem causa, v. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. Volume IV, cit., p. 388. Sem que se afaste a possibilidade de configuração de enriquecimento sem causa, parece ser suficiente, à luz do direito positivo brasileiro – notadamente diante do artigo 404 do Código Civil – o reconhecimento da função indenizatória dos juros de mora.

<sup>488</sup> Associa-se, em doutrina, tal dispositivo legal ao próprio princípio da reparação integral: “Assim, quem confiando no adimplemento da dívida de dinheiro compromete-se a pagar dívida própria no dia seguinte ao vencimento daquela, incidindo em cláusula penal perante o seu credor, não será suficientemente ressarcido pelos juros de mora incidentes sobre o seu crédito. Em hipóteses assim, o magistrado encontra-se autorizado pela lei a condenar o devedor em indenização suplementar àquela que deriva dos juros de mora. Atende-se, com isto, ao princípio da reparação integral, restituindo o prejudicado ao *status quo ante*” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. Volume IV, cit., p. 380).

<sup>489</sup> “Como já ressaltado, os juros de mora são devidos independentemente da demonstração de prejuízo por parte do credor. Presume-se que a privação de uma prestação exigível e exigida gere prejuízo ao credor, por suprimir-lhe a disponibilidade de uma riqueza” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. Volume IV, cit., p. 388). No mesmo sentido, v. SILVA, José Marcelo Tossi. Juros legais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 695-697.

(na manifestação dos juros de mora), fora da seara da responsabilidade objetiva, sem a demonstração de culpa do suposto causador do dano (*in casu*, o devedor).<sup>490</sup> Em suma, a exigência de culpa para a configuração da mora traduz entendimento coerente com a compreensão da função indenizatória desse fundamental efeito do inadimplemento relativo – a incidência de juros moratórios.

Tais considerações não de repercutir, como reconhecido por legislação e jurisprudência brasileiras – ainda que de modo não plenamente deliberado ou sistemático –, sobre a definição do termo inicial dos juros de mora. Tal questionamento afigura-se intimamente relacionado à configuração da mora do devedor, sendo certo que a exigência de culpa para tal desiderato legítima, na sequência do raciocínio, a imposição da responsabilidade civil (na faceta própria dos juros moratórios) ao devedor. Parece, por exemplo, ser essa a preocupação subjacente à regra segundo a qual “(O) inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor” (artigo 397, *caput*, do Código Civil). Com efeito, o devedor que não paga uma obrigação positiva e líquida no seu termo de vencimento pratica descumprimento ao menos presumivelmente culposo do seu dever contratual, a justificar a incidência dos juros de mora desde a referida data do vencimento.<sup>491</sup> Pela mesma ordem de razão, justifica-se a opção do legislador por estabelecer que “(N)as obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”. Justifica-se, também nessa hipótese, a incidência dos juros de mora desde a data da prática do ato do qual o devedor se comprometera a abster-se.

A preocupação com a valoração da conduta do devedor (em juízo característico da culpa na responsabilidade civil subjetiva) se reflete, ainda mais nitidamente, na regra segundo a qual “(N)ão havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial” (artigo 397, parágrafo único). Em concretização desse comando, o legislador estabelece, ainda, que, caso o

---

<sup>490</sup> Em sentido diverso, a sustentar a irrelevância da reprovabilidade da conduta do devedor, afirma-se: “Há considerável dificuldade em se admitir a fluência de juros relacionados à obrigação cujo objeto não se encontra previamente determinado, como no caso do dano moral. O raciocínio pressupõe a injustiça de responsabilizar o devedor que não pode cumprir sua obrigação, por desconhecê-la. Somente poderiam ser contabilizados os juros, portanto, após a fixação do valor principal devido. A tese, contudo, não obstante o respeito que merecem seus fautores, ignora a *ratio* dos juros moratórios. De um lado, os juros de mora teriam por função, sob a ótica da responsabilidade civil, indenizar a vítima do descumprimento, privada, indevidamente, do capital de que poderia dispor. Tal perspectiva, se adotada, deve levar em conta a transformação por que passou a responsabilidade civil, transferindo-se sua preocupação central para a vítima do dano injusto. Diante da constatação de que a privação do capital representaria, *per se*, um dano, o ordenamento impõe o pagamento dos juros, os quais correm a partir do momento em que a vítima faria jus ao bem, independentemente, quanto a este aspecto, da reprovabilidade da conduta do civilmente responsável” (TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil, cit., p. 59). A adoção do paradigma do dano injusto não parece, contudo, tornar despicinda a valoração da conduta do agente caso a hipótese não se submeta a alguma previsão de responsabilidade civil objetiva.

<sup>491</sup> “A existência do termo é fator determinante para caracterizar a mora *ex re*. Ausente o prazo de vencimento da obrigação, mesmo que positiva e líquida, o devedor, diante do incumprimento, não cai em mora, sendo exigível a interpelação. Mas se a obrigação é positiva e líquida, com prazo certo de vencimento, se ultrapassada tal data sem o adimplemento de acordo com seus pressupostos subjetivos, objetivos e temporal, o devedor se encontra em mora” (NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 602-603).

devedor não promova a interpelação em momento anterior à ação judicial, apenas a partir da citação o devedor será constituído em mora (artigo 405). Se a obrigação não possui termo ajustado pelas partes e tem seu cumprimento condicionado à iniciativa do credor (obrigação quesível), não faria sentido imputar responsabilidade civil (na ocorrência específica dos juros de mora) ao devedor antes que o credor lhe exigisse a prestação, sendo certo que na ausência de tal interpelação não se poderia valorar negativamente a conduta do devedor.

Especial cautela merece, nesse contexto, o artigo 398 do Código Civil, ao estabelecer que “(N)as obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.<sup>492</sup> Tal previsão pode se afigurar plenamente adequada na hipótese de obrigação líquida, por se vislumbrar culpa, por parte do agente, no inadimplemento do dever de indenizar o dano sabidamente inculido à vítima.<sup>493</sup> Por outro lado, na hipótese de obrigação ilíquida, afigura-se mais controversa a valoração negativa da conduta do agente causador do dano, o que talvez justifique a recorrente divergência jurisprudencial acerca do critério adequado para a definição do termo inicial dos juros de mora – se a data do ilícito extracontratual (como sugerido pela redação do artigo 398) ou se a data da liquidação do *quantum debeatur* (como sugerido pela interpretação teleológica-sistemática da matéria).

Exemplo emblemático dessa controvérsia diz respeito à definição do termo inicial dos juros de mora em detrimento do agressor condenado a compensar danos morais à vítima. Vale aludir, nesse contexto, à divergência explícita verificada no Superior de Justiça no ano de 2011.<sup>494</sup> No julgamento do REsp 903.258/RS, a Quarta Turma da Corte assim concluiu: “Os juros moratórios devem, pois, fluir, no caso de indenização por dano moral, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização”.<sup>495</sup> Tal entendimento veio a ser

<sup>492</sup> A referida previsão reproduz, sem alteração substancial de sentido, a regra constante do artigo 962 do Código Civil de 1916, o qual, por sua vez, inspirou igualmente a elaboração do Enunciado n. 54 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>493</sup> A elucidar o raciocínio ora exposto, veja-se o seguinte trecho do voto proferido pela Min. Maria Isabel Gallotti: “Esta ficção – de que desde o ato ilícito (...) ou desde a citação (...) o devedor está em mora e poderia, querendo, reparar plenamente o dano, a despeito de ilíquida a obrigação – é razoável nos casos de indenização por dano material (danos emergentes e lucros cessantes). Com efeito, considera-se em mora o devedor desde a data do evento danoso, porque o procedimento correto, que dele se espera, é o reconhecimento de que causou o dano e sua iniciativa espontânea de repará-lo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, prestando socorro à vítima, pagando-lhe o tratamento necessário, provendo o sustento de seus dependentes, indenizando-a dos prejuízos materiais sofridos, prejuízo este apurável com base em dados concretos, objetivos, materialmente existentes e calculáveis desde a data do evento. Se assim não age, ou se não repara espontaneamente a integralidade dos danos, no entender da vítima, caberá a esta ajuizar a ação, considerando-se o devedor em mora não apenas desde a fixação do valor da indenização por sentença (...), mas desde a data do ato ilícito (no caso de responsabilidade extracontratual) ou desde a citação (no caso de responsabilidade contratual)” (STJ, REsp 903.258/RS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 21/06/2011, publ. 17/11/2011).

<sup>494</sup> Para uma análise mais detida da evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça na matéria, v. TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil, cit., pp. 68 e ss.

<sup>495</sup> STJ, REsp 903.258/RS, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 21/06/2011, publ. 17/11/2011.

pontualmente reproduzido pela própria Quarta Turma,<sup>496</sup> ao passo que, no âmbito da Primeira Seção ambas as Turmas asseveravam a prevalência do critério da data do ilícito extracontratual também a propósito da compensação dos danos morais, tendo a Segunda Turma reputado “pacífica” a jurisprudência do Tribunal “no sentido da incidência dos juros de mora a partir do evento danoso, nos casos de responsabilidade extracontratual, nos quais se enquadra a indenização por danos morais”.<sup>497</sup>

Ainda no ano de 2011, a controvérsia veio a ser definida, em julgamento da Segunda Seção, no sentido da definição do termo inicial na data da prática do ilícito extracontratual, nos seguintes termos: “O fato de, no caso de dano moral puro, a quantificação do valor da indenização, objeto da condenação judicial, só se dar após o pronunciamento judicial, em nada altera a existência da mora do devedor, configurada desde o evento danoso”.<sup>498</sup> A consagração do referido entendimento, tanto pela Segunda Seção quanto pelas Turmas componentes da Primeira Seção, parece não haver encerrado por definitivo a controvérsia, o que se depreende pela afetação do REsp 1.479.864/SP à Corte Especial para julgamento na sistemática dos recursos repetitivos, com vistas à uniformização do entendimento sobre as seguintes questões de direito: “(i) distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual em danos causados por acidentes ferroviários; (ii) termo inicial dos juros de mora incidentes na indenização por danos morais nas hipóteses de responsabilidade contratual e extracontratual”.<sup>499</sup> Nada obstante a Corte Especial tenha concluído, em 04/10/2017, por tornar sem efeito a afetação do recurso especial, com a subsequente remessa dos autos à Terceira Turma, a relevância da questão parece subsistir ao menos no plano dogmático.

Compreende-se, em suma, a constante preocupação em se valorar a conduta do devedor: justamente porque os juros de mora desempenham função indenizatória, sem que, contudo, se vinculem a uma previsão específica ou à cláusula geral de responsabilidade civil objetiva (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil), torna-se imperioso perquirir o requisito da *culpa* para que se possa imputar ao devedor a obrigação de indenizar na faceta própria do dever de pagar juros de mora. Em outras palavras, precisamente em decorrência da sua função indenizatória, os juros de mora somente podem ser impostos ao devedor diante da demonstração dos requisitos da cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva (artigo 927, *caput*), quais sejam: nexos de causalidade, dano e culpa. O nexo causal não suscita maiores dúvidas, devendo seguir a prevalência geral pela teoria da causalidade direta e imediata e a respectiva subteoria da necessariedade da causa. O dano, como

<sup>496</sup> Nesse sentido, v. STJ, REsp 494.183/SP, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 01/09/2011, publ. 09/09/2011.

<sup>497</sup> STJ, AgRg no AREsp 12.223/PR, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, julg. 20/09/2011, publ. 26/09/2011. Ainda no âmbito da Primeira Seção do STJ, alcançou-se idêntica conclusão, a destacar a incidência dos juros de mora desde a data do ilícito extracontratual na hipótese de compensação por danos morais, no julgamento do AgRg no Ag 1.363.417/SP, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 25/10/2011, publ. 28/10/2011.

<sup>498</sup> STJ, REsp 1.132.866/SP, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, julg. 23/11/2011, publ. 03/09/2012.

<sup>499</sup> Trecho extraído da decisão de afetação proferida pelo Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino em 23/04/2015.

visto, consiste na supressão temporária da disponibilidade do capital que deveria ter sido pago pelo devedor ao credor. A culpa, por fim, elemento indispensável para a imputação da responsabilidade civil, depende da valoração da conformidade da conduta do devedor com o padrão de conduta exigido no caso concreto.

No presente ponto do raciocínio, pode-se observar que o reconhecimento da função indenizatória dos juros de mora – com as referidas repercussões sobre a definição do seu termo inicial – nada revela acerca do perfil funcional da obrigação originariamente violada. Desse modo, em linha de princípio, qualquer obrigação pode suscitar descumprimento culposos a justificar a imposição da obrigação de pagar juros de mora como mecanismo de compensação à privação da disponibilidade do capital. Imaginem-se, ilustrativamente, as seguintes situações hipotéticas: o mutuário, em contrato de mútuo gratuito, que não paga o montante do empréstimo na data do vencimento; o agressor que retarda culposamente o pagamento da compensação por danos morais e materiais à vítima; e, por fim, o proprietário que retarda culposamente o pagamento da restituição do valor correspondente às benfeitorias necessárias realizadas pelo possuidor de boa-fé. Em todas essas hipóteses, o retardamento culposos dos devedores justifica a incidência dos juros de mora.

Nota-se, em suma, que o descumprimento de uma obrigação restitutória – tal como o de qualquer outra obrigação – tem o condão de acarretar a incidência de juros moratórios, desde que, por certo, demonstrada a culpa do devedor. A exigência teórica da culpa para fins de configuração da mora e início de fluência dos respectivos juros assume particular relevância na disciplina da obrigação restitutória, uma vez que o legislador pátrio não estabeleceu regramento específico para as restituições. Como visto, a disciplina do inadimplemento das obrigações contém normas referentes à mora do devedor em relação a obrigações de perfil executório (veja-se, por exemplo, o artigo 397 do Código Civil) e a obrigações de perfil indenizatório (vejam-se, por exemplo, os artigos 398, 404 e 405), mas não se verifica norma especificamente destinada a reger a hipótese de inadimplemento de obrigação restitutória.

Nesse cenário, cumpre promover, na medida do possível, esforço de observância do requisito geral da culpa para a deflagração do dever de indenizar em razão da mora no cumprimento da obrigação restitutória. Não parece aconselhável, nessa empreitada, a assunção indiscriminada de um critério pautado na data do fato gerador do enriquecimento, sob inspiração da regra prevista, pelo artigo 398 do Código Civil, para as obrigações de responsabilidade civil extracontratual. Diversamente do que sucede com frequência no campo da responsabilidade civil, na seara restitutória pode não ser exigido do enriquecido, conforme padrão objetivo de conduta, a adoção de postura imediata com vistas à restituição.

Bastaria pensar, a título meramente ilustrativo, na hipótese de indébito subjetivo em que o pagamento indevido é efetuado sem identificação: não soaria lógico impor ao enriquecido a obrigação de pagar juros de mora sem que se lhe tivesse possibilitado tomar ciência sobre a identidade da pessoa à custa de quem obtivera o enriquecimento. No âmbito da restituição do valor equivalente ao das benfeitorias realizadas pelo possuidor (na hipótese de impossibilidade de levantamento sem prejuízo ao bem), resultaria igualmente injusta a imposição dos juros de mora em detrimento do proprietário desde a data da efetivação das despesas pelo possuidor, uma vez que antes da reintegração o proprietário poderia não ter ciência da existência e da extensão das benfeitorias e, em qualquer caso, não se lhe poderia exigir a restituição de um enriquecimento ainda não efetivamente ao seu alcance. No âmbito da gestão de negócios, por fim, a incidência imediata dos juros de mora desde a data da realização das despesas, além de afrontar parâmetros mínimos para a valoração negativa da conduta do dono (como a ciência da existência e da extensão da gestão), potencialmente inviabilizaria a possibilidade teórica de que a gestão consistisse em autêntica liberalidade por parte do gestor.

Muitas das dificuldades aventadas talvez pudessem receber solução satisfatória mediante a aplicação analógica do artigo 397, parágrafo único, e do artigo 405 do Código Civil. A exigência de interpelação funcionaria, assim, como critério de valoração da conduta do devedor, podendo-se reputar presumivelmente culposo o inadimplemento da obrigação restitutória após a regular interpelação extrajudicial ou judicial. Independentemente, contudo, dos critérios a serem cogitados em abstrato, parece recomendável que se proceda à valoração concreta da conduta do devedor, a fim de se perquirir sobre a ocorrência de culpa a justificar a deflagração do dever de indenizar na faceta dos juros moratórios.

Ao lado da definição do termo inicial dos juros de mora, outra sequela decorrente da assistemática na presente matéria diz respeito à determinação do prazo prescricional aplicável às diversas hipóteses de pretensões restitutórias. A dúvida, neste ponto, não diz respeito propriamente à identificação de qual seria o prazo prescricional da pretensão de restituição fundada no enriquecimento sem causa, uma vez que para tal hipótese o legislador previu expressamente o prazo prescricional trienal (artigo 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil). A dúvida mais relevante diz respeito, então, à possibilidade de a referida previsão normativa abarcar hipóteses as mais variadas de restituição que não decorram diretamente da cláusula geral do artigo 884. Em caso afirmativo, concluir-se-á pelo potencial expansivo do mencionado prazo prescricional trienal; em caso negativo,



tender-se-á a reconhecer a incidência do prazo prescricional geral de dez anos de que trata o artigo 205 sobre tais hipóteses.<sup>500</sup>

A multiplicidade dos exemplos, a demonstrar a relevância do presente questionamento, coincide com a própria vastidão do fenômeno restitutivo: qual é o prazo prescricional da pretensão restitutória daquele que houver efetuado pagamento indevido (artigo 876)? Qual é o prazo prescricional da pretensão do gestor de negócios alheios à restituição das despesas necessárias ou úteis na hipótese de a gestão ser reputada útil ao dono (artigo 869)? Qual é o prazo prescricional da pretensão do possuidor à restituição das benfeitorias por parte do proprietário (artigos 1.219 e 1.220)? Qual é o prazo prescricional da pretensão restitutória deflagrada em razão da pronúncia de invalidade do negócio jurídico ou mesmo da resolução contratual?

Tais exemplos, entre tantos outros que se poderia vislumbrar, demonstram a acentuada relevância da questão atinente à definição do prazo prescricional das pretensões restitutórias. Sem pretensão de esgotamento da matéria, parece possível afirmar que, uma vez mais, o reconhecimento da tripartição funcional das obrigações presta valioso auxílio.<sup>501</sup> O fato de variadas obrigações guardarem em comum um mesmo perfil funcional aconselha, como já enunciado, a incidência de uma disciplina jurídica unitária. Não se trata de proclamar uma homogeneidade absoluta, mas tão somente um tratamento comum naquilo que disser respeito à função característica das obrigações do mesmo grupo. Reconhece-se ao legislador, com efeito, a prerrogativa de estabelecer diferenciações entre obrigações de um mesmo perfil funcional, o que se verifica, por exemplo, na previsão de prazos prescricionais distintos para variadas pretensões de perfil funcional executório (vejam-se, por exemplo, no artigo 206, os incisos I e II do § 1º, os incisos I a III do § 3º, e os incisos I e II do § 5º). Tal percepção não deve implicar, todavia, que a ausência de tal opção expressa seja entendida, *ipso facto*, como uma decisão em prol do afastamento dos regimes.

<sup>500</sup> A ilustrar a proposta de aplicação do prazo prescricional geral, veja-se a conclusão de Judith Martins-Consta a propósito do pagamento indevido: “(...) as obrigações resultantes de pagamento indevido são enquadradas na regra geral dos prazos prescricionais prevista no *caput* do art. 205, ou seja, 10 anos (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. Direito restitutivo, cit., p. 278). Tal conclusão coincide, em realidade, com o entendimento jurisprudencial acerca da incidência do prazo prescricional geral de dez anos às pretensões de repetição de indébito de tarifa de água e esgoto, conforme interpretação atribuída ao Enunciado n. 412 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil”. A ilustrar a referida linha de entendimento, v. STJ, REsp 1.532.514/SP, 1ª S., Rel. Ministro Og Fernandes, julg. 10/05/2017, publ. 17/05/2017; STJ, AgInt no REsp 1.606.178/SP, 1ª T., Rel. Min. Sérgio Kukina, julg. 08/08/2017, publ. 21/08/2017 STJ, REsp 1.113.403/RJ, 1ª S., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 09/09/2009, publ. 15/09/2009; STJ, EREsp 690.609/RS, 1ª S., Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 26/03/2008, publ. 07/04/2008; STJ, REsp 928.267/RS, 1ª S., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 12/08/2009, publ. 21/08/2009.

<sup>501</sup> Assim conclui Judith Martins-Costa: “Diga-se logo ser nesse tema, de extrema importância, a atitude metodológica de bem distinguir, na dogmática jurídica, entre as fontes das obrigações. Se uma pretensão de direito material correlata a uma obrigação é decorrente de um contrato (negócio jurídico), o prazo prescricional será um. Se a pretensão decorre do sofrimento de um dano injusto, verificado fora de uma relação negocial, será outro; diversos ainda serão os prazos prescricionais de pretensão decorrente do pagamento indevido ou do enriquecimento sem causa (atos não negociais)” (MARTINS-COSTA, Judith. Direito restitutivo, cit., pp. 260-261).

No que mais importa à presente discussão, tem-se que a eventual omissão (deliberada ou casual) do legislador na previsão de prazos prescricionais distintos para pretensões de idêntico perfil funcional não deve acarretar a incidência do prazo prescricional geral para as pretensões não expressamente reguladas caso possam elas ser englobadas por uma previsão genérica que sintetize o perfil funcional em questão. O cotejo com a responsabilidade civil afigura-se útil, uma vez mais: afirma-se, em doutrina, que a previsão contida no artigo 206, § 3º, inciso V, acerca do prazo prescricional trienal da “pretensão de reparação civil”, tem aptidão para abranger hipóteses as mais variadas de responsabilidade civil tanto contratual quanto extracontratual.<sup>502</sup> Conclui-se, nessa linha de sentido, pelo afastamento do prazo geral decenal, em conclusão condizente com a contemporânea tendência de redução dos prazos prescricionais. Desse modo, ainda que certa hipótese de pretensão indenizatória não decorra diretamente das cláusulas gerais do artigo 927 do Código Civil e não seja objeto de previsão legal expressa acerca do prazo prescricional (bastaria pensar, ilustrativamente, na generalidade de previsões de responsabilidade por perdas e danos na legislação pátria), afasta-se o prazo geral em prol daquele específico da reparação civil.

Conclusão semelhante pode ser formulada na seara restitutória. Como visto, a noção de “reparação civil” (artigo 206, § 3º, inciso V) é interpretada em doutrina de modo a traduzir o inteiro perfil funcional indenizatório, o que justifica a incidência do prazo trienal específico em detrimento do prazo geral para a generalidade das pretensões de responsabilidade civil contratual ou extracontratual. Justifica-se, igualmente, a interpretação da noção de “ressarcimento de enriquecimento sem causa” (artigo 206, § 3º, inciso IV) de modo a traduzir o inteiro perfil funcional restitutório. Desse modo, parece adequado concluir pela incidência do prazo prescricional trienal para a generalidade das pretensões restitutórias, decorrentes ou não da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884, desde que não se lhes tenha atribuído prazo específico – tal como sucede, nos exemplos já mencionados, com algumas específicas pretensões de perfil executório.<sup>503</sup>

---

<sup>502</sup> TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. Editoral à *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27, jul.-set./2009, pp. iii-v.

<sup>503</sup> Idêntica conclusão foi alcançada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar controvérsia referente ao prazo prescricional da pretensão restitutória deflagrada pela pronúncia de invalidade de cláusulas contratuais: “Por conseguinte, pretensões dessa natureza (assim como todas aquelas decorrentes de atos unilaterais: promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) devem se sujeitar ao prazo prescricional trienal, conforme art. 206, § 3º, IV, do CC/2002” (STJ, REsp 1.361.182/RS, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 10.08.2016, publ. 19.09.2016). O Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze elogia o que denominou de “uniformidade de aplicação do lapso temporal prescricional trienal” (em referência ao enriquecimento sem causa e à responsabilidade civil): “Essa nova perspectiva do Código Civil/2002 – de equivalência do prazo prescricional da pretensão relativa ao ressarcimento por enriquecimento sem causa com aquele referente à reparação civil (seja ela contratual ou extracontratual, inclusive a decorrente de dano moral) – conduz à uniformidade de aplicação do lapso temporal prescricional trienal, impedindo que esse critério de fixação possa ficar ao talante exclusivo do autor (...)” (STJ, REsp 1.361.182/RS, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 10.08.2016, publ. 19.09.2016).

A enunciação das sequelas do tratamento assistemático da pretensão restitutória passa, ainda, pela questão atinente à quantificação da restituição. A análise das diversas hipóteses de restituição no Código Civil revela que o legislador, embora legitimamente preocupado em impor a obrigação de restituir (*an debeat*), usualmente não se ocupou de estabelecer critérios para a quantificação desse dever (*quantum debeat*). Diante da omissão legislativa, poder-se-ia ceder à tentação de aplicação dos critérios – mais fartamente desenvolvidos – da doutrina da responsabilidade civil. O equívoco de tal postura, todavia, consistiria na inobservância do perfil funcional próprios das obrigações de restituição do enriquecimento sem causa.

Precisamente em razão da distinção funcional a que se aludiu no item 1.3, *supra*, a aplicação de critérios da responsabilidade civil provavelmente não se coadunaria com a preocupação que deve nortear a disciplina restitutória. O próprio comando – basilar em matéria de liquidação da indenização – referente à reparação integral do dano poderia conduzir a um equivocado entendimento no sentido da quantificação da restituição com base no empobrecimento da pessoa à custa de quem se enriqueceu. O escopo da restituição, contudo, reclama o afastamento da noção de empobrecimento e a determinação do *quantum debeat* em atenção ao enriquecimento efetivamente auferido pelo enriquecido (v. itens 2.1 e 2.2, *supra*).

Exemplo emblemático da presente percepção se verifica no já mencionado artigo 1.222 do Código Civil. O dispositivo estabelece que, independentemente da boa-fé ou má-fé do possuidor, a restituição das benfeitorias poderá ser calculada com base no seu “valor atual”, o que traduz diretamente a noção de enriquecimento efetivamente auferido pelo proprietário. Em caráter excepcional – e, como já referido, aparentemente punitivista –, o dispositivo estabelece que a restituição devida ao possuidor de má-fé, segundo o arbítrio do proprietário, pode ser calculada com base não no seu “valor atual”, mas sim no seu “custo”. Tal menção ao “custo” parece traduzir uma limitação da restituição – tendencialmente vocacionada à restituição do inteiro enriquecimento auferido pelo enriquecido – ao montante do empobrecimento real do possuidor.

Quer-se com esse exemplo demonstrar que a regra geral em matéria de quantificação da restituição deve consistir no cálculo do enriquecimento efetivamente auferido pelo enriquecido. A presente conclusão pode ser extraída tanto do entendimento acerca do perfil funcional restitutório quanto da redação do *caput* e do parágrafo único do artigo 884 do Código Civil – cuja incidência parece não violar a regra da subsidiariedade caso o legislador não haja previsto norma em sentido contrário. Tal entendimento haverá de ser afastado, contudo, quando o legislador estabelecer expressamente critério diverso para a definição do *quantum debeat* da restituição, como sucede no referido exemplo da restituição das benfeitorias feitas pelo possuidor de má-fé.

Ainda no esforço preliminar de identificação de algumas sequelas do tratamento assistemático da pretensão restitutória, cumpre fazer referência à problemática da cumulação. Trata-se, em termos sintéticos, de perquirir a possibilidade de cumulação das pretensões indenizatória e restitutória, o que assume repercussões particularmente relevantes na seara do lucro da intervenção, a ser analisado no item 3.3, *infra*.

À luz do presente esforço de precisão conceitual e de indicação de aspectos relevantes para uma sistematização da pretensão restitutória, passa-se à análise de algumas repercussões particularmente relevantes do raciocínio ora proposto. Buscar-se-á, em cada uma delas, investigar as consequências da premissa metodológica de qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa. O reconhecimento do perfil funcional restitutório das pretensões deflagradas pela pronúncia de invalidade do negócio jurídico e pela ocorrência de lucro da intervenção assumirá, nesse contexto, o papel de exemplificar algumas aplicações úteis do esforço de fundamentação e sistematização das obrigações restitutórias no direito civil brasileiro.

### **3.2. Restituição decorrente da invalidade do negócio jurídico e o problema da denominada “(im)prescritibilidade” da nulidade**

A investigação referente à qualificação da obrigação restitutória por ocasião da pronúncia da invalidade pressupõe, no plano metodológico, a compreensão dos efeitos decorrentes do reconhecimento judicial da nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico. A pronúncia da invalidade desempenha, com efeito, papel em alguma medida instrumental, por traduzir a condição necessária à deflagração de determinadas consequências que não se verificariam caso o contrato fosse reputado plenamente apto à produção de efeitos jurídicos. A partir de tais considerações, aponta-se em doutrina que o reconhecimento judicial da invalidade faz surgir entre as partes uma *relação de liquidação*, em substituição à relação tecnicamente negocial até então vigente.<sup>504</sup> Desse modo, seja em razão da anulação do negócio jurídico, seja em razão da sua declaração de nulidade – conforme se esteja diante de vício de anulabilidade ou nulidade, respectivamente – instaura-se uma relação jurídica própria que, por imperativo lógico, afasta-se do ideal de promoção do regulamento

---

<sup>504</sup> “A declaração de nulidade e a anulação do negócio têm efeito retroativo, segundo o artigo 289/1. Desde o momento em que uma ou outra sejam decididas, estabelece-se, entre as partes, uma relação de liquidação: deve ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente, nos termos desse mesmo preceito” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Volume II. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 935-936). O desenvolvimento da noção de *relação de liquidação* – originariamente identificada no âmbito da resolução – é usualmente atribuído a LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I, cit., pp. 390 e ss.

de interesses traduzido pelo negócio inválido e aproxima-se do propósito de recondução das partes à situação em que haveriam de se encontrar caso não tivesse sido concluída a avença.<sup>505</sup>

O reconhecimento teórico da denominada *relação de liquidação* parece ter duas principais repercussões práticas. Em primeiro lugar, o reconhecimento da subsistência de uma relação entre as partes, ainda que sem o propósito de executar o regulamento privado de interesses traduzido pela causa negocial, facilita a compreensão da incidência dos deveres laterais de conduta mesmo após a pronúncia da invalidade.<sup>506</sup> Justifica-se, notadamente, a observância dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva ainda que (e com mais acentuada intensidade) o negócio jurídico seja reputado inválido. Vale ressaltar, por fim, que embora o respeito ao padrão comportamental imposto pela boa-fé objetiva não decorra, do ponto de vista técnico-normativo, do reconhecimento da relação de liquidação, esta formulação teórica simplifica a compreensão da incidência de deveres originariamente vinculados à execução contratual – tais como o dever de sigilo e outros deveres oriundos da boa-fé objetiva, por exemplo.

O reconhecimento da relação de liquidação repercute, ademais, na identificação de um liame entre as obrigações restitutórias deflagradas pela pronúncia da invalidade. Não se trata, por certo, de um vínculo de correspectividade idêntico àquele que caracteriza o sinalagma entre prestações (ou polos prestacionais) no âmbito dos contratos bilaterais. De fato, uma vez que a disciplina da invalidade pretende determinar a impossibilidade de execução regular da avença, soaria pouco lógica a configuração de sinalagma (na sua acepção tradicional) sem a possibilidade de referenciamento pela causa negocial.

Ainda, contudo, que não se vislumbre a configuração de sinalagma no sentido mais recorrente – correspectividade de prestações em prol da promoção da causa negocial –, cogita-se, em doutrina, da possibilidade de se configurar um peculiar sinalagma configurado entre as prestações de cunho restitutivo oriundas da invalidade.<sup>507</sup> Independentemente da terminologia adotada – a estender ou não a abrangência do termo *sinalagma* –, parece possível afirmar que a omissão do

<sup>505</sup> Semelhante conclusão é alcançada, a propósito da relação de liquidação deflagrada pela resolução contratual, por Karl Larenz: “(...) *entre las partes contratantes se origina una relación legal de liquidación, y las obligaciones de ella derivadas, de la misma forma que las dimanadas de un contrato bilateral, han de cumplirse simultáneamente*” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I, cit., p. 391). Em tradução livre: “(...) entre as partes contratantes se origina uma relação legal de liquidação, e as obrigações dela derivadas, da mesma forma que as oriundas de um contrato bilateral, devem ser cumpridas simultaneamente”.

<sup>506</sup> “A invalidade de um negócio pode não prejudicar a manutenção dos deveres de segurança, de informação e de lealdade que acompanham qualquer obrigação, por força da boa-fé. Esta, na linguagem de Canaris, manter-se-á, então, *mau grado a falta do dever de prestar principal*. Tais deveres irão acompanhar toda a relação de liquidação, podendo ainda manter-se *post factum finitum*” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Volume II, cit., p. 938).

<sup>507</sup> Pertinente o relato de Menezes Cordeiro: “O dever de restituir é recíproco. A doutrina estrangeira já tentou, por via doutrinária, construir aqui um sinalagma, de modo a permitir a aplicação de institutos que garantam as posições das partes. A lei portuguesa solucionou, de modo expresso, o problema, no artigo 290” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Volume II, cit., p. 937).

legislador pátrio acerca da ordem de cumprimento das obrigações restitutórias decorrentes da pronúncia da invalidade tende a conduzir à conclusão no sentido da sua simultaneidade.<sup>508</sup> Tal solução, a sinalizar para a oponibilidade da exceção de contrato não cumprido em caso de descumprimento de obrigação restitutória, parece se afigurar mais apta a promover a plena satisfação dos interesses suscitados pela invalidade negocial.<sup>509</sup>

O principal efeito verificado no âmbito da denominada *relação de liquidação*, como já se deixou transparecer pelas observações antecedentes, consiste na deflagração da obrigação de restituir.<sup>510</sup> Com efeito, a pronúncia da invalidade acarreta, via de regra, a obrigação de cada parte restituir tudo aquilo que houver recebido em razão do negócio ora reconhecido inválido.<sup>511</sup> Trata-se de conclusão tão consolidada na doutrina nacional que, mesmo diante da redação pouco clara dos artigos 177 e 182 do Código Civil, prevalece o reconhecimento de que a pronúncia de qualquer

---

<sup>508</sup> Vale registrar que, diversamente do brasileiro, o Código Civil português previu expressamente a simultaneidade no cumprimento das obrigações restitutórias, bem como a decorrente oponibilidade da exceção de contrato não cumprido: “Artigo 290 (Momento da restituição). As obrigações recíprocas de restituição que incumbem às partes por força da nulidade ou anulação do negócio devem ser cumpridas simultaneamente, sendo extensivas ao caso, na parte aplicável, as normas relativas à exceção de não cumprimento do contrato”.

<sup>509</sup> Seja consentido remeter à conclusão que se pôde alcançar em outra sede: “Ainda no que tange ao alargamento do espectro de abrangência da exceção de contrato não cumprido, vale fazer breve menção à problemática afeta às obrigações restitutórias que surjam em decorrência do desfazimento do contrato por pronúncia de invalidade ou por resolução. Sem maior desenvolvimento das linhas argumentativas – incabível nesta sede –, parece não haver óbice ao reconhecimento da possibilidade teórica de configuração do sinalagma também entre obrigações restitutórias decorrentes do desfazimento do vínculo contratual – por vezes denominadas *obrigações de segundo grau*. Caso confirmada tal possibilidade teórica, haver-se-á de reconhecer, na sequência do raciocínio, o cabimento dos remédios dos contratos bilaterais – em particular, a exceção de inadimplemento – também para a hipótese de descumprimento da prestação restitutória” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 76). No mesmo sentido, a sustentar a oponibilidade da *exceptio* nas obrigações restitutórias decorrentes da resolução ou da pronúncia de invalidade do contrato, v., na doutrina brasileira, SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011, p. 102; na doutrina portuguesa, CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 737, nota de rodapé n. 350; na doutrina italiana, REALMONTE, Francesco. *Eccezione di inadempimento [verbete]*. *Enciclopedia del diritto*. Volume XIV. Milano: Giuffrè, 1958, pp. 226-227; GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., p. 253; e BENEDETTI, Alberto Maria. *Le autodifese contrattuali* (artt. 1460-1462). In: SCHLESINGER, Piero (Fund.); BUSNELLI, Francesco D. (Coord.). *Il Codice civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 30-35; e, na doutrina francesa, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II, cit., p. 2.245; MALAURIE, Philippe; AYNÉS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*, cit., pp. 453-454; e TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*, cit., p. 688.

<sup>510</sup> “O efeito principal da anulação do negócio jurídico é o da restituição dos contratantes ao estado anterior ao da contratação. Seja caso de anulabilidade ou de nulidade, a anulação ou o decreto de nulidade do negócio opera sua completa invalidade, como se o negócio jamais tivesse existido, ficando cada contratante com o que é seu, com exceção do pagamento feito a incapaz, previsto no art. 181, já analisado. Também ocorre exceção a esse preceito do art. 182, quanto aos frutos percebidos, a que tem direito o possuidor de boa-fé, conforme estabelece o art. 1.214 do novo Código Civil” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. Volume II. São Paulo: Atlas, 2003, p. 337).

<sup>511</sup> Nesse sentido, v., por todos, VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 152. Para o relato de semelhante conclusão no âmbito da doutrina espanhola, v. GARRIDO, Manuel J. Garcia. *Caducidad de los efectos del contrato y pretensión de restitución*. La experiencia española. In: VACCA, Letizia (*a cura di*). Torino: G. Giappichelli, 2006, *passim*.

espécie de invalidade (nulidade ou anulabilidade) implica no surgimento das mencionadas obrigações restitutórias.<sup>512</sup>

A simplicidade de tal conclusão tende a mascarar, por vezes, a existência um aparente paradoxo na disciplina do Código Civil brasileiro em matéria de invalidades. Tal paradoxo meramente aparente decorre, em realidade, da interpretação literal dos artigos 177 e 182. Isso porque, de uma parte, a redação do artigo 177, ao estabelecer que “(A) anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença”, poderia levar a crer que somente a operatividade da anulabilidade dependeria de prévio reconhecimento judicial.<sup>513</sup> A operatividade da nulidade, diversamente, restaria verificada mesmo antes da decisão judicial, o que se depreenderia de uma interpretação *a contrario sensu* do dispositivo legal em comento. De outra parte, a redação do artigo 182, ao prever a restituição das partes ao estado anterior na hipótese em que o negócio jurídico é “anulado”, poderia gerar a percepção de que o mecanismo restitutivo somente se deflagraria diante da decretação da anulabilidade, vício esse que, diferentemente da nulidade (meramente *declarável*), justificaria a prolação de sentença constitutiva para a *anulação* do negócio.<sup>514</sup>

No que tange ao primeiro ponto de origem do aparente paradoxo, nota-se que, sob intensa influência da literalidade do artigo 177 do Código Civil de 2002, a civilística pátria mais tradicional consagrou o entendimento de que a nulidade operaria “de pleno direito”, ao passo que a anulabilidade teria a sua operatividade necessariamente condicionada ao reconhecimento judicial. Trata-se, em realidade, de entendimento já consolidado a partir da interpretação literal do artigo 152 do diploma de 1916, que igualmente previa que as anulabilidades “não têm efeito antes de julgadas por sentença”.<sup>515</sup> Consolidou-se, assim, a tradicional formulação segundo a qual a nulidade impediria a produção de efeitos válidos pelo ato desde a sua origem,<sup>516</sup> ao passo que a produção de

<sup>512</sup> “Tanto a sentença de nulidade quanto a que anula o negócio têm eficácia retrooperante, restaurando o estado anterior. Desfazem-se as obrigações e os direitos fundados no negócio anulado; as partes restituem-se, mútua e reciprocamente. Tudo se passa, afinal, como se o negócio invalidado jamais tivesse existido. Depois de anulado, o negócio anulável assemelha-se ao nulo, quanto aos efeitos” (VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*, cit., p. 334). Em idêntico sentido, v., ainda, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 1, cit., p. 332; e DINIZ, Maria Helena. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 180-181.

<sup>513</sup> Assim, por exemplo, DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 9. ed. Barueri: Manole, 2015, p. 114.

<sup>514</sup> Nesse sentido, ao analisar o Código Civil de 1916 – do qual não se afastou substancialmente nesse ponto o diploma de 2002 –, v. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p. 506.

<sup>515</sup> A ilustrar a referida linha de entendimento, v., por todos, BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 410.

<sup>516</sup> Para um relato do desenvolvimento conferido pelo Direito Romano à noção de “nulidade civil” (substancialmente correspondente às contemporâneas “nulidades de pleno direito”), em oposição à “nulidade pretoriana”, v. GARCEZ, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos*: de acordo com o Código Civil Brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 2-4.

semelhante consequência pela anulabilidade dependeria necessariamente de prévio reconhecimento judicial.<sup>517</sup>

Poder-se-ia imaginar que tal linha de entendimento repercutiria, no que mais diretamente importa ao presente estudo, na limitação do *efeito restitutivo* da pronúncia de invalidade às hipóteses de nulidade. Se é verdade (nos termos do entendimento tradicional) que a nulidade (em oposição direta à anulabilidade) opera automaticamente, seria de se esperar que apenas se deflagra-se a obrigação de restituir em relação às prestações cumpridas antes da sentença que viesse a declarar a nulidade. A anulação, diversamente, não poderia atingir prestações cumpridas anteriormente à decisão judicial que viesse a reconhecer a anulabilidade do negócio jurídico, sob pena de deturpação do referido entendimento segundo o qual apenas a nulidade operaria “de pleno direito”.

Ao contrário, porém, do que o raciocínio pautado na exegese tradicional do artigo 177 do Código Civil poderia sugerir, o artigo 182 do mesmo diploma, ao estabelecer o *efeito restitutivo* da invalidade, utiliza expressão (“anulado”) que faz referência mais imediata à hipótese de reconhecimento da anulabilidade, e não à hipótese de declaração da nulidade.<sup>518</sup> Trata-se, uma vez mais, de solução substancialmente idêntica àquela estabelecida pelo diploma de 1916, cujo artigo 158 igualmente aludia à hipótese em que o ato fosse “anulado”, em referência mais imediata à anulabilidade e não à nulidade. Configura-se, assim, o aparente paradoxo: a literalidade dos artigos 177 e 182 do Código Civil de 2002 (à semelhança do que se verificava a propósito dos artigos 152 e 158 do diploma de 1916) sugere resultados frontalmente opostos no que tange aos efeitos da nulidade e da anulabilidade.

O aparente paradoxo em comento costuma decorrer de uma interpretação excessivamente formalista e assistemática da disciplina legal em matéria de invalidades. O desenvolvimento contemporâneo da doutrina propugna, com efeito, a revisitação das duas conclusões

<sup>517</sup> Identifica-se, nesse sentido, uma íntima relação entre a noção de “nulidade de pleno direito” e o entendimento tradicional da eficácia declaratória da pronúncia da nulidade em oposição ao caráter constitutivo do reconhecimento da anulabilidade: “A despeito, porém, das críticas que a atingiram, a noção de que as nulidades seriam dotadas de uma operatividade independente de intervenção judicial sempre se prestou a justificar uma consequência prática muito mais importante: de fato, como a nulidade supostamente operaria sempre *pleno iure*, um provimento jurisdicional posterior que viesse a reconhecê-la teria necessariamente natureza declaratória, ao contrário da sentença que concluísse pela anulabilidade do negócio, cuja eficácia teria natureza constitutiva – ou, mais propriamente, desconstitutiva em relação aos efeitos concretamente produzidos pelo ato até aquele momento” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 243).

<sup>518</sup> “Com efeito, para alguns autores, uma das mais claras distinções entre nulidade e anulabilidade residiria na eficácia *ex tunc* da sentença que reconhece a primeira, por oposição à eficácia *ex nunc* do provimento de anulação do negócio jurídico. Ocorre que a disposição normativa atinente a esse aspecto da disciplina das invalidades mostra-se obscura desde o Código Civil de 1916, cujo art. 158 foi substancialmente reproduzido pelo art. 182 do Código Civil atual (...). Como se percebe, o dispositivo prevê a eficácia *ex tunc* da sentença, mas utiliza a expressão “anulado o negócio”, não esclarecendo se está fazendo referência também (ou até mesmo somente) à anulabilidade – quando seria de se esperar que se dirigisse apenas aos casos de nulidade negocial, tendo em vista a previsão de uma eficácia retroativa do provimento jurisdicional” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 245).



tradicionalmente associadas à redação dos dispositivos legais em comento. Em primeiro lugar, sustenta-se a absoluta incompatibilidade da noção de “nulidades de pleno direito” com o ordenamento jurídico brasileiro.<sup>519</sup> Tal conclusão decorre da constatação pragmática de que os efeitos porventura produzidos por um negócio jurídico nulo apenas por força de decisão judicial poderão ser desconstituídos.<sup>520</sup> Destaca-se, ainda, que entendimento diverso findaria por legitimar um cabimento imoderado da autotutela no direito privado, em sentido contrário à tendência moderna de heterorregulação dos conflitos.<sup>521</sup> Reconhece-se, em suma, que tanto a nulidade quanto a anulabilidade dependem de reconhecimento judicial, afigurando-se aconselhável o abandono da noção de “nulidades de pleno direito” no sistema brasileiro.<sup>522</sup>

Justifica-se, igualmente, a elucidação do significado a ser contemporaneamente atribuído ao artigo 182 do Código Civil. Nota-se, a propósito do efeito restitutivo da invalidade, que mesmo no âmbito da doutrina tradicional – neste ponto, em superação da interpretação meramente literal – se reconhece que tanto a nulidade quanto a anulabilidade têm o condão de deflagrar o surgimento de obrigações restitórias a cargo de ambas as partes.<sup>523</sup> Trata-se, com efeito, de entendimento mais

<sup>519</sup> “(...) o negócio jurídico contaminado por nulidade depende de declaração judicial para que seus efeitos sejam eliminados. Em outros termos, o negócio nulo, enquanto não tiver sua nulidade declarada, produz efeitos hígidos e não pode ser considerado nulo (*iuris et de iure*). Proclamou-se, por isso mesmo, de maneira contundente, por voz autorizada, não existir, em rigor, no direito brasileiro, nulidades de pleno direito” (TEPEDINO, Gustavo. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos. *Soluções práticas de direito*: pareceres. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 583).

<sup>520</sup> “(...) o Código Civil gradua expressamente os casos de invalidade, compreendendo tanto a nulidade quanto a anulabilidade. Isso posto, não pode existir nulidade de pleno direito, pois qualquer que seja o grau de imperfeição do ato, a nulidade só pode ser pronunciada por julgamento. No caso, sequer interessa a discussão acadêmica quanto à natureza da intervenção do juiz, declarando ou decretando a nulidade, porque nas duas hipóteses temos a manifestação da autoridade judiciária. Ora, tal circunstância contradiz definitivamente a ideia de nulidade de pleno direito (...)” (FERREIRA, José G. do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a. XIV, n. 3 (nova fase), out./1963, p. 33). Já San Tiago Dantas observava: “O ato jurídico, sendo nulo, não pode produzir efeito de espécie alguma! Todos os seus efeitos se dissolvem *ex tunc*, desde o momento em que tenha sido decretada a nulidade. Há, entretanto, efeitos jurídicos que parecem decorrer de um ato nulo e que se precisa examinar com cautela” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Rio, 1977, pp. 331-332). Em sentido semelhante, v. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. Volume I. São Paulo: Max Limonad, 1951, pp. 248-249.

<sup>521</sup> “(...) a doutrina clássica francesa já demonstrava a incompatibilidade da suposta operatividade *pleno iure* das nulidades com o princípio geral de vedação à autotutela – particularmente em contraposição ao direito germânico, que previu expressamente a possibilidade de anulação por simples declaração do interessado e sem intervenção judicial” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 243). No mesmo sentido, afirma-se: “Quanto ao modo de operar, pois, tanto o ato nulo como o anulável são dependentes de rescisão, não podendo prescindir do reconhecimento judicial. O ordenamento jurídico veda a autotutela, devendo o prejudicado se socorrer ao Poder Judiciário para que, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, possa o juiz pronunciar a invalidade” (MATTIETTO, Leonardo. A simulação no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, 2003, p. 123). Em idêntico sentido, v., ainda, VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*, cit., p. 152.

<sup>522</sup> A partir das premissas ora expostas, Eduardo Nunes de Souza conclui que a sentença pronunciativa da invalidade sempre terá alguma eficácia constitutiva, afastando, com isso, a possibilidade de uma sentença meramente declaratória em matéria de invalidade: “De fato, este parece ser o melhor entendimento também em matéria negocial: nulo ou anulável o negócio jurídico, a sentença que aprecie a invalidade será sempre, em alguma medida, constitutiva, não havendo que se falar na ‘simples declaração’ da nulidade, uma vez que se compreenda que esta não provoca automaticamente suas consequências e que, portanto, o negócio nulo sempre apresenta relevância jurídica” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 247-248).

<sup>523</sup> A propósito, v., por todos, FERREIRA, José Geinaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades, cit., p. 30.

consentâneo com a premissa teórica de que ambas as espécies de invalidade traduzem vícios originários e, portanto, aptos a infirmar a legitimidade dos efeitos produzidos pelo negócio viciado desde a sua gênese.<sup>524</sup>

Diante da consagração do referido entendimento, o artigo 182 parece assumir, no cenário contemporâneo, o papel de positivação expressa do efeito restitutivo da pronúncia da invalidade.<sup>525</sup> A imposição da obrigação restitutória no âmbito da disciplina da invalidade passa a ser compreendida, desse modo, como decorrência de uma previsão legal específica, a tornar despicienda – e, mais propriamente, incabível, por força da regra da subsidiariedade (artigo 886) – a incidência direta da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884. À luz de tais considerações, resultaria incompatível com o sistema jurídico brasileiro eventual linha de entendimento que propugnasse pela possibilidade de um contratante fundamentar nos requisitos da cláusula geral do

---

<sup>524</sup> “*Si le contrat n’avait pas encore été exécuté au moment où la annulation est prononcée, les parties ne sont plus tenues de l’exécuter. S’il l’avait déjà été, elles sont obligées à des restitutions réciproques (...). Ces obligations de restituer découlent logiquement de la rétroactivité de l’annulation*” (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II, cit., p. 2.100). Em tradução livre: “Se o contrato não tiver sido executado ao momento em que a anulação for pronunciada, as partes não são mais obrigadas a executá-lo. Se já o tivesse sido, elas são obrigadas a restituições recíprocas (...). Essas obrigações de restituir decorrem logicamente da retroatividade da anulação”. No mesmo sentido, v. MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligations*, cit., p. 357.

<sup>525</sup> A presente conclusão assume acentuada relevância à luz da premissa metodológica de que toda obrigação restitutória do enriquecimento sem causa deve encontrar fundamento ou bem na cláusula geral contida no artigo 884 do Código Civil ou bem em previsão legal específica. A partir de semelhante ordem de preocupação, critica-se, na doutrina italiana, o entendimento de que a restituição estaria *naturalmente* associada à pronúncia da invalidade: “*Non si spiega quindi l’affermazione per cui la restituzione non dovrebbe fondarsi sull’art. 2033 c.c. ma discenderebbe automaticamente dalla pronuncia di caducazione negoziale, in quanto ‘logicamente imposta dalla necessità di sopprimere ogni effetto provocato dal negozio nullo e di ristabilire tra le parti lo status quo ante’. Invero la dichiarazione di nullità – ovvero le pronunce costitutive di annullamento, risoluzione o rescissione – che pure con il loro carattere normalmente retroattivo impongono di ricondurre le parti nell’assetto anteriore all’esecuzione del contratto, non consentono di pervenire a quell’esito restitutorio che esse, in sé, non ricomprendono (né disciplinano) e che solo l’azione in ripetizione è in grado di assicurare*” (D’ADDA, Alessandro. *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., p. 535). Em tradução livre: “Não se explica, então, a afirmação pela qual a restituição não se deveria fundar sobre o art. 2033 c.c. mas derivaria automaticamente da pronúncia de caducação [caducazione] negocial, uma vez que ‘logicamente imposta pela necessidade de suprimir qualquer efeito provocado pelo negócio nulo e de restabelecer entre as partes o *status quo ante*’. Na realidade, a declaração de nulidade – ou mesmo as pronúncias constitutivas de anulação, resolução ou rescisão –, ainda que com o seu caráter normalmente retroativo imponha a recondução das partes ao estado anterior à execução do contrato, não consente prevenir-se àquele êxito restitutivo que, em si, não compreendem (nem disciplinam) e que apenas a ação de repetição tem aptidão de assegurar”.

dever de restituir (e não na disciplina própria das invalidades) o pleito de restituição de prestações pagas com base em negócio jurídico inválido.<sup>526</sup>

O artigo 182 prevê, em suma, a deflagração de específica obrigação restitutória que se amolda à hipótese de ausência superveniente de causa.<sup>527</sup> O reconhecimento da invalidade do negócio jurídico funciona, portanto, no sentido de extinguir a *justa causa* que, até então, tinha aptidão a justificar a percepção de vantagem patrimonial à custa do patrimônio alheio.<sup>528</sup> Uma vez

<sup>526</sup> Idêntica conclusão é alcançada, à luz do sistema português, por Menezes Cordeiro: “O dever de restituição predisposto no artigo 289/1 tem natureza legal. Ele prevalece sobre a obrigação de restituir o enriquecimento, meramente subsidiário e pode ser decretado, pelo tribunal, quando ele conheça, oficiosamente, a nulidade. No entanto, já haverá que recorrer às regras do enriquecimento se a mera obrigação de restituir não assegurar que todas as deslocções ou intervenções patrimoniais injustamente processadas, ao abrigo do negócio declarado nulo ou anulado, foram devolvidas” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Volume II, cit., pp. 936-937). No mesmo sentido, afirma Menezes Leitão: “O legislador, em integral harmonia com o sistema francês, entendeu que a impugnação do negócio dispensa a impugnação do próprio cumprimento, uma vez que tem como efeito directo a imposição de obrigações restitutórias. A invalidade do negócio jurídico constitui, por isso, uma hipótese de restituição de prestações, à semelhança do que ocorre no âmbito do enriquecimento por prestação. Nesta medida, a sua aplicação impede a aplicação do regime do enriquecimento sem causa, na medida em que constitui ‘outro meio de o empobrecido ser restituído’, nos termos do art. 474 do Código Civil [de Portugal]” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 460). O autor arremata: “Celebrando o autor um negócio jurídico inválido, não pode, em face do art. 474, exigir a restituição da prestação com fundamento no enriquecimento sem causa, devendo intentar a acção com base na invalidade negocial” (Ibid., p. 464). O autor cogita, contudo, da possibilidade de manejo directo da acção de enriquecimento sem causa nas hipóteses de *inexistência* do negócio jurídico: “A restituição só poderá ser pedida com fundamento no enriquecimento sem causa (arts. 473 e ss.), em caso de inexistência do próprio negócio, por este nunca se chegado a constituir ou já se ter extinto, uma vez que a invalidade do negócio atribui às partes um fundamento distinto para exigir a restituição das prestações” (Ibid., pp. 460-461). Tal ressalva não parece necessária no direito civil brasileiro, à luz da premissa metodológica contemporânea de realocação da chamada inexistência do negócio jurídico no plano da validade, como sustenta, com ampla bibliografia, SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 175-194.

<sup>527</sup> “Nesse sentido, a ausência de justa causa representa a falta de fundamento no enriquecimento proporcionado ao enriquecido, por decorrência de um negócio inexistente, ilegal, nulo, anulável etc., sem limitação *a priori*” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 268). Em idêntico sentido, v. MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado, cit., p. 399. Na mesma linha de sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de identificar o “desaparecimento da causa lícita do pagamento” em razão da declaração de nulidade de cláusula contratual: “Acrescento, por oportuno, que, havendo, como no caso, pretensão de reconhecimento do carácter abusivo de cláusula contratual, sua invalidação tem como consequência o desaparecimento da causa lícita do pagamento que foi efetuado a tal título, caracterizando, assim, o enriquecimento indevido daquele que o recebeu. Estar-se-á, nessas hipóteses, diante de enriquecimento sem causa derivado de pagamento indevido, tendo em vista que, por invalidação, no todo ou em parte, do negócio jurídico que o embasava, o pagamento perdeu a causa que o autorizava.” (STJ, REsp 1.361.182/RS, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, jul. 10.08.2016, publ. 19.09.2016). Em sentido semelhante, v., ainda, AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, cit., pp. 43 e ss.

<sup>528</sup> “Restitutio in integrum nel diritto delle obbligazioni e dei contratti è espressione di un particolare rimedio consistente nel rendere inoperanti e/o inefficaci prestazioni eseguite in mancanza di una causa acquirendi o in forza di contratti venuti meno (perché annullati, rescissi o risolti)” (MAJO, Adolfo di. Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti. *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. XII, n. 3, jul.-set./1994, p. 291). Em tradução livre: “Restitutio in integrum no direito das obrigações e dos contratos é expressão de um particular remédio consistente em tornar inoperantes ou ineficazes prestações cumpridas na ausência de uma *causa acquirendi* ou por força de contratos extintos (porque anulados, rescindidos ou resolvidos)”. No mesmo sentido, v., ainda na doutrina italiana, MOSCATI, Enrico. *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*. Padova: CEDAM, 2012, p. 196. Em sentido semelhante, afirma-se: “A restituição, por outro lado, não pode gerar enriquecimento indevido. Se, por exemplo, uma das partes, por força do negócio invalidado prestou serviço lícito à outra, a anulação não isentará aquela que se beneficiou da prestação irrestituível do dever de remunerá-la. (...) A restituição provocada pela anulação deve harmonizar-se, dessa forma, com os princípios que protegem a boa-fé e reprimem o enriquecimento sem causa” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume III. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 610).

prolatada decisão reconhecendo a inaptidão do negócio à produção de efeitos legítimos, deixa de subsistir título jurídico idôneo a justificar a manutenção das prestações recebidas por cada parte.<sup>529</sup> Nesse contexto, a obrigação restitutória deflagrada por ocasião da pronúncia da invalidade ostenta nítida função restitutória, destinada à remoção do enriquecimento – ora injustificado, em razão da pronúncia da invalidade do negócio que lhe servia de fundamento.<sup>530</sup> Trata-se de conclusão semelhante àquela que se pode formular por ocasião da resolução contratual,<sup>531</sup> como cogitado no item 2.3, *supra*.

Reconhece-se, em suma, a vinculação funcional das obrigações restitutórias deflagradas pela pronúncia da invalidade ao regime geral da vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>532</sup> Não se deve deixar induzir a erro por força da referência da parte final do artigo 182 à expressão “indenizadas”; trata-se, com efeito, de mera imprecisão conceitual, sem o condão de mascarar o perfil funcional

<sup>529</sup> Em sentido semelhante, Adolfo di Majo relata a tendência à identificação, na doutrina francesa e italiana, de um fundamento unitário – fundado na disciplina do pagamento indevido, neste ponto a divergir da presente proposta – nas hipóteses de ausência originária e superveniente de causa: “*Il fondamento è unitario giacché tale regime ha riguardo sia al caso delle restituzioni derivanti da pagamento e/o attribuzione patrimoniale sin dall’inizio privi di causa come al caso delle restituzioni derivanti da contratto successivamente venuto meno (perché annullato, rescisso o risolto o dichiarato inefficace)*” (MAJO, Adolfo di. *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, cit., p. 305). Em tradução livre: “O fundamento é unitário porque tal regime se refere seja ao caso das restituições derivadas de pagamento e/ou atribuição patrimonial desde o início privadas de causa como no caso das restituições derivadas de contrato sucessivamente extinto (porque anulado, rescindido ou resolvido ou declarado ineficaz)”. Para uma crítica à referida proposta de fundamentação unitária da restituição em torno da disciplina do pagamento indevido, v. D’ADDA, Alessandro. *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, cit., *passim*.

<sup>530</sup> “Embora se proclame sua subsidiariedade, não apenas no direito estrangeiro como também no ordenamento pátrio e no próprio art. 886 do Código atual, a aparente relevância residual do princípio [da vedação ao enriquecimento sem causa] em diversas matérias de direito privado ignora o fato de que o legislador, muitas vezes, incorporou-o nas disciplinas específicas de diversos institutos – ainda que acompanhado de requisitos adicionais, decorrentes de outros valores relevantes para determinadas *fattispecie*. Assim também ocorre em matéria de obrigações de restituir decorrentes de invalidade negocial, diretamente informadas pelo princípio” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 343-344). Em sentido semelhante, v., na doutrina portuguesa, CAMPOS, Diogo Leite de. *Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade*. *Revista dos Tribunais*, a. 71, vol. 560, jun./1982, p. 259. Conclusão semelhante é alcançada, a propósito do direito administrativo português, por LEITÃO, Alexandra. *Da aplicação do instituto do enriquecimento sem causa à invalidade dos contratos da Administração Pública*. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 31, jan.-fev./2002, *passim*.

<sup>531</sup> Veja-se, ilustrativamente, a conclusão de Karl Larenz ao analisar a restituição por ocasião da resolução contratual: “*Los preceptos sobre enriquecimiento representan finalmente la única posibilidad de una liquidación o extinción en el supuesto de que un contrato obligacional ya cumplido total o parcialmente por una o por ambas partes se revele después como nulo, o haya de considerarse para el futuro como inicialmente nulo a consecuencia de una impugnación fundada*” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I, cit., p. 401). Em tradução livre: “Os preceitos sobre enriquecimento representam finalmente a única possibilidade de uma liquidação ou extinção no suposto de que um contrato obrigacional já cumprido total ou parcialmente por uma ou por ambas as partes se revele depois como nulo, ou tenha que se considerar para o futuro como inicialmente nulo em consequência de uma impugnação fundada”.

<sup>532</sup> Eduardo Nunes de Souza relata que a presente associação tende a ser mais direta nos sistemas que não preveem expressamente a restituição ou a retroatividade: “Nos ordenamentos, como o italiano, em que não há comando legal expresso determinando a restituição, a associação desta ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa se revela mais imediata e não desperta grande dissenso doutrinário. Por outro lado, em outros sistemas, como o português, parte da doutrina oscila na qualificação – muito embora isso decorra de aspectos particulares da disciplina legal das invalidades negociais e da restituição do enriquecimento sem causa e não da lógica geral que guia o dever de restituição” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 345).

restitutório da obrigação de restituição do equivalente.<sup>533</sup> Advirta-se, contudo, que a presente conclusão não permite afirmar que o efeito restitutório da invalidade decorre diretamente do artigo 885 do Código Civil. A ressalva faz-se relevante porque, diversamente do que parece suceder na seara do denominado *efeito restitutório* da resolução (sobre o qual se verifica omissão legislativa na disciplina das relações paritárias, como mencionado no item 2.3, *supra*), na seara da invalidade negocial o artigo 182 parece conter previsão específica de restituição, a obstar a aplicação direta do artigo 885, que, como visto, traduz especificação da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884. Em matéria de invalidade, portanto, sem que se cogite de aplicação direta da cláusula geral do dever de restituir, faz-se relevante a qualificação da pretensão restitutória à luz da fonte obrigacional da vedação ao enriquecimento sem causa.

A presente proposta de qualificação acarreta duas principais ordens de consequência. De uma parte, o reconhecimento do perfil restitutório de obrigações deflagradas pela pronúncia da invalidade pode auxiliar na compreensão da histórica controvérsia referente à imprescritibilidade da nulidade. De outra parte, a mesma premissa metodológica de qualificação da obrigação restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa pode orientar o intérprete à consideração dos valores potencialmente relevantes para a realização do juízo de merecimento de tutela que antecede a conclusão sobre a injustiça – e subsequente restituibilidade – do enriquecimento obtido à custa de patrimônio alheio. Passa-se a uma análise individualizada de cada uma dessas repercussões.

Um dos critérios mais usualmente utilizados para a distinção entre nulidade e anulabilidade diz respeito à possibilidade ou não de convalescimento pelo decurso do tempo. A dúvida instaurou-se já sob a égide do Código Civil de 1916, que se limitava a prever o prazo *prescricional* geral de quatro anos para a anulação dos contratos por vícios de anulabilidade (artigo 178, § 9º, inciso V) sem fazer menção expressa à situação dos vícios de nulidade. Consolidou-se, então, em doutrina o entendimento de que a razão subjacente à previsão de prazos decadenciais para a invocação da anulabilidade consistia na tutela de interesses de ordem meramente privada por tal espécie de vício.<sup>534</sup> A nulidade, diversamente, por promover a tutela de interesses de ordem pública,<sup>535</sup> não poderia vir a convalescer pelo decurso do tempo.<sup>536</sup>

---

<sup>533</sup> “(...) o art. 182 do Código Civil, ao prever a retroatividade da invalidação do negócio jurídico, determina que, não sendo possível restituir as partes ao estado anterior, serão as mesmas ‘indenizadas com o equivalente’. O dispositivo mostra-se atécnico ao fazer alusão à ideia de indenização – quando, em verdade, está prevendo uma obrigação legal de restituição de prestações já realizadas que decorre do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 344-345).

<sup>534</sup> Nesse sentido, v., por todos, GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, cit., p. 999.

Tal atributo – de impossibilidade de convalidação pelo decurso do tempo – veio a ser traduzido pela célebre noção da *imprescritibilidade das nulidades*.<sup>537</sup> Trata-se, como já destacado em doutrina, de expressão eivada de evidente imprecisão conceitual. Como se sabe, a configuração da hipótese de nulidade atribui ao contratante um direito potestativo ao reconhecimento judicial do vício, prerrogativa essa que independe de qualquer conduta por parte do centro de interesses contraposto, o qual se encontra em situação de mera sujeição. Diferencia-se, assim, o direito potestativo do direito subjetivo, este sim uma situação jurídica subjetiva ativa que depende da satisfação de uma prestação pelo devedor.<sup>538</sup> Sem qualquer pretensão de aprofundamento da análise das situações jurídicas subjetivas, a breve enunciação dos referidos atributos parece suficiente para explicar o entendimento tradicional segundo o qual somente os direitos subjetivos, por serem passíveis de violação, envolveriam pretensões<sup>539</sup> sujeitas à prescrição. Já os direitos potestativos, por não serem passíveis de violação – uma vez que independem de qualquer conduta do centro de interesses contraposto –, estariam sujeitos à decadência, a qual, em oposição direta à prescrição (que

<sup>535</sup> A propósito da suposta diversidade de interesses tutelados pelas espécies de invalidade, pertinente a lição de Pietro Perlingieri: “*La differente disciplina che caratterizza l’atto nullo e quello annullabile dipende dal rango degli interessi tutelati: di regola, l’ordinamento risponde con lo strumento radicale della nullità allorquando salvaguardi valori ‘superiori’ (essendo state violate norme poste a tutela di interessi generali), mentre interviene con l’annullabilità qualora si tratti di violazione di regole poste a tutela d’interessi individuali. (...) La contrapposizione tra lesione di interessi generali (sanzionata con la nullità) e lesione di interessi individuali (che porta all’annullabilità) è utile, ma semplicistica. La nullità, oltre ad essere posta per la tutela di interessi generali, può garantire anche la tutela di interessi individuali (...)*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 563). Em tradução livre: “A diferente disciplina que caracteriza o ato nulo e aquele anulável depende do grau dos interesses tutelados: em regra, o ordenamento responde com o instrumento radical da nulidade quando protege valores ‘superiores’ (tendo sido violadas normas postas à tutela de interesses gerais), enquanto intervém com a anulabilidade quando se trata de violação de regras postas à tutela de interesses individuais. (...) A contraposição entre lesão de interesses gerais (sancionada com a nulidade) e lesão de interesses individuais (que leva à anulabilidade) é útil, mas simplista. A nulidade, além de ser posta à tutela de interesses gerais, pode garantir também a proteção de interesses individuais (...)”.

<sup>536</sup> “Finalmente, uma característica fundamental nas nulidades: é a sua imprescritibilidade. As nulidades não precevem jamais e isto se explica, pois que se trata de um ato que não se formou ou que, depois de se formar, se dissolveu completamente e que, portanto, não pode ter ação o tempo sobre ele, para lhe dar uma eficácia que ele não tenha. Por conseguinte, a qualquer tempo pode-se pedir a decretação da nulidade de um ato, sem indagar o tempo que decorreu da data desse ato” (DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*. Volume I, cit., p. 334).

<sup>537</sup> “A imprescritibilidade é outra característica do negócio jurídico nulo de pleno direito. Não há ação judicial que possa provocar a convalidação desse negócio pelo passar do tempo, pelo decurso temporal. A imperfeição desse negócio não pode ser curada, inclusive pelo transcurso do tempo (*accessio temporis*)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo, *Código Civil comentado*. Volume II, cit., pp. 305-306). No mesmo sentido, v., por todos, MICHELON JR., Cláudio. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. *Revista do Ministério Público*, n. 40 (nova fase), jan.-jun./1998, pp. 68-69.

<sup>538</sup> No que tange à distinção entre direito potestativo e direito subjetivo, v., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 685.

<sup>539</sup> A propósito da noção de *pretensão*, afirma-se: “Tomando em conta o desenvolvimento da matéria entre os autores nacionais, pode-se interpretar o termo *pretensão* como o *poder de exigir uma prestação de outrem*, num sentido similar à definição encontrada no Código Civil Alemão. A pretensão seria algo a mais do que o direito subjetivo, que é categoria eficaz de cunho *estático*. Quem tem em mãos um direito subjetivo é titular de uma situação jurídica ativa que é *estática* por estar destituída, ainda quem princípio, de um *poder* de exigibilidade, de uma *possibilidade* de atuação sobre a esfera jurídica alheia para se exigir um cumprimento. Justamente para diferenciar o momento *estático* do momento *tensionado*, parece adequado adotar, para a segunda situação, quando já há *pré-tensão*, o termo *pretensão*” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 51, 2010, p. 106. Grifos no original).

fulmina a pretensão e não o direito), atinge o próprio direito (e não simplesmente a respectiva pretensão).

Se tais premissas teóricas são verdadeiras, como a própria doutrina tradicional reconhece, resulta atécnica a referência a um atributo de *imprescritibilidade* das nulidades.<sup>540</sup> A configuração da hipótese de nulidade origina, como visto, um direito potestativo ao reconhecimento judicial do vício, direito esse que, do ponto de vista técnico, pode sujeitar-se à decadência, mas não à prescrição.<sup>541</sup> Tal percepção, ao mesmo tempo em que auxilia no esforço constante de precisão conceitual, deixa em aberto a dúvida mais relevante na presente matéria: as nulidades podem ser reconhecidas a qualquer tempo, ou diversamente, deve o respectivo direito potestativo se sujeitar a algum prazo decadencial?

O Código Civil de 2002 pretendeu fornecer resposta expressa a tal questionamento, dispondo, em seu artigo 169, que “(O) negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. O legislador buscou, assim, positivizar o entendimento já sedimentado em doutrina no sentido da impossibilidade de convalescimento (bem como de confirmação) da nulidade pelo decurso do tempo.<sup>542</sup> Nada obstante a edição do referido dispositivo legal, subsiste acentuada controvérsia doutrinária acerca do alcance do artigo 169 no que tange ao referido atributo de *imprescritibilidade* (*rectius*: não convalescimento pelo decurso do tempo ou não suscetibilidade à decadência) da nulidade. Identifica-se a existência de, ao menos, três principais linhas de entendimento:<sup>543</sup> uma primeira corrente, baseada na literalidade do artigo 169, sustenta que a nulidade e seus corolários podem ser reconhecidos a qualquer tempo;<sup>544</sup> uma segunda corrente, em sentido frontalmente contrário à redação do dispositivo em comento, sustenta que a nulidade

<sup>540</sup> A partir de semelhante percepção, Agnelo Amorim sustenta a substituição da expressão “ações imprescritíveis” por “ações perpétuas”: “A expressão em foco [*ações imprescritíveis*] tem, por conseguinte, uma compreensão mais ampla do que o sentido em que é utilizada, pois abrange uma categoria de ações (aquelas sujeitas a decadência) que não se tem em mente abranger quando se faz uso dela. Talvez a anomalia decorra da confusão que muitos fazem entre os institutos da prescrição e da decadência, ou da dificuldade que há em distingui-los. Mas, como a precisão dos conceitos é fundamental nos domínios do Direito, há necessidade de ser substituída a expressão ‘ações imprescritíveis’ por uma outra que corresponda com exatidão à ideia que se pretende exprimir, e concilie a realidade com a lógica. Para esse fim não vemos outra melhor do que a expressão ‘ações perpétuas’” (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, a. 49, vol. 300, out./1960, p. 33).

<sup>541</sup> Nesse sentido, afirma-se que “o vocábulo ‘imprescritibilidade’ não tem sido utilizado no seu sentido restrito e técnico. Se o direito de ingressar em juízo para requerer a declaração da nulidade estivesse sujeito a prazo, este prazo seria de decadência e não de prescrição, como, aliás, são de decadência os prazos (extintivos) nos casos de anulabilidade dos negócios jurídicos (art. 178)” (VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*, cit., p. 169).

<sup>542</sup> Gustavo Tepedino comenta a opção do Código Civil de 2002: “A regra, suprimindo omissão legislativa, consagrou o entendimento que paulatinamente se consolidara em doutrina, segundo o qual a nulidade não é sanável, nem convalida com o tempo, afigurando-se, por isso mesmo, imprescritível” (TEPEDINO, Gustavo. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos, cit., p. 580).

<sup>543</sup> A presente enunciação remonta à lição de SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 207-208.

<sup>544</sup> Nesse sentido, v., entre outros, RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 289; LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 470.

convalesce após o decurso do prazo prescricional geral de dez anos contido no artigo 205;<sup>545</sup> uma terceira corrente, por fim, embora reconheça o não convalescimento do direito potestativo ao reconhecimento da nulidade, sustenta a incidência do prazo prescricional geral sobre a pretensão de desconstituição dos efeitos do ato.<sup>546</sup>

A primeira das referidas correntes parece sucumbir face ao entendimento destacado pela doutrina contemporânea, particularmente aquela mais alinhada à metodologia civil-constitucional, no sentido de que a significação hodierna da segurança jurídica não se compadece com a eternização da possibilidade de alegação da nulidade e de desconstituição dos efeitos produzidos pelo negócio nulo.<sup>547</sup> Com efeito, afrontaria o ideal de estabilização das relações sociais – afeto ao princípio da segurança jurídica e subjacente à fundamentação do próprio instituto da prescrição – o reconhecimento teórico de uma possibilidade temporalmente ilimitada de exercício de um direito de cunho estritamente patrimonial.<sup>548</sup> A ressalva final faz-se relevante porque, em razão da diferenciação entre o tratamento das relações existenciais e o das patrimoniais (afigurando-se as últimas instrumentais em relação às primeiras), justifica-se, em exceção ao entendimento

<sup>545</sup> Nesse sentido, v., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I, cit., pp. 531-532.

<sup>546</sup> Gustavo Tepedino sustenta: “Assim sendo, os efeitos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico nulo não de se sujeitar à prescrição. Com efeito, o art. 169 do CC/2002 deve ser interpretado no sentido de que os efeitos patrimoniais produzidos pelo contrato nulo, e que lesionam, portanto, direitos subjetivos, prescrevem no prazo geral de dez anos, nos termos do art. 20512 do CC/2002, vez que o desfazimento da transferência patrimonial em razão de ato nulo (eficácia contratual que atinge situação jurídica subjetiva de quem confiou na higidez da causa contratual) não pode ser perseguido *ad eternum*, sob pena de sujeitar a contraparte à interminável insegurança e incerteza. Não havendo previsão de prazo prescricional específico para o efeito contratual que pretende debelar, aplica-se o prazo geral de dez anos” (TEPEDINO, Gustavo. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos, cit., p. 582). O autor arremata: “(...) a ação declaratória de nulidade, em si considerada, destinada a eliminar incertezas, pode ser proposta a qualquer tempo, embora após o decurso do prazo decenal não se possa mais desfazer os efeitos patrimoniais resultantes do negócio nulo.” (Ibid., pp. 582-583). No mesmo sentido, v., ainda, Veloso, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*, cit., p. 178.

<sup>547</sup> “Como se reconhece amplamente, a evolução social e tecnológica tem tornado a dinâmica negocial cada vez mais ágil, o que significa, em última análise, que a noção de segurança jurídica exige também uma estabilização mais célere dos efeitos produzidos pelos atos jurídicos. Foi nesse sentido que se observou, com o advento do Código Civil de 2002, uma substancial redução nos prazos prescricionais, a começar pelo prazo geral, que, sendo vintenário na última redação vigente do Código anterior, tornou-se decenal. A ideia de uma invalidade qualquer que não convalesça com o decurso do tempo e, portanto, possa ser alegada mesmo décadas após a celebração do ato, em prejuízo de seus efeitos, resulta cada vez mais anacrônica e parece suscitar cada vez maior insegurança” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 208). Para uma análise da redução dos prazos prescricionais pelo Código Civil de 2002, v. TEPEDINO, Gustavo. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada, cit., *passim*.

<sup>548</sup> “Cabe, agora, indagar quais os direitos sujeitos à prescrição, ou, inversamente, que direitos escapam a ela. E à pergunta é jurídico responder que a prescritibilidade é a regra, a imprescritibilidade, a exceção. A prescritibilidade alcança todos os direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado. Escapam-lhe aos efeitos aqueles direitos que se prendem imediatamente à personalidade ou ao estado das pessoas” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I, cit., pp. 574-575). No mesmo sentido, v. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro, cit., p. 118.



previamente enunciado, a impossibilidade de convalidação da lesão dos direitos diretamente relacionados ao desenvolvimento da pessoa humana.<sup>549</sup>

A segunda das referidas correntes, por sua vez, ao sustentar o convalidamento da nulidade após o decurso do prazo prescricional geral de dez anos, parece insustentável *de lege lata*.<sup>550</sup> O artigo 169 do Código Civil, como visto, preceitua expressamente que a nulidade não convalida pelo decurso do tempo, de modo a resultar incompatível com o sistema positivo vigente o aludido entendimento em sentido frontalmente contrário. Ressalvada, portanto, a possibilidade de extirpação da mencionada norma do ordenamento jurídico brasileiro – por exemplo, mediante revogação ou declaração de inconstitucionalidade –, a segunda corrente mencionada, embora traduza propósito louvável, deve ser preterida em favor de soluções hermenêuticas compatíveis com o direito positivo atualmente vigente.

As precedentes observações parecem indicar, enfim, a maior compatibilidade da mencionada terceira corrente com o sistema jurídico brasileiro. Desse modo, sem prejuízo à possibilidade teórica de alegação da nulidade a qualquer tempo, deve-se reconhecer que as pretensões referentes a direitos subjetivos patrimoniais sujeitam-se à incidência da prescrição.<sup>551</sup> Conjugue-se, assim, a opção do legislador consagrada no artigo 169 do Código Civil com a conclusão teórica sobre a regra geral de prescritibilidade das pretensões de cunho patrimonial. Ainda em deferência à norma contida no artigo 169, ressalva-se, em aprofundamento do raciocínio desenvolvido pela terceira corrente, que o direito potestativo ao reconhecimento da nulidade, embora temporalmente ilimitado em sua conformação estrutural, pode vir a ser reprimido na hipótese de exercício disfuncional que atente,

---

<sup>549</sup> “A segurança da ordem jurídica, fundamento da prescrição, aponta para a impossibilidade de o sujeito valer-se da sanção contra quem vulnere o seu direito indefinidamente, não perpetuando, assim, a incerteza na vida social. (...) A par da grande controvérsia que gira em torno da prescritibilidade, ou não, de certas pretensões ligadas a direitos existenciais, a regra geral, no direito brasileiro, é a prescritibilidade dos direitos, sendo a imprescritibilidade a exceção. São prescritíveis, *grosso modo*, todos os direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado, enquanto os direitos atrelados à personalidade em sua aceção objetiva – como, por exemplo, o direito à vida, à honra, à dignidade –, bem como ao estado das pessoas, não se sujeitam a prazos prescricionais, embora, a rigor, os efeitos patrimoniais desses direitos possam estar sujeitos à prescrição” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chaleiro. Prescrição extintiva: questões controversas. In: TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 477). A elucidar a prescritibilidade dos efeitos patrimoniais decorrentes dos direitos imprescritíveis, afirma-se: “Também com relação à indenização por danos morais, porém, parece mais adequado o entendimento de que a pretensão compensatória, apresentando natureza patrimonial, deve prescrever” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 210).

<sup>550</sup> “De fato, diante dos termos estritos adotados pelo Código Civil, a corrente em favor do convalidamento pleno da nulidade com o decurso do tempo parece sustentável apenas *de lege ferenda*” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 212).

<sup>551</sup> Assim conclui Gustavo Tepedino: “(...) a ação declaratória de nulidade, em si considerada, destinada a eliminar incertezas, pode ser proposta a qualquer tempo, embora após o decurso do prazo decenal não se possa mais desfazer os efeitos patrimoniais resultantes do negócio nulo” (TEPEDINO, Gustavo. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos, cit., pp. 582-583).

por exemplo, contra a confiança legítima previamente suscitada pelo contratante.<sup>552</sup> A seara das nulidades serviria, assim, de especial *locus* de aplicação da *suppressio*,<sup>553</sup> uma vez que a ausência de prazo decadencial previsto em lei permitiria afastar da presente matéria a controvérsia doutrinária sobre a aplicabilidade ou não da figura parcelar em comento nas hipóteses submetidas a prazos de prescrição ou decadência.<sup>554</sup>

Ainda em aprofundamento do raciocínio formulado pela referida terceira corrente, sustenta-se que a prescrição da última pretensão material porventura existente resultaria, em termos pragmáticos e teóricos, na impossibilidade de alegação da nulidade.<sup>555</sup> Configurar-se-ia, assim, na eventualidade de uma demanda judicial destinada à mera declaração da nulidade, a ausência de interesse de agir por parte de quem pretendesse obter o reconhecimento do vício sem possibilidade

<sup>552</sup> Assim conclui Eduardo Nunes de Souza: “(...) a tutela da confiança parece ser uma primeira solução possível para compatibilizar o art. 169 do Código Civil com os problemas oriundos do não convalhecimento da nulidade pelo decurso do tempo: ainda que se repute imprescritível a pretensão ao reconhecimento da nulidade, o princípio da boa-fé objetiva pode restringir eventual impugnação disfuncional do ato inválido. Trata-se de aplicação da figura parcelar da boa-fé objetiva que se costuma denominar *suppressio*, a partir da qual o reiterado não exercício de determinada situação jurídica ao longo do tempo, se for capaz de suscitar a legítima expectativa de que tal situação não mais será exercida, torna disfuncional esse exercício a partir de certo marco temporal (apenas identificável no caso concreto), autorizando sua restrição” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 210-211).

<sup>553</sup> Pertinente a conceituação oferecida por Menezes Cordeiro: “Diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 797). O autor prossegue: “O regime preciso da *suppressio*, tal como é hoje entendida, na sequência da evolução acima traçada, não tem codificação fácil. Tendencialmente, pode afirmar-se que todos os direitos subjetivos lhe estão sujeitos – salvo exceções – que é necessário um determinado período do tempo sem exercício do direito e que se requer, ainda, indícios de objetivos de que esse direito não mais seria exercido” (Ibid., p. 810).

<sup>554</sup> A propósito da referida controvérsia, relata-se: “O âmbito da *suppressio* levantou dúvidas, num momento inicial. A sua aplicação em áreas específicas do Direito do comércio, onde a lei omitira a consignação de prazos específicos, requeridos pelas conjunções de interesses aí verificadas ou no domínio da revalorização, ela própria uma concretização jurisprudencial da boa fé, estava, de algum modo, facilitada. Não assim noutros setores jurídicos onde a *suppressio* teria de concorrer com formas clássicas de repercussão do tempo nas situações jurídicas, como a caducidade e a prescrição” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 802). Anderson Schreiber sustenta a possibilidade de incidência da *suppressio* em hipóteses disciplinadas por prazo prescricional ou decadencial: “Parece, todavia, razoável admitir que, neste confronto com os prazos legais (prescricionais ou decadenciais), o valor da segurança que os inspira ceda em favor da tutela da confiança naquelas hipóteses em que ao simples decurso do tempo se somem comportamentos do titular do direito (...) ou circunstâncias de fato, imputáveis a ele ou não, que justifiquem uma tutela da boa-fé objetiva independentemente e acima dos prazos fixados em lei, em uma espécie de prescrição de fato” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 192). No mesmo sentido, v. NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016, pp. 90-91. Em sentido contrário, a rejeitar a incidência da *suppressio* nas hipóteses em que o legislador tenha previsto prazo prescricional ou decadencial, v. SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 197.

<sup>555</sup> Relata-se, nesse sentido, a linha de entendimento desenvolvida no âmbito da doutrina francesa: “Concluiu-se, então, que o problema do não convalhecimento da nulidade poderia ser resolvido decompondo-se a questão na verificação da prescrição de cada possível pretensão relativa aos efeitos negociais; particularmente, sustentou-se que a questão estaria solucionada a partir da prescrição dos pedidos de desfazimento dos atos materiais de execução do negócio. Uma vez transcorrido o último prazo prescricional relativo a todos os possíveis pedidos de desconstituição dos efeitos concretamente produzidos (normalmente, pretensões restitutórias, que, no direito brasileiro atual, extinguem-se no prazo trienal referente aos pedidos fundados na vedação ao enriquecimento sem causa – embora se cogite, em abstrato, de pretensões de outra natureza, que poderiam exigir o decurso do prazo prescricional geral de dez anos), já não haveria qualquer interesse, por nenhum dos legitimados, em pretender o reconhecimento da nulidade” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 214).

de manejo subsequente de qualquer pretensão de efeitos concretos.<sup>556</sup> Resultaria possível, assim, o reconhecimento da ausência de interesse na declaração de nulidade sem a necessidade de demonstração da disfuncionalidade – com base na *suppressio* – do concreto exercício do direito ao reconhecimento do vício.

Sem embargo da sua relevância para a formulação de uma teoria geral das invalidades do negócio jurídico, os desenvolvimentos conferidos à mencionada terceira corrente não assumem feição central para o presente estudo. Ao propósito de que ora se ocupa basta, em realidade, o reconhecimento da necessária prescritibilidade das pretensões deflagradas pela pronúncia da nulidade. Tal percepção repercute diretamente na compreensão de que as pretensões restitutórias não de se sujeitar à incidência da prescrição, restando pendente apenas a definição do respectivo prazo. A esse questionamento fornece resposta, nos termos indicados no item 3.1, *supra*, a premissa metodológica de tripartição funcional das obrigações: a qualificação da pretensão restitutória (deflagrada pelo reconhecimento judicial da nulidade) à luz do perfil funcional de restituição do enriquecimento sem causa justifica, na ausência de prazo específico, a incidência do prazo prescricional *geral* (não já de todas as pretensões, do que se ocupa o artigo 205, mas limitadamente) da pretensão restitutória contido no artigo 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil.<sup>557</sup>

Precisamente nesse sentido concluiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o REsp 1.361.182/RS. O caso versava, na origem, sobre a cumulação, por parte do contratante-consumidor, do pedido de declaração de nulidade da cláusula de reajuste por mudança de faixa etária inserida em contrato de plano de saúde com o pedido de restituição dos valores pagos a maior por força da referida (e supostamente abusiva) cláusula contratual. A nulidade da cláusula de reajuste foi definitivamente assentada pelas instâncias inferiores. A questão submetida à apreciação

---

<sup>556</sup> Assim conclui Eduardo Nunes de Souza: “A prescrição, assim, das possíveis pretensões que tomem por base efeitos (aparentes ou concretamente executados) do contrato nulo faz desaparecer, em linha de princípio, o interesse processual ao reconhecimento judicial da nulidade” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 216). Acerca do conceito de interesse de agir, reputado requisito para que se possa postular em juízo (artigo 17 do vigente Código de Processo Civil), afirma-se, na doutrina do direito processual civil: “O interesse de agir é requisito processual que deve ser examinado em duas dimensões: necessidade e utilidade da tutela jurisdicional. (...) Há utilidade sempre que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; sempre que o processo puder resultar em algum proveito ao demandante. (...) O exame da ‘necessidade da jurisdição’ fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito. Esse pensamento só é correto, entretanto, para as situações em que se pretende executar, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação. Perceba-se, ainda, que a pretensão penal somente pode ser exercitada pelo processo. Se não houver meios para a satisfação voluntária, há necessidade da jurisdição” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 18. ed. Salvador: jus Podivm, 2016, pp. 360-361). Na mesma linha de sentido, a destacar a relevância da noção de utilidade, afirma-se: “O interesse de agir é em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido” (LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 156).

<sup>557</sup> A destacar a incidência do prazo prescricional trienal, bem como a identificar o respectivo termo inicial na data de cada desembolso, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 354-355.

do Superior Tribunal de Justiça cingiu-se, então, à definição do prazo prescricional aplicável à pretensão de restituição dos valores pagos a maior.

O Relator originário do feito, Ministro Marco Buzzi, afastou, de início, a incidência do prazo prescricional quinquenal previsto pelo artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, em razão de a discussão *sub judice* não dizer respeito a qualquer dano causado por acidente de consumo. Restou igualmente afastado o prazo prescricional anual previsto pelo artigo 206, § 1º, inciso II, do Código Civil, ao argumento de que o alcance da regra em comento se restringiria às pretensões voltadas ao pagamento da indenização securitária contratada. Observou-se, em suma, que nenhum dos aludidos prazos prescricionais teria o condão de abarcar a pretensão restitutória deflagrada pela invalidade negocial. Diante do afastamento de ambos os aludidos prazos prescricionais, e por entender que não haveria previsão de prazo específico para a pretensão restitutória aventada pelo consumidor, o Ministro Relator originário do feito concluiu pela incidência do prazo prescricional geral de dez anos contido no artigo 205 do Código Civil.

Instaurou-se, então, divergência na Corte a partir do voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, nada obstante a concordância no que tange ao afastamento dos aludidos prazos prescricionais de um ano do artigo 206, § 1º, inciso II, do Código Civil e de cinco anos do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. O Ministro sustentou, a partir de linha de entendimento idêntica àquela ora propugnada, que, independentemente da controvérsia sobre a “imprescritibilidade” da nulidade, haveria de se reconhecer a incidência do prazo prescricional próprio do enriquecimento sem causa sobre a pretensão restitutória deflagrada pela invalidade negocial. Prevaleceu, ao fim, por maioria, a divergência instaurada pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, valendo destacar o seguinte trecho da ementa do julgado:

(...) Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal

ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002).<sup>558</sup>

Semelhante conclusão encontra-se expressamente consagrada no *Codice civile* italiano, cujo artigo 1.422 preceitua: “A ação para fazer declarar a nulidade não é sujeita a prescrição, ressalvados os efeitos da usucapião e da prescrição das ações de repetição”.<sup>559</sup> À luz do referido dispositivo legal, afigura-se mais imediato na doutrina italiana o entendimento – doutrinariamente desenvolvido no Brasil – de que a “imprescritibilidade” (*rectius*: insuscetibilidade à decadência) do direito à pronúncia da nulidade não tem o condão de tornar igualmente imprescritíveis as pretensões “de repetição” (“*di ripetizione*”), cuja função é nitidamente restitutória.<sup>560</sup> Registre-se, por oportuno, sem embargo das variadas circunstâncias que poderiam levar a conclusões diversas em cada sistema jurídico, que a conclusão da doutrina italiana acerca da sujeição das pretensões restitutórias ao prazo prescricional geral previsto no artigo 2.946 do *Codice civile* parece não contrastar com a conclusão ora proposta para o sistema brasileiro, em razão da ausência de positivação, pelo diploma italiano, de

<sup>558</sup> STJ, REsp 1.361.182/RS, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 10.08.2016, publ. 19.09.2016.

<sup>559</sup> Tradução livre do original: “Art. 1422 (*Imprescrittibilità dell'azione di nullità*). *L'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione*”. Vale registrar que a ressalva da legislação italiana aos “efeitos da usucapião” (“*effetti dell'usucapione*”) é igualmente promovida – conquanto sem previsão legal tão específica – no direito brasileiro. Assim sucede, com efeito, ao se identificar que o *justo título* exigido para a configuração da usucapião ordinária pelo Código Civil de 2002 (artigos 1.242 e 1.260), à semelhança do antecessor de 1916 (artigos 551 e 618), usualmente consiste em negócio jurídico translativo inquinado de invalidade, como no clássico exemplo da venda *a non domino*. Nesse sentido, v., por todos, GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 18. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 169-171; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume IV, cit., p. 127; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*, cit., pp. 327-328.

<sup>560</sup> Afirma-se, em comentário ao mencionado artigo 1.422 do *Codice civile*: “*Il carattere imprescritibile dell'azione di nullità (1422) – altro indice della natura degli interessi protetti – si pone come una delle differenze più significative rispetto all'azione di annullamento, sempre prescrivibile (1442). L'imprescrittibilità dell'azione di nullità non travolge gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 564). Em tradução livre: “O caráter imprescritível da ação de nulidade (art. 1.422) – outro índice da natureza dos interesses protegidos – se põe como uma das diferenças mais significativas em relação à ação de anulação, sempre prescritível (art. 1.442). A imprescritibilidade da ação de nulidade não afeta os efeitos da usucapião e da prescrição das ações de repetição”. No mesmo sentido, v. por todos, TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 160; NOVA, Giorgio De (*a cura di*). *Le restituzioni contrattuali*. Padova: CEDAM, 2012, pp. 135 e ss.; e GUERRINI, Luca. *Le restituzioni contrattuali*. Torino: G. Giappichelli, 2012, pp. 1-2.

prazo prescricional específico para a pretensão de repetição do pagamento indevido ou mesmo de restituição do enriquecimento sem causa.<sup>561</sup>

A eventual procedência do raciocínio ora aventado a propósito das nulidades suscitará o questionamento sobre a possibilidade de sua aplicação também na seara das anulabilidades. Se é correto afirmar que a pretensão restitutória não se confunde com o direito ao reconhecimento da nulidade, seria igualmente correto reconhecer a autonomia conceitual da pretensão restitutória face ao direito à pronúncia da anulabilidade? Subjaz a tal questionamento, a demonstrar-lhe a acentuada relevância, a cogitação teórica de concorrência entre o prazo prescricional da pretensão restitutória e o prazo decadencial do direito à anulação do negócio jurídico.

Como já se teve oportunidade de demonstrar, a decretação da anulabilidade produz, à semelhança da pronúncia da nulidade, a deflagração da obrigação de cada parte restituir, em regra, tudo quanto haja recebido por força do negócio posteriormente reconhecido inválido. Trata-se de efeito restitutivo decorrente da previsão específica contida na parte final do artigo 182 do Código Civil. A identidade de perfil funcional entre as obrigações restitutórias oriundas da anulação do negócio jurídico e aquelas decorrentes da declaração da nulidade parece justificar, então, a prolação de idêntica conclusão no que tange à definição do prazo prescricional, no sentido da incidência do prazo trienal previsto pelo artigo 206, § 3º, inciso IV.<sup>562</sup>

Tal conclusão assume, contudo, contornos mais delicados na seara das anulabilidades, cuja disciplina legal, diversamente do que sucede a propósito das nulidades, estabelece expressamente prazos decadenciais para o direito à anulação do negócio. Com efeito, o Código Civil estabelece, além do prazo decadencial geral de dois anos do artigo 179 (à semelhança do prazo prescricional geral decenal contido no artigo 205), diversos prazos decadenciais, tais como o prazo de quatro anos

<sup>561</sup> A ilustrar a aludida conclusão da doutrina italiana, veja-se a lição de Pietro Perlingieri: “*L’azione di ripetizione si prescrive nell’ordinario termine decennale che decorre, nell’ipotesi di inesistenza o di nullità del vincolo, dall’esecuzione della prestazione e, nelle altre ipotesi, dall’avveramento della condizione risolutiva o dalla sentenza che dichiara o accerti la caducazione del vincolo (per annullamento, rescissione, risoluzione)*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 300). Em tradução livre: “A ação de repetição prescreve no prazo ordinário decenal que corre, na hipótese de inexistência ou de nulidade do vínculo, da execução da prestação e, nas outras hipóteses, do implemento da condição resolutive ou da sentença que declare ou certifique a caducação do vínculo (por anulação, rescisão, resolução)”. No mesmo sentido, v., por todos, GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1.000; e GIANNOTTE, Claudia. *Arricchimento senza causa*. In: CENDON, Paolo (a cura di). *Trattario di diritto civile: titoli di credito, gestione di affari, ripetizione di indebito, arricchimento*. Milano: Giuffrè, 2014, pp. 632 e ss.

<sup>562</sup> Precisamente nesse sentido concluiu o Ministro Marco Aurélio Bellizze, em voto vencedor proferido no julgamento do já referido REsp 1.361.182/RS: “Com efeito, em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se desnecessária a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico – com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão – ou de nulidade relativa – com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato. Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição” (STJ, REsp 1.361.182/RS, 2ª S., Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 10.08.2016, publ. 19.09.2016, p. 36).

para as hipóteses de defeitos do negócio jurídico ou de incapacidade relativa (artigo 178), o prazo de cento e oitenta dias para o representado pedir a anulação do “negócio concluído pelo representante em conflito de interesses” (artigo 119), o prazo de dois anos após o término da sociedade conjugal para a anulação da “doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice” (artigo 550) e o prazo de até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal para o ex-cônjuge do alienante pleitear a anulação do negócio praticado com “falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária” (artigo 1.649).<sup>563</sup>

A pluralidade de exemplos serve a ratificar a relevância do questionamento indicado. Não parece possível, portanto, ignorar a possibilidade de concorrência de prazos (prescricional e decadencial), notadamente quando o reconhecimento judicial da anulabilidade tiver sido antecedido pela execução (ainda que parcial) do negócio jurídico. Justifica-se, em realidade, o reconhecimento do decurso de dois distintos prazos, cada qual referente a uma distinta pretensão ou direito. De uma parte, verifica-se o decurso do prazo prescricional trienal referente à pretensão de restituição das prestações auferidas com base no negócio anulável. De outra, constata-se o decurso do prazo decadencial (seja o prazo geral de dois anos, seja um prazo específico previsto em lei) referente ao direito potestativo de obter o reconhecimento judicial da anulabilidade.

Tais prazos não necessariamente apresentarão termos iniciais coincidentes. O termo inicial do prazo prescricional se verifica no momento em que a pretensão restitutória nasce, é (ou pode ser conhecida) pelo seu titular e pode ser exercida,<sup>564</sup> o que tende a ocorrer na data da realização de cada desembolso.<sup>565</sup> Já o termo inicial do prazo decadencial se verifica ou bem na data da conclusão do ato (critério definido para o prazo geral de dois anos pelo artigo 179), ou bem na data

<sup>563</sup> A enunciação dos referidos exemplos de prazos decadenciais específicos remonta à lição de SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 221-222.

<sup>564</sup> A menção conjunta ao *nascimento*, à *ciência* e à *possibilidade de exercício* da pretensão resulta da premissa metodológica de que a definição do termo inicial do prazo prescricional não se perfaz com a mera identificação do nascimento da pretensão no momento da violação ao direito (como parece sugerir a redação do artigo 189 do Código Civil). Assume-se, com efeito, a relevância da investigação sobre a ciência (real ou potencial) da lesão e a concreta possibilidade de exercício pelo titular da pretensão, na esteira do desenvolvimento conferido pela civilística brasileira à teoria da *actio nata* (originariamente desenvolvida por SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de droit romain*. Tome 5<sup>ème</sup>. Paris: Firmin Didot Frères, 1858, p. 288) e ao brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio* – “contra quem não pode agir não corre a prescrição” (concebido ainda na Idade Média, como relata TESCARO, Mauro. *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità: la rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*. Padova: CEDAM, 2006, pp. 28-29). Para uma síntese de tais premissas, seja consentido remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência*. *Pensar*, vol. 22, n. 2, mai.-ago./2017, pp. 480-482.

<sup>565</sup> Alcançam tal conclusão a propósito das nulidades – em formulação extensiva às anulabilidades –, ilustrativamente, PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 300; TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 160; e GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1.000. Sem prejuízo da tendência geral à configuração do termo inicial na data de cada desembolso, a assunção da premissa metodológica referente à *actio nata* e ao *contra non valentem* permite cogitar da possibilidade de o início do prazo prescricional da pretensão restitutória coincidir com o início do prazo decadencial, por exemplo, nas hipóteses reguladas pelos incisos I e III do artigo 178 do Código Civil. Com efeito, em tais hipóteses os critérios estabelecidos pelo legislador para a deflagração do prazo decadencial parecem traduzir a preocupação com a possibilidade de exercício do direito pelo seu titular.

especificamente prevista pelo legislador, tal como o dia em que cessar a coação (artigo 178, inciso I), o dia em que se houver realizado o negócio nas hipóteses dos demais defeitos (artigos 178, inciso II) e o dia em que cessar a incapacidade (artigo 178, inciso III).

Trata-se, em suma, de prazos prescricionais distintos e com diversos critérios de operatividade, afigurando-se plenamente possível o seu decurso simultâneo. Na seara das nulidades, essa conclusão ajuda a retirar o possível incômodo doutrinário diante da opção expressa do legislador pelo não convalidamento da nulidade, uma vez que a prescrição da pretensão restitutória tenderá a esvaziar de utilidade a mera declaração da nulidade.<sup>566</sup> Na seara das anulabilidades, por sua vez, algumas particulares possibilidades merecem ser destacadas. Caso o prazo decadencial para a anulação seja maior que o prazo prescricional da pretensão restitutória, esta última será fulminada antes da primeira. A consumação da prescrição da pretensão restitutória não afetará, contudo, a subsistência de outros interesses concretos porventura relacionados à anulação do negócio jurídico, tais como o impedimento a cobranças por parte do co-contratante e o desfazimento de eventual inscrição de cadastros restritivos de crédito feita em razão do inadimplemento de débito oriundo do negócio anulável.

De outra parte, caso o prazo decadencial para anulação seja menor que o prazo prescricional da pretensão restitutória, concluir-se-á que o legislador pretendeu, na prática, limitar o referido prazo prescricional. Isso porque o reconhecimento do vício de invalidade (*in casu*, anulabilidade) consiste em questão logicamente preliminar ao pleito de restituição, não se afigurando legítimo o recurso direto à cláusula geral do dever de restituir, como visto, em respeito à regra da subsidiariedade. Desse modo, a consumação prévia do prazo decadencial para a anulação implicará, em termos práticos, na impossibilidade prematura de exercício da pretensão, ainda que não formalmente fulminada pelo respectivo prazo prescricional.

Analisadas algumas repercussões da qualificação funcional da pretensão restitutória na matéria da disciplina dos efeitos do tempo sobre as invalidades negociais, passa-se à segunda grande ordem de consequências supra-aventadas: a orientação do intérprete à consideração dos valores potencialmente relevantes para a realização do juízo de merecimento de tutela que antecede a conclusão sobre a injustiça – e subsequente restituibilidade – do enriquecimento obtido à custa de

---

<sup>566</sup> Assim conclui Eduardo Nunes de Souza: “Sendo a restituição ao estado anterior a principal pretensão que move, na maior parte dos casos, as partes a pretenderem a invalidação dos negócios jurídicos, o prazo prescricional de três anos previsto pelo Código Civil (art. 206, §3º, IV) para o exercício de pretensões baseadas na vedação ao enriquecimento sem causa apresenta o potencial de se tornar, na prática, o marco temporal para a determinação da perda de interesse das partes no pedido do reconhecimento da nulidade, nos moldes comentados previamente. Quando cabível essa aplicação do princípio, o prazo prescricional da pretensão restitutória será contado a partir da data de cada prestação que se visa a desconstituir. O princípio de vedação ao enriquecimento sem causa pode desempenhar, desse modo, também um papel relevante na modulação temporal dos efeitos das invalidades” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 354-355).



patrimônio alheio.<sup>567</sup> Viabilizam-se, por meio da noção de injustiça do enriquecimento, as propostas já enunciadas pela civilística para a limitação do efeito retroativo da pronúncia da invalidade – limitação que traduz, fundamentalmente, a contenção das obrigações restitutórias que ordinariamente adviriam na hipótese de o negócio inválido já ter sido ao menos parcialmente executado. Os influxos da proposta de qualificação funcional da pretensão restitutória nesses casos podem ser reunidos em dois principais grupos de hipóteses – de uma parte, aquelas referentes às obrigações de trato sucessivo ou que envolvam a tutela de terceiros de boa-fé,<sup>568</sup> e, de outra parte, aquelas que revelarem a impossibilidade de restituição *in natura*.

No que tange às obrigações de trato sucessivo ou que envolvam a tutela de terceiros de boa-fé,<sup>569</sup> observa-se que o valor constitucional da segurança jurídica – por vezes manifestado pelas vestes do princípio da proteção da confiança legítima – pode concorrer diretamente para a conformação do juízo de (in)justiça do enriquecimento.<sup>570</sup> Compreende-se, assim, que o vasto entendimento doutrinário no sentido da inadmissibilidade da restituição das prestações em tais

---

<sup>567</sup> Coincidem, assim, os esforços subjacentes à presente proposta de compreensão do fenômeno restitutório em perspectiva funcional e àquela que permite sistematizar a modulação judicial dos efeitos da invalidade, em método assim sintetizado: “Deve, portanto, o julgador investigar, no caso concreto, a incidência de interesses juridicamente relevantes cuja presença tornaria a solução proposta pela lei para a regulação da eficácia do ato, presumidamente consentânea com o sistema, ilegítima naquele caso. Se assim for, não há necessidade de forçar uma artificial requalificação da *fattispecie*, o que se faz, muitas vezes, em contrariedade à própria natureza das causas de invalidade legalmente previstas. A mera verificação de que o regime previsto em lei, se fosse aplicado a certo caso concreto, provocaria resultados contrários à ordem jurídica não constitui uma quebra de sistemática, justamente porque o ordenamento deve ser interpretado e aplicado como um todo, observando-se sua unidade lógica e axiológica conjugada ao próprio dado fático” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 278).

<sup>568</sup> A questão remonta, na origem, à controvérsia sobre a oponibilidade (*erga omnes* ou *inter partes*) da pronúncia da invalidade. Tal controvérsia costuma ser retratada, na linguagem específica do direito restitutório, pela problemática do *enriquecimento indireto*. Pertinente, a propósito, a síntese de Menezes Leitão no âmbito da experiência portuguesa: “Já se referiu que a tradicional doutrina da deslocação patrimonial considerava como requisito da pretensão de enriquecimento a sua imediação, no sentido de a deslocação patrimonial não se poder processar através do património de terceiro em virtude de um negócio jurídico independente com ele celebrado. No entanto, o nosso legislador previu expressamente a aplicação do regime do enriquecimento sem causa a diversas situações em que a constituição de uma obrigação de restituir o enriquecimento entre duas partes se verifica mediante a interposição de um terceiro património, ou através de um negócio jurídico independente celebrado entre o enriquecido e um terceiro, ou mediante a extinção de uma dívida que o enriquecido tinha perante terceiro” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 549-550). Sobre a problemática do enriquecimento indireto, v., ainda, na doutrina brasileira, MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado, cit., p. 398.

<sup>569</sup> Menezes Cordeiro assim introduz a problemática referente à tutela de terceiros de boa-fé no âmbito do sistema português: “A declaração de nulidade ou a anulação de um negócio jurídico envolvem a nulidade dos negócios subsequentes, que dependam do primeiro. Trata-se de uma consequência inevitável da retroatividade dessas figuras: se A vende a B que vende a C, a nulidade da primeira venda implica a da segunda, por ilegitimidade – artigo 892 (...). Em certos casos coloca-se, todavia, um problema de tutela da confiança de terceiros: *quid iuris* se alguém, acreditando na validade de negócios antecedentes, celebra um contrato na base do qual efetue um investimento de confiança considerável? O direito conhece uma especial tutela de terceiros, quando estejam em causa direitos reais” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Volume II, cit., p. 938).

<sup>570</sup> A partir de idêntica preocupação, afirma-se: “Por outro lado, fora das situações materiais de fato consumado, há casos em que nenhum obstáculo de ordem material ou econômica se oporia à restituição da situação anterior ao ato, mas em que tal solução colidiria com a solução imposta por outras razões, v.g. pela necessidade de acautelar a segurança das transações, de tutelar a boa fé das pessoas ou de salvaguardar as legítimas expectativas das partes ou de terceiros” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., pp. 473-474).

hipóteses (negando-se, na prática, a principal consequência que decorreria da pronúncia de invalidade do negócio jurídico) parece traduzir a realização de um autêntico juízo valorativo de *justiça* (e, portanto, não restituibilidade) do enriquecimento auferido pelo contratante<sup>571</sup> ou pelo terceiro que haja confiado legitimamente na validade do negócio jurídico.<sup>572</sup>

Semelhante conclusão – sobre a não incidência do dever de restituir – também costuma ser alcançada, embora por fundamentação diversa, nas hipóteses de impossibilidade de restituição *in natura*, ocasião em que o sistema jurídico determinaria, como já visto, a restituição do equivalente.<sup>573</sup> A diversidade de fundamentação reside na circunstância de que nas hipóteses ora aventadas não se afasta o dever de restituir em razão do prévio juízo valorativo sobre a justiça do enriquecimento, mas sim em razão da impossibilidade fática de restituição *in natura*.<sup>574</sup> Afigurar-se-ia possível, em tese, a imposição do dever de restituir, tendo em vista que este poderia ser cumprido na forma de restituição do equivalente. Em termos pragmáticos, porém, a consequência de uma conclusão nesse sentido tenderia a ser a mera compensação das obrigações restitutórias, uma vez

---

<sup>571</sup> Na específica hipótese da tutela da confiança legítima de um dos contratantes no âmbito de obrigações de trato sucessivo, a conclusão sobre a *justiça* do enriquecimento traduzirá, à semelhança do que sucede na seara da resolução contratual, a existência de *justa causa* das atribuições patrimoniais desempenhadas antes da pronúncia da invalidade, o que talvez justificasse a enunciação da eficácia meramente prospectiva (e não retrospectiva) da anulação ou declaração de nulidade em tais hipóteses.

<sup>572</sup> Para um relato da tendência doutrinária e jurisprudencial francesa de tutela do terceiro adquirente de boa-fé, v. CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., p. 108.

<sup>573</sup> Antunes Varela registra, nesse sentido, que “(...) nem sempre é materialmente possível ou economicamente aconselhável o puro regresso à situação anterior ao ato jurídico que gerou o enriquecimento injustificado” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., p. 472).

<sup>574</sup> Afirma-se, na doutrina francesa : “(...) *il se peut que la disparition rétroactive du contrat soit impossible: tel est le cas dans les contrats à exécution successive où une des parties ne peut restituer les prestations reçues (exemple: impossibilité pour l'employeur de restituer le travail fourni par le salarié, ou pour le locataire de restituer la jouissance des lieux)*” (CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*, cit., p. 107). Em tradução livre: “(...) pode ocorrer que o desfazimento retroativo do contrato seja impossível: tal é o caso nos contratos de execução a trato sucessivo em que uma das partes não pode restituir as prestações recebidas (exemplo: impossibilidade para o empregador de restituir o trabalho fornecido pelo empregado, ou para o locatário de restituir o gozo do lugar)”.

que, a se imaginar um contrato objetivamente equilibrado segundo padrões de mercado, o valor da prestação recebida por um contratante corresponderia ao valor da prestação recebida pelo outro.<sup>575</sup>

Vislumbram-se, nos termos precedentes, alguns potenciais influxos da qualificação funcional da pretensão restitutória deflagrada pela pronúncia judicial da invalidade negocial, com destaque para aspectos relevantes da respectiva disciplina. Passa-se, então, na sequência do itinerário proposto, ao exemplo derradeiro de possíveis problemas relacionados à sistematização da pretensão restitutória em perspectiva funcional. A investigação acerca do enquadramento jurídico do lucro da intervenção assumirá, nesse contexto, a pretexto de exemplificação das perspectivas de qualificação funcional da restituição, o papel ainda mais abrangente em relação à tradicional controvérsia doutrinária acerca da divisão ou unidade do instituto do enriquecimento sem causa.

### 3.3. Enquadramento jurídico do lucro da intervenção

O raciocínio conducente à qualificação funcional das obrigações no direito civil permite, por fim, em derradeira e meramente ilustrativa aplicação prática, investigar as hipóteses agrupadas sob a alcunha de *lucro da intervenção*. Trata-se, em síntese essencial, de situações nas quais uma determinada pessoa auferir vantagem patrimonial a partir da exploração não autorizada de bens ou

---

<sup>575</sup> “Nos contratos de execução continuada, em que uma das partes se beneficie do gozo de uma coisa – como no arrendamento – ou de serviços – como na empreitada, no mandato ou no depósito – a restituição em espécie não é, evidentemente, possível. Nessa altura, haverá que restituir o valor correspondente o qual, por expressa convenção das partes, não poderá deixar de ser o da contraprestação acordada. (...) Ambas as prestações restitutórias se extinguem, então, por compensação, tudo funcionando, afinal, como se não houvesse eficácia retroativa, nestes casos” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Volume II, cit., p. 936). Na mesma linha de sentido, afirma-se, na doutrina brasileira: “Pense-se, em primeiro lugar, nos negócios sinalagmáticos que impliquem obrigações de fazer ou não fazer, cuja execução material não poderá ser desfeita. Como restituir as partes ao estado anterior? A solução prevista pelo Código Civil é a restituição do equivalente; chega-se, porém, a uma perplexidade. Se a contraprestação da prestação de fazer já houver sido paga, terá de ser igualmente devolvida (sob pena de enriquecimento sem causa) e, considerando que o valor equivalente deve ser aferido no negócio concreto, os dois valores a serem reciprocamente restituídos serão os mesmos – portanto, em regra, sofrerão compensação, de modo que nenhuma repercussão prática terá a invalidação neste ponto. Por outro lado, se a contraprestação ainda não houver sido paga, mas a prestação de fazer já houver sido realizada, a devolução do equivalente corresponderá ao pagamento que fora avençado para ela: em outros termos, determinará o julgador, a título de retorno das partes ao estado anterior, que o negócio seja, na prática, plenamente executado” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 347).

direitos alheios.<sup>576</sup> Tal vantagem patrimonial pode assumir qualquer das configurações típicas de enriquecimento (incremento do ativo, diminuição do passivo ou poupança de despesas). A civilística direciona a sua atenção à problemática do lucro da intervenção, então, a fim de definir-lhe o regime jurídico geral, sobretudo no que diz respeito à identificação do eventual fundamento da sua restituibilidade e à quantificação de referida obrigação porventura imposta ao interventor.<sup>577</sup>

Relata-se que, na experiência portuguesa, o caso paradigmático de lucro da intervenção foi julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 3 de abril de 1964. O proprietário de um terreno ribeirinho, situado à margem do Rio Dão, veio a constatar que os proprietários do terreno vizinho haviam subtraído duzentos e cinco pés de amieiro (árvore típica da região) e quinhentos caminhões de areia, razão pela qual moveu-lhes uma ação indenizatória, fundada na responsabilidade civil, no intuito de ver ressarcido o seu prejuízo. Em defesa, os proprietários do terreno vizinho alegaram, entre outros argumentos, que a ação natural do Rio Dão já havia restaurado a quantidade originária de areia do terreno. Tal argumento restou acolhido pelo Supremo Tribunal de Justiça, o qual reputou que somente em relação ao corte dos amieiros seria possível reconhecer dano indenizável. Já no tocante à areia removida pelos interventores, a Corte concluiu que a insubsistência da situação de desfalque patrimonial obstava a configuração de dano indenizável, de modo que somente restaria ao proprietário ajuizar outra ação fundada especificamente no enriquecimento sem causa (na modalidade de intervenção) dos vizinhos interventores.<sup>578</sup>

Ainda a título ilustrativo, pode-se pensar na hipótese de utilização não autorizada de imagem alheia. Imagine-se, nesse sentido, que determinada pessoa jurídica empresária, no intuito de divulgar

---

<sup>576</sup> Assim conceitua Menezes Leitão no âmbito do sistema português: “A hipótese do lucro por intervenção diz respeito a situações em que alguém obtenha um enriquecimento através de uma ingerência em bens jurídicos alheios, especialmente em virtude do uso, fruição, consumo ou disposição desses bens. Verificado esse enriquecimento, e não tendo o titular à sua disposição outro meio de ser indemnizado ou restituído, coloca-se justamente a questão jurídica de lhe poder ser atribuída uma pretensão de restituição desse enriquecimento com fundamento no art. 473, nº 1. O fim dessa pretensão será assim a recuperação da vantagem patrimonial que, de acordo com a repartição dos bens efectuada pela ordem jurídica, respeitava a outrem, consistindo a questão central do enriquecimento por intervenção de determinar se e em que medida a vantagem patrimonial obtida se pode considerar pertença de outrem” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 688). A conceituação preliminar ora aventada parece possibilitar, ao menos em linha de princípio, a configuração de lucro da intervenção na hipótese de exploração não autorizada de bem ou direito de caráter não estritamente individual. A resolução de uma tal situação de lucro da intervenção possivelmente demandaria a aplicação dos instrumentos disponibilizados pelo ordenamento para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* (abrangidos os direitos individuais homogêneos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos), do que de decorreria, por exemplo, conforme o caso, o reconhecimento de legitimidade ativa extraordinária e a destinação do montante da condenação a um fundo coletivo.

<sup>577</sup> Para uma análise das dificuldades inerentes ao esforço de enquadramento dogmático das hipóteses de lucro da intervenção no direito brasileiro, v. KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., no prelo.

<sup>578</sup> O presente relato remonta à lição de LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 717.

a sua recém-criada marca de cerveja, decide tentar contratar o cantor mais famoso do país para protagonizar a sua campanha publicitária. Ocorre, contudo, que razões de convicção pessoal (de objeção ao consumo de bebidas alcoólicas) levam o artista a recusar imediatamente a proposta. Irresignada com a resposta negativa, a empresa consegue acesso clandestino a fotografias do cantor e as divulga no centro da campanha publicitária, destacando maliciosamente um suposto convencimento do artista a consumir bebidas alcoólicas em razão da elevada qualidade da cerveja anunciada.

A hipótese ora descrita serve à enunciação de alguns questionamentos relevantes na presente matéria: quais serão (e em qual extensão) as obrigações impostas à empresa que interveio no direito à imagem do artista? A sua obrigação abrangerá apenas os lucros cessantes, limitando-se ao pagamento do cachê que o cantor teria auferido caso houvesse aceitado a proposta para ceder consensualmente (e onerosamente) a divulgação da sua imagem? Seria possível que, de alguma forma, se impusesse à empresa a obrigação de restituir o lucro auferido a partir da campanha publicitária baseada na exploração não autorizada da imagem alheia? Em caso afirmativo, deveria ser restituído o lucro em toda a sua extensão ou apenas em alguma proporção?<sup>579</sup>

Advirta-se, preliminarmente, que a presente sede não constituirá o *locus* adequado para o desenvolvimento de todas as questões levantadas pela doutrina no tocante ao regramento da problemática do lucro da intervenção. Buscar-se-á tão somente elucidar algumas possíveis consequências, na presente matéria, da proposta de fundo atinente à qualificação funcional dessa *fattispecie* como manifestação de enriquecimento sem causa. Destacam-se, a propósito, três principais repercussões da mencionada premissa metodológica: (i) a definição do enquadramento jurídico do lucro da intervenção no direito brasileiro; (ii) a investigação sobre a possibilidade de cumulação das pretensões referentes ao lucro auferido pelo interventor e ao dano sofrido pelo titular do direito; e (iii) a elucidação de possíveis critérios de quantificação que se afigurem compatíveis com o enquadramento jurídico do lucro da intervenção.

No que tange à definição do enquadramento jurídico do lucro da intervenção, verifica-se uma divisão da doutrina em torno de duas principais linhas de entendimento. Sustenta-se, de uma parte, que a intervenção em bem ou direito alheio gera dano indenizável, cujo montante deveria ser

---

<sup>579</sup> Na mesma linha de sentido, apontam-se alguns questionamentos gerais subjacentes à problemática do lucro da intervenção: “(...) o lucro obtido pertence ao interventor (aquele que se utiliza de bem ou direito alheio) ou ao locupletado (aquele cujo bem ou direito fora utilizado indevidamente)? Haveria o referido lucro sem a existência do dito direito locupletado ou sem a atuação do próprio interventor? Isto posto, pertenceria o lucro a ambos e, se sim, em que proporção para cada?” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa, cit., p. 149).

integrado pelo lucro ilegitimamente auferido pelo interventor.<sup>580</sup> A partir de tal concepção, a responsabilidade civil despontaria como o mecanismo propício para a repressão à auferição de lucro por quem houvesse explorado desautorizadamente bem ou direito alheio.<sup>581</sup> Afirma-se, ainda nessa linha de sentido, que a consideração das vantagens auferidas pelo autor de conduta danosa traduziria um *terceiro método* de cálculo do dano patrimonial, ao lado dos critérios tradicionais do dano (ou empobrecimento) *real* e daquele *patrimonial*.<sup>582</sup>

Tal linha de entendimento, a enquadrar o lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, parece refletir diretamente na redação do inciso II do artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996). Referido dispositivo alude, entre os critérios para determinação dos lucros cessantes, aos “benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito”. Observa-se, assim, a consagração expressa da proposição teórica que identifica uma relevância do lucro auferido pelo interventor para a delimitação da indenização a ser paga em favor da vítima do dano injusto.

A solução adotada pela legislação nacional no âmbito da disciplina das hipóteses de violações a direitos de propriedade industrial não traduz autêntica peculiaridade da experiência brasileira. Afigura-se possível, em realidade, destacar certa similitude com as experiências espanhola<sup>583</sup> e alemã,<sup>584</sup> em que também se verifica uma incorporação do critério referente aos

<sup>580</sup> Pereira Coelho relata a proposta de Rodolfo Sacco: “É ainda aqui que se enquadra a doutrina recentemente defendida por Sacco, o qual julga descobrir no sistema jurídico italiano um princípio geral de responsabilidade civil extracontratual que obrigaria o interventor a entregar ao titular do direito todo o lucro obtido. E tal obrigação seria independente da culpa do devedor, do enriquecido” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 34).

<sup>581</sup> Não por acaso se identifica que a proposta de enquadramento do lucro da intervenção na seara da responsabilidade civil tende a estar acompanhada da expansão das funções de tal instituto para além da função basilar reparatória: “A sua ideia seria já, porventura, a de que só assim o procedimento do infrator teria uma sanção adequada e se preveniriam futuras infrações; e é sobretudo a partir daí – da acentuação, cada vez mais nítida na doutrina moderna, de uma função sancionatória e preventiva da responsabilidade civil ao lado da sua tradicional função reparadora ou reintegrativa – que se defende a obrigação de restituir o lucro” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 33). A ilustrar a linha de entendimento que enquadra o lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade civil, v., ainda, na doutrina contemporânea, TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2015, *passim*. Para uma análise da controvérsia verificada nas doutrinas portuguesa e alemã acerca do reconhecimento de funções da responsabilidade civil para além da indenizatória no âmbito da problemática de fundo atinente ao lucro da intervenção, v. ABREU, Luís Vasconcelos. A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Uma breve comparação luso-alemã. In: RAMOS, Rui Manuel de Mora *et alii* (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2002, *passim*.

<sup>582</sup> “A expressão faz carreira na mais recente doutrina alemã (...). O ‘terceiro método’ de cálculo do dano permitiria ao lesado exigir ao lesante a restituição do lucro obtido por este, e seria assim distinto, quer do ‘primeiro método’ (indenização do dano concreto, de acordo com a ‘diferença’ no patrimônio do lesado), quer do ‘segundo método’ (indenização do dano ‘real’, no sentido definido *supra*)” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 32, nota de rodapé n. 53).

<sup>583</sup> Destaca-se, a propósito, a similitude entre o referido artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial brasileira e o artigo 140 da *Ley de Propiedad Intelectual* espanhola. Para uma análise detida da legislação espanhola sobre propriedade intelectual, marcas e patentes, a apontar certa confusão entre critérios de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa, v. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 54 e ss.

lucros do interventor pela disciplina própria da responsabilidade civil. Tamanha é a influência da aludida linha de entendimento no âmbito da propriedade industrial e intelectual que a doutrina – no Brasil e alhures – não raramente cogita da exportação do específico critério legal de quantificação dos lucros cessantes também para a seara da concorrência desleal.<sup>585</sup> Questiona-se, a propósito, sobre a viabilidade de imposição, ao agente econômico, da obrigação de restituir (integral ou parcialmente) o lucro que houver auferido a partir da prática de atos de concorrência desleal.<sup>586</sup>

A proposição teórica de absorção do lucro da intervenção pela disciplina da responsabilidade civil encontra-se refletida, ainda, em decisões dos Tribunais brasileiros.<sup>587</sup> Emblemática, nesse

---

<sup>584</sup> Menezes Leitão relata: “A aplicação do regime do enriquecimento por intervenção em caso de utilização e consumo de bens imateriais tem sido pela jurisprudência alemã limitada aos casos em que essa utilização não é culposa, uma vez que, na hipótese contrária, tem-se desenvolvido *praeter legem* um direito de indemnização, fundado na responsabilidade civil, para o que se têm referenciado alternativamente as seguintes três fórmulas de cômputo dos danos: 1) o lesado poderia pedir, em resultado da utilização ou consumo culposo de bens imateriais, uma indemnização pelos lucros cessantes em virtude dessa intervenção (...); 2) o lesado poderia requerer do interventor a indemnização correspondente à adequada contrapartida dos direitos de utilização. Nesta situação, utiliza-se uma fórmula de cálculo abstracto do dano, através da ficção da celebração de um contrato entre lesante e lesado, considerando-se como dano a perda da remuneração normalmente devida por esses contratos; 3) o lesado poderia exigir do interventor a restituição dos ganhos do que este obteve em consequência da intervenção. Este método parte de uma presunção de que o ganho obtido pelo interventor correspondeu a um prejuízo semelhante sofrido pelo lesado, admitindo-se por isso a sua indemnização independentemente de o lesado tencionar tomar ou não as mesmas iniciativas que foram tomadas pelo interventor” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 720-721). Para um relato da experiência alemã na matéria, v., ainda, FERREIRA, Maria Teresa Taborda Rosa. *A tutela dos direitos de propriedade industrial pelo enriquecimento sem causa*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2013, pp. 28-32.

<sup>585</sup> “Um problema mais tormentoso do que aquele da intervenção no direito de marca é o de saber se o enriquecimento obtido a partir da concorrência desleal deve ser restituído aos concorrentes prejudicados. A dificuldade reside no fato de que a restituição supõe que o enriquecimento tenha sido feito ‘à custa de outrem’. Para tanto é necessário que o enriquecido tenha se apropriado de um direito ou posição jurídica que estivesse atribuída com exclusividade a outrem. Mas as regras sobre a concorrência desleal não atribuem direito subjetivo, ou qualquer outra posição jurídica, a uma parcela do mercado a qualquer concorrente” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restituitório*, cit., p. 202). Para um relato da experiência italiana na matéria, v. GIANNOTTE, Claudia. *Arricchimento senza causa*, cit., pp. 620-621.

<sup>586</sup> Tende-se a se encontrar resposta afirmativa sobretudo nas hipóteses de “concorrência por exploração”: “Como regra geral, portanto, no direito comparado, o enriquecimento obtido pela prática concorrencial desleal não deve ser distribuído aos competidores. Estabelecida a regra geral, a doutrina, em especial a alemã, logo tratou de identificar alguns casos excepcionais. Canaris propõe que seja admissível a restituição do enriquecimento por intromissão nos casos que denomina ‘concorrência por exploração’, pois nesses casos haveria uma posição jurídica de vantagem especificamente atribuída ao titular de um direito. Esses casos cobririam, por exemplo, a utilização de um segredo industrial ou a pirataria de projeto e a violação de pactos de não concorrência” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restituitório*, cit., pp. 202-203). Em sentido semelhante, conclui-se, na doutrina portuguesa: “Daí que pareça apenas ser de admitir a restituição do enriquecimento sem causa quando são lesadas as normas relativas à concorrência desleal que se destinam a proteger interesses individuais, uma vez que só nestas se pode atribuir legitimidade a determinado lesado para exigir a restituição do enriquecimento obtido à sua custa” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 759-760).

<sup>587</sup> Pertinente, a propósito, a crítica formulada por Cláudio Michelin Jr. ao comentar a hipótese de intervenção sobre direitos da personalidade: “O valor total da restituição devida nesses casos é normalmente quantificado pelos tribunais como sendo o valor daquilo que o interventor-enriquecido deveria ter despendido para obter a autorização que tornaria a intervenção legítima (com causa). Essa forma de quantificação tem a vantagem de ser mais fácil de aferir em casos concretos. Em que pese essa vantagem, a jurisprudência não vai bem ao utilizar esse critério, uma vez que o enriquecimento sem causa não é uma forma de ressarcir lucros cessantes, mas sim uma forma de restituir ao dono da imagem os lucros que foram obtidos a partir da sua imagem. (...) a forma de quantificação do enriquecimento não deve tomar em conta aquilo que o ‘empobrecido’ deixou de ganhar, mas sim o que o enriquecido lucrou a partir da imagem de outrem” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restituitório*, cit., pp. 203-204).

sentido, é a decisão proferida Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.335.624/RJ.<sup>588</sup> A situação fática remonta à conduta de Coca Cola Indústrias Ltda. de veicular na mídia comercial de seu principal produto, o refrigerante Coca-Cola, propaganda na qual os ex-jogadores Bebeto, Biro-Biro e Dario trajavam *short* e camisa de futebol nas cores verde e amarela, figurando em destaque o número 7 (sete) no verso da camisa de Bebeto. Irresignada pela veiculação da referida campanha publicitária sem sua prévia autorização, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) ajuizou ação de obrigação de fazer e não fazer cumulada com indenização, aduzindo ser titular do direito de uso, gozo, posse e propriedade da bandeira, emblema e uniformes da Seleção Brasileira de Futebol.

A CBF argumentou que Coca Cola Indústrias Ltda. fizera uma cópia disfarçada do uniforme da seleção brasileira masculina de futebol utilizado na conquista da Copa do Mundo de 1994. Segundo o relato da petição inicial, o propósito fraudulento da parte ré se evidenciava pelo fato de o comercial, além das inserções normais, ser veiculado nos momentos que antecediam os intervalos e sucediam o término dos jogos da seleção brasileira na Copa das Confederações de 2009 e nas eliminatórias da Copa do Mundo de 2010.

Em primeira instância, o juízo sentenciante julgou parcialmente procedente o pleito autoral para, confirmando os efeitos da tutela antecipada deferida, determinar que a parte ré se abstinhasse de veicular, por qualquer meio, a peça publicitária que fazia menção indireta à seleção brasileira de futebol. Ambas as partes interpuseram recurso de apelação. Coca Cola Indústrias Ltda. pugnou pela reforma da sentença para que prevalecesse a improcedência total dos pedidos formulados na petição inicial. A CBF, por sua vez, requereu a reforma parcial da sentença para que se determinasse, conforme relato do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), a “indenização por danos morais, indenização por danos materiais, a serem apurados em liquidação de sentença” e, por fim, “devolução do lucro com enriquecimento ilícito”.

A Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concluiu, por unanimidade, pelo desprovimento do recurso de Coca Cola Indústrias Ltda. e pelo provimento parcial do recurso da CBF, para “condenar a primeira apelante a pagar à segunda lucros

---

<sup>588</sup> Já se pôde tomar a referida decisão como objeto específico de análise em outra sede, à qual se remete para ulterior aprofundamento: SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, cit., *passim*.



cessantes, a serem apurados em liquidação por arbitramento”.<sup>589</sup> Entendeu-se que a configuração de lucros cessantes decorreu do “uso indevido, por imitação, de uniforme e distintivo de propriedade da autora da ação, ora segunda apelante, em propaganda veiculada pela ré, primeira recorrente, visando obtenção de lucro”. No tocante ao *quantum* indenizatório, concluiu-se que o mesmo deveria “corresponder ao que a autora/segunda apelante poderia ter ganhado, caso tivesse autorizado o uso de seu uniforme e distintivo, tendo-se em conta o que suas demais patrocinadoras lhe pagaram e considerando apenas o período em que efetivamente houve divulgação da propaganda”. Vale destacar que o Tribunal não se referiu expressamente ao pleito de “devolução do lucro com enriquecimento ilícito”.

Em face da referida decisão veio a ser interposto recurso especial por Coca Cola Indústrias Ltda., aduzindo, no que diz respeito ao cerne do presente estudo, que i) “a CBF não deixou de lucrar nada com os comerciais da Coca-Cola (a CBF já tinha vendido antecipadamente a terceiros o direito de exploração comercial e somente estes terceiros poderiam ter sofrido alguma perda com os comerciais da Coca-Cola)”, e ii) não haveria ilícito perpetrado pela Coca-Cola ao realizar campanha publicitária valendo-se de camisas amarelas e calções verdes, representativas da nação brasileira, “exatamente porque estas marcas específicas, por lei, são de domínio público e descabe à CBF invadir a propriedade imaterial de todos os brasileiros e torná-la direito subjetivo da CBF”.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça concluiu, por unanimidade, pelo desprovimento do recurso especial.<sup>590</sup> Prevaleceu o entendimento de que a campanha publicitária relacionada ao refrigerante Coca-Cola não se limitou a utilizar as cores da bandeira nacional, tendo,

<sup>589</sup> TJRJ, AC. 0383190-62.2009.8.19.0001, 15ª C.C., Rel. Des. Celso Ferreira Filho, julg. 07.06.2011, publ. 13.06.2011. O acórdão restou assim ementado: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DE USO INDEVIDO, POR IMITAÇÃO, DE UNIFORME E DISTINTIVO DE PROPRIEDADE DA CBF/AUTORA DA AÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, CONFIRMANDO A TUTELA ANTECIPADA ANTERIORMENTE DEFERIDA. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO, tendo em vista a apreciação do mérito da apelação nesta oportunidade. Propaganda utilizando os ex-jogadores Bebeto, Biro-Biro e Dario trajando vestimenta bem parecida com o uniforme da Seleção Brasileira, constando o número sete na camisa do jogador Bebeto. Propaganda que induz o expectador a levar em consideração a idéia de sucesso da seleção para a bebida Coca-cola. Obrigação de indenizar da primeira apelante, pelo uso indevido, por imitação. Lucros Cessantes que se reconhecem e que necessitam ser liquidados por arbitramento. Danos emergentes não comprovados, descabendo reconhecê-los por presunção. Inocorrência de dano moral. Sucumbência da primeira apelante estabelecida em conformidade com o artigo 21, parágrafo único, arbitrando-se os honorários em 10% sobre o valor da condenação. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO E PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO RECURSO”.

<sup>590</sup> STJ, REsp. 1.335.624/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.12.2013, DJe 18.03.2014. A decisão restou assim ementada: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE IMAGEM DA SELEÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL. NEGATIVADE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL AFASTADA. INTUITO EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LUCROS CESSANTES. CONTRATOS FIRMADOS COM PATROCINADORES OFICIAIS. MERO PARÂMETRO PARA ALIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. ANTECIPAÇÃO DO EXAME DE MATÉRIAS RELATIVAS À LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 4. Não trata o caso da apropriação da camisa e da bandeira nacional, mas da sua utilização dentro de um contexto que remete, de forma inequívoca, ao escrete canarinho, cuja titularidade dos direitos de imagem são pertencentes à CBF. 5. Também não cuida a hipótese de mera presunção de lucros cessantes, circunstância que a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior repudia, mas de evidente prejuízo, pois, segundo a prática comercial usual, somente patrocinadores oficiais obtém autorização para a utilização da imagem da seleção brasileira de futebol. (...) 7. Recurso especial não provido”.

ao revés, promovido “sua utilização dentro de um contexto que remete, de forma inequívoca, ao escrete canarinho, cuja titularidade dos direitos de imagem são pertencentes à CBF”. No tocante à configuração de lucros cessantes, a Corte asseverou que o caso em comento não cuidava de lucros cessantes meramente presumidos, mas de “evidente prejuízo, pois, segundo a prática comercial usual, somente patrocinadores oficiais obtêm autorização para a utilização da imagem da seleção brasileira de futebol”. O Tribunal relegou, por fim, o arbitramento do referido prejuízo à fase de liquidação, sob a alegação de que, embora os ajustes de patrocínio com terceiros sirvam como ponto de partida para o arbitramento da indenização, “não há qualquer determinação para que sejam considerados (...) os valores globais daquelas contratações, mormente porque, não se pode também deixar de reconhecer, elas envolvem inúmeros outros direitos além daquele que foi usurpado no presente processo”.

As decisões proferidas no caso, bem como os argumentos aduzidos pelas partes desde a primeira instância, revelam a expressiva tendência, na praxis brasileira, de associação imediata entre lucro da intervenção e lucros cessantes. Sem embargo dos possíveis êxitos em termos pragmáticos, referida tendência de resolução da problemática do lucro da intervenção na seara da responsabilidade civil parece decorrer, no que mais diretamente importa ao presente estudo, de certa dificuldade na promoção de análise funcional para a qualificação das obrigações no direito civil. Com efeito, uma vez assentada a distinção funcional das obrigações (e dos respectivos regimes jurídicos) conforme o perfil funcional promovido em cada caso, pode-se observar certa imprecisão conceitual na inclusão das vantagens auferidas pelo interventor no processo de quantificação da indenização devida à vítima de um dano injusto, tal como sucede no artigo 210, inciso II, da Lei de Propriedade Industrial.<sup>591</sup> Reconhece-se, em suma, que “(A) pretensão ao lucro da intervenção e a pretensão indenizatória são (...) coisas fundamentalmente diferentes”.<sup>592</sup>

Passa-se, então, ainda no esforço de compreensão do enquadramento jurídico do lucro da intervenção, à investigação da proposta teórica de aplicação da disciplina do enriquecimento sem causa. Sustenta-se, em oposição ao entendimento que incorpora o lucro da intervenção à delimitação do dano indenizável, que a imposição da sua restituição traduziria, do ponto de vista funcional, a preocupação em restaurar o patrimônio do interventor ao estado em que deveria estar caso não se

<sup>591</sup> “Ora, apenas os incisos I e III do art. 210 [da Lei nº 9.279/1996] podem ser entendidos como espécies daquilo que, no direito brasileiro, é tradicionalmente denominado de ‘lucros cessantes’. Lucros cessantes são aqueles proveitos que não são obtidos pelo lesado e que presumivelmente o seriam se não houvesse ocorrido a ação imputável ao autor do dano. Esse conceito jamais abarcou os *lucros obtidos por outrem*, que o inciso II do referido dispositivo determina sejam tomados em consideração na avaliação dos ‘lucros cessantes’. O que ocorre é que o direito à ‘indenização’ por ‘lucros cessantes’ outorgado ao titular da marca desrespeitada nos termos do inciso II do art. 210 da Lei 9.279/96 não é efetivamente um direito à indenização pelos lucros cessantes, mas um impropriamente denominado direito à restituição do enriquecimento por intervenção no seu direito de marca” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., pp. 201-202).

<sup>592</sup> Tradução livre do original: “*Der Anspruch auf den Eingriffserwerb und der Schadenersatzanspruch sind (...) grundverschiedene Dinge*” (SCHULZ, Fritz. *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, cit., p. 457).

houvesse verificado o fato gerador do enriquecimento.<sup>593</sup>

A proposição de enquadramento do lucro da intervenção no âmbito do enriquecimento sem causa protagonizou a atenção da doutrina especializada na controvérsia referente à possibilidade ou não de tratamento unitário do instituto. De uma parte, as propostas de divisão do instituto pugnam pela impossibilidade de recondução das variadas hipóteses de restituição a um fenômeno unitário.<sup>594</sup> Formulou-se, assim, uma bipartição fundamental entre o enriquecimento obtido a partir de uma prestação do “empobrecido” e o enriquecimento obtido a partir de outros modos, inserindo-se o lucro da intervenção nesta segunda categoria.<sup>595</sup> Tal via de compreensão do fenômeno restitutivo parece se manifestar, na doutrina contemporânea, nas propostas teóricas que apontam a suposta ausência de fundamento comum entre institutos como a cláusula geral do dever de restituir, a gestão de negócios e o pagamento indevido.

De outra parte, as propostas de configuração unitária do instituto do enriquecimento sem causa sustentam que as diversas hipóteses de restituição seriam passíveis de recondução a princípios

---

<sup>593</sup> Conclui Díez-Picazo: “(...) cuando una persona obtiene o recibe bienes patrimoniales procedentes de la invasión de un derecho ajeno, aunque tal invasión no sea culposa, siempre que el derecho invadido pertenezca al campo de los que otorgan un contenido atributivo (v. gr. derechos absolutos) existe una obligación de restituir, cuyo régimen jurídico y estudio no pertenecen al Derecho de daños, sino al Derecho de enriquecimiento” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*, cit., p. 50). Em tradução livre: “(...) quando uma pessoa obtém ou recebe bens patrimoniais procedentes da invasão de um direito alheio, ainda que tal invasão não seja culposa, sempre que o direito invadido pertença ao campo dos que outorgam um conteúdo atributivo (v. gr. direitos absolutos) existe uma obrigação de restituir, cujo regime jurídico e estudo não pertencem ao direito de danos, mas sim ao direito de enriquecimento”.

<sup>594</sup> Relata-se, nesse sentido, a proposta da pandectística de divisão do instituto do enriquecimento sem causa: “A pandectística efectuou assim uma violenta crítica à concepção de que o postulado de que ninguém deveria enriquecer-se à custa de outrem pudesse constituir a base de uma acção independente de enriquecimento, fosse ela a *actio de in rem verso utilis* ou a *actio in factum wegen Bereicherung*. Savigny defendeu expressamente que o princípio da proibição do enriquecimento à custa de outrem tinha uma natureza tão geral e indeterminada, que não admitia a sua aplicação directa à resolução de questões jurídicas concretas, podendo apenas ter influência na formação de algumas regras jurídicas precisas. A pandectística considerou assim este postulado excessivamente geral e indeterminado para poder ser aplicável directamente como proposição jurídica, o que obviamente impedia a construção de qualquer acção genérica de enriquecimento, mesmo que exclusivamente de aplicação subsidiária” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 342).

<sup>595</sup> Relata-se que a concepção de divisão do instituto, tributária originariamente da pandectística, foi retomada com vigor por Walter Wilburg e Ernst von Caemmerer: “A tese principal destes autores reside na divisão do § 812 Abs. 1. S. 1 BGB em duas *facti species* relativas às *condictiones* com base numa prestação (*durch die Leistung eines anderen*) e as *condictiones* não baseadas numa prestação (*auf dessen Kosten in sonstiger Weise*), na qual se atribui papel preponderante à *Eingriffskondition*. Esta doutrina da divisão do instituto rompe completamente com o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa, que deixa inclusive de ser considerado como sujeito a princípios comuns ou a uma mesma ordenação sistemática” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 411). Relata-se, ainda a propósito da experiência alemã: “Na esteira de Wilburg e de Von Caemmerer, a opinião largamente dominante na Alemanha é aquela que nega, radicalmente, a unidade do instituto e contradistingue o enriquecimento obtido através de uma prestação e o obtido ‘por outro modo’” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 197).

comuns.<sup>596</sup> O desenvolvimento de tal linha de entendimento é tributário, em larga medida, da teoria de Fritz Schulz,<sup>597</sup> que buscou identificar na violação de um direito alheio a razão comum à deflagração do mecanismo restitutivo nas suas diversas manifestações, independentemente de

---

<sup>596</sup> Menezes Leitão relata a proposta doutrinária alemã de configuração unitária do enriquecimento sem causa, em superação das proposições de divisão do instituto: “Em oposição à corrente majoritária na doutrina, surgiu na Alemanha toda uma nova série de autores que questionou a moderna doutrina da divisão do instituto e pretende o regresso a uma fórmula unitária, através da ultrapassagem da estrita diferenciação entre a *Leistungskondition* [“*condictio* baseada em uma prestação”] e a *Nichtleistungskondition* [“*condictio* não baseada em uma prestação”]. (...) De acordo com esta concepção o *Tatbestand* do enriquecimento sem causa é o mesmo em todos os grupos de casos da *Leistungskondition* e da *Nichtleistungskondition* (...). O que seria decisivo seria a aquisição em desconformidade ao Direito de um benefício a partir de um património alheio” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 431-432). Prossegue o relato: “A unidade dos pressupostos do enriquecimento reside na exigência, em primeiro lugar, de que ocorra o enriquecimento de alguém, o enriquecido, segundo, que o enriquecimento provenha do património de outrem, o empobrecido, e, terceiro, que o enriquecido não tenha em relação ao empobrecido uma causa jurídica” (Ibid., p. 432). No que tange à proposta de reconhecimento da unidade do instituto, v., entre outros, CAPEROCHIPI, José Antonio Álvarez. *El enriquecimiento sin causa*, cit., pp. 71 e ss.

<sup>597</sup> A destacar a importância da obra de Fritz Schulz para a reformulação da doutrina unitária tradicional do enriquecimento sem causa mediante a sua aplicação ao problema do lucro da intervenção, afirma-se: “A tradicional doutrina da concepção unitária do enriquecimento sem causa entra, porém, em crise após o surgimento da obra de Fritz Schulz, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, onde o autor coloca pela primeira vez a questão jurídica da aplicação do instituto ao problema do lucro por intervenção” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 402-403). Prossegue o relato: “Fritz Schulz parte igualmente de uma concepção unitária do instituto do enriquecimento sem causa, mas ao contrário da doutrina tradicional, orientada quase exclusivamente para as deslocações patrimoniais tendo por base uma prestação (*Leistungskondition*) o autor centra a sua atenção no problema da intervenção em bens ou direitos alheios, defendendo a aplicação nesta hipótese do instituto do enriquecimento sem causa. Esta solução implica o surgimento da *Eingriffskondition*, de que o autor pode justamente ser considerado o fundador, embora ele nunca tenha colocado em questão a unidade do instituto do enriquecimento sem causa, defendendo apenas uma sua reformulação dogmática” (Ibid., p. 403). Vale registrar que, segundo a formulação de Fritz Schulz, haver-se-ia de reconhecer uma possibilidade de escolha, pelo credor, entre a pretensão indenizatória e a pretensão restitutória (SCHULZ, Fritz. *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, cit., p. 457). Pertinente, a propósito, o relato de Júlio Gomes: “Para Schulz o parentesco entre a pretensão de entrega do lucro da intervenção e a obrigação de indenizar estaria em que ambas pressupõem, em regra, uma intervenção ilícita na esfera jurídica alheia (...), mas o nascimento desta última não exclui a gênese ou aparecimento simultâneo da primeira. De acordo com a visão deste autor, existe um concurso de pretensões, cabendo ao credor a escolha da pretensão que quer fazer valer” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 183).

envolver ou não uma prestação daquele à custa de quem se enriqueceu.<sup>598</sup> Desenvolveu-se, ainda, a partir de semelhante premissa teórica de configuração unitária, a noção de que o fundamento unificador do instituto residiria não propriamente na violação de um direito alheio (circunstância essa comum e provável, porém não necessária para a configuração do enriquecimento sem causa), mas sim na já referida doutrina do conteúdo da destinação (*Zuweisungsgehaltlehre*).<sup>599</sup> Haver-se-ia de reconhecer enriquecimento sem causa, segundo tal formulação, quando a incidência do mecanismo restitutivo tivesse por finalidade precípua assegurar a adequada variação patrimonial conforme a destinação jurídica dos bens.<sup>600</sup>

Sem embargo dos méritos de cada uma das proposições teóricas que buscaram elucidar a

---

<sup>598</sup> Menezes Leitão sintetiza o fundamento comum com que Fritz Schulz pretendeu justificar a configuração unitária do enriquecimento sem causa: “Na doutrina de Schulz, o enriquecimento sem causa deixa assim de ser visto como baseado nas deslocções patrimoniais sem causa para passar a ser considerado como baseado na violação de um direito alheio. Desta forma, Schulz faz surgir a *condictio* por intervenção, abundantemente tratada pela doutrina posterior” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 407). Pertinente, ainda, o seguinte relato acerca da teoria de Fritz Schulz especificamente quanto ao lucro da intervenção: “Defendeu este autor [Schulz] a existência de um direito ao resultado da intervenção ou ingerência (*Eingriffserwerb*), isto é, de um direito a tudo aquilo que se obteve através da interferência num direito alheio. Por intervenção entende este autor qualquer atuação com reflexos num direito alheio [seja através da destruição desse direito seja através da alteração da relação jurídica] em cujo contexto esse direito existe. (...) Este conceito de intervenção revela-se muito amplo, abrangendo a disposição, utilização, oneração, consumo, destruição ou mesmo a recepção de coisa alheia, podendo a ingerência ser lícita ou ilícita” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 180-181). A configuração do lucro da intervenção na doutrina de Fritz Schulz teria os seguintes pressupostos: “1) uma intervenção, entendida como uma ação humana sobre um direito alheio, a qual pode ser originária (...) ou derivada (...); 2) a existência de um ganho para o interventor, podendo esse ganho ser técnico (...) ou económico (...); 3) um nexó causal entre a intervenção e o ganho, o qual faltará sempre que esse ganho pudesse igualmente vir a ser obtido sem a intervenção ou, na hipótese de poupança de despesas, quando sem a intervenção, a despesa não fosse realizada; 4) a ilicitude da intromissão, a qual existe em qualquer intervenção que o titular do patrimônio não estivesse obrigado para com o interventor a tolerar” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 404-405). Para o relato dos requisitos apontados por Fritz Schulz, v., ainda, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 181.

<sup>599</sup> Nesse sentido, v., entre outros, BARBOSA, Mafalda Miranda. Reflexões em torno da responsabilidade civil, cit., pp. 589-591. A propósito da referida linha de entendimento, afirma-se: “Essa solução, que foi unanimemente seguida pela restante doutrina que fundamenta a aplicação do enriquecimento sem causa às hipóteses de ingerência em direitos reais, reside na circunstância de esses direitos não corresponderem simplesmente a um *ius excludendi omnes alios* (conforme defendeu a concepção personalista do direito real) mas também estabelecerem a afectação de todas as utilidades que advenham da coisa ao seu titular, possuindo assim um conteúdo da destinação. A atribuição dos direitos reais é constituída por normas de ordenação, que reservam o gozo e disposição de determinados bens aos respectivos titulares. Assim, sempre que o interventor tenha retirado da coisa objecto do direito real determinadas vantagens, pode-se dizer que obteve um enriquecimento à custa do titular desse direito, uma vez que se apropriou de determinada utilidade que a ordem jurídica reservava exclusivamente a esse titular, segundo o direito da ordenação dos bens. Assim, não há lugar à restituição do enriquecimento, independentemente da circunstância de o titular do direito pretender ou não realizar o mesmo aproveitamento da coisa” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 718).

<sup>600</sup> Critica-se, em doutrina, a insuficiência da teoria de Fritz Schulz em razão da tutela excessiva e injustificadamente atribuída ao titular do direito com base na interpretação imesurada da doutrina do conteúdo da destinação: “O problema do lucro da intervenção teve sua primeira exposição por Fritz Schulz e a solução dada por ele mostrou-se aquém do desejado; para ele, todo o lucro deveria ir ao locupletado, pois foi seu direito ou seu bem a gênese desse entrelaçamento patrimonial indesejado. Contudo, esta solução foi reputada como excessiva defesa do locupletado, de forma a gerar um novo enriquecimento sem causa a partir do saneamento de outro” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa, cit., pp. 149-150).

configuração unitária ou fracionada do instituto, uma solução talvez mais segura, à luz da metodologia civil-constitucional, pode vir a ser fornecida pela já referida proposta de análise funcional das obrigações no direito civil. Como visto por ocasião do estudo das fontes das obrigações (item 1.2, *supra*), as relações obrigacionais parecem passíveis de recondução a regimes jurídicos gerais de acordo com a função desempenhada por cada espécie de obrigação. Enunciaram-se, a partir de tal premissa metodológica, a tripartição das obrigações conforme os perfis funcionais mais comumente verificados – o perfil funcional executório, o indenizatório e o restitutivo. Justifica-se, a partir de tais premissas, o reconhecimento da configuração unitária do instituto do enriquecimento sem causa em torno da identidade de perfil funcional restitutivo das variadas obrigações de restituição (decorrentes ou não da cláusula geral do dever de restituir), a justificar, como já destacado, a incidência de um tratamento uniforme e sistemático, ainda que não necessariamente idêntico.

As precedentes considerações permitem, enfim, explicitar o adequado enquadramento jurídico do lucro da intervenção no direito brasileiro. Trata-se de modalidade de enriquecimento sem causa, caracterizada pela exploração não autorizada de bem ou direito alheio.<sup>601</sup> Tamanha é a sua relevância na conformação dogmática do instituto que, sem embargo da compreensão previamente enunciada acerca da sua configuração unitária, apontam-se duas modalidades fundamentais de enriquecimento sem causa: o enriquecimento por prestação e o enriquecimento por intervenção. A restituibilidade do lucro da intervenção dependerá, então, da incidência seja de uma previsão específica de restituição, seja da cláusula geral do dever de restituir. Assumindo-se a inexistência de uma previsão expressa (ao menos em termos genéricos) capaz de abranger as hipóteses de lucro da intervenção – o que traduz o respeito à regra da subsidiariedade contida no artigo 886 do Código Civil –, a sua restituibilidade dependerá da concreta demonstração dos demais pressupostos (*in casu*, os positivos) da cláusula geral contida no artigo 884.<sup>602</sup>

O *enriquecimento* do interventor, no sentido de vantagem patrimonial efetiva (e não virtual ou hipotética) poderá consistir, segundo o entendimento geral previamente delineado, no incremento do ativo, na diminuição do passivo ou na poupança de despesa. Parece possível destacar, a propósito, uma maior recorrência das hipóteses de incremento do ativo e de poupança de despesas, como sucede, respectivamente, no exemplo da marca que alavanca as suas vendas a partir da utilização

---

<sup>601</sup> A sustentar que o instituto do enriquecimento sem causa não teria o condão de esgotar o enquadramento dogmático do lucro da intervenção, para o qual se haveria de reconhecer uma pluralidade de estatutos normativos, v. KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., no prelo.

<sup>602</sup> A partir de semelhante linha de entendimento, a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar hipótese fática de utilização indevida da imagem alheia, determinou a restituição de parcela do lucro auferido pelo interventor, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa (TJERJ, Processo nº 0008927-17.2014.8.19.0209, 13ª C.C., Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, julg. 26/10/2016, publ. 31/10/2016). Afirma-se, em análise da referida decisão, que ela haveria firmado “(...) um precedente aparentemente inédito no ordenamento jurídico brasileiro” (KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., no prelo).

não autorizada da imagem alheia e no exemplo da pessoa que invade e desfruta de casa de praia durante o período de viagem do seu proprietário.

A *obtenção à custa de outrem*, por sua vez, se depreende da percepção de que a vantagem do interventor decorre, em maior ou menor extensão, do bem ou direito sobre o qual incidiu a intervenção. Ressalte-se, por oportuno, que o grau de contribuição causal do direito sobre o qual se interveio e da conduta do interventor repercutirão diretamente sobre a quantificação da obrigação restitutória.<sup>603</sup> A *ausência de justa causa*, por fim, é indiciada pela constatação da inexistência de autorização legal ou negocial para a utilização do direito alheio, sendo certo, contudo, que a ausência de título jurídico formal deve ser sopesada com os demais valores relevantes para a delimitação da (in)justiça do enriquecimento em cada caso concreto.<sup>604</sup>

Analisadas algumas perspectivas de enquadramento jurídico do lucro da intervenção à luz da premissa teórica de qualificação funcional da pretensão restitutória, passa-se à análise de uma segunda ordem de repercussão da referida premissa. Investiga-se, doravante, a possibilidade de cumulação das pretensões referentes à restituição do lucro auferido pelo interventor e à indenização do dano sofrido pelo titular do direito. Perquirir a possibilidade de cumulação das parcelas restitutória e indenizatória pressupõe, do ponto de vista metodológico, reconhecer que tais parcelas remetem a institutos funcionalmente distintos e que, portanto, podem coexistir em uma mesma situação fática. Em atenção à função precípua da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa, pode-se enunciar, desde logo, a regra geral segundo a qual as parcelas em comento coexistirão sempre que houver dano injusto a indenizar e enriquecimento injusto a

<sup>603</sup> A destacar a necessidade de se levar em consideração, por ocasião da quantificação da restituição, a eventual contribuição do interventor para a configuração do lucro, v. KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção, cit., no prelo.

<sup>604</sup> Tal compreensão parece explicar a preocupação, verificada em doutrina, no sentido de que a problemática do lucro da intervenção suscitaria maior atenção ao requisito da *obtenção à custa de outrem* do que ao requisito da *ausência de justa causa*. Veja-se, ilustrativamente: “No âmbito do enriquecimento por intervenção, uma vez rejeitada a doutrina que configurava a ausência de causa jurídica através da ilicitude da intervenção, parece produtivo o recurso ao conceito de conteúdo da destinação dos direitos, considerando-se que uma aquisição não tem, em princípio, causa jurídica quando resulta na apropriação de bens ou utilidades destinadas a outrem através de um direito subjetivo ou de uma norma de proteção com um conteúdo patrimonial. Simplesmente, uma conclusão desse tipo implica fazer resultar automaticamente a ausência de causa jurídica a partir do requisito da obtenção do enriquecimento à custa de outrem no âmbito do enriquecimento por intervenção, o que implica deixar de atribuir relevo dogmático a este conceito nesta categoria de enriquecimento sem causa” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 894-895). O autor arremata: “É, efetivamente, preciso reconhecer que o elemento central no âmbito do enriquecimento por intervenção reside antes na obtenção do enriquecimento à custa de outrem, o que atribui ao conceito de ausência de causa jurídica um significado mais rudimentar, pelo que, demonstrado que alguém se ingeriu no conteúdo da destinação de uma posição juridicamente protegida do empobrecido, há apenas que averiguar se no âmbito das relações jurídicas entre enriquecido e empobrecido, existe alguma situação que legitime a manutenção do enriquecimento na esfera do enriquecido, como, por exemplo, um contrato celebrado, a posterior aprovação da conduta, ou uma permissão legal de ingerência,” (Ibid., p. 895). Parece ser o caso, em realidade, de reconhecimento de que a configuração do requisito da *ausência de justa causa* para fins de deflagração do dever de restituir o lucro da intervenção (como, aliás, da generalidade das hipóteses de enriquecimento sem causa) não se perfaz com a mera análise da inexistência de título jurídico em sentido formal e tradicional. Afigura-se imprescindível, ao revés, a promoção do juízo de merecimento de tutela para que se possa concluir sobre a justiça ou injustiça do enriquecimento à luz da legalidade constitucional.

restituir.

A civilística contemporânea fornece exemplo a um só tempo controverso e emblemático para a discussão atinente à possibilidade de cumulação das parcelas restitutória e indenizatória. Trata-se do fenômeno denominado *inadimplemento eficiente*, entendido, em formulação sintética, pelo inadimplemento contratual que suscita ao contratante inadimplente a obtenção de alguma vantagem patrimonial, seja pela alocação economicamente mais eficiente dos recursos que haveria de destinar ao cumprimento do contrato, seja pela conclusão de diverso vínculo contratual que lhe traz mais vantagens do que aquelas que adviriam do contrato originariamente celebrado.<sup>605</sup> A ilustrar o questionamento relevante ao presente ponto do raciocínio, pode-se indagar: ao contratante que vem a se encontrar – deliberadamente ou não – em situação de inadimplemento eficiente pode ser imposta, além da obrigação de ressarcir as perdas e danos sofridas pelo credor (pré-fixadas ou não em cláusula penal compensatória), uma obrigação de restituir a vantagem que houver aferido em razão do inadimplemento contratual?

Trata-se de questão extremamente complexa e controversa, para a qual sequer a análise econômica do direito parece fornecer resposta segura.<sup>606</sup> Sem prejuízo a critérios mais específicos a serem elaborados pela civilística, o percurso inafastável do intérprete há de ser a promoção de um juízo de merecimento de tutela da situação do contratante que auferir vantagem na sequência do enriquecimento. Tal juízo apresentará a relevante utilidade de possibilitar a consideração de circunstâncias e valores mais relevantes em cada caso concreto, podendo-se vislumbrar, por exemplo, que a diversidade de setores ou ramos negociais não raramente afeta a concepção acerca da injustiça do enriquecimento obtido a partir do inadimplemento contratual. Não se confundem, por certo, a reação diante do lucro auferido pelo jogador de futebol que inadimple seu contrato originário em prol da celebração de contrato mais vantajoso com a reação ao fornecedor de gêneros alimentícios que descumpra a sua obrigação perante uma escola em prol da celebração de contrato

<sup>605</sup> Fernando Araújo sintetiza a problemática do inadimplemento eficiente: “(...) o ‘incumprimento eficiente’ é o incumprimento ‘lucrativo’ para o devedor, é aquele que: - ou o liberta de um cumprimento que se tornou desproporcionadamente oneroso, suscitando da parte do devedor um ‘efeito de substituição’, que é o de procurar destinos alternativos aos recursos que empregaria no cumprimento; - ou o envolve numa relação contratual com um terceiro que lhe traz benefícios superiores àqueles que lhe adviriam do cumprimento das suas anteriores obrigações contratuais, uma relação que, em suma, novamente torna relativamente oneroso o cumprimento inicialmente assumido” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 745).

<sup>606</sup> A ilustrar a referida dificuldade, veja-se a posição de Fernando Araújo acerca dos limites da eficiência do inadimplemento, distinguindo incumprimento oportunista de incumprimento não-oportunista: “Por outras palavras, do ponto de vista econômico a recusa oportunista de cumprimento é essencialmente uma expressão de poder monopolista, e por isso em princípio é eficiente desencorajá-la, enquanto que o incumprimento não-oportunista resulta da constatação de que aquilo que eram condições contratuais favoráveis no momento da celebração do contrato deixaram de sê-lo no momento em que é exigível o cumprimento das obrigações contratuais – não se afigurando ser necessário desencorajá-lo desde que estejam reunidos os pressupostos de uma ‘melhoria paretiana’” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, cit., p. 747). Para uma análise econômica da mitigação do prejuízo, em particular no que tange à teoria do inadimplemento eficiente, v. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 100 e ss.



mais vantajoso com grande rede de restaurante. Sem que se pretenda promover qualquer propósito punitivo, a presente conclusão busca apenas concretizar o imperativo metodológico de relatividade dos conceitos jurídicos.<sup>607</sup>

De qualquer modo, não se poderá cogitar da referida cumulação, por certo, quando não houver efetivo *lucro* por parte do interventor. Afirma-se, então, a partir de similar preocupação, que a restituição do lucro da intervenção, para além da hipótese de ausência de dano indenizável – em que não se verifica maior dúvida sobre a possibilidade teórica de restituição do lucro da intervenção por força da vedação ao enriquecimento sem causa –,<sup>608</sup> apenas tem lugar quando o *lucro* auferido pelo interventor for superior ao *dano* causado à vítima e titular do direito.<sup>609</sup> Em que pese o louvável esforço didático subjacente à referida proposição, a mesma parece não resistir a uma análise mais apurada do ponto de vista técnico. Isso porque, em realidade, o *lucro* somente pode ser aferido após o abatimento de todas as despesas atinentes ao desenvolvimento da atividade. Antes desse abatimento, talvez se possa falar em *faturamento*, mas certamente não em *lucro*, assim entendido o

<sup>607</sup> A propósito, v. TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. [Syn]Thesis, vol. 5, n. 1, 2012, p. 17.

<sup>608</sup> Díez-Picazo exemplifica a hipótese de lucro da intervenção sem a verificação de dano indenizável: “Un medio de difusión (p. ej. una cadena de televisión) utiliza, para construir un guión o serial, un original literario cuya propiedad intelectual pertenece a una determinada persona y lo hace sin recabar la autorización de ésta. El hecho es reprobable, pero puede ocurrir que no sólo no ocasione daño, sino que produzca un importante beneficio, si, como suele ocurrir, el serial televisivo determina un importante aumento de las ventas del libro que hasta ese momento era poco difundido. En este caso, no hay daño, sino beneficio, por lo cual no cabe la acción de indemnización. Sin embargo, el enriquecimiento obtenido con la utilización indebida de una propiedad intelectual ajena es injustificado y se debe al titular del derecho el lucro que el autor de la intromisión obtenga, descontados por supuesto los gastos que se hubieran tenido que realizar para obtener tal lucro” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*, cit., p. 50). Em tradução livre: “Um meio de difusão (por exemplo, uma cadeia de televisão) utiliza, para construir um programa ou série, um original literário cuja propriedade intelectual pertence a uma determinada pessoa e o faz sem obter a autorização desta. O fato é reprovável, porém pode ocorrer que não só não ocasione dano, mas que produza um importante benefício, se, como costuma ocorrer, a série televisiva determinar um importante aumento das vendas do livro que até esse momento era pouco difundido. Neste caso, não há dano, mas sim benefício, pelo que não cabe a ação de indenização. Sem embargo, o enriquecimento obtido com a utilização indevida de uma propriedade intelectual alheia é injustificado e se deve ao titular do direito o lucro que o autor da intromissão obtiver, descontados, logicamente, os gastos que se houverem tido que realizar para obter tal lucro”. Vale ressaltar que a presente cogitação sobre a existência ou não de dano indenizável se restringe à seara patrimonial. Tal ressalva faz-se relevante para se ressaltar que a possível ausência de dano patrimonial indenizável em nada afeta a provável ocorrência de dano moral indenizável, como sucede, por exemplo, diante de lesão aos direitos morais de autor.

<sup>609</sup> Sérgio Savi afirma que em algumas hipóteses “(...) as regras tradicionais da responsabilidade civil podem não ser suficientes enquanto sanção pela violação de um interesse merecedor de tutela. O ato do interventor pode não causar danos ao titular dos bens ou direitos. Quando causar danos, os lucros obtidos pelo interventor podem ser superiores aos danos causados à vítima. Na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil, pois para que se conceda a indenização é indispensável que a vítima tenha efetivamente experimentado um prejuízo. (...) Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico” (SAVI, Sérgio. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, cit., p. 57).

resultado final positivo após a dedução das despesas em relação ao montante arrecadado.<sup>610</sup>

Precisamente nesse sentido – a identificar o *lucro* como o resultado do abatimento de todas as despesas em relação ao montante do faturamento – concluiu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 710.376/RJ. Tratava-se de caso de uso indevido de marca, tendo as instâncias de origem concluído, no que importa ao presente estudo, pela condenação do interventor ao pagamento de indenização por lucros cessantes no montante correspondente às importâncias auferidas pela venda do produto com uso indevido da marca litigiosa, deduzidos apenas os tributos incidentes sobre o período controverso. O titular da marca usurpada ajuizou, então, recurso especial alegando, a propósito da quantificação dos lucros cessantes, que o acórdão do Tribunal local haveria incorrido em violação do artigo 210, inciso II, da Lei de Propriedade Industrial, tendo interpretado incorretamente o referido dispositivo legal ao estabelecer como “benefícios” auferidos os valores tidos com a venda dos produtos, deduzidos apenas os tributos. Ao apreciar o caso, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu por unanimidade o voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, que assim concluiu acerca da conceituação dos *benefícios* a que alude o inciso II do referido artigo 210:

Com efeito, conquanto os lucros cessantes sejam determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, pelo uso indevido de sua marca, não se pode interpretar a expressão ‘benefícios auferidos pelo autor da violação’ de modo a calcular a indenização conforme o valor total auferido com os produtos vendidos. Esse não é o critério previsto na lei, que deve ser interpretado de forma restritiva, fazendo-se coincidir, nesse caso, o termo ‘benefícios’ com a idéia de ‘lucros’. Ainda que as mercadorias tivessem sido produzidas e vendidas pelos próprios titulares do direito de propriedade industrial violado, os benefícios auferidos seriam menores do que o montante tido com a possível venda dos produtos, face os custos de produção, transporte, mão de obra e demais despesas fiscais.<sup>611</sup>

<sup>610</sup> Ao comentar a quantificação dos lucros cessantes, Gisela Sampaio da Cruz Guedes fornece útil definição do lucro como o faturamento abatido das despesas: “Se a finalidade de toda a reparação de danos patrimoniais é, de fato, fazer com que o lesado não fique numa situação nem melhor nem pior do que a que estaria se não fosse o evento danoso, então o julgador terá que ter um cuidado especial com a reparação dos lucros cessantes, para não deixar de computar, no cálculo da indenização, eventuais despesas operacionais, bem como outros gastos que o lesado teria em condições normais. A despeito de sua aparente dificuldade, esta assertiva é perfeitamente justificável – e decorre do próprio conceito de lucro (faturamento menos despesa)” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., pp. 302-303).

<sup>611</sup> STJ, REsp. 710.376/RJ, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 15/12/2009, publ. 02/02/2010. A decisão restou assim ementada: “PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA. INDENIZAÇÃO POR DIREITOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. CRITÉRIO DE CÁLCULO. (...) 2. No caso de uso indevido de marca, com intuito de causar confusão ao consumidor, o entendimento predominante desta Corte é que a simples violação do direito implica na obrigação de ressarcir o dano. Precedentes. 3. Conquanto os lucros cessantes devidos pelo uso indevido da marca sejam determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, conforme o art. 210, caput, da Lei 9.279/96, o critério de cálculo previsto na lei deve ser interpretado de forma restritiva, fazendo-se coincidir, nesse caso, o termo ‘benefícios’ presente no inciso II, do art. 210, com a idéia de ‘lucros’. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido”.

A partir de tais considerações, pode-se afirmar, em retorno à questão específica sobre a cumulabilidade das parcelas indenizatória e restitutória, que a delimitação do *lucro* auferido pelo interventor pressupõe o prévio abatimento do montante porventura desembolsado a título de indenização pelo uso do bem ou direito alheio.<sup>612</sup> De fato, não faria sentido reconhecer a existência de lucro quando a situação patrimonial do interventor após a intervenção se revelar idêntica ou mais gravosa do que aquela existente anteriormente à intervenção. Em tais hipóteses, caso imposta a *restituição* do *lucro* da intervenção, na verdade estar-se-ia impondo injustificada condenação à *indenização pelo prejuízo* da intervenção.<sup>613</sup> O presente raciocínio reforça a ideia de que a vedação ao enriquecimento sem causa – neste ponto, à semelhança da responsabilidade civil – não se presta, por vocação, a propósitos punitivo-pedagógicos, mas tão somente à justa recomposição dos patrimônios.<sup>614</sup> Em suma, apenas se poderá cogitar de *lucro* a ser restituído quando a medida da indenização não abarcar todo o proveito econômico auferido em decorrência da intervenção em bem ou direito alheio.<sup>615</sup>

Pode-se concluir, então, que quando uma determinada situação fática preencher

---

<sup>612</sup> Para uma análise crítica da proposta de limitação da restituição aos danos causados ao titular do direito, v. GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., p. 74. Tal advertência pretende indicar a necessidade de a restituição do enriquecimento sem causa não se limitar ao montante dos danos porventura verificados. De qualquer modo, o certo é que somente se poderá falar em *lucro* após o desconto da parcela indenizatória, sob pena de injustificado *bis in idem* em desfavor do interventor. Vale ressaltar a possibilidade – conquanto certamente não automática – de a intervenção em bem ou direito alheio produzir o denominado dano pela privação do uso. Para um relato das propostas de configuração do referido dano, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 107, set.-out./2016, *passim*.

<sup>613</sup> Francisco Manuel Pereira Coelho esclarece: “Se a intervenção é culposa e preenche os demais pressupostos da responsabilidade civil, o interventor será obrigado a indenizar o titular do direito, nos termos gerais. O enriquecimento do primeiro é então coberto pelo dano do segundo” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 8). Em sentido semelhante, Sérgio Savi afirma: “Para concluir, pode-se afirmar que, nos casos de enriquecimento por intervenção, o titular do direito poderá cumular a pretensão de enriquecimento sem causa com a pretensão de responsabilidade civil. O que ele não poderá fazer é pedir duas vezes a mesma quantia, uma vez a título de dano sofrido e outra de enriquecimento obtido pelo autor da lesão. Na prática, o titular do direito deverá buscar a maior quantia entre o dano por ele sofrido e o enriquecimento obtido pelo réu” (SAVI, Sérgio. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, cit., p. 121).

<sup>614</sup> A sustentar a rejeição dos danos punitivos no âmbito da responsabilidade civil e a necessidade de recurso ao enriquecimento sem causa para a resolução da problemática do lucro da intervenção, v. BARBOSA, Mafalda Miranda. Reflexões em torno da responsabilidade civil, cit., pp. 583 e ss. A autora assevera: “A chamada à colação do enriquecimento sem causa serve, apenas e só, para mostrar que, mesmo negando a condenação do agente num dano punitivo, é possível prover pela correta ordenação dos bens ao nível do ordenamento jurídico, evitando enriquecimentos injustos. Dito de outro modo, de nada serve tentar forçar o funcionamento do mecanismo ressarcitório em nome da justiça se, por outros meios, e salvaguardando a pureza dos institutos, se poderá chegar a resultados análogos, materialmente justos. Mais diretamente, o caráter apelativo do argumento mobilizado pelos defensores da uma função punitiva estrita da responsabilidade perde, neste sentido, a sua força persuasiva” (Ibid., pp. 587-588). Para o desenvolvimento da rejeição à função punitiva na seara do enriquecimento sem causa, remete-se ao item 1.3, *supra*.

<sup>615</sup> “O enriquecimento que a instituição da responsabilidade civil não tiver deslocado será transferido através das normas do enriquecimento sem causa. Hipótese em que terá havido uma simples consumpção impura de normas. Nestes termos, o enriquecimento do lesante será suprimido através de dois institutos. Primeiro, indirectamente, através das normas da responsabilidade civil. Depois, se subsistir uma parcela de enriquecimento, esta será removida directamente por meio do instituto do enriquecimento sem causa” (CAMPOS, Diogo Paredes Leite de. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, cit., p. 52)

simultaneamente os pressupostos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, diversas – e cumuláveis, porque autônomas – haverão de ser as pretensões relacionadas.<sup>616</sup> Ressaltam-se, com isso, as distinções funcionais entre os institutos em comento e evita-se uma indesejável aproximação de qualquer deles a um caráter punitivo genérico. A presente conclusão acerca da cumulabilidade das pretensões indenizatória e restitutória parece não importar maiores dúvidas após a assunção da premissa teórica de qualificação funcional das obrigações no direito civil. Maiores dúvidas na presente matéria se encontrarão, por outro lado, na quantificação da obrigação de restituir o lucro da intervenção, terceira ordem de repercussão da presente proposta de qualificação da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa.

A vinculação funcional da restituição do lucro da intervenção ao regime jurídico obrigacional do enriquecimento sem causa – o que se evidencia pela incidência direta da cláusula geral do dever de restituir – aponta, em primeiro lugar, para a prevalência do enriquecimento real, em oposição ao enriquecimento virtual ou hipotético, pelas razões expostas no item 2.1, *supra*. Afastam-se, com isso, eventuais juízos hipotéticos, privilegiando-se, ao revés, a investigação da concreta repercussão da intervenção sobre o patrimônio do interventor, o que frequentemente indicará um valor distinto daquele referente ao mero preço médio de mercado para utilização do bem.<sup>617</sup>

A enunciação de critérios para a quantificação da obrigação restitutória a ser imposta ao interventor depende, nesse contexto, da sua compatibilidade com duas premissas fundamentais – a identificação do perfil funcional restitutório e a primazia do enriquecimento real. Da primeira premissa decorre a impossibilidade de consideração de critérios atinentes à promoção do perfil funcional indenizatório, cujo escopo central consiste na recomposição da situação patrimonial ou

---

<sup>616</sup> Nesse sentido, v. CAMPOS, Diogo Paredes Leite de. *Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil*, cit., pp. 46-47; COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., pp. 85-86; e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 208.

<sup>617</sup> A partir de semelhante preocupação no sentido de não restringir o montante da restituição ao valor objeto de uso da coisa, afirma-se, embora com referência aos atributos de *patrimonial* e *real* do enriquecimento em sua acepção tradicional: “Se pensarmos o que é propriamente o enriquecimento sem causa no lucro da intervenção chegaríamos à conclusão de que ele deve partir do enriquecimento real, ou seja, o bem ou o direito apropriado ou consumido por outrem sem qualquer justificativa legal – essa parcela obrigatoriamente deveria ser restituída ao locupletado. Entretanto, quando o enriquecimento patrimonial for maior que o enriquecimento real, seria isso suficiente? Entra em discussão, após a restituição do enriquecimento real, a porcentagem a ser paga decorrente desta apropriação, no caso, a parcela do enriquecimento patrimonial, que será os efeitos do bem ou direito locupletado sobre o patrimônio do interventor” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. *A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa*, cit., p. 152). Precisamente com base na noção tradicionalmente difundida na doutrina brasileira, já se afirmou em outra sede que somente o enriquecimento patrimonial teria o condão de resolver a problemática do lucro da intervenção (SILVA, Rodrigo da Guia. *Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil*, cit., pp. 12-13), embora a preocupação sempre tenha sido a de ressaltar a insuficiência de análise que restrinja o conteúdo do enriquecimento ao mero valor médio do bem sobre o qual se interveio. Afigura-se fundamental, com efeito, a investigação da vantagem patrimonial concretamente auferida pelo interventor, vantagem essa que corresponde, com a maior precisão conceitual esclarecida neste estudo (v. item 2.1, *supra*), efetivamente ao próprio critério do enriquecimento real (em oposição ao do enriquecimento virtual ou hipotético).

pessoal da vítima de um dano injusto. O escopo central da função restitutória, diversamente, consiste na restauração de patrimônio injustificadamente incrementado, do que se depreende a incompatibilidade, *a priori*, de critérios relevantes na seara da responsabilidade civil para a compreensão do enriquecimento sem causa.

Da segunda premissa supramencionada (a primazia do enriquecimento real, em oposição ao virtual ou hipotético) decorre a necessidade de formulação de critérios que auxiliem o intérprete na delimitação do enriquecimento concreta e injustificadamente obtido à custa do patrimônio do titular do direito explorado. O presente esforço parece consistir, em realidade, em uma tentativa de elucidação do pressuposto de *obtenção à custa de outrem*, o qual, conjugado com o requisito do *enriquecimento*, desempenha papel central para a definição do *quantum debeat*.

Entre outros critérios já aventados em doutrina para a quantificação da obrigação restitutória tendo por referência a específica hipótese do lucro da intervenção, particular destaque merece o critério do *nexo de causalidade*. A esse respeito, afirma-se que a doutrina alemã originalmente entendia a exigência de causalidade com base na teoria da equivalência dos antecedentes (ou teoria da *conditio sine qua non*), concluindo que o titular do direito faria jus à restituição integral do lucro obtido pelo interventor.<sup>618</sup> Tal conclusão, contudo, não parece ser a mais adequada à luz do direito brasileiro, em provável semelhança com o que se verifica na seara da responsabilidade civil.<sup>619</sup> a prevalecer, na seara restitutória, entendimento assemelhado àquele da teoria da equivalência dos antecedentes no âmbito da responsabilidade civil, acabaria por se concluir que toda e qualquer vantagem obtida pelo interventor deveria ser restituída ao titular do direito caso este houvesse sido

---

<sup>618</sup> Neste ponto, vale destacar a tese pioneira de Fritz Schulz, segundo o relato de Francisco Manuel Pereira Coelho: “A obrigação de restituir estender-se-ia a todo o lucro causado pela intervenção no patrimônio do interventor – a quanto aí estivesse mas lá não estaria se a intervenção não se tivesse dado – e visaria a reconstituir no patrimônio do devedor uma tal situação hipotética, aquela em que o devedor estaria se não tivesse praticado a ação de intervenção que lhe trouxe o lucro” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 62). Ainda sobre a proposição de Fritz Schulz, pertinente o relato GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 180-182.

<sup>619</sup> A propósito da rejeição contemporânea à teoria da equivalência das condições, v., por todos, MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*, cit., p. 55; e CARBONNIER, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: PUF, 2004, p. 2.287.

originariamente violado, ainda que em remota posição em uma extensa cadeia causal.<sup>620</sup>

Ainda no que tange ao critério do *nexo de causalidade* para a quantificação da obrigação restitutória em hipótese de lucro da intervenção, maior sorte parece assistir a proposições que perquiram o *grau de contribuição causal* de cada um dos fatores concorrentes para a produção do enriquecimento do interventor.<sup>621</sup> Trata-se, em suma, de perquirir – à semelhança do verificado na seara da responsabilidade civil por força da teoria da causalidade direta e imediata – o concreto grau de contribuição da conduta própria do interventor e do direito explorado na cadeia causal de produção do lucro da intervenção.<sup>622</sup> Busca-se, assim, conjugar a repressão ao enriquecimento injustificado com a promoção do valor social do trabalho e da iniciativa do interventor, o que, em termos técnicos do direito restitutivo, corresponde ao esforço de precisão conceitual daquilo que se deve entender por enriquecimento *obtido à custa de outrem*. O montante do enriquecimento que decorra da conduta do próprio interventor não pode, por certo, ser reputado *obtido a partir de*

---

<sup>620</sup> No âmbito do direito português, Francisco Manuel Pereira Coelho afirma em tom contundente que “(T)anto em geral como no plano do nosso direito, a posição de Schulz não deve aceitar-se” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 62). O autor conclui: “O alcance do reparo, que muitas vezes se faz à tese de Schulz, de que esta leva longe demais a responsabilidade do interventor não deve certamente exagerar-se, pois a exigência de que interceda uma relação de causalidade entre a intervenção e o *Eingriffserwerb* já põe um limite apreciável à obrigação de restituir o lucro da intervenção, a qual não existirá se não puder, ou na medida em que não possa, afirmar-se uma tal relação de causalidade” (Ibid., p. 63. Nota de rodapé n. 120). Em sentido contrário ao ora proposto, afirma-se: “No âmbito dos direitos de personalidade, coloca-se também com especial acuidade o problema da determinação do objecto da obrigação de restituição do enriquecimento. Parece, no entanto, que face ao art. 479, nº 1, a restituição não pode abranger mais do que o valor que representa aproveitamento do direito de personalidade, não havendo lugar à restituição de todos os ganhos obtidos pelo interventor. Efectivamente o aproveitamento das qualidades ou capacidades do interventor ou da sua organização empresarial não se encontra destinado ao titular do direito de personalidade, nem se pode considerar como contingente à utilização do direito violado. Daí que o regime da restituição do enriquecimento determine apenas a restituição do valor da utilização do direito violado, apenas podendo ocorrer a restituição dos ganhos obtidos com a violação mediante a aplicação do princípio da gestão de negócios imprópria” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 750-751). Parece mais adequado entender, em sentido diverso, que a contribuição causal do interventor seja sempre levada em consideração, o que justifica, contudo, que a restituição seja limitada ao “valor da utilização do direito violado”. Não se prescinde, portanto, da avaliação do concreto grau de contribuição causal de cada fator concorrente para a produção do enriquecimento do interventor.

<sup>621</sup> “Outro critério seria a maior consideração do nexo causal entre a titularidade do direito ou bem locupletado sobre o lucro criado em comparação com a conduta do interventor, verificando-se a proporção em que cada um contribuiu para produzir o lucro” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. *A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa*, cit., p. 153). A partir de idêntica ordem de preocupação, Cláudio Michelin Jr. exemplifica: “(...) o valor a ser restituído não é uniforme. Assim, a restituição devida por utilização não autorizada da imagem de um famoso ator por uma cadeia de supermercados será maior do que a restituição devida pelo uso não autorizado da imagem de alguém cuja imagem tem pouco valor de mercado por uma pequena empresa” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 204).

<sup>622</sup> “Para temperar uma avaliação rígida do enriquecimento patrimonial, é essencial a aferição, no caso concreto, do grau de contribuição das partes para a produção do lucro, de forma a obviar a restituição integral do lucro de intervenção ao titular do direito e impedir o raciocínio abstrato e determinista de que, como o interventor não teria conseguido outro bem que fosse apto à produção daquele lucro, deveria ele proceder à restituição integral do lucro da intervenção” (LINS, Thiago Drummond de Paula. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*, cit., p. 189).

*patrimônio alheio.*<sup>623</sup>

Vale fazer menção, por fim, ainda em prol da elucidação de critérios para o cálculo do lucro da intervenção, ao critério da boa-fé ou má-fé subjetiva por parte do interventor.<sup>624</sup> Afirma-se, nessa linha de sentido, que, diante da ausência de critérios específicos para a quantificação do lucro da intervenção, resultaria mais compatível com o sistema positivo brasileiro o reconhecimento da relevância do referido critério subjetivo.<sup>625</sup> Aplicar-se-iam por analogia, assim, as previsões legais que elencam a boa-fé ou má-fé subjetivas do interventor como critério relevante para a quantificação de hipóteses específicas de restituição, como se verifica, por exemplo, na disciplina dos efeitos da posse em relação às benfeitorias (artigos 1.219 e 1.222 do Código Civil).

Tal linha de entendimento ostenta o relevante mérito de promover uma maior concretização da cláusula geral do dever de restituir (ao menos na modalidade de lucro da intervenção) em compatibilidade direta com critérios expressamente adotados pelo legislador para hipóteses específicas de restituição. Aponta-se, contudo, a existência de risco subjacente a tal proposição teórica, uma vez que a expansão imoderada da relevância da má-fé subjetiva poderia traduzir, ainda que inconscientemente, a consagração de propósitos punitivos no interior do instituto do enriquecimento sem causa, com possível desvirtuamento da sua precípua função restitutória.<sup>626</sup> Em

<sup>623</sup> Exemplifica-se o raciocínio ora proposto: “Imagine-se, por exemplo, que A é um aluno de economia e, por algumas análises no mercado de capitais, encontre o momento perfeito para especular. Ele, desesperado em busca de capital, vai a diversos bancos. Contudo, por sua aparente inexperiência, não obtém nenhum recurso. A, então, maliciosamente, engana B (de forma que, posteriormente, mostrou-se inescusável) e toma para si um montante de x e, finalmente, aplica o dinheiro. Em um intervalo curto, atinge-se a soma de 200x. A má-fé dele, com base no critério anterior, já justificaria conceder a B um valor superior ao enriquecimento real (x). Justificaria, todavia, a devolução da integralidade do enriquecimento patrimonial obtido (200x)? Notamos, aqui, a imprescindibilidade do bem de B para a obtenção de todo o patrimônio de A, mas como poderíamos, dado o exemplo, dispensar a aguda destreza de A, seu próprio trabalho? O critério do grau de contribuição causal permitiria, nessas situações, considerar não apenas o ânimo do interventor, mas também os limites que necessitamos dar à ‘noção rígida do nexa de causalidade’” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa, cit., p. 153).

<sup>624</sup> A ilustrar a adoção de referido critério, v., por todos, na doutrina contemporânea, COHEN, Fernanda; SAAB, Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção, cit., p. 143.

<sup>625</sup> “Uma das hipóteses discutidas doutrinariamente consideraria o comportamento do interventor, que pode ser viabilizado pela utilização da boa-fé subjetiva, em analogia às suas menções no Código Civil para casos específicos de intervenção. É o que se observa, por exemplo, no tratamento dos frutos colhidos de bens alheios (arts. 1214-1220), das construções e plantações em terrenos ou com materiais de outrem (arts. 1255-1256), e ainda nos regimes da tradição (art. 1268), da confusão, da comissão e da adjunção (arts. 1272-1274). (...) tendo em vista que a ausência de critérios tem levado parte da doutrina a recorrer a critérios próprios da responsabilidade, atribuindo-a ainda função punitivo-pedagógica, resta mais plausível a analogia com um critério utilizado pelo legislador de forma recorrente no âmbito dos direitos reais, os indícios de seu comportamento, elementos estritamente casuísticos, do fato frente aos fenômenos do lucro da intervenção. Ambas as figuras, como exposto, poderiam conceder parte de seu lucro ao locupletado, mas a porcentagem concedida, entretanto, haverá de ser menos gravosa para um (interventor de boa-fé) do que para o outro (interventor de má-fé)” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa, cit., pp. 152-153).

<sup>626</sup> Em sentido crítico, afirma-se: “Estender por analogia a regra da má-fé fora das hipóteses legalmente previstas poderia importar em tornar o lucro da intervenção um instrumento sancionatório, o que, pelo menos, não é imune de críticas. Fundamentar a restituição do lucro de intervenção, com base na prática de um ato eivado de má-fé fora das hipóteses legais (que atendem, pois, a regras próprias) ou de um fato ilícito, não nos parece a solução mais adequada” (LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*, cit., p. 174).

uma conjugação das preocupações inerentes a cada uma das referidas formulações teóricas – valorização do dado normativo *versus* afastamento de propósitos punitivos –, talvez se possa esboçar conclusão no sentido de que o critério da boa-fé ou má-fé subjetiva do interventor fornece simplesmente mais um indício da (in)justiça do enriquecimento, cuja configuração final dependerá, em qualquer caso, da análise da compatibilidade da situação do interventor com a tábua axiológica constitucional.



## CONCLUSÃO

O presente estudo almejou, em síntese essencial, expor e, na medida do possível, elucidar problemas referentes à qualificação do enriquecimento sem causa no direito brasileiro. Tal propósito foi perseguido por meio de uma análise funcional da obrigação restitutória – análise essa capaz de apartar o perfil funcional restitutivo daqueles executório e indenizatório. O referido escopo central talvez sirva como indício emblemático das dificuldades ínsitas à empreitada, as quais não raramente se limitam a importar para a seara do enriquecimento sem causa os desafios e resistências usualmente impostos à concretização das premissas da metodologia civil-constitucional. A tais desafios ordinários se acrescentam alguns outros, ora decorrentes da compreensão (a)histórica do instituto, ora decorrentes das dificuldades de enfrentamento sistemático da pretensão restitutória. Nesse panorama de constantes desafios metodológicos, as principais proposições conclusivas da investigação podem ser assim sintetizadas:

### **I. Sobre a qualificação funcional da pretensão restitutória à luz da vedação ao enriquecimento sem causa:**

**i) Crítica à noção tradicional de subsidiariedade do instituto.** Um esforço de análise crítica do percurso histórico do enriquecimento sem causa no direito brasileiro, em referência às codificações de 1916 e 2002, permite afirmar que a recorrente enunciação da regra da subsidiariedade da vedação ao enriquecimento sem causa padece, em sua gênese, da importação, para a disciplina de um instituto positivado, dos atributos tradicionalmente associados à categoria dos princípios gerais do direito. Tal percepção revela que, sem embargo da revisitação crítica da própria categoria normativa mencionada, não se pode exportar para a inteira tarefa hermenêutica de qualificação dessa figura a noção de subsidiariedade, como se ao intérprete fosse facultado qualificar as obrigações à luz de um recorte do ordenamento jurídico. Por tais razões, a subsidiariedade deve ser dissociada do instituto da vedação ao enriquecimento sem causa (sob pena de deturpação do processo de qualificação da pretensão restitutória) e compreendida como pressuposto negativo de configuração da cláusula geral do dever de restituir.

**ii) Fontes das obrigações e regimes jurídicos obrigacionais.** No cenário contemporâneo de não taxatividade das obrigações, todo fato jurídico, em linha de princípio, ostenta aptidão para a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas obrigacionais, exigindo-se, em qualquer caso, compatibilidade com a tábua axiológica constitucional, do que se extrai a percepção de ser a lei (no sentido amplo de legalidade) a fonte mediata de todas as obrigações no direito civil. À luz dessas premissas, uma possível relevância do estudo das fontes das obrigações consiste na identificação de regimes jurídicos obrigacionais gerais que coincidam com as principais funções desempenhadas

pelas obrigações em relação ao interesse promovido por cada uma delas em concreto. Enunciam-se, assim, os regimes obrigacionais gerais do negócio jurídico, da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, conforme se configurem, respectivamente, as funções executória, indenizatória ou restitutória.

**iii) Perfil funcional restitutivo.** Diferentemente dos perfis funcionais executório – vocacionado à promoção de um regulamento privado de interesses – e indenizatório – destinado à recomposição do estado patrimonial ou moral da vítima de um dano injusto, o perfil funcional restitutivo promove a recondução da situação patrimonial de uma pessoa àquele estado em que deveria se encontrar caso não houvesse se verificado o fato gerador do enriquecimento injustificado, sem inclusão indiscriminada de propósitos punitivos. A individualização do perfil funcional restitutivo permite o reconhecimento das obrigações submetidas ao regime geral da vedação ao enriquecimento sem causa, diferenciando-se, com particular destaque, aquelas submetidas ao regime da responsabilidade civil.

## **II. Sobre a configuração contemporânea da cláusula geral do dever de restituir:**

**iv) Papel desempenhado pela cláusula geral na conformação do instituto do enriquecimento sem causa.** A cláusula geral contida no artigo 884 do Código Civil assume papel central – embora não exclusivo – na conformação dogmática da vedação ao enriquecimento sem causa no direito brasileiro. Da análise da legislação se depreende, com efeito, a opção do legislador nacional pela compatibilização da técnica legislativa das cláusulas gerais com aquela regulamentar, o que se manifesta pela possibilidade de a obrigação restitutória encontrar fundamento imediato no mencionado artigo 884 ou em previsão legal específica, sem prejuízo, em qualquer caso, à identificação do perfil funcional restitutivo apto a atrair a incidência do regime obrigacional geral do enriquecimento sem causa.

**v) Pressupostos de configuração da cláusula geral do dever de restituir.** Os requisitos enunciados pelo *caput* do artigo 884 – enriquecimento, obtenção à custa de outrem, ausência de justa causa – e pelo artigo 886 – subsidiariedade – assumem, respectivamente, a qualidade de pressupostos positivos e negativo de configuração da cláusula geral do dever de restituir. Vislumbra-se, nada obstante, a possibilidade de recurso ao desenvolvimento conferido pela civilística a tais pressupostos também para a compreensão de obrigações restitutórias não fundamentadas na cláusula geral, sempre respeitadas, por certo, as opções expressas do legislador para a disciplina de hipóteses específicas de restituição.

**vi) Rejeição do enriquecimento extrapatrimonial e do enriquecimento hipotético.** A análise dos dispositivos legais concernentes ao enriquecimento sem causa revela, ao menos em linha geral, a impossibilidade de reconhecimento da relevância do enriquecimento extrapatrimonial ou

mesmo daquele virtual ou hipotético (normalmente associado à enganosa designação de “enriquecimento patrimonial”). Justifica-se, ao revés, a enunciação de dois atributos fundamentais do enriquecimento restituível – a patrimonialidade e a realidade –, de modo a suscitar a revisitação do entendimento tradicional que pugna pela primazia do enriquecimento dito *patrimonial* em detrimento daquele designado como *real*.

**vii) Rejeição do empobrecimento e revisitação da teoria do duplo limite.** A compreensão da função restitutória característica do instituto do enriquecimento sem causa conduz à superação do empobrecimento por parte do titular do direito como requisito supostamente relevante para a deflagração ou quantificação do dever de restituir. Em respeito à função primordial do instituto, a operatividade da cláusula geral deve depender fundamentalmente da concreta repercussão do fato gerador do enriquecimento sobre o patrimônio do enriquecido, ressalvada, por certo, a possibilidade de o legislador estabelecer a relevância do empobrecimento para a quantificação de específicas obrigações restitórias. Justifica-se, nessa linha de sentido, a revisitação da dualidade de critérios ínsita à tradicional teoria do duplo limite, ela própria aparentemente concebida para conter a atuação do critério dito *patrimonial* (i.e., hipotético ou virtual), resultando mais adequado ao sistema brasileiro a prevalência geral do enriquecimento real (i.e., efetivo e concreto).

**viii) Injustiça do enriquecimento à luz da legalidade constitucional.** A funcionalização do pressuposto de ausência de justa causa à tábua axiológica constitucional torna possível cogitar, à semelhança do fenômeno verificado na doutrina da responsabilidade civil (em que se enunciou o giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto), de uma mudança paradigmática do enriquecimento sem justa causa (no sentido estrito e formal de título jurídico idôneo) ao enriquecimento injusto. A ausência de título jurídico idôneo passa a ser vista, assim, como indício da injustiça – e subsequente restituibilidade – do enriquecimento, sem que se possa prescindir, em qualquer caso, da ponderação de todos os demais valores relevantes no caso concreto.

**ix) Contornos da regra da subsidiariedade da cláusula geral do dever de restituir.** As significações tradicionalmente atribuídas à regra da subsidiariedade – evitar fraude à lei e estabelecer a atuação excepcional do instituto do enriquecimento sem causa para tutela da vítima de um dano injusto – não parecem se revestir de especificidades aptas a dotar de conteúdo próprio o artigo 886 do Código, por decorrerem ou bem da vedação geral do sistema jurídico a atos fraudulentos ou bem da distinção funcional entre as obrigações no direito civil. O escopo contemporâneo da regra da subsidiariedade contida no artigo 886 do Código Civil sinaliza, em realidade, para a vedação à aplicação direta da cláusula geral nas hipóteses em que o legislador houver dispensado disciplina própria para a específica obrigação restitutória. Compreende-se, assim, que a subsidiariedade da cláusula geral do dever de restituir em nada afeta a autonomia da vedação ao enriquecimento sem

causa como autônomo regime jurídico obrigacional (“fonte de obrigações”), do que decorre a impossibilidade de a regra da subsidiariedade obstar a adequada qualificação das obrigações que ostentem o perfil funcional restitutivo.

### **III. Sobre as perspectivas de sistematização da pretensão restitutória:**

**x) Esforço de precisão conceitual.** A tentativa de superação da imprecisão conceitual em matéria de designação da pretensão restitutória traduz autêntico corolário da premissa metodológica de qualificação e distinção funcional das obrigações no direito civil brasileiro, uma vez que a significação atribuída a cada significante linguístico repercute diretamente na identificação do regime obrigacional aplicável. Nesse contexto, parece recomendável a superação da interpretação meramente literal em prol de uma análise dinâmica, capaz de destacar a função própria de cada obrigação, à luz da tripartição fundamental das obrigações em tornos das funções executória, indenizatória e restitutória.

**xi) Aspectos relevantes para uma disciplina sistemática das restituições.** A imprecisão conceitual da legislação nacional se associa, em larga medida, à ausência de um tratamento sistemático às obrigações restitutórias, o que parece remontar à dificuldade preliminar na compreensão do papel desempenhado pela vedação ao enriquecimento sem causa no quadro geral de fontes das obrigações. O esforço de sistematização assume acentuada relevância, então, mais do que para a mera organização didática da matéria, sobretudo para a enunciação de respostas à omissão legal em aspectos tais como a definição do termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a obrigação restitutória, a individualização do prazo prescricional das pretensões restitutórias não decorrentes da cláusula geral do dever de restituir, a determinação do *quantum debeatur* das obrigações restitutórias e a investigação da possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e indenizatória.

**xii) Aplicações em matéria de pretensão restitutória deflagrada pela invalidade negocial.** Apesar da atecnia na redação do artigo 182 do Código Civil, reconhece-se, em aplicação concreta do raciocínio proposto acerca da qualificação funcional das obrigações, que a principal pretensão deflagrada pela pronúncia judicial da invalidade do negócio jurídico tem natureza restitutória. Sujeita-se, por isso, ao prazo prescricional trienal previsto no artigo 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil, ressalvada, por certo, a possibilidade de o legislador estabelecer prazos distintos para hipóteses específicas de restituição. Nas hipóteses específicas de anulabilidade, o prazo decadencial para alegação do vício, quando menor que o prazo prescricional da pretensão restitutória, parece limitar, em termos práticos, o alcance deste último. A natureza restitutória deve ser levada em conta, ainda, para fins de modulação das consequências da pronúncia judicial da invalidade, nos casos em que se verificar que as prestações realizadas com base no ato infirmado

ocasionaram um enriquecimento reputado *justo* à luz da tábua axiológica constitucional.

**xiii) Lucro da intervenção e unidade funcional do instituto do enriquecimento sem causa.** Em exemplificação derradeira da presente proposta de qualificação funcional da pretensão restitutória, demonstra-se o enquadramento jurídico do lucro da intervenção como modalidade de enriquecimento sem causa. De tal conclusão decorrem, entre outras consequências, a sujeição da pretensão de restituição do lucro da intervenção ao prazo prescricional trienal e o reconhecimento da possibilidade de cumulação das pretensões restitutória e indenizatória. A problemática do lucro da intervenção presta-se, ainda, à revisitação da tradicional controvérsia acerca da divisão ou da unidade do instituto do enriquecimento sem causa, destacando-se a aptidão da função restitutória à exigência de um tratamento unitário ao instituto.

As proposições conclusivas ora enunciadas não pretendem ostentar qualquer conotação de definitividade, razão pela qual possivelmente haveria de resultar mais técnica a referência ao mero *esboço* de aspectos relevantes para a complexa e inarredável tarefa de qualificação funcional da pretensão restitutória. Espera-se, ao final do percurso metodológico ora trilhado, que o presente estudo possa fornecer subsídios para a releitura, em perspectiva funcional, da vedação ao enriquecimento sem causa. Superadas, por fim, as razões que conduziram ao desprestígio tradicionalmente desfrutado pelo enriquecimento sem causa, talvez sirva o presente estudo, embora deliberadamente limitado ao fenômeno restitutório, a conclamar a atenção da civilística para a constante necessidade de releitura funcional dos institutos de direito privado, em geral, e das obrigações, em particular.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Luís Vasconcelos. A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Uma breve comparação luso-alemã. In: RAMOS, Rui Manuel de Mora *et alii* (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2002.
- ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*. Padova: CEDAM, 2005.
- ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*. Coimbra: Almedina, 1996.
- ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 54, abr.-jun./2005, pp. 161-172.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.
- \_\_\_\_\_. Do enriquecimento sem causa. *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. Do enriquecimento sem causa. *Revista dos Tribunais*, v. 259, mai./1957, pp. 3-36.
- ALVIM, Rafael da Silva. Contornos conceituais do princípio de vedação do enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 5, n. 11, jan.-abr./2016, pp. 55-84.
- AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa* (dos institutos em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado). São Paulo: Academica, 1933.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, a. 49, vol. 300, out./1960, pp. 7-37.
- ANDREOLI, Giuseppe. *L'ingiustificato arricchimento*. Milano: Giuffrè, 1940.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. Tome Quatrième. 4. ed. Paris: Marchal et Billard, 1871.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. Volume II. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. Compensação (Direito civil) [Verbetes]. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 16. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Volume II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1964.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 81, 2005, pp. 511-600.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Filipe Brito. O enriquecimento forçado no regime da gestão de negócios e a tutela do enriquecido de boa fé. *O direito*, a. 143, n. I, 2011, pp. 135-147.

- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Volume I. São Paulo: Max Limonad, 1957.
- BÉGUET, Jean-Pierre. *L'enrichissement sans cause*. Paris: Sirey, 1945.
- BENEDETTI, Alberto Maria. Le autodifese contrattuali (artt. 1460-1462). In: SCHLESINGER, Piero (Fund.); BUSNELLI, Francesco D. (Coord.). *Il Codice civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.
- \_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. 8. ed. Atual. Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Volume I. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Pólis, 1989.
- BRECCIA, Umberto. Le obbligazioni. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1991.
- BOUDOT, Michel. La classification des sources des obligations au tournant du 20<sup>e</sup> siècle. In: MANNINO, Vincenzo; OPHELE, Claude. (Coords.). *L'enrichissement sans cause: la classification des sources des obligations*. Paris: LGDJ, 2007.
- BRANCO, Elcir Castello. Indenização [verbete]. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 43. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. Responsabilidade civil por ruína de prédios. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BUDISHTÉANO, D. *De l'enrichissement sans cause*. Paris: Ernest Sagot, 1920.
- CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016.
- CAEMMERER, Ernst Von. Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause. *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n. 3, jul.-set./1966, pp. 573-592.
- CALLEGARI, André Luís. [Verbete] In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- \_\_\_\_\_. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974.
- CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 42, 1982, pp. 39-55.
- \_\_\_\_\_. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. *Revista dos Tribunais*, a. 71, vol. 560, jun./1982, pp. 259-266.
- CAPEROCHIPI, José Antonio Álvarez. *El enriquecimiento sin causa*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

- CAPITANT, Henri; TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2008.
- CAPUCHO, Fábio Jun. Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, a. 4, n. 16, out.-dez./2003, pp. 9-27.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil. Volume II*. Paris: PUF, 2004.
- CARRESI, Franco. Il contratto. In: MENGONI, Luigi (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale. Volume XXI. Tomo 2*. Milano: Giuffrè, 1997.
- CERVEIRA, Fernanda Pessôa. Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, a. 11, n. 44, out.-dez./2002, pp. 141-167.
- COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado, commentado e analisado*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial. Volume 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Dissolução da união de facto e enriquecimento sem causa. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 145, n. 3395, nov.-dez./2015, pp. 109-125.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970.
- \_\_\_\_\_. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.
- COHEN, Fernanda; SAAB, Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil. Volume II*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil português. Volume II. Tomo III*. Coimbra: Almedina, 2010.
- CORNU, Gérard (Coord.). *Vocabulaire juridique*. 10. ed. Paris: PUF, 2014.
- CORTESE, Barbara. *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato: modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*. Padova: CEDAM, 2009.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- D'ADDA, Alessandro. Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento. *Rivista di Diritto Civile*, II, 2000, pp. 529-571.
- D'AMELIO, Mariano (a cura di). *Nuovo Digesto Italiano. Volume XVIII*. Torino: UTET, 1939.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil. Volume I*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- DEFRENOIS-SOULEAU, Isabelle. La répétition de l'indu objectif. Pour une application sans erreur de l'article 1376 du code civil. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, abr.-jun./1989, pp. 243-267.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Volume 1*. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.



- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DRAGO, Guilherme Araujo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, vol. 48, out.-dez./2011, pp. 69-101.
- DRAKIDIS, M. Philippe. La subsidiarité, caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, out.-dez./1961, pp. 577-615.
- DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 9. ed. Barueri: Manole, 2015.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Atual. Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira et alii. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.
- FERREIRA, José G. do Valle. *Enriquecimento sem causa*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1949.
- \_\_\_\_\_. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, a. XIV, n. 3 (nova fase), out./1963, pp. 29-38.
- FERREIRA, Maria Teresa Tabora Rosa. *A tutela dos direitos de propriedade industrial pelo enriquecimento sem causa*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2013.
- FIGUEIREDO, Antonio Borges de. Devolução de valores – repetição em dobro pelos bancos. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e de Consumidor*, a. IX, n. 49, fev.-mar./2013, pp. 5-12.
- FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 65. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. Volume 4. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- \_\_\_\_\_. *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- FRANCISCO, Caramuru Afonso. O enriquecimento sem causa nos contratos. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- FROTA, José Eduardo da Rocha. Ação de enriquecimento sem causa. *Revista de Processo*, n. 36, out.-dez./1984, pp. 43-78.
- FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. (1922). 12. ed. Atual. Marco Aurélio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- GALLO, Paolo. Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori). 2. ed. In: SACCO, Rodolfo (*a cura di*). *Trattato di diritto civile*. Torino: UTET, 2008.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2011.
- GARCEZ, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos: de acordo com o Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- GARRIDO, Manuel J. García. Caducidad de los efectos del contrato y pretensión de restitución. La experiencia española. In: VACCA, Letizia (*a cura di*). Torino: G. Giappichelli, 2006.
- GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Paris: Dalloz, 2004.
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- GIANNOTTE, Claudia. Arricchimento senza causa. In: CENDON, Paolo (*a cura di*). *Trattario di diritto civile: titoli di credito, gestione di affari, ripetizione di indebito, arricchimento*. Milano: Giuffrè, 2014.
- GIGLIO, Francesco. *The Foundations of Restitution for Wrongs*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atual. Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito de família*. 14. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direitos reais*. 18. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- \_\_\_\_\_. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. Volume I. São Paulo: Max Limonad, 1951.
- \_\_\_\_\_. *Princípio de direito civil luso-brasileiro*. Volume II. São Paulo: Max Limonad, 1951.
- GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *A posse como direito autônomo: teoria e prática no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, abr.-jun./2000, pp. 3-25.
- GORÉ, François. *L'enrichissement aux dépens d'autrui: source autonome et générale d'obligations en droit privé français – essai d'une construction technique*. Paris: Dalloz, 1949.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Volume I. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; LGOW, Carla Wainer Chalhó. Prescrição extintiva: questões

- controversas. In: TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- GUERRINI, Luca. *Le restituzioni contrattuali*. Torino: G. Giappichelli, 2012.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JORGE, Aimate. Inflation in Enrichment Claims: Reflections on the Brazilian Civil Code. *Journal of Civil Law Studies*, vol. 6, 2013, pp. 553-589.
- JORGE, Pessoa. *Direito das obrigações*. Volume 1. Lisboa: AAFDL, 1975/1976.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Volume I. Tomo II. Trad. Santiago Chunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cía, 1950.
- KATAOKA, Eduardo Takemi. *Vedação ao enriquecimento sem causa como princípio: sobre o sistema jurídico e os princípios a propósito da vedação ao enriquecimento sem causa*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2000.
- KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito UERJ: direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- \_\_\_\_\_. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, vol. 4, mar.-abr./2014, pp. 83-104.
- \_\_\_\_\_. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 43, jul.-set./2010, pp. 34-75.
- \_\_\_\_\_. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. *Revista de direito civil contemporâneo*. No prelo.
- \_\_\_\_\_. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, a. 1, n. 2, 2012, pp. 1-24.
- KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005.
- LAGOS, Rafael Núñez. *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*. Madrid: Reus, 1934.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- \_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Schuldrechts. II Band*. 7. ed. München: C. H. Beck, 1965.
- \_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

- LEITÃO, Alexandra. Da aplicação do instituto do enriquecimento sem causa à invalidade dos contratos da Administração Pública. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 31, jan.-fev./2002, pp. 13-21.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- \_\_\_\_\_. O enriquecimento sem causa no Código Civil de 1966. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Volume III. Lisboa: Coimbra Editora, 2007.
- \_\_\_\_\_. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996.
- \_\_\_\_\_. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista CEJ*, n. 25, abr.-jun./2004, pp. 24-33.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 51, 2010, pp. 101-120.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LIMA, Alvino. Arras: restituição do sinal em dobro. *Doutrinas essenciais: Obrigações e contratos*. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Texto originalmente publicado na Revista dos Tribunais 165/461 de fev./1947.
- LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil*. Volume II. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1999.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MAJO, Adolfo di. Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti. *Rivista Critica del Diritto Privato*, a. XII, n. 3, jul.-set./1994, pp. 291-328.
- MALAUURIE, Marie. *Les restitutions en droit civil*. Paris: Cujas, 1991.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Droit des obligations*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Droit des obligations*. 8. ed. Paris: LGDJ, 2016.
- MALUF, Carlos Roberto. Pressupostos do pagamento indevido. *Revista Forense*, a. 73, vol. 257, jan.-mar./1977, pp. 379-385.
- MARSANO, Isabella. Arricchimento senza causa. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata: Rivista Bimestrale delle Nuove Leggi Civile Commentate*, vol. 76, out./1938, pp. 537-561.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. Direito restitutivo. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidade e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e *dies a quo*.

*Revista dos Tribunais*, a. 104, vol. 956, jun./2015, pp. 257-295.

\_\_\_\_\_. Prefácio a SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATTIETTO, Leonardo. A simulação no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. *Revista do Ministério Público*, n. 40 (nova fase), jan.-jun./1998, pp. 47-74.

\_\_\_\_\_. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, out.-dez./2016, pp. 243-276.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado: comentário à Súmula 322 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, pp. 385-402.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONATERI, Pier Giuseppe; GIANTI, Davide; CINELLI, Luca Siliquini. Danno e risarcimento. In: MONATERI, Pier Giuseppe (Coord.). *Trattato sulla responsabilità civile*. Torino: G. Giappichelli, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações (1ª parte)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro em tema de usucapião*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

\_\_\_\_\_. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul.-set./2016, pp. 8-30.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, vol. 309, mar./1990, pp. 33-61.

\_\_\_\_\_. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

- MOSCATI, Enrico. *La disciplina generale delle obbligazioni*. Torino: G. Giappichelli, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*. Padova: CEDAM, 2012.
- MOSOIU, Marcel. *De l'enrichissement injuste: étude de droit comparé*. Paris: Édouard Duchemin, 1932.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Volume 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NANNI, Giovanni Ettore. Dívida externa e princípios gerais do direito: uma visão do direito civil obrigacional. *Revista de Informação legislativa*, a. 40, n. 160, out.-dez./2003, pp. 245-260.
- \_\_\_\_\_. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.
- \_\_\_\_\_. Promessa de fato de terceiro. Coligação contratual e extinção do contrato pela frustração de seu fim. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, out.-dez./2016, pp. 279-310.
- NEGREIROS, Teresa. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 55, n. 3, dez./1995, pp. 757-845.
- NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2015.
- \_\_\_\_\_. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações: Generalidades – Espécies*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. Tripartição fundamental das obrigações: obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. *Jurisprudência Catarinense*, a. XXI, n. LXXII, 1993, pp. 93-106.
- NOVA, Giorgio De (*a cura di*). *Le restituzioni contrattuali*. Padova: CEDAM, 2012.
- OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, pp. 1-19.
- OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; KOSIAWY, Stefany Guerra. Devolução em dobro e a exigência judicial da prova da má-fé: constatação a partir do descumprimento da boa-fé objetiva. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 109, jan.-fev./2017, pp. 423-442.
- PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*. São Paulo: [s.n.], 1975.
- PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de droit civil belge*. Tome II. 2. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1948.
- PEPPEL, Leo. Les classifications des sources des obligations chez les juristes romains. In: MANNINO, Vincenzo; OPHELE, Claude. (Coords.). *L'enrichissement sans cause: la classification des sources des obligations*. Paris: LGDJ, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I. 24. ed. Atual. Maria Celina

Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Volume III. 16. ed. Atual. Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Volume IV. 22. ed. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. Volume V. 22. ed. Atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento. *Rassegna di diritto civile*, vol. 4, 2004, pp. 1.061-1.087.

\_\_\_\_\_. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999.

\_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PLANIOL, Marcel. Classification des sources des obligations. *Revue Critique*, 1904, pp. 224-237.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français. Première Partie. Tome VI*. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930.

PONTES, Evandro Fernandes de. Breves notas sobre indenização por benfeitorias nas locações imobiliárias. *Revista de Direito Privado*, vol. 67, jul./2016, pp. 187-209.

POSEZ, Alexis. La subsidiarité de l'enrichissement sans cause: étude de droit français à la lumière du droit comparé. *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, n. 2, 2014, pp. 185-246.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Tome I<sup>er</sup>. Paris: Debure, 1761.

PROENÇA, José Carlos Brandão. À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa. *Cadernos de Direito Privado*, n. 50, abr.-jun./2015, pp. 3-21.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

REALMONTE, Francesco. Eccezione di inadempimento [verbete]. *Enciclopedia del diritto*. Volume XIV. Milano: Giuffrè, 1958.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1986.

RESCIGNO, Pietro. Ripetizione dell'indebito [verbete]. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coords.). *Novissimo Digesto Italiano*. Volume XV. 3. ed. Torino: UTET, 1957.

RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 3, 1904, pp. 727-796.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito civil*. Volume II. São Paulo: Max Limonad, 1964.

- \_\_\_\_\_. Fraude à lei [verbete]. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 38. São Paulo: Saraiva, 1977.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*? *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 6, n. 14, jan.-abr./2017, pp. 11-31.
- SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità estracontrattuale*. Torino: UTET, 1959. Ristampa inalterata: Centro Stampa Università de Camerino, 1980.
- SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XII. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente no ponto de vista prático*. Volume XV. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- SCHILLER, Cristiano O. S. B. O enriquecimento sem causa no contexto da teoria do fato jurídico. *Revista de direito privado*, vol. 71, nov./2016, pp. 279-291.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- \_\_\_\_\_. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 2, vol. 6, abr.-jun./2001, pp. 159-182.
- \_\_\_\_\_. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, out.-dez./2016, pp. 9-27.
- SCHULZ, Fritz. System der Rechte auf den Eingriffserwerb. *Archiv für die civilistische Praxis*, 105. Bd., H. 1, 1909, pp. 1-488.
- SCONAMIGLIO, Renato. Indennità [verbete]. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Coords.). *Novissimo Digesto Italiano*. Volume VIII. Torino: UTET, 1962.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. Atual. Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SILVA, José Marcelo Tossi. Juros legais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*, a. 5, n. 2, 2016, pp. 1-25.
- \_\_\_\_\_. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 107, set.-out./2016, pp. 89-122.



\_\_\_\_\_. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, a. 18, v. 78, jun./2017, pp. 43-83.

\_\_\_\_\_. Um olhar civil-constitucional sobre a “inconstitucionalidade no caso concreto”. *Revista de Direito Privado*, vol. 73, jan./2017, pp. 31-62.

SIMLER, Philippe. *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*. Paris: LexiNexis, 2016.

SIRENA, Pietro. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Orgs.). *Diritto civile*. Volume III: obbligazioni. Tomo I: il rapporto obbligatorio. Milano: Giuffrè, 2009.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54, abr./2013, pp. 65-98.

\_\_\_\_\_. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58, abr./2014, pp. 75-110.

\_\_\_\_\_. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, 2015, pp. 1-26.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*, a. 5, n. 1, 2016, pp. 1-37.

\_\_\_\_\_. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência. *Pensar*, vol. 22, n. 2, mai.-ago./2017, pp. 469-499.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A restituição do lucro da intervenção nos casos de violação aos direitos da personalidade: uma questão entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2015.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

\_\_\_\_\_. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. *[Syn]Thesis*, vol. 5, n. 1, 2012.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crônica de uma ilegalidade anunciada. Editorial à *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27, jul.-set./2009, pp. iii-v.

\_\_\_\_\_. Prescrição da nulidade em instrumento de cessão de créditos. *Soluções práticas de direito: pareceres*. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. Princípio da reparação integral e quantificação das perdas e danos derivadas da violação do acordo de acionistas. *Soluções práticas*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. Volume 14. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código Civil comentado*. Volume IV. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. Notas sobre o termo inicial dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil. *Scientia Iuris*, vol. 21, n. 1, mar./2017, pp. 55-86.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 28, dez./2015, pp. 1-24.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2013.

TESCARO, Mauro. *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità: la rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*. Padova: CEDAM, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Volume III. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Padova: CEDAM, 2013.

TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto privato*. 19. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

TRINDADE, Marcelo. Enriquecimento sem causa e repetição de indébito: observações à luz do Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 18, abr.-jun./2004, pp. 235-261.

VARANO, Edoardo. La classification des sources des obligations dans le Code de 1942. In: MANNINO, Vincenzo; OPHELE, Claude. (Coords.). *L'enrichissement sans cause: la classification des sources des obligations*. Paris: LGDJ, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VECCHI, Paolo Maria. Les classifications des sources des obligations dans le Code de 1865. In: MANNINO, Vincenzo; OPHELE, Claude. (Coords.). *L'enrichissement sans cause: la classification des sources des obligations*. Paris: LGDJ, 2007.

VECCHIO, Giorgio Del. *Los principios generales del Derecho*. 2. ed. Trad. Juan Ossorio Morales.

Barcelona: Bosch, 1948.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 200.

VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 8. ed. Paris: Sirey, 1959.

ZACHARIAE, C.-S. *Cours de droit civil français. Tome Second*. Trad. Aubry e Rau. 2. ed. Bruxelles: Société Belge de Librairie, 1842.