

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

j.m. antunes varela

No Código Civil de 2002,
 Sim há um capítulo
 próprio referente ao "enrique-
 cimento sem causa".

Seção IV

Enriquecimento sem causa

56. O princípio do enriquecimento sem causa e a sua inserção sistemática no direito civil brasileiro.

O Código Civil não inclui o *enriquecimento sem causa* (ou do *não locupletamento à custa alheia*) no elenco das fontes das obrigações. Essa designação (ao invés do que sucede com os *contratos*, as *declarações unilaterais de vontade* e com os *atos ilícitos*) não encabeça nenhum dos títulos que integram o *Livro das Obrigações*.

Há, todavia, no capítulo do pagamento, uma seção especialmente consagrada ao *pagamento indevido* (arts. 964 e segs.), que a doutrina aponta como um dos casos típicos da *obrigação de restituir* fundada no enriquecimento sem causa. E há também, dispersas por diferentes lugares do Código Civil e da legislação extravagante, várias soluções manifestamente inspiradas no mesmo princípio, embora a lei lhe não refira formalmente o nome.

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

Por uma questão de método, convém analisar primeiro o *caso particular de enriquecimento sem causa*, especialmente

regulado na lei civil, que é o *pagamento indevido*, e só depois encarar, em toda a sua amplitude, o *instituto geral* em que o *pagamento indevido* se integra.

Subsecção I

Pagamento indevido

57. Noção.

"Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido, diz o artigo 964, fica obrigado a restituir.

A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição".

Trata-se de uma *nova fonte* de obrigações, visto a obrigação de restituir, a que a disposição se refere, não provir de um contrato, nem de uma declaração unilateral de vontade, nem de um ato ilícito praticado por qualquer das partes. A situação da qual brota a obrigação de restituir tem uma fisionomia diferente.

Em que consiste tal situação?

Em alguém (*solvens*) efetuar uma prestação a outrem (*accipiens*), com a intenção de solver uma dívida sua, vindo posteriormente a apurar-se que o autor da prestação não era devedor. Se o *autor da prestação* não era devedor, porque a dívida nunca existiu, porque a dívida existiu mas já tinha sido extinta ou porque a dívida não existe ainda, nem se sabe se virá a existir (dívida sujeita a condição suspensiva, que ainda se não verificou), há um *pagamento objetivamente indevido*. Se, pelo contrário, a dívida existe, mas o devedor é um terceiro, e não a pessoa que pagou, julgando-se erroneamente devedora, há um *pagamento subjetivamente indevido*.

A primeira situação referem-se os artigos 964 e seguintes; a segunda é especialmente tratada no artigo 969.

58. *Pressupostos da obrigação de restituir.*

Em face da noção do *pagamento indevido* e do disposto na seção (arts. 964 e segs.) que trata da matéria, vários requisitos são necessários para que o *accipiens* seja obrigado a restituir e para que o *solvens* tenha o direito de repetir a prestação efetuada.

No caso do pagamento objetivamente indevido, os pressupostos da obrigação de restituir são os seguintes: a) realização de uma *prestação* ("Todo *aquele que recebeu...*"); b) *intenção de cumprir* uma obrigação ("Ao que voluntariamente *pagou...*", diz o art. 965) e não a de efetuar uma *liberalidade* ou constituir um *crédito*, por ex.; c) *inexistência* da dívida ("... o que *lhe não era devido...*"; "Ao que *pagou o indevido...*"); d) *erro* do *solvens* (acerca da existência da dívida: art. 965).

No respeitante à inexistência da dívida, há dois casos em que, apesar de a dívida não existir, o *autor da prestação* não goza do direito de repetição contra quem a recebeu (art. 970).

O primeiro é o de, tendo a dívida existido, a sua extinção posterior se ter operado pela *prescrição*. O segundo é o de, não existindo embora a dívida (civil), haver por detrás do pagamento uma *obrigação natural*.

No primeiro caso, atende-se ao fato de a dívida não ter sido efetivamente paga, nem compensada, e à intenção provável do *solvens* de, efetuando a prestação depois de extinta a obrigação, renunciar ao benefício de um instituto que, moralmente, suscita justificadas reservas às pessoas de boa formação. No segundo, respeita-se um dos traços fundamentais da obrigação natural, que é o da não repetibilidade da prestação espontaneamente efetuada pelo *naturaliter obligatus*.

Note-se, aliás, que a obrigação prescrita constitui um dos exemplos típicos da obrigação natural.

No tocante ao *erro*, a razão justificativa da sua exigência e do ônus probatório expressamente consignado no artigo 965 assenta na presunção de que a pessoa que faz a prestação, *sabendo que a tal não era obrigada*, quis realizar uma *liberalidade indireta* e não merece, de qualquer modo, a tutela concedida a quem só por erro entregou a coisa ou praticou o fato.

A presunção não é inteiramente fundada, porque não faltam casos em que a pessoa paga *na dúvida* sobre a existência da dívida, ou persuadida até da inexistência desta, com o simples intuito de evitar a ação judicial da outra parte ou o risco da sua condenação (injusta), por não dispor do necessário documento de quitação.

A verdade, porém, é que, em face dos termos categóricos do artigo 965 (injustificadamente mantidos no art. 913 do projeto de 1975 do Código Civil), não parece fácil ladear a presunção legal.

59. *Objeto da restituição.*

Como a dívida que a prestação visava satisfazer não existe (no caso do pagamento objetivamente indevido), o *accipiens* terá de restituir aquilo que recebeu, nos termos do artigo 964: a coisa móvel ou imóvel que *lhe* foi entregue; o valor do fato com que se locupletou à custa do *solvens*.

A *extensão* do dever de restituição depende, no entanto, da *boa* ou *má fé* com que o presuntivo credor tenha agido, visto o artigo 966 mandar aplicar à restituição fundada na inexistência da dívida os princípios relativos à posse, em matéria de *frutos*, *acessões*, *benfeitorias* e *deteriorações* sobrevindas à coisa.

Se tiver agido de boa fé, e enquanto de boa fé se mantiver, o *accepiens* terá direito a conservar os frutos *percebidos* (naturais, industriais ou civis), a ser indenizado das *benfeitorias necessárias* e *úteis* que tenha efetuado (podendo reter

a coisa enquanto a indenização lhe não for paga) e a levantar as benfeitorias *voluptuárias*, desde que não haja detrimento da coisa; e não responderá pela *perda* ou *deterioração* da coisa, salvo se dela for *culpado*.

Se, pelo contrário, tiver agido de *má fé* (recebendo a prestação de coisa ou de fato que *sabia* não lhe ser devida), será obrigado a restituir, além da coisa, os frutos *percebidos* e os frutos *percipiendos*, não lhe assistirá o direito de indenização das benfeitorias úteis nem o direito de levantamento das benfeitorias voluptuárias, e responderá pela *perda* ou *deterioração* da coisa, ainda que devidas a caso fortuito ou de força maior, salvo se provar que uma ou outra se teria dado, estando a coisa na posse do autor da prestação.

O *accipiens* de boa fé terá, assim, de restituir apenas aquilo com que *realmente* se tenha *locupletado* à custa do autor da prestação indevida; o *accipiens* de má fé terá de restituir *tudo quanto recebeu* (quer lhe tenha ou não servido de real proveito), *acrescido* do que normalmente poderia ter recebido.

60. Alienação posterior da coisa recebida.

Pode, entretanto, acontecer que a coisa indevidamente entregue tenha sido alienada (a terceiro) por quem a recebeu.

Quando assim seja, levanta-se um conflito delicado de interesses entre a pessoa *que pagou por erro* (e pretende recuperar a coisa entregue) e o *terceiro que adquiriu a coisa* (e pretende, naturalmente, conservá-la no seu patrimônio).

Distinguindo as várias situações possíveis por detrás de tal conflito, no caso de ser imóvel a coisa indevidamente entregue, a lei concede preferência ao interesse do *solvens*, reconhecendo-lhe o direito de reivindicar a coisa (contra o adquirente), quando o terceiro a tenha adquirido *a título gratuito*, ou quando a tenha adquirido de *má fé*, posto que a título oneroso (art. 968, § único).

Nos casos restantes, o *autor da prestação* gozará apenas dum direito de indenização contra o alienante; indenização que terá por objeto o *preço* pago pelo adquirente, se o alienante tiver agido de *boa fé*; e que poderá abranger o valor do imóvel, acrescido de perdas e danos, se o alienante tiver obrado de *má fé*.

Sempre que haja lugar à reivindicação do imóvel, incumbe ainda ao alienante o dever de assistir o reivindicante na retificação do registro (art. 967).

61. Pagamento subjetivamente indevido.

São diferentes as conseqüências que desencadeia o pagamento da dívida *existente*, mas feito por quem *erroneamente* se julgava ser o devedor. É o caso do marido que paga dívida da mulher, por infundadamente supor que se tratava de dívida dele, ou da dívida duma sociedade que o gerente paga do seu bolso particular, julgando tratar-se de débito próprio e não da sociedade.

Quando assim seja, o *solvens* goza, em princípio, do direito de repetição, nos termos em que a solução vale para o pagamento objetivamente indevido.

Pode, no entanto, suceder que o *accipiens*, verdadeiro credor, tenha praticado ou deixado de praticar certos atos, em conseqüência do pagamento, impossibilitando ou dificultando a realização efetiva do seu direito contra o verdadeiro devedor.

O artigo 969 contempla essa situação, protegendo o credor que, compreensivelmente, desguarneceu a tutela do seu direito.

O credor que, em conseqüência do pagamento efetuado em tais condições, inutilizou o título, deixou prescrever o crédito ou renunciou a garantias especiais que asseguravam o cumprimento da obrigação, não será forçado a restituir.

O autor da prestação terá, nesses casos, de exigir a restituição de quem se enriqueceu à sua custa, que foi o verdadeiro devedor, ou do fiador dele, que assegurou pessoalmente o cumprimento da obrigação.

Subsecção II

Teoria geral do enriquecimento sem causa

62. *Análise descritiva das situações geradoras de enriquecimento sem causa.*

A obrigação de restituir fundada no pagamento do indevido filia-se na idéia geral de que a ninguém é lícito enriquecer-se, sem causa justificativa, à custa de outrem.

Esse pensamento, latente ou explícito na generalidade dos sistemas jurídicos, transcende em larga medida o âmbito restrito do pagamento indevido.⁶⁹

O Código Civil brasileiro, porém, ao invés da orientação já adotada por algumas legislações da época, como o Código alemão (§§ 812 e segs.) e o Código suíço das obrigações (arts. 62 e segs.), não consagrou a obrigação de restituir como um efeito de toda a situação de enriquecimento sem causa justificativa. Não há no diploma nenhuma secção dedicada ao *enriquecimento sem causa*, nem ao *não-locupletamento* à custa alheia, que é expressão verbal diferente, mas tradutora do mesmo pensamento fundamental.⁷⁰

⁶⁹ "O pagamento indevido, observa no mesmo sentido SÍLVIO RODRIGUES (*op. cit.*, 2, n. 79, p. 161), constitui no plano teórico, apenas, um capítulo de assunto mais amplo, que é o enriquecimento sem causa."

⁷⁰ A expressão *enriquecimento sem causa* é especialmente inspirada nas *atribuições patrimoniais abstratas* (relativamente vulgares no Direito alemão) que carecem de *causa justificativa*. A

Da omissão, aparentemente voluntária, têm alguns autores extraído a conclusão de que o legislador não quis, de caso pensado, atribuir ao enriquecimento injusto a amplitude de que goza noutras legislações.

Quaisquer que tenham sido, no entanto, as cogitações de BEVILÁQUA⁷¹ e seus pares acerca da extensão do instituto (cogitações não traduzidas, aliás, em nenhum preceito legal vinculativo), elas não podem prevalecer contra as soluções que resultem, seja da interpretação das normas vigentes, seja da integração das lacunas do sistema.⁷² E há, na verdade, bastantes situações da vida rela, para além do pagamento indevido feito por erro, cujo tratamento jurídico só encontra cobertura sistemática adequada, no capítulo das fontes das obrigações, através da idéia do enriquecimento sem causa justificativa.

Algumas dessas situações encontram-se diretamente previstas na lei, que as regula, todavia, sem se aperceber do pensamento geral a que uma parte essencial da sua disciplina se deixa reconduzir, quer na sua definição dogmática, quer na sua localização sistemática.

É o que sucede, por exemplo, nos casos de *avulsão* (art. 541) e de *acessão imobiliária* (arts. 546 e segs.), da *especificação* (arts. 611 e segs.), da *confusão*, *comistão* ou *adjun-*

⁷¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 4 ed. 1936. § 37.

⁷² No mesmo sentido se pronunciam, entre outros, AGOSTINHO ALVIM, num estudo ainda hoje utilíssimo sobre a matéria (*Do enriquecimento sem causa*, na *Rev. Trib.*, 259, 1957, ns. 19 e segs., p. 14 e segs.); SÍLVIO RODRIGUES, *op. cit.*, 2, p. 163; GOMES, Orlando. *Obrigações*. n. 178, p. 289. Em sentido oposto, AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*, n. 59.

fórmula do *não-locupletamento à custa alheia* corresponde ao instituto paralelo dos sistemas jurídicos (de raiz napoleônica) em que, escasseando os negócios abstratos, só em casos de número bastante limitado há necessidade de corrigir os resultados de certos fatos jurídicos ou da aplicação de determinadas normas.

ção de coisas móveis (arts. 615 e segs.), das benfeitorias necessárias ou úteis realizadas pelo possuidor (arts. 516 a 519; cfr. art. 307) e do pagamento efetuado ao credor incapaz (arts. 157 e 936).

Em várias das hipóteses abrangidas por estas figuras, a lei atribui a determinadas pessoas, por força das circunstâncias, a propriedade de coisa alheia, mas obrigando o beneficiado a indenizar o outro proprietário.

O termo indenização, que a lei emprega sistematicamente em tais casos, poderá induzir o intérprete menos avisado no erro de supor que a obrigação imposta resulta dos princípios da responsabilidade civil. Mas duas razões fundamentais mostram que não é fundada a suposição: primeiro, porque a situação que a lei visa corrigir não procede muitas vezes de nenhum fato ilícito culposo do obrigado a indenizar, mas de meros fatos naturais (cfr. art. 541) ou de atos por ele praticados de boa fé (cfr. arts. 546, 611 e 614) ou de atos praticados pelo credor da pretensão indenização; depois, porque o verdadeiro objetivo da lei, numa interpretação racional dos seus comandos, não é o de reparar o dano sofrido pelo proprietário sacrificado, mas o de forçar o beneficiado a restituir aquilo com que ele fica locupletado à custa do outro.

Se, por exemplo, a espécie nova obtida pelo especificador valer menos, por qualquer circunstância, do que a matéria-prima utilizada, ele não será obrigado a repor o valor desta, mas apenas a parte do valor com que a matéria-prima contribui para o valor global da nova espécie.

Há um segundo núcleo de situações a que não pode deixar de aplicar-se também, por analogia, o regime do pagamento indevido, embora não preencham todo o condicionalismo próprio deste. É o caso das prestações efetuadas por virtude duma causa que deixou de existir ou para obter um efeito que não chegou a verificar-se.

Como exemplo da primeira variante pode citar-se o aluguel pago antecipadamente pela fruição da coisa locada, quando esta coisa venha a perecer sem culpa do locatário, na vigência da relação locativa; como exemplo da segunda, a doação para casamento, quando o matrimônio se não chega a realizar, ou a entrada efetuada por um dos futuros sócios para sociedade que não se chega a constituir.

Em nenhum dos casos haverá, rigorosamente, um pagamento determinado pelo erro acerca da existência de uma dívida. E em nenhum deles deixa de impor-se, com a mesma força, a restituição da prestação efetuada.

Um terceiro núcleo de situações do mesmo tipo — umas, inteiramente omissas na lei; outras, incompletamente reguladas — é o constituído pelos casos a que, na doutrina germânica, se dá a designação genérica de *intromissões no direito alheio* (*Eingriff in das fremde Recht*).

A intromissão ou ingerência nos bens alheios pode incidir sobre coisas móveis ou imóveis (uso, fruição, consumo ou alienação de coisas de outrem), sobre a propriedade intelectual (uso ou fruição das obras literárias, científicas ou artísticas de terceiro) ou sobre os próprios direitos de personalidade (uso do nome, imagem ou voz de alguém).

Pode, realmente, suceder que alguém consuma as bebidas ou fume os charutos destinados a outra pessoa e que, por engano, foram entregues na sua casa; que um indivíduo se instale em apartamento alheio, persuadido de que ele lhe pertence; que o pastor apascente o seu rebanho em lameiro do vizinho; que o comerciante afixe cartazes ou instale anúncios de propaganda dos seus produtos no telhado do prédio alheio; que a estação de televisão transmita uma peça sem autorização do autor; que uma casa comercial utilize abusivamente o nome ou a imagem dum artista na apresentação dos seus artigos; etc.

Em alguns dos casos apontados, a doutrina antiga apelava para os princípios da responsabilidade civil, na busca

da solução adequada. Mas a responsabilidade civil não se revela capaz de dar cobertura adequada a todas as situações de intromissão em direitos alheios.

Há casos em que a responsabilidade falha, seja por *não haver ilicitude* ou *culpa* na atuação do agente, seja por *falta de dano*. E a obrigação de restituir pode impor-se, quando, apesar disso, *haja enriquecimento de uma pessoa à custa da outra*, ou quando o *enriquecimento de um seja superior ao dano* sofrido pelo outro.

63. Continuação: *Casos de colisão de valores opostos simultaneamente tutelados pelo Direito. E não é tudo.*

Os casos de enriquecimento injusto, contra os quais a reação adequada é a obrigação de restituir imposta ao enriquecido, não provêm apenas das *situações de fato consumado*, como poderia supor-se em face da generalidade dos exemplos mencionados. Podem resultar também da necessidade de acautelar a segurança do comércio jurídico, de tutelar a *certeza* do Direito ou de proteger a *boa fé* das pessoas.

Há, efetivamente, muitos casos em que a única forma criteriosa de sanar o conflito suscitado entre as exigências destes valores, de importância vital para o comércio jurídico, e os postulados fundamentais da justiça comutativa, contrários ao locupletamento à custa alheia, consiste em respeitar a validade do ato gerador da situação do enriquecimento, por um lado, e em corrigir, por outro, mediante a obrigação de restituir a cargo do enriquecido, o resultado econômico injusto produzido por esse ato.

Alguns exemplos concretos ajudam a compreender o alcance da doutrina exposta.

Antônio, credor de Benedito, transmite *por cessão* o seu crédito a Carlos. A transmissão não vale, em relação a Benedito (devedor), nos termos do artigo 1.069, senão depois de

lhe ser notificada. A notificação não se fez, por hipótese; e Benedito, ignorando a cessão, pagou a dívida a Antônio.

Nesse caso, para proteger a boa fé do autor da prestação, a lei considera o devedor liberado, dando o pagamento por bem feito, apesar de a prestação ter sido entregue a quem já não era credor dela.

Mas o resultado injusto criado à sombra do pagamento válido — o enriquecimento obtido por Antônio à custa de Carlos, que deixou de poder exigir a prestação de Benedito — tem forçosamente de ser corrigido, através da obrigação de restituir adequada.⁷³

Hipótese análoga é a de o fiador de certa dívida, interpelado diretamente pelo credor, ter efetuado a prestação, mas sem avisar o devedor de que pagara, dando assim azo a que este pagasse (de novo) ao credor.

Nesse caso, o cumprimento efetuado pelo devedor tem de considerar-se como válido, em homenagem à sua boa fé. E a situação de enriquecimento injusto obtido pelo credor à custa do fiador (que perdeu o seu crédito sobre o devedor) terá de ser corrigida mediante a obrigação de restituir imposta ao enriquecido.

Tem alguma semelhança com os casos expostos a hipótese do pagamento feito a credor incapaz (art. 157). Quem paga a credor incapaz, paga mal. E quem paga mal, diz o antigo brocardo, paga duas vezes. Mas o novo pagamento ao representante legal poderia conduzir a uma situação de injusto enriquecimento, se o incapaz não fosse obrigado a restituir o valor com que efetivamente se tivesse enriquecido.

⁷³ Não é a anulação da cessão que constitui a solução adequada da hipótese. Se o cessionário (Carlos) tiver pago 50 para adquirir o crédito de 100, inesperadamente pago mais tarde pelo devedor ao cedente (Antônio), não é a restituição do preço (50), mas a entrega da soma (100) percebida pelo enriquecido, que Carlos tem o direito de exigir.

E é precisamente esse resultado injusto que visa impedir a restituição imposta no artigo 157 (cf. art. 936).

Situações do mesmo tipo se podem criar no domínio dos títulos de crédito,⁷⁴ cujo regime obedece a alguns princípios excepcionais, entre os quais o da *abstração* (na esfera das relações mediatas).

Assim, se Antônio tiver subscrito uma letra de câmbio para pagamento de mercadoria que a sociedade Belo Horizonte Ltda. lhe devia fornecer, e a letra tiver sido sucessivamente endossada a outras firmas, poderá a última portadora do título exigir o seu pagamento pelo aceitante, mesmo que Antônio não tenha recebido a mercadoria que a letra se destinava a pagar.

Mas, quando assim seja, o enriquecimento sem causa obtido pela firma faltosa (que, com o endosso do título e o ulterior pagamento do aceitante, se tenha liberado definitivamente duma obrigação em face do endossado) não pode deixar de ser retificado através da obrigação de restituir o valor com que ela, injustificadamente, se locupletou à custa alheia.

⁷⁴ E em muitos outros casos paralelos, entre os quais o da *impropriamente* chamada *anulação* dos atos praticados em fraude contra os credores. Se A, devedor insolvente ou em vias de insolvência, vender a B, por 500.000, um prédio que vale 750.000, os credores lesados poderão impugnar o ato, fazendo reverter o prédio ao acervo de bens sobre o qual se vão pagar.

E que direito tem B à restituição dos 500.000? Entra no rateio com os outros credores, para cobrança do crédito que lhe advém do disposto no artigo 158, quanto aos efeitos da nulidade?

E se dos 500.000, que ele pagou, se encontrarem ainda no patrimônio do devedor 200.000 ou 300.000, pagar-se-ão os restantes credores sobre o valor do prédio restituído à massa, acrescido daquela parte do preço? Ou deverá, pelo contrário, reconhecer-se a B um direito de separação relativamente à parte do preço encontrada (e *individualizada*) no patrimônio do devedor, com base no *enriquecimento sem causa* de outro modo obtido pelos credores de A?

64. As atribuições patrimoniais como campo de aplicação do enriquecimento sem causa.

As situações de enriquecimento sem causa, que a obrigação de restituir se destina a sanar, provêm muitas vezes de um *negócio jurídico*, celebrado por via de regra entre aquele que se enriquece e a pessoa à custa de quem o enriquecimento é obtido.

Assim sucede nos contratos bilaterais, em que uma das prestações já tenha sido efetuada, quando a outra se tornou impossível, por causa não imputável ao devedor (locação em que o aluguel foi pago adiantadamente e a coisa locada pereceu, entretanto, por caso fortuito ou de força maior). E assim acontece, também, nos contratos em formação, quando uma das partes realiza antecipadamente certa prestação e o contrato se não chega a concluir.

Outras vezes, porém, o enriquecimento provém de um ato jurídico não negocial, como o pagamento, ou de um simples ato material, como a plantação, a sementeira ou a construção feita em prédio alheio pelo gestor.

Casos há ainda em que o enriquecimento procede de um *ato de terceiro* ou de um *ato praticado pelo próprio enriquecido*.

Como exemplos da primeira espécie, pode citar-se o caso do pagamento efetuado pelo devedor ao credor aparente,⁷⁵ quer na hipótese da cessão não notificada, quer na do cumprimento pelo fiador, que não avisa oportunamente o devedor. Naquela hipótese o cedente enriquece-se, não à custa do *solvens*, mas do cessionário; nesta, o credor enriquece-se à custa do fiador, mas em consequência do pagamento efetuado pelo devedor.

⁷⁵ Quanto ao pagamento feito ao credor *putativo*, cfr. o disposto no artigo 935.

Como exemplos da segunda espécie, podem referir-se os casos de *intromissão nos bens jurídicos alheios*: indivíduo que utiliza na corrida de cavalos o cavalo pertencente ao amigo; pastor que apascenta o rebanho em lameiro do vizinho; estação de televisão que transmite, sem contrato, obra literária de certo autor.

Para cobrir todos estes tipos de situações, dir-se-á que o fenômeno do enriquecimento sem causa só pode instalar-se nas *atribuições patrimoniais*. Mas haverá que dar à noção de atribuição patrimonial um sentido muito amplo, abrangendo nela todas as situações por virtude das quais uma pessoa obtém certa vantagem de natureza patrimonial a expensas de outra, independentemente da natureza do ato donde elas procedem.

65. *Pressupostos da obrigação de restituir: A) Enriquecimento de alguém.*

A obrigação de restituir, fundada no injusto locupletamento à custa alheia, pressupõe a verificação cumulativa de três requisitos: a) *que haja um fato gerador de enriquecimento para alguém*; b) *que o enriquecimento proveniente desse fato careça de causa justificativa*; c) *que o enriquecimento tenha sido obtido à custa de quem requer a restituição* (ou de um seu antecessor).

O enriquecimento reveste, as mais das vezes, a forma de um *aumento do ativo patrimonial* (recepção da prestação não devida; benfeitorias realizadas pelo gestor; lucro proporcionado pela utilização de coisa ou direito alheio; etc.). Mas pode consistir também numa *diminuição do passivo* (cumprimento de dívida alheia, na errônea convicção de se tratar de dívida própria; pagamento do imposto de renda efetuado pelo gestor, com meios seus; pagamento realizado pelo acitante ao portador do título, que libera os demais subscritores; etc.).

E pode, por último, revestir ainda a forma da *poupança de uma despesa*. É o caso de alguém prestar alimentos a uma criança na errônea persuasão de esta ser o seu filho ou de ser o alimentante o parente sobre quem o encargo recai. O verdadeiro pai, ou o parente realmente mais próximo, enriquecem-se, nestes casos, na medida em que poupam uma despesa que lhes incumbia suportar.

No tocante a este primeiro requisito, para uma correta aplicação da lei, importa distinguir entre o *enriquecimento real* e o *enriquecimento patrimonial*.

Se um indivíduo se instalar, por erro, em casa alheia, o *enriquecimento real* é medido pelo aluguel normal do apartamento por ele ocupado, enquanto o *enriquecimento patrimonial* tem como ponto de referência o aluguel do apartamento que ele tomaria, se não fora o erro de que partiu.

No caso da pessoa que presta alimentos a outra, na convicção errônea de se tratar do seu filho, o *enriquecimento real* do verdadeiro pai consistirá nos gastos efetivamente feitos com o sustento, instrução e educação do filho, ao passo que o *enriquecimento patrimonial* tem por objeto as despesas que ele próprio faria com a mesma finalidade e que podem ser de menor montante, se o seu trem de vida for inferior ao do outro indivíduo.

O *enriquecimento patrimonial* é assim dado pela diferença entre a situação econômica em que o beneficiário se encontra (*situação real*) e aquela em que estaria, se não fora a atribuição patrimonial operada (*situação hipotética*).

A obrigação de restituir, fundada no *enriquecimento sem causa*, interessa o *enriquecimento patrimonial* e não o *enriquecimento real*, por ser aquele que retrata, com fidelidade, aquilo com que a pessoa realmente se locupletou à custa da outra.

Se Antônio, que fuma normalmente charutos de 5 cruzeiros, consome a caixa de 40 charutos de 20 cruzeiros destinados ao seu homônimo e entregues por lapso em sua casa,

a soma com que ele realmente se locupletou é de 200 (e não de 800), por ser essa a despesa que o fumador poupou nos seus gastos normais.

66. B) *Falta de causa justificativa.*

O segundo requisito necessário para que haja obrigação de restituir é o de que a atribuição patrimonial *careça de causa justificativa* — ou porque nunca a teve, ou porque, tendo-a tido inicialmente, a perdeu em momento posterior.

A causa do enriquecimento varia consoante a forma que reveste a atribuição patrimonial.

Se a atribuição consiste numa *prestação* destinada a *cumprir uma obrigação*, a sua *causa* consiste na *obrigação* que a prestação efetuada visa extinguir.

Se Antônio paga a Barnabé, por erro, uma dívida que já tinha satisfeito, ou se Carlos paga a Daniel, por falta de oportuna notificação, uma dívida, depois de o primitivo credor ter cedido o seu crédito a Eduardo, em qualquer dos casos a atribuição carece de causa, porque a obrigação que a prestação visava satisfazer já não existia, de todo em todo, ou já não existia na titularidade do *accipiens*.

Se o enriquecimento provier dum ato praticado pelo próprio enriquecido ao abrigo dum direito que se arroga, a causa da atribuição reside no direito invocado. Assim, se o co-herdeiro se instalar em certo apartamento que julga ter-lhe sido adjudicado na partilha da herança do pai, a ocupação do apartamento carece de *causa justificativa*, se na partilha não houver nenhuma cláusula que atribua tal direito ao co-herdeiro.

Mais difícil de definir é o conceito (de *causa*) nos casos em que a atribuição não reveste a forma do *cumprimento duma obrigação* ou do *exercício de um direito*. Em que consiste a falta de causa do enriquecimento, quando a atribuição resulta da própria lei (avulsão, acessão imobiliária, especificação, confusão e casos afins ou negócios abstratos) ou de

atos materiais praticados pelo próprio enriquecido (intromissão em bens jurídicos alheios)?

A leitura dos textos relativos à *avulsão*, *acessão*, *especificação* e *usucapião*, por exemplo, revela a existência de casos em que a lei, a par da deslocação patrimonial consumada pelos fatos, manda corrigir o resultado económico dessa deslocação, enquanto noutros (arts. 613 e 612, § 1.º; 550 e segs., 618 e 619) se não determina tal correção. Nos primeiros, falta a causa da *atribuição*; nestes últimos, a atribuição patrimonial tem, aos olhos da lei, suficiente razão justificativa.

A atribuição tem causa (legal) quando o seu resultado corresponde à correta ordenação jurídica dos bens; carece de *causa*, quando o resultado por ela obtido contraria essa ordenação legal.

A causa do enriquecimento consiste, assim, quanto a este último contingente de situações, na *conformidade do resultado da atribuição com a ordenação dos bens prescrita na lei*.

O usucapiente não é obrigado a restituir a coisa, porque a aquisição definitiva do direito possuído corresponde precisamente à ordenação jurídica dos bens visada pela lei, assim como não é obrigado a nenhuma compensação o dono da matéria-prima que faz sua a espécie nova, no caso previsto no § 1.º do artigo 612, porque a lei considera substancialmente injustificada tal compensação.⁷⁶

67. C) *A custa de outrem. Doutrina da destinação dos direitos reais.*

Para que alguém possa arrogar-se o direito à restituição, torna-se por último necessário que o enriquecimento tenha

⁷⁶ Cfr., no mesmo sentido, o disposto, entre outros, nos artigos 517 (quanto às benfeitorias úteis feitas pelo possuidor de má fé) e 945, § 2.º (quanto à quitação infundada, mas constante de escritura pública).

sido obtido *à sua custa, a expensas dessa pessoa — a danno di un'altra persona*, como diz o artigo 2.041 do Código italiano.

O terceiro pressuposto da obrigação de restituir interessa num duplo aspecto: primeiro, pelo que toca à *legitimidade* na ação de restituição, ou seja, a *titularidade* do direito à restituição; depois, pelo que respeita à medida da restituição.

I) No caso da prestação entregue antecipadamente, em vista de um contrato que não chega a ser concluído, é o autor da prestação quem tem direito a exigir a restituição, por ser *à custa dele* que o *accipiens* se enriquece.

Se o devedor paga ao cedente, depois de efetuada, mas não notificada, a cessão, é o *cessionário* quem tem *direito à restituição*, por ser *à custa dele* que o devedor fica exonerado e o cedente recebe o que lhe não era já devido.

Se um particular desvia indevidamente para sua casa parte da energia elétrica fornecida em *tarifa especial* à fábrica vizinha, quem tem direito à restituição é tanto o dono da fábrica (que pagou indevidamente o consumo do estranho) como a empresa fornecedora, que faturou parte da energia a um preço inferior ao do fornecimento a particulares.

II) A *vantagem patrimonial* alcançada pelo *enriquecido* corresponde, em muitos casos, à *perda* sofrida pelo outro interessado, credor do direito à restituição.

No caso da avulsão (art. 541) ou da especificação (arts. 611 e segs.) por ex., a coisa ou o produto do trabalho com que um dos interessados se enriquece corresponde exatamente àquilo que o outro proprietário ou o especificante perde. A vantagem dos primeiros é, assim, diretamente obtida *à custa* dos segundos. O valor que, em qualquer das situações, *entra* no patrimônio do enriquecido é o mesmo que *sai* do patrimônio do empobrecido.

Mas nem sempre os fatos se articulam nos mesmos termos.

No caso da instalação de alguém, por erro, em casa alheia, o enriquecido poupa apenas uma despesa, e fá-lo à custa do dono da casa, porque essa despesa *constituiria* normalmente uma receita (crédito) deste. Na hipótese de alguém alimentar uma criança que erroneamente julga ser o seu filho, os pais do alimentado enriquecem-se, na medida em que também poupam despesas que deveriam ter suportado; e fazem-no à custa da vítima do erro, por ter sido o patrimônio deste quem suportou indevidamente tal encargo.

Em nenhuma das duas hipóteses, porém, o enriquecimento à custa alheia se traduz num *incremento* do patrimônio de alguém assente sobre uma diminuição correspondente do patrimônio de outrem. Numa delas há, antes, a poupança duma despesa que constituiria receita doutra pessoa; e na outra, poupança duma despesa que é indevidamente suportada por outrem.

E ainda não estão inventariadas todas as formas de preenchimento do requisito.

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

Em nenhum dos casos existe uma *diminuição do patrimônio* do dono do animal ou do autor da obra; não há sequer a *privação dum aumento* desse patrimônio, vez que o titular não estava na disposição de usar ou fruir a coisa nos termos em que o fez o *intrómetido*.

E, todavia, a vantagem patrimonial do beneficiado foi obtida *à custa alheia*, por ter sido alcançada indevidamente, com meios pertencentes a outrem.

Quem aceitar que há obrigação de restituir em semelhantes hipóteses, perfilha implicitamente a doutrina (muito

divulgada entre os civilistas alemães) da *destinação* ou *afetação* dos direitos absolutos.

Segundo a doutrina da destinação (*Zuweisungslehre*), tanto os direitos reais como a propriedade intelectual, em lugar de constituírem simples direitos de exclusão das outras pessoas (assentes no dever geral de abstenção, imposto *erga omnes*), são ainda direitos que *reservam, em exclusivo*, para o respectivo titular todas as *utilidades, vantagens* ou *proveitos* que a coisa ou a obra possa prestar.

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

68. *Caráter subsidiário da obrigação de restituir.*

Segundo o ensinamento de muitos autores e a doutrina expressa de algumas legislações, não basta a verificação dos três pressupostos examinados nos números precedentes, para que o locupletado possa ser obrigado a restituir, por força do enriquecimento sem causa. Para tal, será ainda necessário que a pessoa empobrecida não tenha outro meio jurídico de corrigir a situação.

Nisso consiste o caráter subsidiário da obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa.

Assim, se *A* e *B* tiverem trocado entre si determinadas prestações em cumprimento de um negócio solene, mas sem terem observado a *forma* prescrita na lei para tal negócio, é da ação de *nulidade*, e não do enriquecimento sem causa, de que cada um deles deve lançar mão para recuperar o objeto da sua prestação.

Sucedee, no entanto, que o princípio da subsidiaridade, além de ser geralmente definido em termos bastante imprecisos, constitui objeto de controvérsia entre os autores. Muitos deles entendem que o empobrecido pode exigir a restituição do enriquecimento injusto, logo que se verifiquem os pressupostos da obrigação de restituir, pouco importando que ele disponha ou não de outros meios para retificar a situação.

A controvérsia explica-se, em certa medida, à luz da história do direito, perante as origens desencontradas do instituto no direito moderno.

O direito alemão inspirou-se nas antigas *condictiones* do direito romano para traçar a disciplina do *ungerechtfertigte Bereicherung*. Tanto no direito romano, como no direito alemão vigente, os contratos de alienação de coisa, quer móvel, quer imóvel, têm mera eficácia obrigacional; e os atos de constituição ou transmissão dos direitos reais constituem verdadeiros negócios autônomos e abstratos.

Nestas circunstâncias, a reação contra os atos de constituição ou transmissão do direito real, carecidos de causa justificativa, através das antigas *condictiones* ou da atual *pretensão de restituição por enriquecimento*, constitui um instrumento normal de defesa do organismo jurídico contra certo tipo, bastante extenso, de violações.

O direito napoleônico, inspirador de grande número de codificações nos continentes europeu e americano, aceita, pelo contrário, o princípio da eficácia real dos contratos de alienação de coisa determinada, que permite reagir através da ação anulatória contra a falta de causa das prestações realizadas pelos contraentes, em execução do contrato nulo ou anulável. E a desnecessidade do recurso às antigas *condictiones* (ou seu correspondente, no direito moderno) mais se acentuou ainda com a extensão que a jurisprudência francesa tem dado à noção de *causa*, seja da *causa do contrato*, seja da *causa da obrigação*.

O *não locupletamento à custa alheia* reveste, assim, nas legislações de influência gaulesa o sentido de um *recurso em último limite*, de uma *extrema ratio*, de um princípio básico a cuja porta o intérprete só bate, para corrigir situações de *enriquecimento* injusto que repugnam ao espírito do sistema, quando não encontra meio de as corrigir por outra via.⁷⁷

Assim se raciocinava também em face do direito português, antes da entrada em vigor do Código Civil de 1966.

E no direito brasileiro?

No projeto de 1975 do futuro Código Civil perfilha-se claramente a tese da natureza *subsidiária* da restituição fundada no enriquecimento. "Não caberá a restituição por enriquecimento, diz-se no artigo 922 desse projeto, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido".

No direito vigente não há, porém, nenhuma disposição em tal sentido. E, na falta de prescrição em contrário, nenhum obstáculo impedirá que, nos termos do artigo 4.º da Lei de Introdução, se apliquem desde logo, por analogia, a situações semelhantes, as disposições que na legislação em vigor regulam casos de enriquecimento injusto.

Desde que exista a analogia com estes casos, ou os princípios gerais do direito o justifiquem, o empobrecido poderá exercer o seu direito à restituição, independentemente de haver ou não outro meio de corrigir a situação.

69. Objeto da restituição.

Resta saber qual é o objeto da restituição fundada no enriquecimento sem causa.

⁷⁷ Cfr. AUBRY & RAU, *Cours*. VI, §578, p. 246; DRAKIDIS, "La subsidiarité, caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause, na *Rev. rim. droit civil*, 1961, p. 577 et seq.; FENGLI, *Sulla sussidiarietà dell'azione d'arricchimento senza causa*, na *Riv.dir. com.*, 1962, II, p. 121 e seq.

Em princípio, o obrigado deve entregar apenas aquilo com que se acha *efetivamente enriquecido* à data em que a restituição é exigida.

Se a coisa obtida valia 10, mas por qualquer circunstância enriqueceu o patrimônio do beneficiado apenas em 5, será de 5 e não de 10 o montante da restituição a que ele é obrigado. Se a prestação tiver inicialmente enriquecido o patrimônio do *accipiens* em 100, mas esse proveito tiver posteriormente baixado para 50, sem culpa dele, serão 50 e não 100 que o empobrecido pode reclamar.

O efeito do enriquecimento sem causa difere, assim, num duplo, aspecto, do *efeito da nulidade* e da rescisão ou *resolução* do ato.

No caso da nulidade, que implica a destruição retroativa da relação emergente do ato, as partes têm que devolver reciprocamente *tudo quanto receberam*, em espécie ou em valor. É a consequência lógica da gravidade do vício justificativo da nulidade e a expressão natural da sanção que a nulidade constitui. "Anulado o ato, diz o artigo 158, *restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam*, e não sendo possível *restituí-las*, serão indenizadas com o equivalente".

Em contrapartida, o enriquecimento sem causa força apenas à restituição, *daquilo com que a pessoa se acha efetiva e atualmente enriquecida à custa da outra* (credora dessa restituição).

Enriquecimento efetivo e atual... Embora coincidam na generalidade dos casos, são realidades distintas o *valor objetivo da atribuição patrimonial* e o *montante do efetivo proveito que ela proporciona* ao beneficiário.

Uma coisa é o *aluguel normal* do apartamento que a pessoa ocupou, erroneamente persuadida de que ele lhe pertencia; outra, o *aluguel do apartamento* que a pessoa locaria, se não fora aquela ocupação.

Uma coisa é o custo dos alimentos prestados por certa pessoa àquele que erroneamente julgava ser o seu filho; outra, o custo dos alimentos que o verdadeiro pai lhe proporcionaria, pelo qual o enriquecimento deste se mede.

Da mesma forma, pode haver diferença — e diferença substancial — entre o enriquecimento efetivo do beneficiado *à data da atribuição* e o enriquecimento *atual* (à data em que a restituição é exigida).

Os bens podem ter diminuído entretanto de valor, podem ter-se perdido ou deteriorado, sem qualquer compensação; pode o adquirente tê-los alienado gratuitamente ou ter realizado à custa deles despesas supérfluas, que de outro modo não teria feito e que nenhum proveito trouxeram ao seu patrimônio (*lautius vivit sed non locupletavit*); ⁷⁸ etc.

Todas estas circunstâncias serão, em princípio, tomadas em linha de conta na determinação do *enriquecimento patrimonial*.

... *à custa de outra pessoa*. Nem todo o montante do enriquecimento obtido pelo beneficiário constitui objeto da restituição.

Se as benfeitorias realizadas pelo possuidor tiverem valorizado a coisa em 1.000, mas tiverem custado apenas 500, é este o valor que define o montante da restituição.

Este segundo limite da restituição — *à custa de outra pessoa* — coincide, em regra, com a *diminuição sofrida pelo patrimônio dessa pessoa*.

⁷⁸ É precisamente o critério do enriquecimento atual que os artigos 157 e 936 têm em vista, no caso do pagamento efetuado ao incapaz, quando o primeiro deles limita a restituição a cargo do incapaz, fundada na nulidade da obrigação, à importância paga *que reverteu em proveito dele*, e quando o segundo condiciona a validade do pagamento feito cientemente ao incapaz à prova de que o ato reverteu, efetivamente, *em benefício* do credor.

Se A paga 10 a B, quando realmente nada lhe deve, a vantagem (10) obtida por B corresponde à perda (10) patrimonial sofrida por A com o pagamento indevido.

Mas nem sempre assim sucede.

Se C concorrer a uma prova hípica com o cavalo de D, mas sem autorização do dono, e arrecadar para si o prêmio que ganhou, ter-se-á enriquecido à custa alheia. Mas esse enriquecimento não envolverá nenhuma diminuição correspondente do patrimônio de D, sobretudo se este não estivesse de modo nenhum disposto a concorrer à prova.

Enriquecimento obtido à custa ou a *expensas de alguém* é, realmente, expressão de sentido mais amplo do que a de enriquecimento resultante do *empobrecimento* ou *diminuição do patrimônio* de outrem.

Nos casos de intromissão em coisa alheia haverá, pois, que distinguir criteriosamente, na vantagem obtida pelo intrometido, entre a parte correspondente *à sua iniciativa* e a parte dessa vantagem alcançada *à custa do dono da coisa* — porquanto só esta última deve ser objeto de restituição.