

# HARMONIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO INTERNACIONAL DO REGIME DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DO DCFR

## INTERNATIONAL HARMONIZATION AND UNIFICATION OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT: DCFR'S APPROACH

**Luiz Cláudio Cardona Pereira**

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa, Portugal. Especialista pós-graduado em Processo Civil Contemporâneo e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Conselheiro Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente da Assembleia do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Núcleo Acadêmico de Lisboa do IBDFAM. Sócio do escritório Cardona & Wanderley Advogados Associados. Advogado e consultor jurídico.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1331-5752>.

---

**Resumo:** O artigo analisa o regime proposto pelo *Draft Common Frame of Reference* para harmonização e unificação do regime do enriquecimento sem causa. Comparam-se os direitos de França, Itália e Portugal, no âmbito da União Europeia, portanto, diretamente afetados pelos esforços da comissão que preparou o *draft*. Também se comparam os direitos de Brasil e Argentina, como forma de análise estendida à luz de uma possível aproximação entre os blocos econômicos do Mercosul e da União Europeia. Avaliam-se os conceitos de enriquecimento sem causa e de seus elementos orbitantes e as escolhas feitas pela comissão em relação aos próprios conceitos, como a definição de enriquecimento e empobrecimento, nexos de causalidade, causa de justificação do enriquecimento, objeto da restituição, desaparecimento do enriquecimento e a não subsidiariedade da obrigação de restituir. Reflete-se sobre a influência do DCFR no plano nacional dos países do modelo de comparação, verificando-se eventual eficácia futura e a eficácia presente do documento. Por fim, propõe-se a inédita tradução do trecho do Livro VII do DCFR, cuja matéria é exatamente o enriquecimento sem causa.

**Palavras-chave:** Enriquecimento sem causa. Harmonização. Unificação. *Draft Common Frame of Reference*.

**Abstract:** The article analyzes the regime proposed by the *Draft Common Frame of Reference* for harmonizing and unifying the regime of unjust enrichment. The legal system of France, Italy, and Portugal is compared within the European Union's scope, therefore, directly affected by the commission's efforts that prepared the draft. The legal system of Brazil and Argentina are also compared as a form of extended analysis in the light of a possible rapprochement between the economic blocs of Mercosur and the European Union. The concepts of unjust enrichment and its orbiting elements and the choices

made by the commission concerning the concepts themselves are evaluated, such as the definition of enrichment and impoverishment, instances of attribution, cause of justification for enrichment, object of restitution, disappearance of enrichment and non-subsidiarity of the obligation to repay. It reflects on the influence of the DCFR at the national level of the countries in the comparison model, verifying possible future effectiveness and the present effectiveness of the document. Finally, it is proposed the unpublished translation of the excerpt from Book VII of the DCFR, whose subject is precisely unjust enrichment.

**Keywords:** Unjust enrichment. Harmonization. Unification. Draft Common Frame of Reference.

**Sumário:** **1** Harmonização e unificação de direitos e a proposta do DCFR – **2** O regime do enriquecimento sem causa no DCFR – **3** Comparação – **4** Reflexões sobre a influência do DCFR no plano nacional – Conclusão

## 1 Harmonização e unificação de direitos e a proposta do DCFR

Nada obstante a uniformização e, em certa medida, a harmonização de direitos significarem um distanciamento da matéria de direito internacional privado, pois o objeto deste é resolver os conflitos de leis no espaço em âmbito internacional, enquanto aquele teria como objetivo a supressão desses conflitos,<sup>1</sup> foi no âmbito do direito internacional privado que surgiu um movimento de uniformização, àquele tempo, voltado para a uniformização das regras de direito internacional privado, ante a necessidade de “proteção do indivíduo nas relações internacionais, onde deve assegurar-se, o mais possível, a continuidade no tempo e no espaço da sua situação jurídica”.<sup>2</sup>

Enquanto a uniformização de direitos pressupõe o estabelecimento de institutos idênticos e, idealmente, de um único diploma legal, daí a supressão do conflito de leis no espaço, a harmonização de direitos apresenta um enquadramento mais flexível e compreende a aproximação de conceitos jurídicos.<sup>3</sup>

O DCFR, *Draft Common Frame of Reference*, esforço de grupos acadêmicos, foi um contributo científico a um eventual quadro de referências comum que possa se estabelecer no âmbito político.<sup>4</sup> É no plano das discussões e esforços de diversos grupos em favor de um Código Civil europeu, portanto, que se deve entender o surgimento desse documento. Ainda que não seja factível (reservada a dúvida dos movimentos futuros da política) o estabelecimento de um diploma

<sup>1</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar*, 2015. p. 24-26.

<sup>2</sup> VILLELA, Álvaro da Costa Machado. *Tratado elementar teórico e prático*, 1921. p. 63.

<sup>3</sup> BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; BARBOSA, Leonardo Garcia Barbosa. *Direito do comércio internacional*, 2013. p. 253.

<sup>4</sup> VON BAR, Christian *et al.* (Ed.). *Principles, definitions and model rules of European private law*, 2009. p. 7.

legal unificado de todo o direito civil no âmbito da União Europeia, um quadro de referências comum pode servir de auxílio ao legislador nacional na promoção de alterações legislativas a fim de reduzir as diferenças, aproximar os institutos e mesmo unificar certas soluções.

Acontece que as diferenças conceituais e estruturais do instituto do enriquecimento sem causa são profundas entre os ordenamentos jurídicos europeus.<sup>5 6</sup> Essa questão faz com que grupos de trabalho que orbitam no âmbito da harmonização, ou mesmo unificação, de direitos dentro da União Europeia acabem por tratar de diversas questões de direito civil e comercial, mas deixem de atacar esse ponto sensível. Esse não foi o caso do DCFR.

Dário Moura Vicente identifica que o DCFR tinha por finalidade perseguir os objetivos traçados pela Comissão Europeia sobre o direito europeu dos contratos.<sup>7</sup> Aquela comissão, em comunicação ao Parlamento Europeu, definiu um plano de ação, que intitulou de Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos e que listou as seguintes medidas: (a) melhorar a coerência do acervo comunitário no âmbito do direito dos contratos; (b) promover a elaboração de cláusulas contratuais gerais em nível comunitário; e (c) analisar se outros problemas relativos ao direito europeu dos contratos podem exigir soluções não setoriais, tal como um instrumento facultativo.<sup>8</sup>

É importante dizer que, dado seus objetivos, era suposto que o DCFR consagrasse princípios comuns<sup>9</sup> e construísse soluções para as diferenças nacionais. No que diz respeito ao instituto do enriquecimento sem causa, o autor percebeu o distanciamento do DCFR em relação aos sistemas jurídicos latinos e de *common law* e uma aproximação com o sistema germânico, nada obstante tenha ressalvado também que a inexistência de um fundo comum de soluções sobre a matéria era motivo para o DCFR não cumprir fielmente com aqueles objetivos apontados.<sup>10</sup>

É nesse contexto que o presente estudo figura relevante. Há uma necessidade de estudar a proposta do DCFR e entender sua relação com os mais diversos ordenamentos nacionais, em especial os latinos.

<sup>5</sup> Como bem revela Stephen Swann: “the notion, scope and structure of unjustified enrichment law – even where this is deeply rooted in the legal system – vary so considerably from jurisdiction to jurisdiction within Europe that no consensual starting point immediately presented itself. This is tied to the practical function of unjustified enrichment law as the dustcart of private law, sweeping up problems that other fields of law leave behind” (SWANN, Stephen. *A guide to the principles of European law on unjustified enrichment*, 2006. p. 234).

<sup>6</sup> Irina Anghel afirma que “its recognition by the jurisdictions of the Old Continent is inconsistent” (ANGHEL, Irina. *The principle of unjust enrichment from the European codes*, 2012. p. 535).

<sup>7</sup> VICENTE, Dário Moura. *Os deveres pré-contratuais no Draft Common Frame Of Reference*, 2015. p. 76.

<sup>8</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho...*, 15 mar. 2003. p. 1.

<sup>9</sup> VICENTE, Dário Moura. *Os deveres pré-contratuais no Draft Common Frame Of Reference*, 2015. p. 76.

<sup>10</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*, 2017. p. 682.

Em um primeiro momento, a pesquisa apontou que não havia tradução para o português do instrumento normativo, razão pela qual foi realizado um estudo relacionado aos termos e à comparação destes termos entre ordenamentos

Um segundo momento, que é posto geograficamente no segundo capítulo deste relatório, diz respeito a uma análise do Livro VII do DCFR, no qual se pretendeu uma explicação dogmática do enriquecimento sem causa à luz do DCFR.

O terceiro momento da pesquisa, que é apresentado no terceiro capítulo do relatório, consistiu na elaboração de uma grelha comparativa entre alguns ordenamentos nacionais e na análise dos dados, que se verificam no texto do terceiro capítulo.

Os países escolhidos, dentro da União Europeia, foram os seguintes: França, Itália e Portugal. Também foram escolhidos dois países do Mercosul, quais sejam: Brasil e Argentina. Não é de hoje que se fala de integração do Mercosul e da recente experiência europeia como parâmetro para estudos nesta área.<sup>11</sup> Ademais, o recente movimento realizado entre os dois blocos econômicos para firmar um acordo comercial amplo, visando à cooperação e ao livre comércio<sup>12</sup> aponta para a necessidade de aprofundamento das discussões também nesse âmbito ampliado.

A escolha da França se justifica pelas raízes históricas do instituto neste ordenamento jurídico e o contraponto na construção do instituto do enriquecimento sem causa em relação à posição que se aponta ter sido adotada pelo DCFR, mais próxima ao regime alemão. A Itália, nada obstante a influência francesa, legislou sobre a matéria e sua influência serve à explicação de algumas soluções nos ordenamentos brasileiro e português. Portugal surge como elemento de análise na língua do observador e é a Faculdade de Direito de Lisboa o berço do presente estudo.

A inclusão de países externos à União Europeia, como foi o caso do Mercosul, justifica-se na medida em que (a) o observador é oriundo desta região, de tal forma que as influências não podem ser negadas; e (b) o citado anúncio de um acordo entre os dois blocos econômicos faz suscitar discussões de uniformização e harmonização de legislações. Brasil e Argentina são, de fato, os países economicamente mais representativos do bloco<sup>13</sup> e, portanto, este foi o critério de escolha.

Foram selecionados os seguintes pontos que guiarão a análise comparativa: (1) a estrutura do enriquecimento sem causa, se unitária ou fracionada; (2) o valor

<sup>11</sup> MALAMUD, Andrés; SCHMITTER, Philippe C. *La experiencia de integración europea y el potencial de integración del Mercosur*, 2006.

<sup>12</sup> BRASIL. *Acordo de Associação Mercosul-União Europeia*, 4 jul. 2019.

<sup>13</sup> O comércio entre o Brasil e a União Europeia variou nos últimos quatro anos em um volume entre 75 e 90 milhões de dólares e, entre 16 e 22 milhões de dólares, o comércio entre Argentina e União Europeia. A soma do comércio dos outros países não chega a 6 milhões de dólares (BRASIL. *Acordo de Associação Mercosul-União Europeia*, 4 jul. 2019).

da restituição, observada a relação entre a posse e os frutos e uso; (3) o desaparecimento do enriquecimento e a solução atribuída em cada ordenamento; e, por fim, (4) a questão da concorribilidade do enriquecimento sem causa com outras fontes de obrigação.

O quarto capítulo é reservado à reflexão da influência eventual do DCFR no plano nacional e, no âmbito do enriquecimento sem causa e dos países estudados, os resultados do DCFR em relação aos seus objetivos de melhorar a coerência do acervo comunitário.

O derradeiro capítulo é reservado à conclusão, em que listamos os resultados das reflexões e análises comparativas realizadas e apresentadas.

## 2 O regime do enriquecimento sem causa no DCFR

A abordagem adotada pelo DCFR foi de um modelo unitário do enriquecimento sem causa<sup>14</sup> <sup>15</sup> em detrimento de um modelo que considerasse que merecem ser fracionadas as hipóteses de enriquecimento, pois, segundo esta doutrina, não haveria um núcleo comum entre elas.<sup>16</sup>

A regulamentação da matéria parte de uma cláusula geral que determina que “aquele que obtiver enriquecimento sem causa em detrimento de outrem é obrigado a repetir o indébito” (art. VII. – 1:101 (1)). No que atine à cláusula geral, não há grandes distâncias entre aquelas adotadas pelos ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica. É o que se pode observar no §812 (1),<sup>17</sup> primeira parte, BGB; no art. 1.303 do Código Civil francês;<sup>18</sup> no art. 2.041, primeira parte,

<sup>14</sup> Neste sentido: SWANN, Stephen. *A guide to the principles of European law on unjustified enrichment*, 2006. p. 235; VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*, 2017. p. 681.

<sup>15</sup> Contrariamente ao modelo unitário adotado, em especial no aspecto da indivisibilidade do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa: “Subendo la fascinazione ipnotica del codice civile tedesco, il DFCR ha invece ignorato la distinzione tra arricchimento senza causa e pagamento dell’indebito e ha enunciate piuttosto una regola unitaria, la quale appare tuttavia viziata da una indistinzione eccessiva, e a tratti priva di un sicuro contenuto precettivo: a un livello così elevato di astrattezza, infatti, la restituzione dell’arricchimento senza causa non può essere formalizzata come regola di comportamento, ossia come norma giuridica, ma esclusivamente come criterio di atteggiamento e di valutazione, ossia come principio generate” (SIRENA, Pietro. *Arricchimento senza causa e gestione di affari nel DCFR*, 2009. p. 249).

<sup>16</sup> Defendendo um “núcleo mínimo de requisitos gerais do instituto” no âmbito do direito continental: VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*, 2017. p. 570-571.

<sup>17</sup> Transcreve-se: “Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet”.

<sup>18</sup> Transcreve-se: “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”.

do Código Civil italiano;<sup>19</sup> no art. 473º, 1, do Código Civil português;<sup>20</sup> e no art. 884 do Código Civil brasileiro.<sup>21</sup> Não obstante, de partida, todos apontarem cláusula geral cuja proximidade semântica é evidente, são os limites impostos à cláusula pelas regras que a sucedem que diferenciam os sistemas e não é diferente com o DCFR, que expressamente determina que a regra da cláusula geral “deve ser aplicada conforme as previsões” daquele texto normativo.

Neste aspecto, é importante que se diga que a unitariedade por discutir não é jurídico-filosófica, mas do regime material e procedimental. Desta feita, dizemos ser unitário o tratamento a cada uma das espécies de enriquecimento sem causa, isso, pois não se nega que as cláusulas gerais de enriquecimento sem causa escondem “uma profunda diversidade estrutural entre as diversas categorias de enriquecimento”,<sup>22</sup> mas, concretamente, observa-se no DCFR a tipificação das condutas e a atribuição de tratamento semelhante a todas a elas.

Conforme explica Stephen Swann,<sup>23</sup> a pretensão restitutiva a ser exercida depende de quatro elementos: (a) o enriquecimento; (b) o empobrecimento; (c) o nexos de causalidade entre eles; e (d) a ausência de uma causa de justificação. Trataremos de cada um desses pontos e, em seguida, das demais questões trazidas pelo DCFR, como a concorribilidade com outras fontes obrigacionais, o desaparecimento do enriquecimento e as formas de satisfação da obrigação.

## 2.1 Enriquecimento e empobrecimento

Na definição de enriquecimento e empobrecimento, o DCFR deixa clara a escolha por um modelo unitário, que, na lição de Dário Moura Vicente, “compreende tanto a repetição do indevido como a restituição de prestações realizadas ao abrigo de contratos inválidos e de vantagens injustificadamente auferidas mediante o uso ou a exploração de bens alheios”.<sup>24</sup>

Segundo o art. VII. – 3:101 (1), o enriquecimento se dá por (a) aumento do ativo patrimonial ou redução do passivo; (b) prestação de serviço ou realização de algum trabalho em seu favor; ou (c) disposição do patrimônio de outrem.

<sup>19</sup> Transcreve-se: “Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale”.

<sup>20</sup> Transcreve-se: “Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”.

<sup>21</sup> Transcreve-se: “Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”.

<sup>22</sup> LEITÃO, Luis Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, 2005. p. 925.

<sup>23</sup> SWANN, Stephen. *A guide to the principles of European law on unjustified enrichment*, 2006. p. 235.

<sup>24</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*, 2017. p. 681.

Estabelece-se, portanto, uma definição do que se está a falar quando se refere a obter enriquecimento na cláusula geral; e trata-se de uma definição bastante larga (modelo unitário).

Por espelhamento, já prenunciando uma equivalência lógica a ser privilegiada em análise do nexo de causalidade, o empobrecimento ocorre, conforme o art. VII. – 3:102 (1), por (a) redução do ativo patrimonial ou crescimento do passivo; (b) prestação de serviço ou realização de algum trabalho em favor de outrem; ou (c) disposição de seu patrimônio por outrem.

É importante uma nota de tradução, pois o original se vale dos termos “enriquecimento” e “desvantagem”, “pessoa enriquecida” e “pessoa em desvantagem”.<sup>25</sup> Fazemos uso dos termos “enriquecimento” e “empobrecimento”, “enriquecido” e “empobrecido”. Não é nos termos “enriquecimento” e “enriquecido” que se dispense atenção, mas nos termos “empobrecimento” e “empobrecido”. A razão do uso da técnica da adaptação se deu pela necessidade mesma de aproximação cultural. Como se pode observar, o termo “empobrecimento” é utilizado, não só na doutrina especializada, seja no Brasil, seja em Portugal, mas também na legislação vigente neste último. A adaptação não se mostra restrita ao idioma da tradução, mas a outros, como o francês, que se vale do termo *appauvrissement* em oposição a *enrichissement* em sua legislação. A definição, no entanto, deve estar adstrita às hipóteses tecnicamente estabelecidas pelo DCFR, não recaindo em eventual interpretação do termo “empobrecimento” associado necessariamente à redução patrimonial ou crescimento do passivo, mas também à carência de ganho quando se deveria haver ganho, como é o caso da prestação, ou mesmo pelo uso e disposição de seus bens sem ganho próprio. Essas circunstâncias se mostram merecedoras de reprovabilidade pelo DCFR.

## 2.2 Nexos de causalidade

Não basta, por certo, que sujeitos de direito enriqueçam mediante as espécies supramencionadas e que sujeitos de direito empobrecam pelos mesmos parâmetros, há de haver relação entre o empobrecimento de um e o enriquecimento do outro.<sup>26</sup> O estudo do nexo de causalidade se mostra complexo, pois delimita a própria aplicação do instituto, bem como as fontes de obrigação entre os sujeitos de direito.

<sup>25</sup> No original: “enrichment”; “disadvantage”; “enriched person”; e “disadvantaged person”.

<sup>26</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das obrigações*, 2016. p. 230-231.

A exigência do nexo de causalidade integra o tipo da cláusula geral, no qual a obrigação de restituir passa a existir com o enriquecimento sem causa em detrimento de um outro indivíduo.

O DCFR enumera as circunstâncias em que é imputável o enriquecimento em detrimento do empobrecimento de outrem: (a) um ativo patrimonial do empobrecido é transmitido ao enriquecido; (b) um serviço é prestado ou um trabalho é realizado em favor do enriquecido pelo empobrecido; (c) um ativo patrimonial de outrem é usado pelo enriquecido, especialmente nas circunstâncias em que os direitos ou interesses legalmente protegidos do empobrecido são violados; (d) um ativo patrimonial do enriquecido é beneficiado pelo empobrecido; e (e) uma obrigação do enriquecido é adimplida ou liberada pelo empobrecido; conforme o art. VII. – 4:101.

Há nexo causal inclusive quando o enriquecimento se dá por ato praticado por interveniente, i.e., mesmo que o enriquecido não tenha influído ou participado ativamente dos atos que produziram como efeito o seu enriquecimento em detrimento do empobrecimento de um outro indivíduo. Diferentemente do que ocorre no âmbito da responsabilidade civil, não se procura aferir a culpa ou a forma como agiu determinado sujeito em determinada situação e as consequências relativas a isso, mas evitar exatamente o resultado do binômio empobrecimento-enriquecimento.<sup>27</sup>

A diferença entre a natureza do enriquecimento e do empobrecimento não fere a associação causal entre eles. Desta forma, o empobrecimento pode ser de uma natureza, enquanto o enriquecimento, de outra.

## 2.3 Causas de justificação do enriquecimento

Os quatro elementos clássicos que compõem o conceito de enriquecimento sem causa são: a) enriquecimento de alguém; b) empobrecimento de outrem;<sup>28</sup> c) relação de causa e efeito entre o locupletamento e as perdas; d) inexistência

<sup>27</sup> Neste sentido: “o direito do enriquecimento sem causa se dirige a uma simples protecção estática dos direitos ou dos bens, como ele pretende reagir contra modificações juridicamente não sancionadas na sua ordem de atribuição ou destinação” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, 1970. p. 56).

<sup>28</sup> Considere-se que o empobrecimento, como já tratado, não significa necessariamente a redução do ativo patrimonial, mas quaisquer outras hipóteses em que o enriquecimento de um se dê em detrimento de outrem. O termo “empobrecimento” continua sendo usado por uma manutenção da terminologia que sempre fora adotada para tratar do sujeito passivo do enriquecimento sem causa. Neste sentido, a I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal interpretou o art. 884 do Código Civil brasileiro, nos seguintes termos: “Art. 884: A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.



de causa justificadora.<sup>29</sup> Até o momento, lançamos luz à abordagem do DCFR em relação aos três primeiros, restando tratar da ausência de causa justificadora do enriquecimento.

De certo, não se poderia atribuir valor negativo ou exercer juízo de reprovação a qualquer enriquecimento, sob pena de inviabilizar qualquer relação entre os indivíduos. O princípio da vedação do enriquecimento sem causa tem como objetivo a manutenção do equilíbrio entre as relações patrimoniais, não sendo admitido que o enriquecimento de um em detrimento de outrem se dê injustificadamente.

A redação do art. VII. – 2:101 (1) estabeleceu um parâmetro de exceção, de forma que o enriquecimento que não esteja ressalvado enquanto causa de justificação, preenchendo os requisitos gerais do instituto, é considerado sem causa, ou sem justa causa.

A primeira hipótese é a do enriquecido que manifesta a situação jurídica de credor do empobrecido em razão de contrato ou ato jurídico hábil a estabelecer a relação obrigacional, bem como determinação legal no mesmo sentido. Neste último caso, a determinação legal deve estabelecer explicitamente o direito de retenção do enriquecimento pelo beneficiário. No que se refere às relações jurídicas obrigacionais produto de contrato ou ato jurídico afim, eventual declaração de nulidade ou ineficácia com efeitos retrospectivos tem o condão de vedar o uso da causa de justificação.

A segunda hipótese é do livre consentimento do empobrecido ao enriquecimento do outro. Por livre consentimento se entende a ausência de vícios do consentimento, i.e., erro, dolo ou coação, responsáveis, na lição de Caio Mário da Silva Pereira, pelas “influências exógenas sobre a vontade exteriorizada ou declarada, e aquilo que é ou devia ser a vontade real, se não tivessem intervindo as circunstâncias que sobre ela atuaram, provocando a distorção”.<sup>30</sup> Não é necessário, no entanto, recorrer à doutrina para alcançar o que o DCFR entende por vício de vontade no consentimento ou cumprimento, pois é expressamente explicado no art. VII. – 2:103 (1) (2). Em seus próprios termos, não é considerada livre a manifestação se afetado o consentimento ou ineficaz a obrigação cumprida em razão de incapacidade, fraude, coerção, ameaça ou exploração indevida.

Esta hipótese não se confunde com a primeira, ainda que eventualmente tenha consequência jurídica semelhante, tanto em relação à pretensão restitutória, quanto em relação ao contrato. Acontece que não são idênticos, ou não são necessariamente idênticos, os atos de acordar a relação jurídico-obrigacional e de consentir o próprio empobrecimento em benefício do enriquecimento do outro,

<sup>29</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, 2016. p. 669.

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 2017. v. I. p. 417.

e.g., imagine-se situação em que alguém presta serviço a outrem e em seguida não vê cumprida a obrigação, circunstância em que há o enriquecimento de um em detrimento do empobrecimento do outro, mas nenhum vício no contrato, apenas o incumprimento da obrigação de pagar por um dos negociantes; agora, imagine-se que o prestador de serviço vem a ser informado pelo tomador do serviço que este está sem emprego e seus filhos sequer têm o que comer em casa, razão pela qual o prestador de serviços consente com o incumprimento; por fim, descobre-se que não falava a verdade o tomador do serviço e que o consentimento foi dado na condição de erro sobre o fato, razão pela qual o ato defeituoso não é o contrato original, mas o posterior.

Ainda na seara do consentir do enriquecimento, o DCFR especifica outra circunstância de exclusão da causa de justificação, qual seja, aquela em que o empobrecido tiver concedido o enriquecimento em vistas de um fim que não foi alcançado ou com uma expectativa que não foi concretizada, e em que o enriquecido tiver conhecimento, ou seja razoável exigir que o tivesse, do fim ou da expectativa do empobrecido, mas, ainda assim, tiver aceitado, ou seja, razoável presumir que o tivesse, que o enriquecimento deveria ser repetido em tal circunstância. Trata-se de proteção à confiança justificada e, por decorrência, à boa-fé. Observe-se, no entanto, que se exige o quadro completo e não parcial, i.e., deve haver um empobrecido com expectativas ou fins frustrados e um enriquecido consciente desta circunstância e que tenha aceitado a repetição em caso de frustração.

O consentimento também pode ser dado pelo empobrecido em face do enriquecimento oriundo do cumprimento de uma obrigação ou suposta obrigação em favor de terceiro, asseguradas as mesmas garantias quanto à manifestação da vontade.

O terceiro beneficiário também está protegido por outra causa de justificação em razão do enriquecimento oriundo do cumprimento de uma obrigação ou suposta obrigação em seu favor na hipótese de o enriquecimento ser resultado meramente incidental em relação ao cumprimento da obrigação (e.g., a drenagem e irrigação de uma área que opera mediatamente em benefício do proprietário<sup>31</sup> ou a proteção a nascedouros de rios, que beneficiam inúmeros de terceiros). Trata-se de limite imposto nas circunstâncias em que o empobrecido age em seu próprio interesse no cumprimento de uma obrigação e incidentalmente beneficia terceiro.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Exemplo colhido em: SWANN, Stephen. *A guide to the principles of European law on unjustified enrichment*, 2006. p. 239, de onde retiramos outro exemplo, útil à explicação: “a contractor doing work for a tenant may at the same time benefit the landlord. If the third party (the landlord in this case) obtains only incidental benefit - i.e. it was not the object of the contract that a direct benefit be conferred on the third party - the disadvantaged person will have no claim other than against his contractual partner” (p. 241).

<sup>32</sup> SWANN, Stephen. *A guide to the principles of European law on unjustified enrichment*, 2006. p. 239.

Caso não fosse prevista essa baliza, não haveria limites razoáveis às pretensões em face de terceiros.

## 2.4 Objeto da restituição

A restituição *in natura* é aquela capaz de promover a reposição das coisas ao estado anterior ao fato<sup>33</sup> e é a regra em se tratando de enriquecimento sem causa, não tendo sido diferente o posicionamento adotado no DCFR.

A disposição do art. VII. – 5:101 (1) determina que os ativos transferíveis que tenham sido objeto do enriquecimento sem causa são o objeto da restituição a que está o enriquecido obrigado a prestar ao empobrecido.

No entanto, caso não seja possível a transferência do ativo patrimonial em questão, e, neste ponto, o art. VII. – 5:101 (3) do DCFR está dialogando com os casos em que a coisa não mais subsiste, o enriquecido deverá restituir o empobrecido mediante a conversão em pecúnia da coisa. Igual regra aplica-se ao caso de enriquecimento intransferível, conforme o art. VII. – 5:102.

Para além da exceção à restituição *in natura* no caso de impossibilidade, o DCFR prevê a conversão em pecúnia, facultativa ao enriquecido, nos casos em que “a transferência faça com que o enriquecido tenha esforço e despesa excessivos”. A questão será retomada no capítulo referente ao direito brasileiro, mas se antecipa que a vagueza do que seria esforço e despesa excessivos é razão de abertura interpretativa da norma. Deve-se ter em mente que, nada obstante, em princípio, a regra, como prevista no DCFR, possa levar a interpretações que fragilizem a regra da restituição *in natura*, defende-se que a interpretação seja sempre restritiva à aplicação do art. VII. – 5:101 (2).

O DCFR ainda faz menção a outra hipótese que possa ocorrer, qual seja a da substituição do ativo patrimonial, *e.g.*, quando o enriquecido aliena o ativo patrimonial e com os recursos, ou mesmo naquela mesma operação, adquire outro bem. Nestes casos, há duas circunstâncias em que a restituição se dará pela transferência do ativo da substituição: quando o enriquecido estiver de boa-fé no momento da alienação ou perda e assim deseje proceder ou quando o enriquecido não estiver de boa-fé no momento da alienação ou perda e o empobrecido assim deseje proceder. Desta forma, o DCFR assegura ao enriquecido, no caso de ter estado de boa-fé na disposição do bem, a faculdade de entregar o ativo patrimonial que substituiu o objeto do enriquecimento ou converter em pecúnia o valor referente a este último; e, por outro lado, assegura ao empobrecido a faculdade

<sup>33</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, 2001. p. 200.

de exigir, caso o prefira à conversão em pecúnia, a entrega do ativo que substituiu o objeto do enriquecimento, nos casos em que não seja observada a boa-fé do enriquecido.

A conversão em pecúnia é motivo de alguma divergência nos processos que versam sobre o tema exatamente pelo fato de que, muitas vezes, é difícil determinar o valor da coisa, o que encontra dificuldade, inclusive, por não haver previsão nas legislações nacionais de critérios a serem adotados nesta aferição. Não se trata de uma questão a ser resolvida efetivamente, afinal de contas faz parte do âmbito de discussão do caso concreto, mas o DCFR, de toda sorte, estabeleceu um critério para si, evitando, ao menos, a diversidade de critérios, ainda que ao redor deste critério se vá estabelecer a discussão. O critério que adotou no art. VII. – 5:103 (1) é que o “valor pecuniário do enriquecimento é o montante que negociantes com real intenção de chegar a um acordo teriam legalmente acordado como seu preço”. Devem ser consideradas as despesas de eventuais negociações no valor da restituição.

Como o enriquecimento a ser restituído também diz respeito à poupança eventualmente auferida em razão do fato jurídico em questão, o DCFR definiu o que seria poupança: “a poupança é a diminuição de ativos patrimoniais e a diminuição de passivos que o enriquecido teria suportado caso não tivesse havido o enriquecimento” (art. VII. – 5:103 (2)).

Por fim, no regime do DCFR, como estabelecido em diplomas legais por legisladores nacionais, também se previram regras específicas para os frutos e uso enquanto da posse injustificada do bem. O projeto determinou que a restituição se estende aos frutos e ao uso do enriquecimento ou a qualquer poupança derivada dos frutos e do uso. O critério a saber considera a conduta do enriquecido, que, se de boa-fé, responderá pelo menor valor entre a poupança e os frutos e o uso, mas, se de má-fé, responderá pelo valor dos frutos e do uso.

## 2.5 O desaparecimento do enriquecimento

A impermanência do enriquecimento é fato do mundo que não pode prescindir de regulamentação, pois o enriquecimento obtido pode deixar de existir, i.e., o enriquecido pode “desenriquecer”, e as normas que regem a matéria devem estabelecer como este fato afeta o regime de restituição. Júlio Manuel Vieira Gomes observa que “a reação dos diferentes ordenamentos ao seu desaparecimento é muito diversa e depende, sobretudo, da concepção respectiva do enriquecimento sem causa e do fundamento que atribui à restituição”.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, 1998. p. 817.

O DCFR consagra em seu art. VII. – 6: 101 o desaparecimento do enriquecimento. Trata-se de uma causa de mitigação do dever de restituição. Segundo o DCFR, o enriquecido está obrigado a restituir apenas na medida do empobrecimento por si suportado, i.e., a responsabilidade da restituição do enriquecimento sem causa está limitada à permanência do enriquecimento.

O nexo de causalidade entre o objeto do enriquecimento sem causa e o empobrecimento deve ser examinado, pois, caso o empobrecimento viesse a ocorrer independentemente do enriquecimento anterior, não se trataria de causa de mitigação do dever de restituição, pois não se estaria falando em desaparecimento do enriquecimento, mas de mero empobrecimento de alguém que, por razões estranhas ao empobrecimento suportado, havia obtido enriquecimento sem causa anteriormente.

O DCFR estabelece três hipóteses de desconsideração do desaparecimento do enriquecimento: (a) a substituição do objeto do enriquecimento; (b) a ausência de boa-fé do enriquecido ao tempo do desaparecimento do enriquecimento; e (c) a previsão de cláusula de fixação de valor do enriquecimento.

A hipótese de substituição do objeto do enriquecimento se dá pela sucessão de bens relativos ao enriquecimento, *e.g.*, quando o objeto do enriquecimento é um livro e o enriquecido vende o aludido livro, no entanto, com o resultado financeiro da alienação compra um outro livro. O desaparecimento do objeto específico do enriquecimento deve ser desconsiderado quando substituído por outro objeto em razão do mesmo enriquecimento.

A hipótese da ausência de boa-fé do enriquecido é condicionada temporalmente ao momento da consumação do desaparecimento do aludido enriquecimento. Ademais, a ausência de boa-fé do enriquecido não é razão para desconsiderar o desaparecimento do enriquecimento nos casos em que (a) o empobrecido também teria suportado o empobrecimento caso a restituição tivesse ocorrido, *e.g.*, uma propriedade rural cuja safra sofre com condições climáticas adversas; ou (b) o empobrecido estivesse de má-fé ao tempo do enriquecimento, o desaparecimento do enriquecimento tiver sido suportado antes do devido cumprimento da obrigação de restituir e o desaparecimento do enriquecimento tenha resultado da concretização de um risco do qual não deve ser responsabilizado o enriquecido.

A hipótese da previsão de cláusula de fixação do valor do enriquecimento aplica-se na mesma linha do que se dá em relação ao enriquecimento por ativos intransferíveis. Caso o enriquecimento seja decorrente de transação que fixava preço ou valor para o enriquecimento, ainda que haja o empobrecimento do enriquecido conforme as normas que regem o desaparecimento do enriquecimento, o enriquecido será responsável pelo pagamento do montante previsto na cláusula.

## 2.6 A concorribilidade (ou a não subsidiariedade) da obrigação de restituir

A subsidiariedade é condição pela qual se exige a inoponibilidade de outro meio jurídico capaz de conferir a pretensão; no caso, é exigida a ausência de outro meio hábil a reparar o empobrecimento.

Como ensina Leite de Campos, a dicotomia entre concorribilidade e subsidiariedade da obrigação de restituir em razão do enriquecimento sem causa remonta a origem do instituto em cada ordenamento,<sup>35</sup> em especial nos direitos alemão e francês, nos quais a subsidiariedade se faz, respectivamente, ausente e presente em cada um dos ordenamentos jurídicos.

O estudo do autor aponta que o instituto, no sistema alemão, é “o resultado de uma lenta e bem conduzida maturação”,<sup>36</sup> enquanto, no sistema francês, é o resultado “da precipitação provocada por uma certa conjuntura histórica”.<sup>37</sup> Nada obstante, e apesar das críticas, a influência francesa contribuiu para o acolhimento da subsidiariedade “por diversos ordenamentos jurídicos de origem latina como a Itália, Portugal e inclusive o Brasil”<sup>38</sup> e a Argentina, cujos ordenamentos jurídicos são objeto de nossa análise.

O DCFR, como ensina Dário Moura Vicente, no que diz respeito ao instituto do enriquecimento sem causa, aproximou-se mais do sistema alemão que dos sistemas latinos ou do *common law*,<sup>39</sup> e não foi diferente no caso da subsidiariedade, que previu a concorrência do enriquecimento sem causa com as demais fontes de obrigações.<sup>40</sup>

A concorribilidade das fontes de obrigação fica limitada pelo art. VII. – 7:102 ao limite do montante, não deixando margem para qualquer espécie de enriquecimento sem causa derivado da pluralidade de pretensões restitutivas e indenizatórias, i.e., o DCFR prevê expressamente obstáculo ao exercício de pretensões oriundas da mesma causa e que possam, conjuntamente, superar o valor do montante a ser restituído.

<sup>35</sup> CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, 1974. p. 217.

<sup>36</sup> CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, 1974. p. 221.

<sup>37</sup> CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, 1974. p. 220.

<sup>38</sup> KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, 2009. p. 106.

<sup>39</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*, 2017. p. 687.

<sup>40</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*, 2017. p. 686.

A mesma premissa de compensação entre pretensões e causa a fim de evitar o enriquecimento sem causa derivado também encontram previsão em situações jurídicas cujo elemento subjetivo é mais complexo, envolvendo mais que dois polos, conforme o (2) do mesmo artigo. Caso o empobrecido tenha ativo patrimonial seu utilizado por alguém para benefício de um terceiro e sejam responsáveis o utilizador do bem, em razão dos atos de disposição, e o enriquecido, pelo aumento patrimonial obtido, a pretensão pode ser exercida contra ambos, mas o limite da restituição deve ser calculado conjuntamente sobre o montante total a ser restituído.

No entanto, nos casos de pretensão de restituição de enriquecimento proveniente de contrato ou outro ato jurídico afim que estipule ou elida um direito de restituição, seja em razão de revogação, rescisão, redução de preço, seja por outra razão similar que altere as condições ou ponha fim à relação jurídica, está limitada a aplicação das normas da DCFR, sobrepondo-se, para tanto, as regras e termos avençados ou definidos, nos termos do art. VII. – 7:101 (1). Trata-se, portanto, de uma deferência à autonomia das partes de estipularem livremente a matéria do enriquecimento sem causa, inclusive podendo afetar a própria não subsidiariedade.

## 3 Comparação

### 3.1 França

É interessante observar que o regime francês, que historicamente é tido como o contraponto teórico ao regime alemão na matéria do enriquecimento sem causa, tendo influenciado outros ordenamentos jurídicos, apenas em 2016 decidiu positivar no texto legal um regime de enriquecimento sem causa.

A inclusão de um regulamento legal específico para a matéria no art. 1.303 do Código Civil francês veio com a Reforma do Direito dos Contratos de 2016, posta pela *Ordonnance* nº 2016-131, de 10.2.2016. Desta forma, trata-se, entre os ordenamentos estudados, daquele que apresenta uma alteração legislativa mais recente sobre a matéria e o único cuja alteração ocorreu após a publicação do DCFR.

É importante notar dois aspectos da sistemática: o primeiro, que a matéria relativa à repetição do indébito tem previsão legal própria e não está incluída no regime do enriquecimento sem causa; e o segundo, que o enriquecimento sem causa foi tipificado enquanto indenização.

Partindo deste último ponto, o legislador foi preciso ao determinar que “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" (art. 1.303 do Código Civil frances). Foi feita a opção pelo termo *indemnité*, ao invés de *restitution*, como se valeu o legislador para tratar da matéria da repetição do indébito no art. 1.302, ou *répétition*, como era a redação desta última matéria antes da Reforma do Direito dos Contratos.

O outro ponto é exatamente o fracionamento do enriquecimento sem causa. De fato, originalmente, o Código Civil francês previu a repetição do indébito, que corresponderia à conduta de receber o que não é devido e teria como consequência jurídica na incidência do fato a restituição daquilo que foi indevidamente recebido. A adoção pelo DCFR de uma organização monista inclui a figura do pagamento indevido e da repetição do indébito no próprio âmbito de incidência do enriquecimento sem causa. Desta forma, a matéria do Livro VII do DCFR é tanto aquela do enriquecimento sem causa, como aquela do pagamento indevido no Código Civil francês.

Esses dois pontos que foram antecipados encontram uma relação curiosa: a existência de dois regimes distintos para casos de enriquecimento sem causa que variam de acordo com a *fattispecie*; e, destes regimes, podem irradiar efeitos razoavelmente distintos. A primeira distinção depende da interpretação dos limites do termo *indemnité*, pois, ao contrário do que ocorre com a restituição, à qual é reservado um regime próprio de regramento no art. 1.352, ao qual o art. 1.302-3 faz remissão ao tratar do pagamento indevido, a indenização não tem qualquer previsão específica além daquela constante nos próprios dispositivos que a determinam.

É importante atentar para o fato de que, até a Reforma do Direito dos Contratos, o capítulo referente ao pagamento indevido previa em seus próprios dispositivos o procedimento de repetição. O regime único de restituição, que serve a diversos institutos, foi implementado com a reforma. Por razões metodológicas, tratar-se-á doravante de restituição quando abordado o pagamento indevido e de indenização ou compensação, no caso da previsão de enriquecimento sem causa do art. 1.303.

Todos esses elementos apontam para a interpretação de que o legislador optou por um regime de compensação e não de restituição nos demais casos de enriquecimento sem causa e que, portanto, há dois caminhos a serem observados a depender da hipótese de enriquecimento.

Nota-se, no entanto, que a locução da cláusula geral de enriquecimento comporta a própria matéria do pagamento indevido, como também comporta diversas hipóteses que, permita-se a digressão, estão no âmbito da responsabilidade civil. Não há qualquer espanto no fato de o legislador, à esteira da própria jurisprudência, ter mantido a subsidiariedade relativa do enriquecimento sem causa, em



sentido oposto ao DCFR, que optou pela concorribilidade das fontes obrigacionais. A subsidiariedade é relativa, pois, diferentemente das opções feitas pelos regimes português, em 1966, e argentino, em 2014, não abarca todas as matérias relativas ao enriquecimento sem causa em sentido amplo. O enriquecimento fruto de pagamento indevido concorre com as demais fontes de obrigação, tal qual se verifica nos ordenamentos italiano e brasileiro.

Nada obstante a previsão de obstáculo ao exercício do direito de ação nos casos em que houver outro meio de perseguir o ressarcimento do prejuízo (art. 1.303-3), a doutrina admite que se trata de alguma das previsões mais nebulosas sobre a matéria, inclusive durante as discussões da reforma.<sup>41</sup> Ainda assim, “la condition de subsidiarité est pourtant incontournable, considérant que c’est précisément par elle que l’on évite que l’enrichissement sans cause devienne cette machine à faire sauter le droit”.<sup>42</sup>

Esse conjunto sistemático, no entanto, à exceção do enriquecimento por pagamento indevido, deixa de regular diversas circunstâncias de enriquecimento sem causa, abrindo-se à doutrina e ao Judiciário caminhos para a construção dogmática quanto à indenização.

Quanto à restituição, alguns pontos de conexão com a DCFR podem ser observados, como a conversão em pecúnia ou a substituição por coisa diversa. O art. 1.352 do Código Civil francês determina que, diante da impossibilidade, assim seja procedido; previsão que encontra correspondência com o art. VII. – 5:101 (3) e VII. – 5:102 (1), respectivamente, relativos a bens transferíveis e intransferíveis.

Neste aspecto, há diferenças pela previsão no DCFR, sem correspondência no ordenamento francês, de conversão em pecúnia em razão de esforço ou custo excessivo para realização da transferência do ativo, conforme o art. VII. – 5:101 (2), e na restituição pelo ativo substituto, ou no caso de boa-fé do enriquecido que prefira restituir este ativo a converter em pecúnia, ou no caso em que o enriquecido não esteja de boa-fé, mas assim deseje proceder o empobrecido, nos termos do art. VII. – 5:101 (4).

Ainda quanto à restituição, observa-se a previsão no art. 1.352-3 de que o fruto e o valor da fruição da coisa sejam contabilizados para fins de restituição. É importante ressaltar, no entanto, que, ainda que não o tenha previsto expressamente entre os dispositivos que regulam a matéria, como optou o legislador italiano, ou ainda que não tenha feito remissão, como o legislador brasileiro, as regras gerais sobre posse e frutos devem ser aplicadas no caso francês. Desta

<sup>41</sup> POSEZ, Alexis. *La subsidiarité de l’enrichissement sans cause*, 2014. p. 188.

<sup>42</sup> POSEZ, Alexis. *La subsidiarité de l’enrichissement sans cause*, 2014. p. 192.

forma, a interpretação sistemática quanto à inclusão dos frutos dependeria de análise da conduta do enriquecido, pois, nos termos do art. 549:

le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement.

Neste tocante, a boa-fé cessa quando o enriquecido toma conhecimento de que seu enriquecimento não tem justa causa (art. 550).

A DCFR, por sua vez, também estende a restituição do enriquecimento aos frutos e uso, conforme o art. VII. – 5:104 (1), ponderando, no entanto, que, caso seja menor, a restituição será equivalente à poupança resultante dos frutos e uso, exceto no caso de má-fé do enriquecido. Desta forma, são sempre devidos os frutos no DCFR, ainda que reduzido o valor da restituição pelas perdas sofridas. Essa construção normativa é congruente com a forma pela qual o DCFR abordou o desaparecimento do enriquecimento, que, no ordenamento francês, só encontra algum paralelo quanto à indenização.

A interpretação sistemática do *caput* e do n. 4 do art. 1.303 do Código Civil francês explica a forma pela qual o regime francês abordou o desaparecimento do enriquecimento. Conquanto o *caput* estabeleça a regra geral para a aferição do valor da indenização por enriquecimento sem causa, qual seja, o menor valor entre enriquecimento e empobrecimento, e o n. 4 estabeleça o termo de aferição, sendo, para o empobrecimento, o momento em que ocorre e, para o enriquecimento, o momento da demanda, é seguro afirmar que as perdas sofridas pelo enriquecido entre o momento do fato e o momento da demanda, ao serem mitigadas do valor da indenização, configuram a consideração, enquanto causa de mitigação, do desaparecimento do enriquecimento.

Apesar de não trazer mais detalhes, como os dois elementos previstos no DCFR – quais sejam, a conduta do empobrecido e a eventualidade da perda enquanto fato que seria suportado por qualquer um que dispusesse do patrimônio objeto do enriquecimento –, o ordenamento francês não deixa de trazer uma causa de afastamento do desaparecimento do enriquecimento. A segunda parte do art. 1.303-4 determina que, configurada a má-fé do enriquecido, é afastada a cláusula geral e o valor da indenização será igual ao maior entre enriquecimento e empobrecimento.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Outro momento em que o legislador lançou mão às condutas tidas em má-fé foi no art. 1.352-7, em que, nos casos de pagamento indevido, a restituição é devida desde o dia do pagamento, enquanto aquele que tiver agido com boa-fé apenas deve a partir da demanda.

Trata-se de previsão que dialoga com aquela do DCFR em que, nos casos em que “o enriquecido não estivesse de boa-fé ao tempo do desaparecimento do enriquecimento”, “o desaparecimento do enriquecimento deve ser desconsiderado” (VII. - 6: 101 (2)). A exigência da ausência de boa-fé no caso do DCFR e a exigência da má-fé no caso francês trata-se de diferença pontual e significativa entre os regimes, uma vez que o regime francês exige para o afastamento do desaparecimento do enriquecimento uma análise no âmbito da boa-fé subjetiva, enquanto o DCFR se restringe à boa-fé objetiva.

Por fim, o valor pecuniário do enriquecimento aferido no ordenamento francês depende da *fattispecie*. Quando se trata de restituição por pagamento indevido, por certo o valor é aquele do pagamento, mas o termo de cômputo dos juros e frutos percebidos contam, no caso de má-fé do beneficiário, a partir do pagamento indevido, e, no caso de boa-fé deste mesmo, a partir da demanda (art. 1.352-7). Quando se trata de indenização por enriquecimento sem causa, tal qual já se abordou, o valor do empobrecimento é constatado no dia em que se deu e o do enriquecimento no dia em que for julgada a demanda (art. 1.303-4).

### 3.2 Itália

A sucinta previsão do enriquecimento sem causa no ordenamento italiano vai ser repetida em outros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, no qual há coincidências textuais entre os dispositivos previstos no Código Civil italiano.

Tal qual ocorre no ordenamento francês, o enriquecimento sem causa é fracionado: prevê-se o pagamento indevido, regulado pelos arts. 2.033 e seguintes, e uma ação geral de enriquecimento sem causa, regulada pelos arts. 2.041 e 2.042.

Especificamente quanto à parte atinente ao nomeado enriquecimento sem causa, o legislador previu uma cláusula geral na primeira parte do art. 2.041, na qual determina que “chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un’altra persona è tenuto, nei limiti dell’arricchimento a indennizzare quest’ultima della correlativa diminuzione patrimoniale”.

Volta-se a notar que o legislador nacional fez a opção por chamar de indenização o dever obrigacional que emerge do enriquecimento sem causa. À semelhança do que ocorreu recentemente no ordenamento francês (*supra*), o ordenamento italiano já apresentava a dicotomia entre indenização e repetição.<sup>44</sup> No direito

<sup>44</sup> Reitera-se que, no ordenamento francês, o termo “repetição” foi atribuído pelo legislador ao pagamento indevido e, após a reforma, passou a ser tratado enquanto restituição, ao passo que também foi estabelecido um regime geral para as restituições.

italiano, no entanto, essa escolha dos termos não sofre as consequências da interpretação sistemática que ocorre no ordenamento francês. Em ponto, inclusive, de, não obstante a diferença do significado de indenização e repetição, a doutrina dizer que, em ambos os casos, seja no enriquecimento sem causa, seja no pagamento indevido, “l’ordinamento – a fronte di uno spostamento patrimoniale privo di causa – concede una tutela tipicamente restitutória”.<sup>45</sup>

A figura da restituição surge no caso de o objeto do enriquecimento ser coisa determinada, de forma que fica obrigado o enriquecido a restituí-la *in natura*, nos termos da segunda parte do art. 2.041. O paralelo que se pode estabelecer neste ponto com o DCFR é exatamente em relação à matéria do enriquecimento transferível, regulada pelo art. VII. – 5:101. A sucintez não permitiu que o legislador avançasse na especificação da forma de tratamento atribuída à substituição do objeto do enriquecimento. De outra parte, apesar de não ser prevista expressamente a conversão em pecúnia em eventual estado de impossibilidade de restituição da coisa, é compulsório que assim o seja feito, até mesmo em razão da previsão indenizatória da cláusula geral.

A obrigação à restituição de coisa determinada também é contemplada nos casos em que é objeto do pagamento indevido, nos termos do art. 2.037, primeira parte. Nesses casos, o ordenamento italiano, tal qual ocorre no art. 1.352 do Código Civil francês e no art. VII. – 5:101 (3) do DCFR, prevê a hipótese de conversão em pecúnia no caso de impossibilidade de restituição *in natura*.

O legislador nacional, no entanto, estabeleceu um regime diferenciado a partir da conduta do enriquecido ou *accipiens*. Diz o art. 2037, segunda parte, que “se la cosa è perita, anche per caso fortuito, chi l’ha ricevuta in mala fede è tenuto a corrisponderne il valore; se la cosa è soltanto deteriorata, colui che l’ha data può chiedere l’equivalente, oppure la restituzione e una indennità per la diminuzione di valore”. Em relação ao enriquecido de boa-fé, por outro lado, o legislador, na terceira parte daquele artigo, foi bastante compreensivo e, quanto à perda e à deterioração, ainda que por fato próprio, desobrigou-o para além dos limites do próprio enriquecimento, o que, tecnicamente, o desobriga da repetição pelo recebimento indevido e o vincula à obrigação relacionada à ação geral do art. 2041. Importante notar que cabe ao *accipiens* a prova da impossibilidade da restituição *in natura*, sendo prerrogativa sua, também, a alegação de perda ou deterioração do bem, razão pela qual a jurisprudência da Corte de Cassação indica que, ainda que o demandante atue no sentido de obter o equivalente em pecúnia, é facultado ao réu opor a possibilidade de restituição *in natura*.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> NIVARRA, Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Diritto privato*, 2015. p. 701.

<sup>46</sup> *Cassazione civile*, sez. I, 14/06/1996, n. 5512.

Essa previsão tem direta ligação com o desaparecimento do enriquecimento, ainda que se atenha aos casos de enriquecimento por pagamento indevido, e encontra paralelo, resguardadas as devidas ressalvas, com o art. VII. – 6: 101 do DCFR. A diferença que se observa entre o DCFR e o Código Civil francês também se observa entre o Código Civil italiano e aquele instrumento normativo. O ordenamento italiano também exige a constatação da má-fé para desconsideração do desaparecimento do enriquecimento, diferentemente do que ocorre em relação ao DCFR, cujo âmbito de análise se restringe à boa-fé objetiva.

É importante apontar que, em princípio, o desaparecimento do enriquecimento é objeto do pagamento indevido, especificamente de objeto determinado, e se dá pela sua perda ou deterioração, não se estendendo à matéria do art. 2.041.

Os sistemas jurídicos que beberam de fontes francesas acabam reproduzindo a subsidiariedade do enriquecimento sem causa, o que não foi diferente em Itália. A ação geral de enriquecimento sem causa, no entanto, não vem recebendo recentemente um tratamento absoluto na inadmissão processual como outrora. Conforme analisa Pietro Sirena, “la giurisprudenza italiana ammette ormai che, in quanto non siano stati provati dall’attore i fatti posti a fondamento della domanda principale, sia ammissibile l’azione generale di arricchimento senza causa esercitata in via subordinata”.<sup>47</sup>

Não significa de forma alguma mitigação à subsidiariedade, mas apenas possibilidade de ingresso de ação de enriquecimento sem causa subordinadamente nos casos em que ações relativas às fontes de obrigação concorrentes não forem suficientes para sanar o desequilíbrio patrimonial. A subsidiariedade já foi reafirmada pela jurisprudência, inclusive do enriquecimento sem causa em relação ao pagamento indevido.<sup>48</sup>

Ainda que a repetição do indébito e a indenização do enriquecimento estejam no âmbito do enriquecimento sem causa, o direito italiano entende que a ação de enriquecimento sem causa “rappresenta una tecnica di tutela finalizzata a neutralizzare acquisizioni di ricchezza altrui non negoziate com il legittimo titolare della ricorso che vanno ben oltre l’ipotesi di un’attribuzione patrimoniale sine causa”,<sup>49</sup> enquanto a repetição do indébito “presenta uma fisionomia più precisa, perché chiamata a dare risposta a quel particolare squilibrio che origina dall’esecuzione di una prestazione non dovuta”.<sup>50 51</sup>

<sup>47</sup> SIRENA, Pietro. *La sussidiarietà dell’azione generale di arricchimento senza causa*, 2018. p. 381.

<sup>48</sup> *Cassazione civile*, sez. I, 11/04/2014, n. 8594.

<sup>49</sup> NIVARRA, Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Diritto privato*, 2015. p. 701.

<sup>50</sup> NIVARRA, Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Diritto privato*, 2015. p. 701.

<sup>51</sup> Essa diferença de “precisão” restringe o âmbito de repetibilidade da ação decorrente do art. 2.033 do Código Civil italiano, permitindo a condição, na ausência de outra ação possível, de ser lançada mão à ação

Por outro lado, o enriquecimento materializado mediante pagamento indevido teve maior atenção por parte do legislador e é regulado pelo Código Civil italiano nos arts. 2.033 e ss.

Neste ponto, o legislador nacional definiu dois tipos de indébitos: o objetivo e o subjetivo; sendo o primeiro entendido como o pagamento de um débito que, de fato, não existe, e o segundo entendido como o pagamento de um débito existente a pessoa diversa do credor. Apesar da previsão distinta, as duas figuras são equivalentes e há apenas uma excepcionalidade, qual seja, a possibilidade de ratificação pelo credor ante o indébito subjetivo.<sup>52</sup>

De fato, no caso de pagamento de uma dívida que não existe, o único caminho é a devolução, ao passo que, no caso de erro quanto à pessoa, é possível que haja a ratificação por parte do credor. Essa previsão do art. 1.188 Código Civil italiano encontra paralelo com o art. VII. – 4:104 do DCFR, que faculta ao credor ratificar o pagamento indevido realizado pelo devedor para quitar dívida de um terceiro.

O legislador italiano foi além e garantiu a extinção da obrigação ao devedor que de boa-fé realiza o pagamento ao credor aparente (art. 1.189, primeira parte, do Código Civil italiano) e a jurisprudência ampliou a eficácia liberatória ao pagamento realizado àquele que aparenta estar autorizado a receber o pagamento em nome do credor.<sup>53</sup>

Aquele que recebeu o pagamento indevidamente (ou o terceiro enriquecido) está obrigado a restituir ao credor originário a quantia indevidamente recebida, nos termos, seja do art. 1.189, segunda parte, do Código Civil italiano, seja do art. VII. – 4:104 (2) do DCFR.

Além da repetição (ou indenização) referente ao valor recebido indevidamente ou do enriquecimento, há de se recompor também os frutos. O direito italiano prevê regra geral segundo a qual “chi fa propri i frutti deve, nei limiti del loro valore, rimborsare colui che abbia fatto spese per la produzione e il raccolto” (art. 821).

Especificamente no que diz respeito ao pagamento indevido, há regra especial que determina o momento desde o qual são contabilizados os frutos, e o critério de determinação é a conduta do *accipiens*. Conforme o art. 2.033, os frutos

---

geral de enriquecimento sem causa do art. 2.041. Neste sentido, a Corte de Cassação já se manifestou: “L’azione di indebito oggettivo ha carattere restitutorio, cosicché la ripetibilità è condizionata dal contenuto della prestazione e dalla possibilità concreta di ripetizione, secondo le regole previste dagli artt. 2033 e ss. cod. civ. (e cioè quando abbia avuto ad oggetto una somma di denaro o cose di genere ovvero, infine, una cosa determinata), operando altrimenti, ove ne sussistano i presupposti, in mancanza di altra azione, l’azione generale di arricchimento senza causa prevista dall’art. 2041 cod. civ., che assolve alla funzione, in base ad una valutazione obbiettiva, di reintegrazione dell’equilibrio economico” (*Cassazione civile, sez. I, 21/03/2014, n. 6747*).

<sup>52</sup> NIVARRA, Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Diritto privato*, 2015. p. 698.

<sup>53</sup> *Cassazione civile, sez. II, 25/01/2018, (ud. 8.11.2017, dep. 25.1.2018), n. 1869.*

e juros contam do dia do recebimento da coisa nos casos em que tenha agido de má-fé o *accipiens*, e do dia da demanda nos casos em que tenha agido de boa-fé. Não se deve afastar a aplicação do termo inicial da obrigação de restituir pela ausência de previsão expressa no capítulo relativo ao enriquecimento sem causa, haja vista o ordenamento prever, além daquela regra geral do art. 821, uma regra geral atinente aos efeitos da posse no art. 1.148, que, previsivelmente, incidiria sobre o objeto da ação geral de enriquecimento sem causa.

O ordenamento italiano ainda exime o *accipiens* incapaz de restituir, ainda que tenha recebido de má-fé, qualquer quantia além daquela que tenha recebido, conforme o art. 2.039,<sup>54</sup> de tal sorte que não se aplica aos incapazes a regra da segunda parte do art. 2.033 nem a regra geral da segunda parte do art. 821.

### 3.3 Portugal

O Código Civil português de 1966 trouxe previsão do enriquecimento sem causa a partir da previsão de uma cláusula geral de um capítulo para regular a matéria. A previsão no Código de Seabra, revogado pelo novo diploma legal, encontrava-se na seção relativa à prestação e era restrita ao pagamento indevido (art. 758). A repetição do indevido, ainda que seja discutível na doutrina sua classificação enquanto modalidade de enriquecimento sem causa,<sup>55</sup> assim foi incluída no Código Civil de 1966: dentro do capítulo do enriquecimento sem causa.

Essa opção do legislador português, que difere o diploma fruto de sua atividade de outros diplomas estudados, nomeadamente o italiano, o francês e o brasileiro, traz consequências relativamente à concorribilidade do enriquecimento sem causa com outras fontes de obrigação.

Essa circunstância foi observada por Menezes Leitão, que demonstrou, ao distanciar-se do regime adotado pelo ordenamento alemão e acolher a subsidiariedade dos regimes francês e italiano, que “o legislador esqueceu os contornos

<sup>54</sup> Previsão com alguma semelhança pode ser observada no art. 181 do Código Civil brasileiro, ao que se remete o leitor ao subcapítulo específico sobre esse ordenamento.

<sup>55</sup> Neste sentido, Pedro Romano Martinez relembra que “é discutível que a repetição do indevido corresponda a um tipo de enriquecimento sem causa, não obstante a sua consagração legal no seio deste instituto. A questão tem particular acuidade pelo facto de não ser líquido que se atenda nos mesmos moldes aos pressupostos do instituto e às regras da obrigação de restituir”, sem deixar de pontuar a possibilidade de não se tratar de um instituto unitário (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*, 2017. p. 57). No sentido de fracionamento do instituto, Menezes Leitão defende que seja repartido em quatro categorias: enriquecimento por prestação, enriquecimento por intervenção, enriquecimento por despesas realizadas em benefício de outrem e o enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio (LEITÃO, Luis Menezes. *Direito das obrigações*, 2018. p. 421).

dessas mesmas doutrinas, que apenas admitem essa subsidiariedade para a aplicação do enriquecimento sem causa fora do âmbito das *condictiones típicas*".<sup>56</sup>

A observação da explicação dos ordenamentos anteriores é suficiente para entender a relatividade da subsidiariedade ou da concorribilidade nos outros ordenamentos e a concorribilidade do DCFR. No entanto, paira a dúvida sobre eventual classificação da subsidiariedade no regime português enquanto absoluta, o que deve de logo ser rechaçado. Há diversas regras que irradiam do princípio da vedação de enriquecimento sem causa, cujos retrospectos no âmbito da aplicação jurídica pode ocasionar concorribilidades, lançando a discussão para o âmbito dos pressupostos de cada uma das ações cabíveis,<sup>57</sup> de tal forma que não se há de falar em subsidiariedade absoluta, mas apenas em uma subsidiariedade simples.

Quanto ao objeto da restituição, Vaz Serra, em seus estudos para o anteprojeto do que se tornaria o Código Civil de 1966, apontava que "a obrigação do enriquecimento parece dever ter, em princípio, por objecto a restituição da coisa recebida, e não a prestação do seu valor".<sup>58</sup> O art. 473<sup>a</sup>/1 parece estar em sintonia com os demais regimes estudados, nos quais a restituição, em regra, deve ser realizada *in natura*.<sup>59</sup>

O valor da restituição, no entanto, encontra assumida divergência na doutrina portuguesa.<sup>60</sup> Menezes Leitão, privilegiando sua posição de análise separada de cada uma das espécies de enriquecimento sem causa, propõe formas diversas de aferição do valor da restituição, cada uma das quais considerada a partir das peculiaridades do tipo de enriquecimento.<sup>61</sup> Inocêncio Galvão Telles entende que a relação entre os números 1 e 2 do art. 479<sup>a</sup> demonstra que o ordenamento português adotou o duplo limite, não podendo exceder o valor, nem do enriquecimento, nem do empobrecimento, consideradas a data do fato para este e, para aquele, ou a data da citação judicial para restituição, ou a data da ciência da falta da causa do enriquecimento.<sup>62</sup> Menezes Cordeiro propõe um triplo limite, em que o primeiro é o enriquecimento em concreto, o segundo é o empobrecimento em abstrato e o terceiro é o empobrecimento em concreto, nos casos em que se revele superior ao empobrecimento em abstrato.<sup>63</sup> Ainda que nos pareça que a posição de Inocêncio Galvão Telles deva prevalecer, não há na redação do art. 479<sup>a</sup> óbice à interpretação

<sup>56</sup> LEITÃO, Luis Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, 2005. p. 913.

<sup>57</sup> LEITÃO, Luis Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, 2005. p. 916 e ss.

<sup>58</sup> SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Enriquecimento sem causa*, 1959. p. 400.

<sup>59</sup> Neste sentido também: CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*, 2016. p. 241.

<sup>60</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 1997. p. 202.

<sup>61</sup> LEITÃO, Luis Menezes. *Direito das obrigações*, 2018. p. 465 e ss.

<sup>62</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*, 1997. p. 202-203. No mesmo sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 2009. p. 512.

<sup>63</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*, 2016. p. 247-249.



atribuída por Menezes Cordeiro. De toda sorte, concluir que foi adotado o duplo limite, a saber, apenas se a aferição do empobrecimento deve ser feita mediante o empobrecimento em abstrato ou em concreto – ou se pelo maior deles – parece ser a melhor solução.

Isso afeta diretamente a questão do desaparecimento do enriquecimento. A previsão de que o enriquecimento em concreto será aferido e que o momento de sua aferição é o momento do conhecimento da ausência de justificação do enriquecimento dá as condições para o acolhimento do desaparecimento do enriquecimento. E, em relação ao DCFR, não encontra grandes diferenças específicas além da própria construção da norma, haja vista o DCFR prever a regra do desaparecimento do enriquecimento e, em seguida, a exceção pela ausência de boa-fé do enriquecido, o que, materialmente, leva ao mesmo resultado, pois a ausência de boa-fé no momento do fato seria equivalente ao conhecimento da ausência de causa justificadora no momento do fato. A previsão, no entanto, do DCFR para ser considerado o desaparecimento do enriquecimento, ainda que ante a ausência de boa-fé do enriquecido, nos casos de má-fé do empobrecido não encontra paralelo.

Por fim, quanto aos frutos, Vaz Serra entendia impróprio especificar no capítulo referente ao enriquecimento sem causa regras específicas acerca do momento pelo qual era devida a restituição dos frutos, devendo o diploma legal apenas determinar que eles eram devidos e o resto seria cuidado pela regra geral que trata do tema dos frutos e da posse.<sup>64</sup>

### 3.4 Brasil

Na vigência do Código Civil de 1916, o autor de seu anteprojeto, Clóvis Bevilacqua, defendia que não era necessária a criação de “uma relação obrigacional abstrata e genérica” e que o direito e a equidade seriam suficientes para evitar quaisquer desequilíbrios patrimoniais.<sup>65</sup> Nada obstante, naquele começo de século, a doutrina não era pacífica neste sentido e muito se questionou quanto à natureza autônoma do instituto do enriquecimento sem causa.<sup>66</sup> Na Alemanha, o BGB já trazia a figura autônoma do enriquecimento sem causa, mas o legislador nacional preferiu seguir pelo cariz francês, sob, entre outros, o argumento de que “o Código Civil francês serviu de modelo à maioria dos códigos modernos, que nada de melhor acharam, nesta matéria, do que reproduzi-lo”.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Enriquecimento sem causa*, 1959. p. 406-407.

<sup>65</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*, 1954. p. 100-101.

<sup>66</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, 2012. p. 90-91.

<sup>67</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*, 1954. p. 96.

Desta forma, foi previsto no art. 994 e ss., bem como reproduzido no art. 876 e ss. do código posterior, a figura do pagamento indevido,<sup>68</sup> sem que, naquele primeiro código, fizesse-se menção ao enriquecimento injustificado, ainda que se tivesse em mente que o pagamento indevido era uma espécie ou tipo de enriquecimento injustificado.<sup>69</sup>

É bom que se diga que o legislador brasileiro, tal qual o francês, em seu silêncio, não admitiu a locupletação em detrimento de outrem, mas apenas não optou pela unificação do enriquecimento sem causa, tendo, em ambos os ordenamentos, ficado à cargo da doutrina e da jurisprudência a integração analítica e casuística do instituto.<sup>70</sup>

Enquanto o ordenamento francês só viria a integrar legislativamente uma figura autônoma de enriquecimento sem causa na Reforma do Direito dos Contratos de 2016, o legislador brasileiro, no Código Civil de 2002, consagrou o instituto em seu art. 884 e ss.

Ainda que se deva entender o pagamento indevido como modalidade de enriquecimento sem causa,<sup>71 72</sup> o direito brasileiro não optou pela adoção de uma regulamentação a partir da perspectiva unitária do instituto e, no Código Civil, estabeleceu topograficamente o pagamento indevido antes do dispositivo referente ao enriquecimento sem causa, tal qual se dá em ordenamentos anteriormente vistos, quais sejam, o francês e o italiano.

<sup>68</sup> Pontua-se que Pontes de Miranda criticava a expressão “pagamento indevido”: “Em geral, devemos falar de pretensão pelo enriquecimento injustificado, porque o conceito tem a abrangência que mais satisfaz as exigências do sistema jurídico. A expressão ‘pagamento indevido’ é demasiado estreita, posto que essa espécie pretensão por enriquecimento oriundo de prestação por dívida inexistente seja a mais freqüente. Por outro lado, a expressão ‘pagamento indevido’ tem o inconveniente de aludir a ‘pagamento’, que é a prestação feita pelo devedor, e logo a não haver devedor (‘indevido’). Em todos os casos, o que há é o fato do enriquecimento sem justificação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 2003. t. XXVI, §3.134 (3)).

<sup>69</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*, 1896. p. 241. Atente-se para o fato de que o Clovis Bevilacqua dizia enriquecimento ilícito o enriquecimento sem causa, o que não se deve confundir, nem mesmo dentro da obra do professor, que, neste inserto, faz referência ao dispositivo no Código suíço que trata exatamente do enriquecimento sem causa.

<sup>70</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 2017. v. II. p. 282.

<sup>71</sup> Neste sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 2017. v. II. p. 287, nota 30; BDINE JR., Hamid Charaf. *Dos atos unilaterais*, 2018. p. 862; LEITE, Adriano Pugliesi. *O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*, 2008. p. 112; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, 2017. p. 48; e DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 2014. Neste último, tal qual tratado por Clóvis Bevilacqua (remete-se à nota 69), Maria Helena Diniz diz que “o pagamento indevido é uma das formas de enriquecimento ilícito, consistente no ganho sem causa”, no entanto, não se deve afastar da ideia de que o enriquecimento ilícito que se fala corresponderia materialmente ao enriquecimento sem causa tratado no presente trabalho. Críticas a esta sistematização: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 2017. v. II. p. 384.

<sup>72</sup> Pontes de Miranda, em alguns momentos, como em seu estudo sobre dano patrimonial e ressarcimento, relaciona a própria “ação de enriquecimento injustificado” aos arts. 964 e ss. do Código Civil de 1916, relativos ao pagamento indevido, e dá o nome de *condictione sine causa* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 2003. t. XXII. §2.722 (4)). Deve-se recordar, no entanto, que o autor entendia o enriquecimento injustificado como figura mais ampla que o enriquecimento sem causa (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 2003. t. XXVI. § 3.132 (2)).

A cláusula geral de enriquecimento sem causa determina que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (art. 884, Código Civil brasileiro), não encontrando divergências em relação à cláusula geral do DCFR. Em ambos os casos, não há divergência relativamente à regra a redação do dispositivo referente ao pagamento indevido, que determina, que aquele que receber o que não é devido, está obrigado a restituí-lo (art. 876, Código Civil brasileiro) e que, se o pagamento consistir em obrigação de fazer ou não fazer, o beneficiário fica obrigado a indenizar na medida de seu lucro.

A questão da subsidiariedade mais uma vez se impõe, afetando as ações fundadas em enriquecimento sem causa não apenas à sua espécie pagamento indevido, mas a outras fontes de obrigação, como a responsabilidade civil. O legislador brasileiro assim o determinou no art. 886 do Código Civil.<sup>73 74</sup>

A análise da cláusula de subsidiariedade não deve ser feita de forma abstrata, o que poderia acarretar o impedimento à proposição de ações gerais de enriquecimento sem causa em circunstâncias nas quais há previsão legal de outros meios, em tese, aptos a promover o equilíbrio patrimonial, mas que factualmente não estão à disposição das partes. A exigência de análise concreta do juízo de cabimento da ação geral de enriquecimento sem causa é objeto do Enunciado nº 36 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: “o art. 886 do novo Código Civil não exclui o direito à restituição do que foi objeto de enriquecimento sem causa nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado encontram obstáculos de fato”.

Quanto à restituição, a regra é que seja feita *in natura*, i.e., a repetição da coisa determinada objeto do enriquecimento, inteligência do parágrafo único do art. 884. Ainda que não haja previsão nos dispositivos que regulam a matéria de regra relativa à onerosidade excessiva da restituição, como ocorre no art. VII. – 5:101 (2) do DCFR, a doutrina nacional aponta que “em casos em que a devolução do próprio bem se revelar inviável ou excessivamente onerosa pode-se recorrer à restituição em espécie ou por equivalente”.<sup>75</sup>

O problema na prática, de certo, recairá em saber o que é excessivamente oneroso para fins de restringir a aplicação da regra do parágrafo único do art. 884,

<sup>73</sup> A redação do art. 886 sofre críticas: “não há que se falar em lesado e ressarcimento, que são expressões próprias da responsabilidade civil. Melhor seria o emprego da expressão ‘empobrecido’ e ‘devolução do patrimônio enriquecido’ (LEITE, Adriano Pugliesi. *O enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*, 2008. p. 97).

<sup>74</sup> Remete-se à conclusão quanto à subsidiariedade mitigada nestes sistemas, da qual se tratará mais adiante.

<sup>75</sup> KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, 2009. p. 114.

e, se fosse o caso, do art. VII. – 5:101 (2), haja vista a vagueza do termo e a falta de consenso jurisprudencial e doutrinário quanto a parâmetros razoavelmente sólidos para realização desta aferição, como bem demonstrado por Tavares de Azevedo Cardozo.<sup>76</sup>

O legislador nacional previu a conversão em pecúnia no caso de não mais subsistir a coisa (art. 884, parágrafo único, segunda parte) e, nos casos especificamente de pagamento indevido, em hipótese de alienação da coisa, o enriquecido alienante de boa-fé fica obrigado a restituir na medida da quantia recebida e o enriquecido alienante de má-fé, além da restituição da quantia recebida, responde por perdas e danos, inteligência do art. 879. Além disso, o art. 879 determina que, se a alienação se der a título gratuito, ou ainda se tiver se dado a título oneroso e o terceiro adquirente esteja de má-fé, é garantido o direito de reivindicação do empobrecido.<sup>77</sup>

Também no ordenamento brasileiro o uso e os frutos são devidos em razão do uso e gozo da coisa pelo possuidor, mas apenas quando cessa a boa-fé na posse. Ainda que o legislador apenas tenha feito essa referência nos dispositivos relativos ao pagamento indevido, cujo art. 878 faz remissão ao art. 1.214, a interpretação sistemática se impõe aos casos regulados pelo art. 884 e ss., pois o art. 1.214, que constitui regra geral sobre as consequências jurídicas da posse em relação aos frutos percebidos e pendentes, consagra dois princípios: de um lado, a boa-fé, e, do outro, a vedação do enriquecimento sem causa.<sup>78</sup>

Desta forma, a regra vigente no direito civil brasileiro se une aos demais ordenamentos nacionais no que diz respeito à relação entre possuidor, frutos e restituição.

Alguns limites ao enriquecimento proveniente de proteções difusas acabam recebendo regulação específica, como o que ocorre no caso do art. 181 do Código Civil brasileiro, que condiciona eventual restituição em face de anulação de obrigação que beneficiou incapaz à prova de que o valor foi revertido em favor deste, o que, materialmente, corresponde a dizer que não é imputável ao menor enriquecido a obrigação de restituir ou indenizar o empobrecido para além dos limites da vantagem obtida, eximindo-o de indenizar os eventuais frutos. Nesse ponto, encontra-se correspondência com o art. 2.039 do Código Civil italiano, mas não com o DCFR.

<sup>76</sup> CARDOSO, Luiz Philippe Tavares de Azevedo. *A onerosidade excessiva no direito civil brasileiro*, 2010. p. 89 e ss.

<sup>77</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, 2014. p. 662.

<sup>78</sup> Sobre a questão do art. 1.214, a questão da ausência de previsão direta sobre o assunto já foi decidida no âmbito do STJ nos casos relacionados às benfeitorias, que, da mesma forma, não se encontram previstas, aplicando-se por analogia o art. 1.214 (BRASIL. REsp nº 1.188.289. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, 14.8.2012).

Por fim, o valor da restituição nos tribunais brasileiros varia na prática forense entre o enriquecimento real e o enriquecimento patrimonial, haja vista a ausência de determinação específica pelo legislador.<sup>79</sup> No entanto, talvez pela redação do art. 884, em regra, segue-se o padrão de aferição baseado no enriquecimento real, consideradas eventuais despesas dispendidas com a coisa e sua manutenção, bem como a boa-fé do possuidor.

Ainda que Diogo Leite Campos<sup>80</sup> procure forçar uma interpretação contrária sob o fundamento de que “as aparências enganam”, o art. 884, de fato, aponta nesse sentido em sua redação e é isso o que se vê nos julgamentos, de um modo geral, nas ações de enriquecimento sem causa (e de repetição de indébito) cujo objeto é coisa determinada.

A questão encontra algum retrospecto diferenciado no caso de demandas cujo objeto é o lucro de intervenção e cuja quantificação do enriquecimento encontra alguma dificuldade de aferição.<sup>81</sup> Ainda que em juízo hipotético, a aferição que voga na jurisprudência acaba trabalhando critérios diferentes, como demonstrou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva ao estabelecer entre os critérios, não o valor de mercado da imagem do artista (enriquecimento real), que havia sido usada sem autorização, mas a avaliação do lucro patrimonial auferido com o uso da imagem e o grau de contribuição para a campanha em questão.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, 2009. p. 113 e ss.

<sup>80</sup> LEITE, Diogo Campos. *O enriquecimento sem causa em direito brasileiro*, 2002. p. 6.

<sup>81</sup> Sobre o enquadramento, no direito brasileiro, do lucro de intervenção no âmbito do enriquecimento sem causa, em detrimento da responsabilidade civil: “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. Parte da doutrina sustenta a necessidade de divisão da temática, pugnando pela impossibilidade de recondução das variadas hipóteses de restituição a um fenômeno unitário. 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 nessa segunda categoria. Tal via de compreensão do fenômeno restitutivo parece se manifestar, na doutrina contemporânea, nas propostas teóricas que apontam a suposta ausência de fundamento comum e, sobretudo, a ausência de similitude entre as disciplinas normativas decorrentes da cláusula geral de restituição por enriquecimento sem causa, contida no artigo 884 do Código Civil brasileiro, e o regramento de institutos específicos, como a gestão de negócios e o pagamento indevido, também animados pela função restitutória” (SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. *Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro*, 2018. p. 7).

<sup>82</sup> BRASIL. REsp nº 1.698.701. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, 2.10.2018. Vale dizer que o estudo realizado por Lucas Fajardo Hidelbrand revela que, na casuística, quando o conteúdo de destinação da intervenção “não é útil, ou seja, se não integra um processo produtivo, a restituição se dá pelo valor real do desfrute” (HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. *Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*, 2010. p. 85). Sobre o tema, ainda, Cláudio Michelon Jr.: “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 restitutivo*, 2007. p. 202-203).

A ausência de uma previsão legislativa fez ter eco na doutrina brasileira teses diferentes, como a do duplo limite, que foi expressamente admitida pelo legislador francês. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que o valor da restituição está relacionado ao empobrecimento real e ao enriquecimento patrimonial e que o quantum da efetiva restituição se daria de acordo com a teoria do duplo limite, i.e., seria equivalente ao menor valor entre eles. Giovanni Ettore Nanni discorda desta visão e aponta que, para além do duplo limite não encontrar qualquer previsão no Código Civil, “o art. 884, caput, do Código Civil impõe a restituição do indevidamente auferido à custa de outrem, não limitando a extensão do enriquecimento”.<sup>83</sup>

Por fim, é importante que se diga que a dívida prescrita paga não é repetível, bem como os valores pagos a título de cumprimento de obrigação natural,<sup>84</sup> inteligência do art. 882. Essa regra decorre de um princípio de dever moral e, ainda que esteja restrita no Código Civil à repetição do indébito, não se pode excluir sua aplicação ao enriquecimento sem causa, porque, como explica Pontes de Miranda, aos deveres morais faltam ou obrigação ou ação e o Estado não pode promover sua execução forçada, pois “reconhece que o adimplemento deles não é doação, nem pode dar ensejo à ação de enriquecimento injustificado”.<sup>85</sup>

### 3.5 Argentina

Na esteira do pensamento francês, o direito argentino também retardou a positivação de uma cláusula geral de enriquecimento ilícito e da regulamentação da matéria sob o manto do instituto.<sup>86</sup> Como relembra Sandra Wierzba, sucessivos projetos do diploma civil incluíram disposições gerais sobre o enriquecimento sem causa.<sup>87</sup> Apenas no *Código Civil y Comercial de la Nación* de 2014 é que veio a ser prevista expressamente a cláusula geral de enriquecimento sem causa no art. 1.794 e ss.

A cláusula geral tem redação bastante semelhante às que foram observadas até o momento: “toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas

<sup>83</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimiento sem causa*, 2012. p. 252-253.

<sup>84</sup> A redação atribuída aqui faz referência ao antigo art. 970, do Código Civil de 1916.

<sup>85</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 2003. t. XXII. §2.680 (8).

<sup>86</sup> Sobre o tema, lição de Marcelo López Mesa: “En el siglo XIX la Argentina buscaba poblar su territorio y radicar capitales; ello la llevó a perseguir a toda costa la seguridad jurídica, para dar garantía a los capitales. Desde una perspectiva liberal e individualista se consideraban herramientas peligrosas el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la lesión, las nulidades implícitas. Por ello los Códigos del siglo XIX no receptaban como principio general el enriquecimiento sin causa, sino que sólo contenían algunos supuestos puntuales de él” (LÓPEZ MESA, Marcelo J. *El enriquecimiento sin causa en el derecho actual*, 2009. p. 368).

<sup>87</sup> WIERZBA, Sandra M. *Manual de obligaciones civiles y comerciales*, 2015. p. 43.

de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido”.

A redação do art. 1.794 parece apontar no sentido do duplo limite, de um lado o enriquecido fica obrigado na medida de seu benefício, que pode ser maior, igual ou menor que o respectivo empobrecimento do sujeito passivo do enriquecimento, e, por outro lado, o ressarcimento está limitado ao detrimento patrimonial do empobrecido.

Conforme ensina Marcelo López Mesa, “el límite de lo que puede reclamar el empobrecido lo marca justamente su empobrecimiento, aunque el enriquecido haya sacado de ello una ventaja mayor, por ejemplo por la valorización de una propiedad que adquiriera con el fruto del enriquecimiento”.<sup>88</sup> Trata-se, portanto, de teto do pedido de reparação, que, por outro lado, estará limitado, como dito, ao limite do benefício, de tal forma que se trata de outro teto, pois não poderia o enriquecido ressarcir para além do limite do seu benefício, ainda que o empobrecimento decorrente de seu enriquecimento tenha sido maior que ele.

Essa construção normativa está ligada à questão do desaparecimento do enriquecimento, pois trata da diferença entre o empobrecimento e o enriquecimento. No entanto, o legislador argentino deixou de regular, como fez o francês em seu art. 1.303-4, o momento de aferição do enriquecimento e empobrecimento. No exemplo francês, haja vista a possibilidade de se aferir o empobrecimento no dia do fato e o enriquecimento no dia da demanda – ressalvadas peculiaridades ligadas à boa-fé –, é claro que a diferença estabelecida no tempo, ou seja, a perda do enriquecimento, é recepcionada pelo Código Civil. Não estando claro no ordenamento argentino, a resposta à questão será construída doutrinariamente e jurisprudencialmente, sendo ainda cedo para tratar de alguma definição sobre o tema. De logo, é importante ressaltar que a redação do art. 1.794, com a devida interpretação, encontra compatibilidade com a regra do art. VII. – 6: 101 (1) do DCFR.

A restituição em regra, como é da tradição latina, deve ser feita *in natura*, apenas se justificando sua conversão em pecúnia em face da impossibilidade de cumprimento da obrigação nesses termos.

Não há previsão específica sobre a matéria dos frutos, de tal sorte que deve ser analisada a questão a partir de uma perspectiva sistemática relativamente aos efeitos da posse. Desta sorte, nos termos do art. 1.935, “el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos [y] el de mala fe debe restituir los percibidos y los que por su culpa deja de percibir”.

O regime argentino do enriquecimento sem causa também atinou para a questão do incapaz e, na esteira do direito italiano e brasileiro, restringiu o valor

<sup>88</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo J. *El enriquecimiento sin causa en el derecho actual*, 2009. p. 395.

da restituição ao proveito obtido, o que representa limitação da inclusão de eventuais frutos.

Por fim, a Argentina, na toada de todos os demais ordenamentos estudados, previu em seu diploma civil uma cláusula de subsidiariedade do enriquecimento sem causa, determinando, no art. 1.795, a improcedência da ação nos casos em que o empobrecido tiver outra ação para obter a reparação pelas perdas sofridas. A extensão da cláusula de subsidiariedade é semelhante à de Portugal, i.e., atinge toda a matéria, haja vista não haver fracionado a regulação da matéria quanto ao pagamento indevido, estando topograficamente situada dentro do âmbito de incidência da cláusula.

#### 4 Reflexões sobre a influência do DCFR no plano nacional

Alguns apontam para eventual classificação do DCFR como uma *soft law*,<sup>89</sup> o que, ao nosso ver, é uma posição que não se sustenta. Ainda que o termo abranja um amplo espectro de instrumentos e inevitavelmente apresente variações de forma e conteúdo,<sup>90</sup> uma definição que tenha *soft law* por um conjunto de regras que “are not legally binding but which nevertheless have practical and even legal effects”<sup>91</sup> deve ser tida como adequada e, portanto, inadequada para se referir ao DCFR. O caráter opcional de adesão no caso das relações privadas, como é o caso, ainda assim não teria tanto apelo, nada obstante, posições eventualmente excêntricas vistas em alguns contratos excepcionais. O DCFR deve ser entendido exatamente como um quadro de referências que se pretendeu no Plano de Ação da Comissão Europeia sobre o direito europeu dos contratos.

Neste sentido, a análise é tida a partir da perspectiva, especificamente, do enriquecimento sem causa, de que o DCFR possa promover a melhora da coerência do acervo comunitário e promover a elaboração de cláusulas contratuais gerais em nível comunitário. A busca da coerência passa por um esforço necessário de harmonização das normas de diversos ordenamentos jurídicos, o que não poderia ignorar, como aponta Pietro Sirena, distinções dogmáticas que têm raízes antigas na história do direito europeu.<sup>92</sup>

Há institutos uniformes entre ordenamentos nacionais. Trata-se de um processo de uniformidade espontânea e não de uniformização dirigida.<sup>93</sup> São espontâneas e provenientes de influências bastante antigas e da evolução do direito no

<sup>89</sup> Neste sentido: GALLO, Paolo. *L'armonizzazione del diritto ed il ruolo delle corti*, 2017. p. 124.

<sup>90</sup> CHINKIN, C. M. *The challenge of soft law: development and change in international law*, 1989. p. 850.

<sup>91</sup> SNYDER, Francis. *Soft law and governance: aspects of the European Union experience*, 2009. p. 1.

<sup>92</sup> SIRENA, Pietro. *Arricchimento senza causa e gestione di affari nel DCFR*, 2009. p. 248.

<sup>93</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*, 1997. p. 31-34.



âmbito nacional, como é o caso da subsidiariedade do enriquecimento sem causa como fonte obrigacional ou ainda o fracionamento do enriquecimento sem causa.

Pontos importantes devem ser ditos a respeito da subsidiariedade: nos ordenamentos de França, Itália e Brasil, a opção feita pelo legislador nacional em fracionar a espécie do pagamento indevido da previsão de uma ação geral de enriquecimento sem causa conduz à compreensão de que, não obstante a ação geral de enriquecimento sem causa seja subsidiária a outros meios de equilíbrio patrimonial disponíveis ao empobrecido, não é toda a matéria de enriquecimento sem causa que é subsidiária, pois o enriquecimento por pagamento indevido não sofre a restrição da cláusula de subsidiariedade. Deve-se concluir que as obrigações decorrentes de enriquecimento sem causa por pagamento indevido, tal qual ocorre no DCFR, concorrem com as demais fontes de obrigação. Trata-se, portanto, de regimes que optaram pela concorribilidade mitigada do enriquecimento sem causa em relação a outras fontes de obrigação.

Seguindo por outro caminho, Portugal e Argentina submeteram o regime do pagamento indevido ao capítulo que regulamenta o enriquecimento sem causa em seus respectivos diplomas legais. Ainda que doutrinariamente se fale em formas e espécies de enriquecimento sem causa, o fracionamento teórico não se reflete, neste ponto, na topografia dos dispositivos, de tal maneira que a subsidiariedade prevista para as ações gerais de enriquecimento sem causa afeta a matéria como um todo.

Seria de se conjecturar que um quadro de referências que se pretende a buscar uma coerência comunitária consideraria a dinâmica histórica e talvez pudesse encontrar um meio termo entre a subsidiariedade simples, ou mais ampla, que Portugal atribuiu ao enriquecimento sem causa, e a concorribilidade absoluta que é vista em outros regimes, como o alemão, que não foi estudado neste trabalho. Nesse sentido, um sistema de concorribilidade mitigada, como é o caso do italiano e francês, que restringe a subsidiariedade à matéria de enriquecimento sem causa distinta das *condiciones* típicas, seria mais adequado.

Uma série de escolhas feitas pelos autores do DCFR afastam-no dos regimes europeus estudados no presente trabalho e, ainda que tenhamos traçado alguns caminhos paralelos, é de se observar que algumas diferenças afetam diretamente a estrutura através da qual o legislador nacional projetou a própria malha legal de seus sistemas jurídicos. Se o quadro de referência serve para auxiliar e/ou influenciar esse legislador em futuras mudanças legais, a distância estrutural e de escolhas doutrinárias do instituto dificulta o acolhimento de elementos harmonizadores da proposta, haja vista necessidade de mudanças mais complexas e profundas no acervo legal nacional para garantir a coerência interna do próprio ordenamento jurídico.

Esse distanciamento perturba a posição do DCFR como um redutor de diferenças, pois, como visto, os regimes de França, Itália e Portugal apresentam menos diferenças entre si do que em relação ao próprio DCFR, o que colocaria em xeque a posição do DCFR como um possível instrumento na promoção de certa equivalência funcional entre os sistemas. A ampliação da análise para um estrato dos ordenamentos do Mercosul revelou o aprofundamento da situação, pois são evidentes e enraizados os diálogos entre as soluções legislativas encontradas e desenvolvidas por Brasil e Argentina, cujo enriquecimento sem causa foi objeto de alteração legislativas em diplomas promulgados nos últimos vinte anos, em relação à tradição franco-italiana.

Elogios merecem ser feitos ao DCFR pelo seu esforço em detalhar e conceituar os elementos, o que o faz através de tipificações detalhadas, que, de certo, têm seu contributo para os estudos da matéria.

Detalhamento e especificação, no entanto, não fazem do DCFR mais completo ou, efetivamente, apto a resolver mais questões que os ordenamentos nacionais. No âmbito do direito nacional, os países objeto do presente estudo desenvolveram um corpo de soluções jurisprudenciais, analítico e casuístico, que garantem ao jurista e aos jurisdicionados parâmetros de aplicação das normas que regulam a matéria do enriquecimento sem causa e, não raro, é capaz de assegurar uma profunda interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o que, por vezes, é positivado posteriormente.

Um excelente exemplo se materializa na proteção de outros interesses protegidos constitucionalmente, como é o caso do resguardo ao incapaz, que encontra matéria específica nas legislações civis italiana, brasileira e argentina, nas quais se eximem os incapazes de restituir os valores além daqueles efetivamente recebidos indevidamente, limitando eventual restituição ou indenização relativamente ao uso e aos frutos do enriquecimento.<sup>94</sup>

Ainda que não se concorde com críticas no sentido de que a estrutura normativa do DCFR é abstratamente aplicável e que se trataria meramente de um princípio que dependeria de uma construção normativa mais sólida e completa,<sup>95</sup> não se pode negar que, tal qual ocorre com os ordenamentos nacionais, o DCFR se funda em um princípio geral de direito, qual seja, o da vedação do enriquecimento sem causa.

Os princípios gerais de direito são esquemas que se dão pela experiência jurídica e a aquisição de força coercitiva pode se dar legislativamente, mas se dá,

<sup>94</sup> Nos capítulos referentes a Brasil e Itália, trata-se dos dispositivos específicos sobre a matéria, ao que se remete o leitor.

<sup>95</sup> SIRENA, Pietro. *Arricchimento senza causa e gestione di affari nel DCFR*, 2009.

“mais frequentemente, através da atividade jurisdicional e a formação dos precedentes judiciais, bem como através dos usos e costumes e da prática dos atos negociais”.<sup>96</sup> A lição de Miguel Reale serve aqui para entender que o modo como a norma de direito se forma e é exercida em cada ordenamento tem conteúdo empírico e depende do contexto fático e axiológico da sociedade em que está inserida.

O princípio do enriquecimento sem causa,<sup>97</sup> ou da vedação do enriquecimento sem causa, não é diferente neste aspecto. É deste princípio que se irradiam conceitos responsáveis por regras específicas em cada um dos ordenamentos nacionais, não só as regras de ações gerais, como a de pagamento indevido e enriquecimento sem causa, mas outras diversas regras pulverizadas pelos mais diversos diplomas legais e que buscam concretizar este princípio.

Na busca pela harmonização, o legislador nacional tem diversos instrumentos e fontes, entre eles o direito comparado e outros instrumentos normativos desenvolvidos no âmbito multinacional, como é o caso do DCFR. É importante dizer, no entanto, que mesmo que houvesse uma adoção integral de um texto como esse – e não se está dizendo nem que o DCFR o pretende, nem que legisladores nacionais o tencionam, mas apenas, hipoteticamente, que se isso viesse a ocorrer –, ainda assim a aplicação das regras não realizaria ao largo das demais normas do ordenamento jurídico e, muito menos, dos valores e fatos daquela sociedade.

Dessa forma, a própria interpretação das normas harmonizadas ou reproduzidas – ainda hipoteticamente – seria fruto deste contexto tridimensional entre fato, valor e norma<sup>98</sup> e a sua integração no ordenamento jurídico seria realizada pelos particulares em suas relações e pelo Judiciário em sua atividade jurisdicional, de forma que um texto de referência é apenas um elemento no estabelecimento de eventuais, caso se tencione, regras harmônicas entre ordenamentos nacionais.<sup>99</sup> Não se haveria de fugir das diferenças que serão estabelecidas entre cada um desses sistemas em seu processo autopoiético.

<sup>96</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 2002. p. 218.

<sup>97</sup> Neste sentido, Giovanni Ettore Nanni: “Indubitavelmente a proibição do enriquecimento à custa de outrem é um princípio integrante do ordenamento jurídico, não se limitando a uma vaga reminiscência histórica, a uma mera regra moral ou ética, ou a um preceito equitativo, mas consubstanciando-se em um efetivo mandamento com conteúdo normativo” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, 2012. p. 118).

<sup>98</sup> Está-se relacionando diretamente à teoria tridimensional do direito, mas a posição não se invalida ante outras teorias, pois não se pode pretender um conjunto de regras enquanto um sistema isolado dentro do próprio ordenamento jurídico.

<sup>99</sup> Jacob Dolinger trata como pacífica a impraticabilidade de direcionar em sentido uniforme instituições de direito civil: “Mesmo que possível fosse uniformizar o Direito Civil, os aplicadores da lei em cada país chegariam a interpretações diversas, como, aliás, ocorre com frequência, no plano interno” (DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*, 1997. p. 34).

## Conclusão

1. Os objetivos do grupo acadêmico responsável pelo DCFR eram de auxiliar em um processo político que pudesse elaborar um CFR e, conforme exposto no Plano de Ação Maior Coerência no Direito Europeu dos Contratos, da Comissão Europeia sobre o direito europeu dos contratos: (a) melhorar a coerência do acervo comunitário no âmbito do direito dos contratos; (b) promover a elaboração de cláusulas contratuais gerais a nível comunitário; e (c) analisar se outros problemas relativos ao direito europeu dos contratos podem exigir soluções não setoriais, tal como um instrumento facultativo.
2. O DCFR, até em razão de seus objetivos de ser um quadro de referência, fez a opção de tipificar o fato do enriquecimento e o fato do empobrecimento mediante especificação das *fattispecies*. Complementarmente, regulamenta o nexó de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento. Nenhum dos ordenamentos estudados vai por este caminho, dependendo, pois, da análise e interpretação das normas que regem a matéria em cada diploma legal e da dogmática civilista, construída na doutrina e pela jurisprudência.
3. O DCFR adotou modelo unitário do enriquecimento sem causa, o que tem afetação direta na questão da subsidiariedade e da estrutura nas eventuais ações de enriquecimento sem causa. Para além de eventuais discussões doutrinárias quanto à unidade do instituto, o tratamento dispensado no DCFR às espécies de enriquecimento sem causa, entre elas o pagamento indevido, é o mesmo. Todos os países estudados trazem, de alguma forma, algum tratamento específico para o enriquecimento mediante pagamento indevido, ainda que isto não afete a subsidiariedade, como é o caso de Portugal e Argentina.
4. Foi por um regime de concorribilidade do enriquecimento sem causa com as demais fontes de obrigação que optou o DCFR. França, Itália e Brasil optaram por um regime de concorribilidade mitigada (ou subsidiariedade relativa), mediante o qual parte da matéria ligada ao enriquecimento sem causa, nomeadamente o pagamento indevido, concorre com as demais fontes de obrigação, enquanto aquelas assentadas na ação geral de enriquecimento sem causa sofrem incidência da cláusula de subsidiariedade. Portugal e Argentina, por outro lado, optaram por um regime de subsidiariedade ao submeter o pagamento indevido à ação geral de enriquecimento sem causa, que nestes ordenamentos também sofre incidência da cláusula de subsidiariedade.

5. A restituição *in natura* é a regra nos casos de enriquecimento sem causa. Isso se aplica ao DCFR e a todos os países estudados. Da mesma forma, quando o bem não subsiste, há de ser convertido em pecúnia.
6. O valor da restituição do enriquecimento é elemento de debate nas doutrinas nacionais. A França adotou expressamente o duplo limite, estabelecendo que o montante será equivalente ao menor valor entre empobrecimento à data do fato e enriquecimento à data da demanda. A má-fé do enriquecido subverte essa determinação, aplicando-se exatamente o contrário. As cláusulas gerais de enriquecimento sem causa dos diplomas português, argentino e italiano também indicam uma adoção ao duplo limite, nada obstante a tese do triplo limite defendida por parte da doutrina em Portugal, a qual daria conta também ao empobrecimento em concreto. A questão brasileira não é pacífica, pois a redação do art. 884 dá a entender que o limite é apenas o do enriquecimento, de forma que parte da doutrina advoga no sentido do limite único e parte no sentido do duplo limite. Itália e França, que preveem em capítulo diverso daquele do enriquecimento sem causa a matéria da repetição do indevido, acabam por determinar a restituição na medida do pagamento realizado nesta hipótese de enriquecimento.
7. O desaparecimento do enriquecimento encontra previsão no DCFR e o enriquecido não é responsável pela restituição na medida do empobrecimento por si suportado por disposição do enriquecimento ou por outra razão (desaparecimento do enriquecimento), salvo se observado que o empobrecimento teria ocorrido independentemente do enriquecimento obtido. A França acolhe na medida do duplo limite, haja vista que as perdas havidas entre o período do fato e da demanda fazem flutuar o limite do enriquecimento. Esse estabelecimento do duplo limite acaba se repetindo na Argentina e em Portugal (à exceção da tese do triplo limite, que também acolhe desaparecimento do enriquecimento). Os italianos se limitam a tratar da questão no âmbito do pagamento indevido e determinam que o enriquecido de boa-fé que vê a coisa perecer apenas responde no limite de seu enriquecimento. O Brasil, por sua vez, tem o desaparecimento condicionado à posição adotada em relação ao duplo limite ou limite único, que não está pacificada.
8. Em relação aos frutos, DCFR e os ordenamentos nacionais estudados determinam hipóteses em que os frutos passam a integrar o valor da restituição. Diferem, no entanto, quanto ao termo e forma. Todos os ordenamentos nacionais têm regras gerais que consagram a boa-fé do possuidor ou regras específicas que condicionam a restituição dos frutos, *in natura* ou mediante conversão em pecúnia, à má-fé do possuidor,

- estabelecendo como termo inicial da obrigação de restituir o momento que cessou a boa-fé, i.e., o momento em que se tomou conhecimento de que o enriquecimento não tinha causa ou de que a coisa não fora recebida por justo título. O DCFR, por sua vez, também avalia a conduta do enriquecido, mas apenas para fins de mitigação da restituição, de forma que os frutos sempre são devidos, no entanto, as perdas sofridas podem ser abatidas do valor da restituição a depender de estar de boa-fé ou não o enriquecido – locução que é consonante às previsões de desaparecimento do enriquecimento no DCFR.
9. França prevê, em capítulo relativo às regras gerais de restituição, que os frutos estão incluídos no valor desta. Defende-se, no entanto, que a regra geral de efeitos da posse deve ser aplicada à restituição, de tal sorte que os frutos percebidos por possuidor de boa-fé não seriam passíveis de restituição. Itália, por sua vez, tem prevista mais de uma regra geral que indica o dever de restituição e, também, exceção ao caso do possuidor de boa-fé. Ademais, há dispositivo no âmbito do pagamento indevido que expressamente regula a matéria no mesmo sentido da regra geral e dos demais ordenamentos estudados. Brasil e Argentina não têm previsões específicas, mas a regra geral deve ser aplicada ao enriquecimento injustificado, de forma que a restituição dos frutos só é devida, nestes ordenamentos, a partir do momento em que cessa a boa-fé e/ou toma conhecimento da ausência de justa causa daquela percepção.
  10. Itália, Brasil e Argentina optaram por incluir em seus regimes a proteção específica ao incapaz, limitando a restituição destes casos, independentemente de se tenha agido o enriquecido com má-fé, ao proveito efetivamente obtido por ele, excluindo eventuais frutos que tenha vindo a perceber.
  11. O distanciamento entre o instituto do enriquecimento sem causa projetado no DCFR e aquele observado nos ordenamentos jurídicos estudados perturba a sua posição catalizadora de coerência do acervo comunitário em relação ao tema e dificulta o eventual acolhimento de elementos harmonizadores da proposta, haja vista necessidade de mudanças mais complexas e profundas nos acervos legais nacionais para garantir a coerência interna dos próprios ordenamentos jurídicos caso fosse de se considerar o projeto.
  12. Detalhamento e especificação não fazem do DCFR mais completo ou, efetivamente, apto a resolver mais questões que os ordenamentos nacionais. O direito nacional desenvolve um corpo de soluções jurisprudenciais, analítico e casuístico, que garantem ao jurista e aos jurisdicionados parâmetros de aplicação das normas que regulam a matéria

do enriquecimento sem causa e, não raro, é capaz de assegurar uma profunda interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o que, por vezes, é positivado posteriormente.

13. Do princípio da vedação do enriquecimento sem causa irradiam conceitos responsáveis por regras específicas em cada um dos ordenamentos nacionais, não só as regras de ações gerais, como a de pagamento indevido e enriquecimento sem causa, mas outras diversas regras pulverizadas pelos mais diversos diplomas legais e que buscam concretizar este princípio. A interpretação das normas é fruto do contexto tridimensional entre fato, valor e norma e a sua integração no ordenamento jurídico é realizada pela atividade de jurisdicionados e Judiciário. Além de uma dimensão de influência externa, há a dimensão interna de cada ordenamento, aprofundada pelo próprio sistema autopoietico que o direito de fato o é.

O DCFR não se desincumbiu de seu ônus de concatenar as mais diversas formas de pensamento e os diferentes aspectos das legislações europeias de origem latina.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Luiz Cláudio Cardona. Harmonização e unificação internacional do regime do enriquecimento sem causa: uma perspectiva a partir do DCFR. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 29, p. 123-161, jul./set. 2021.

---

Recebido em: 20.06.2021

Aprovado em: 12.08.2021