

**ATRIBUTOS DO ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO RESTITUÍVEL: SENTIDO E
ALCANCE DAS NOÇÕES DE REALIDADE, PATRIMONIALIDADE E CERTEZA DO
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

*ATTRIBUTES OF REFUNDABLE UNJUST ENRICHMENT: MEANING AND SCOPE
OF THE NOTIONS OF REALITY, PATRIMONIALITY AND CERTAINTY OF
UNJUSTIFIED ENRICHMENT*

Rodrigo da Guia Silva *

RESUMO: O escopo central do presente estudo consiste em investigar os atributos que conformam o enriquecimento na qualidade de pressuposto positivo da cláusula geral do dever de restituir contida no artigo 884 do Código Civil. Para isso, inicia-se por uma análise das modalidades e espécies de que usualmente se cogita em matéria de enriquecimento sem causa. Na sequência, passa-se em revista a formulação tradicional que aparta o dito enriquecimento real do dito enriquecimento patrimonial. Propõe-se, a partir de uma preliminar precisão conceitual, o reconhecimento de que tanto a realidade quanto a patrimonialidade são atributos do enriquecimento restituível. Por fim, lançam-se alguns possíveis questionamentos acerca da certeza ou probabilidade do enriquecimento, com base no cotejo com a disciplina dos lucros cessantes no âmbito da responsabilidade civil. O estudo adota o método lógico-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do direito brasileiro.

Palavras-chave: enriquecimento sem causa; enriquecimento; enriquecimento real e enriquecimento patrimonial; lucro da intervenção; lucros cessantes.

ABSTRACT: The central scope of the present study is to investigate the attributes that make up the enrichment as a positive requirement of the general clause of the duty of restitution contained in article 884 of the Civil Code. For this, it begins with an analysis of the modalities and species that are usually considered in matters of unjust enrichment. Following is a review of the traditional formulation that departs from the said real enrichment of the said patrimonial enrichment. It is proposed, based on a preliminary conceptual precision, the recognition that both reality and patrimoniality are attributes of refundable enrichment. Finally, some possible questions are raised about the certainty or probability of enrichment, based on the comparison with the discipline of loss of profit in the scope of civil liability. The study adopts the logical-deductive method, based on bibliographic and jurisprudential research regarding Brazilian law.

Keywords: unjustified enrichment; enrichment; real enrichment and patrimonial enrichment; profit from intervention; loss of profits.

* Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Pesquisador Permanente da Clínica de Responsabilidade Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professor de cursos de pós-graduação "lato sensu" da UERJ, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont), do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) e do Comitê Brasileiro da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française (AHC-Brasil). Integrante da New Generation CAM-CCBC. Vice-Presidente da Comissão Especial de Direito Privado e Novas Tecnologias do Conselho Federal da OAB. Secretário-Adjunto da Comissão de Direito Civil da OAB/RJ. Integrante da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação do Agronegócio (CAMAGRO). Advogado, sócio de Gustavo Tepedino Advogados. E-mail: rodrigo.daguiasilva@gmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6140-6459>

SUMÁRIO: 1. Introdução: o papel do *enriquecimento* como pressuposto positivo da cláusula geral do dever de restituir; 2. Modalidades e espécies de enriquecimento; 3. A enunciação tradicional da oposição entre o *enriquecimento real* e o *enriquecimento patrimonial*; 4. Por uma apuração conceitual das noções de realidade e patrimonialidade; 5. Certeza *versus* probabilidade: mais um cotejo possível da vedação ao enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO: O PAPEL DO ENRIQUECIMENTO COMO PRESSUPOSTO POSITIVO DA CLÁUSULA GERAL DO DEVER DE RESTITUIR

A investigação acerca da deflagração do dever de restituir tem na noção de *enriquecimento*¹ o seu inafastável ponto de partida.² Com efeito, somente se cogita de restituição após a prévia identificação de uma alteração patrimonial positiva em benefício de uma pessoa. Assim como se verifica no desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, em que tradicionalmente se enuncia a existência do dano como requisito indispensável para a imposição do dever de reparar,³ também na seara restitutória se identifica a existência do enriquecimento como requisito basilar para a deflagração do dever de restituir.⁴ Assim, tal como é possível indagar se certo dano é indenizável, também será possível indagar se certo enriquecimento pode ser considerado restituível; contudo, sem que se verifiquem essas duas *fattispecie*, o dano e o enriquecimento, sequer se colocariam tais questões.

Faz-se necessário, então, compreender o enriquecimento previsto como pressuposto para a configuração da cláusula geral contida no artigo 884 do Código Civil. O particular destaque ora conferido à *cláusula geral do dever de restituir* faz-se necessário em razão do

¹ A noção de *enriquecimento* é controvertida desde a sua própria formulação como significante linguístico: "(...) a principal fonte de confusão bem pode radicar, afinal, no emprego da palavra 'enriquecimento' – é que, como veremos, um importante setor da doutrina sustenta que o que está aqui primordialmente em jogo é a restituição do que se obteve sem justificação e, só quando a restituição *in natura* não é possível, é que se impõe a restituição por equivalente e surge a questão do enriquecimento. (...) Haveria pois que distinguir cuidadosamente o 'obtido', por um lado, e o enriquecimento, por outro" (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998, pp. 105-106).

² "Sem o enriquecimento, em qualquer dessas modalidades, não há que se falar em obrigação restitutória" (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 185).

³ Registre-se, por oportuno, que já se encontram, em doutrina, proposições de configuração do que se poderia denominar *responsabilidade civil sem dano*, a indicar a suposta possibilidade de deflagração do dever de indenizar sem necessidade de prejuízo efetivo sofrido pela vítima. Ao propósito, v., por todos, LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2018, item 19.14; e FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 230. Para uma crítica à referida linha de entendimento, a demonstrar a incompatibilidade com a disciplina da responsabilidade civil no direito brasileiro, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, item 1. Para uma análise do estado atual da arte a respeito da *responsabilidade civil sem dano*, v., ainda, com ampla bibliografia, RODRIGUES, Cássio Monteiro. A função preventiva da responsabilidade civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade civil sem dano?. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, *passim*.

⁴ "Sendo o fundamento da ação, o enriquecimento é, por consequência, sua medida" (RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 3, pp. 727-796, 1904, p. 778. Tradução livre).

predomínio – posto que não exclusivo – dessa técnica legislativa na seara restitutória.⁵ Afinal, a disciplina do enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro não se resume ao Capítulo IV (“Do Enriquecimento sem Causa) do Título VII (“Dos Atos Unilaterais”) do Livro dedicado pelo Código Civil de 2002 ao Direito das Obrigações (Livro I da Parte Especial). Em realidade, como se pode perceber a partir de um renovado estudo das fontes das obrigações, a vedação ao enriquecimento sem causa traduz um dos três regimes jurídicos obrigacionais gerais e, como tal, manifesta-se nas mais diversas searas do direito civil.⁶ O artigo 884 do Código Civil assume, nesse contexto, o papel de positivação de uma autêntica cláusula geral do dever de restituir, com a pluralidade ínsita à textura aberta dessas normas,⁷ em oposição à técnica legislativa

⁵ Destaca-se, nesse sentido, a inovação do Código Civil de 2002 em relação ao seu predecessor de 1916: “O codificador de 2002 houve por bem adotar para a regulação do direito restitutivo estrutura análoga àquela utilizada para a regulação da responsabilidade civil. A regulação se dá em dois níveis: em primeiro lugar, há uma cláusula geral que estabelece os termos em que casos não regulados especificamente poderão gerar direito à restituição (art. 884, com o complemento estabelecido no art. 885 e a restrição estabelecida no art. 886); em segundo lugar, há regras específicas para situações que necessitem, por suas peculiaridades, de regulamentação diferente daquela estabelecida na regra geral (como no caso do pagamento indevido e da gestão de negócios, no direito das obrigações, e do direito à restituição do valor da matéria-prima empregada na especificação por não proprietário, no direito das coisas). A opção do codificador pela positivação de uma cláusula geral que veda o enriquecimento sem causa no art. 884 é, como se viu acima, inovadora em relação ao Código anterior, onde tão-somente casos específicos foram regulados” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., pp. 34-35). Identificava-se a utilização da técnica legislativa da cláusula geral no âmbito do enriquecimento sem causa já por ocasião da análise do Projeto de Código Civil, como se extrai de GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, pp. 3-25, abr.-jun./2000, p. 21. No mesmo sentido, a identificar a positivação da vedação ao enriquecimento na forma de cláusula geral (“*clausola generale*”) pelo *Codice civile* italiano de 1942, v. GIORGIANNI, Michaela. L’arricchimento senza causa nel diritto italiano e tedesco: una regola e due sistemi a confronto. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, a. CIII, I, pp. 501-540, 2005, p. 505. Em sentido semelhante, a identificar a coexistência de uma *norma geral* (“*norma generale*”) do enriquecimento sem causa com previsões legais específicas do instituto no âmbito do direito italiano, v. TRIMARCHI, Pietro. Sulla struttura e sulla funzione della responsabilità per arricchimento senza causa. *Rivista di Diritto Civile*, a. VIII, n. 3, pp. 227-251, mai.-jun./1962, pp. 227-230; DONATELLI, Remo. Vecchie e nuove “categorie” comprese nel “genere” dell’arricchimento senza causa. *Giurisprudenza di Merito*, 1995, I, p. 542.

⁶ Fernando Noronha assevera: “Falar na diversidade de funções que desempenham as obrigações que acabamos de caracterizar como autônomas, é o mesmo que nos reportarmos à diversidade de interesses que são prosseguidos em cada uma delas. Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 439). Na mesma linha de sentido, v. MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado: comentário à Súmula 322 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul.-set./2011, p. 385-402; SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*: as obrigações restitutórias no direito civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, item 1.2. Registre-se que, naturalmente, um negócio jurídico pode prever obrigações de restituir – mais usualmente referidas como obrigações de *restituir* (ou *devolver*) *coisa certa*. A restituição relevante ao presente estudo, diversamente, é aquela funcionalmente direcionada não à promoção de um interesse contratualmente ajustado, mas sim à recomposição de um patrimônio injustificadamente beneficiado.

⁷ “Nesta e em outras similares *fattispecie* a obra do intérprete se aproxima àquela do legislador, especificando o comando normativo formulado de modo deliberadamente indicativo e não taxativo, mediante o uso de conceitos elásticos e de cláusulas gerais” (GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 48. Tradução livre). Para uma análise mais detida acerca da conceituação e da operatividade das cláusulas gerais, com a advertência da necessária vinculação à tábua axiológica constitucional, v. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 18-22. Aponta-se – em aspecto similar à experiência brasileira – que o amplo reconhecimento doutrinário da natureza de cláusula geral do artigo 2.041 do *Codice civile* italiano não coincide com um aprofundado desenvolvimento das repercussões dogmáticas da referida qualificação: “As razões são antigas e anacrônicas: é ainda o velho temor do abuso do juiz a pavimentar a preocupação de um remédio fundado sobre a equidade e, portanto sobre o pessoal convencimento do magistrado daquilo que é justo e daquilo que não o é, sobre o perigo do arbítrio e sobre a falta de certeza jurídica” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*. Padova: CEDAM, 2005, p. 36. Tradução livre).

regulamentar.⁸ As possibilidades de vinculação de uma obrigação à vedação ao enriquecimento sem causa, porém, não se resumem às hipóteses diretamente decorrentes da referida cláusula geral.⁹

O cotejo com a responsabilidade civil facilita a compreensão da sistemática concebida pelo legislador para o enriquecimento sem causa: não há grande dúvida de que as cláusulas gerais contidas no *caput* e no parágrafo único do artigo 927 (responsabilidade civil subjetiva e objetiva, respectivamente) convivem com previsões específicas do dever de indenizar, sem que se retire destas últimas a qualificação de obrigação indenizatória pelo simples fato de não decorrerem diretamente das aludidas cláusulas gerais.¹⁰ Basta pensar, ilustrativamente, nas diversas disposições legislativas específicas que preveem o surgimento do dever de pagar perdas e danos, muito embora esse dever já se pudesse configurar, em tese, diretamente a partir da incidência das cláusulas gerais (v., entre outros, os artigos 12, 146, 148, 149, 154, 155, 234, 236, 239, 247, 248, 251, 254, 255, 389, 395 e 402 do Código Civil).¹¹

⁸ “Ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 27). Para uma mais detida análise da técnica legislativa das cláusulas gerais em oposição àquela regulamentar, v., por todos, RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle clausole generali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, pp. 709-733, 1987, *passim*; e PERLINGIERI, Pietro. Legal principles and Values. *The Italian Law Journal*, vol. 3, n. 1, pp. 125-147, 2017, pp. 140-144. Afirma-se que uma das principais características metodológicas do vigente Código Civil brasileiro é “(A) adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais” (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 4). Para uma análise da discussão, antecedente à promulgação do Código Civil de 2002, acerca da técnica legislativa a ser predominantemente utilizada, v. GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais, cit., *passim*.

⁹ Relata-se semelhante experiência, no âmbito do direito português, de positivação do enriquecimento sem causa pela técnica de cláusula geral: “É sabido que o art. 473, nº1 [do Código Civil português] constitui uma cláusula geral, em que se abusa de conceitos normativos altamente indeterminados (‘sem causa justificativa’, ‘à custa de outrem’, ‘ilegítimo locupletamento’), deixando, assim, uma via aberta ao julgador para a eliminação das injustificadas deslocções ou transferências patrimoniais. Porém, logo no nº 2 dessa disposição se vem concretizar essa cláusula em três hipóteses específicas que constituiriam previsões de enriquecimento sem causa, a saber, o recebimento indevido, o recebimento por virtude de causa que deixou de existir ou em virtude de efeito que não se verificou” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996, pp. 32-34). O autor arremata: “Uma única solução parece então justificar a disposição do art. 473, nº 2: a de que os pressupostos aparentemente unitários do art. 473, nº 1 têm uma configuração distinta em cada uma das diversas hipóteses referidas no nº 2 da mesma disposição. Tal distinção nada tem de estranho, atendendo ao caráter altamente indeterminado que revestem os pressupostos do instituto” (Ibid., pp. 47-48). Em sentido semelhante, afirma-se, a propósito do sistema italiano: “Ao lado da enunciação do próprio princípio no cosso código [o *Codice civile* italiano de 1942], se encontram, segundo boa parte da doutrina (...), diversas aplicações particulares do proibição de enriquecimento” (BENEDETTI, Enzo. L’arricchimento senza causa. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n. 4, pp. 1.652-1.677, dez./1959, p. 1.653. Tradução livre).

¹⁰ A propósito do sistema dualista de responsabilidade civil consagrado no direito brasileiro, Gustavo Tepedino esclarece: “Consolida-se, assim, o modelo dualista que já se delineava no sistema anterior, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade civil subjetiva, do atual art. 186, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa específica e agora também pela cláusula geral contida na nova codificação civil” (TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205). No mesmo sentido, v. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 19 e ss.

¹¹ A identificar a natureza indenizatória da pretensão ao pagamento de perdas e danos, v., por todos, ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e

Parece relativamente assentado, nesse ponto, que as referidas hipóteses se encontram plenamente vinculadas ao regime da responsabilidade civil, do qual se extraem os requisitos gerais para a deflagração do dever de indenizar pelas perdas e danos. De outra parte, parece igualmente assentado que esses requisitos gerais da deflagração do dever de indenizar podem ser especificados ou até mesmo afastados diante de escolhas expressas do legislador contidas nas disposições específicas. Ilustrativamente: não parece haver dúvida em doutrina acerca da natureza indenizatória da chamada responsabilidade indireta prevista especificamente pelos artigos 932 e 933, embora tais hipóteses não decorram diretamente da cláusula geral consagrada pelo parágrafo único do artigo 927.¹² Por outro lado, pode-se considerar que a regra contida no artigo 937 (dano decorrente de ruína de edifício) estabelece um parâmetro específico para a valoração da conduta do agente (a necessidade manifesta de reparos) que modula e particulariza a análise subjacente ao requisito de culpa contido na cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva (artigo 927, *caput*).¹³

Semelhante linha de raciocínio há de ser adotada em matéria de enriquecimento sem causa.¹⁴ Não deve causar surpresa, nessa direção, a percepção de que a disposição

Universitária, 1965, pp. 169 e ss.; e GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 188-190; e SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*. Volume XV. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 262.

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

¹³ Vislumbra-se, em doutrina, a consagração, pelo artigo 937, de uma hipótese de responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida: “Com efeito, tem-se entendido que a negligência na conservação do imóvel é constatação que deriva *ipso facto* de sua própria ruína (...). É ao proprietário que incumbe, portanto, demonstrar que o prédio não precisava de reparos, e que a ruína ocorreu por causa estranha. Milita em favor da vítima a presunção de culpa do proprietário pela má conservação do imóvel. Em síntese, a responsabilidade é, aqui, subjetiva, com culpa presumida, bastando à vítima demonstrar i) o fato da ruína ou desabamento; ii) a existência de danos patrimoniais e/ou morais; e iii) a relação de causalidade entre tais danos e o desabamento” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 850). Em sentido diverso, identifica-se no artigo 937 a consagração de uma hipótese de responsabilidade civil objetiva (BRITO, Rodrigo Toscano de. Responsabilidade civil por ruína de prédios. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 218). Ao que mais diretamente importa para o presente estudo, nota-se que se reconhece, à margem de qualquer controvérsia, a natureza indenizatória da obrigação em comento independentemente da incidência direta ou não das cláusulas gerais contidas no artigo 927 do Código Civil.

¹⁴ A destacar a similitude entre a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa na experiência italiana no tocante à presença de uma cláusula geral, v. FRANZONI, Massimo. *Trattato della responsabilità civile*. Volume II – Il danno risarcibile. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 768. Pertinente, neste ponto, o relato acerca da proposição de Ernst von Caemmerer: “A teoria de Wilburg veio a ser desenvolvida por Ernst von Caemmerer, que parte do conceito central de ‘conteúdo da destinação’ na sua construção da teoria do enriquecimento sem causa. (...) O autor entende que a proibição do enriquecimento injustificado, constante do D. 50.17.206 e hoje do art. 62 do C.O. suíço, do § 812 BGB, do § 1 do *Restatement of the Law of Restitution* americano e do art. 2041 do C.C. italiano consiste numa máxima de justiça comutativa que se encontra ao mesmo nível de abstracção do que as cláusulas gerais de responsabilidade civil dos arts. 1382 do C.C. francês, § 1295 ABGB austríaco e 41 C.O. suíço. Tratam-se de normas que carecem de preenchimento pelo intérprete por forma a determinar se se verificou um dano ilícito ou a obtenção de um enriquecimento injustificado” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 417-418). A propósito, v., ainda, o relato de

deliberadamente genérica do artigo 884 convive com previsões específicas de obrigações restitutórias – como aquelas constantes, dentre muitos outros, dos artigos 182 e 876 e seguintes do Código Civil.¹⁵ Afigura-se relevante, portanto, reconhecer a opção do legislador pátrio pela positivação de uma cláusula geral do dever de restituir simultaneamente com previsões específicas de restituição.¹⁶ Consta-se, assim, que, na contramão de possíveis modelos teóricos que restrinjam a restituição a previsões legais específicas, o direito brasileiro estabelece, a um só tempo, tanto o regime básico das obrigações restitutórias (passível de modificações diante de previsão legal específica) quanto a possibilidade de deflagração do dever de restituir independentemente de qualquer previsão legal específica.

Em qualquer dos casos, apresenta particular relevo o estudo dos requisitos gerais do dever de restituir, requisitos esses que podem ser sinteticamente classificados em *positivos* e *negativos*. Requisitos ou pressupostos *positivos* são aqueles que concorrem para a própria configuração da cláusula geral do dever de restituir – *enriquecimento, obtenção à custa de outrem e ausência de justa causa*, todos eles previstos no artigo 884 do Código Civil. Por outro lado, requisito ou pressuposto *negativo* é aquele que, ao invés de concorrer para a configuração da cláusula geral do dever de restituir, atua no sentido de obstar-lhe a eficácia – trata-se da regra da subsidiariedade, prevista no art. 886 do Código Civil. A partir dessa compreensão, em atenção ao recorte temático proposto para o presente estudo, passa-se à análise individualizada dos atributos do primeiro e mais elementar requisito para a configuração da cláusula geral do dever de restituir, que constitui o objeto da análise ora empreendida – o *enriquecimento*. Para tanto, o estudo adota o método lógico-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do direito brasileiro.

2. MODALIDADES E ESPÉCIES DE ENRIQUECIMENTO

De início, cumpre registrar que o legislador brasileiro não consagrou um critério genérico que sirva por completo à definição do enriquecimento nas suas mais variadas

JANSEN, Nils. Farewell to Unjustified Enrichment? *The Edinburg Law Review*, vol. 20, pp. 123-148, 2016, p. 137.

¹⁵ Semelhante fenômeno é identificado na experiência portuguesa: “Resulta assim desta tensão entre cláusula geral e disposições casuísticas que o enriquecimento sem causa aparece a nível legislativo como um instituto de contornos muito indefinidos, uma vez que as disposições que o próprio legislador considera como suas manifestações típicas em nada contribuem para a concretização da disposição do art. 473, nº 1, quando não tendem mesmo a afirmar-se como dogmaticamente independentes, quer em termos de previsão, quer em termos de estatuição, como é o caso da repetição do indevido” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., pp. 36-37).

¹⁶ A partir de semelhante preocupação, a destacar a convivência de um *sistema geral* com previsões específicas de restituição, afirma-se que, “[D]e fato, já sob nosso regime anterior diversos dispositivos vinham inspirados pelo princípio do enriquecimento sem causa, muitos dos quais permanecem em vigor no Código vigente. Vale mencioná-los rapidamente com o intuito de destacar suas distinções e peculiaridades com relação ao sistema geral. Um primeiro exemplo seria o pagamento indevidamente efetuado a incapaz, no qual só se pode reclamar o valor mediante a prova de que este de fato reverteu em proveito dele (CC, art. 181). Outro exemplo, já bastante mencionado, é o do possuidor que realiza benfeitorias no bem do proprietário ao qual se aplica um sistema diferenciado conforme seu estado (...) A mesma distinção aplica-se no que toca aos frutos (...)” (KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 393-394).

manifestações.¹⁷ Nota-se, nesse sentido, que a cláusula geral contida no *caput* do artigo 884 do Código Civil limita-se a determinar a restituição do “(...) indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Consagração mais expressa de critérios para a definição do enriquecimento se verifica na hipótese específica em que a restituição tenha por objeto coisa determinada. Nessa situação, o parágrafo único do artigo 884 do Código Civil estabelece que o enriquecido será obrigado a restituir a própria coisa em que consista o enriquecimento, e, “(...) se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”. Estabeleceram-se, assim, dois critérios sucessivos para a definição do enriquecimento que consista em coisa determinada: se a coisa subsistir, deverá ser restituída na sua substância (hipótese de restituição *in natura*);¹⁸ se a coisa não mais subsistir, o enriquecido deverá restituir o montante equivalente ao valor do bem no momento da sua postulação (hipótese de restituição do equivalente).¹⁹ A opção expressa do legislador pelo cálculo do equivalente no momento da reclamação parece ter pretendido afastar a possibilidade de consideração de outros critérios para o cálculo do enriquecimento, tais como o valor do bem à época da aquisição pelo enriquecido ou o seu valor à época da deterioração.²⁰

A dicção do parágrafo único do artigo 884, ao mesmo tempo em que consagra a adoção de critérios específicos para o dever de restituir coisa determinada, parte da assunção da possibilidade de o enriquecimento não consistir em coisa determinada. Precisamente no que

¹⁷ “Diferentemente da responsabilidade civil, cujo montante indenizatório é *a priori* definido pela extensão do dano (art. 944, *caput*, do Código Civil), e cujo fundamento pode ser encontrado na culpa do agente ou no risco de sua atividade (art. 927 do Código Civil), para a ação *de in rem verso* não existem limites positivados, nem explícita o legislador qualquer relevância da consideração da culpa sobre o enriquecimento. Resta à doutrina – exclusivamente – interpretar o art. 884 do Código Civil” (KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 150).

¹⁸ Para um relato da primazia da restituição *in natura* sobre a restituição do equivalente, v., na doutrina portuguesa, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 117 e ss.; na doutrina italiana, CARRESI, Franco. *Il contratto*. In: MENGONI, Luigi (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Volume XXI. Tomo 2. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 910-911; e, na doutrina francesa, RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., p. 778. Sem embargo da referida primazia, cumpre ter em mente que em qualquer dos casos se mantém o caráter restitutivo da obrigação: “Não é supérfluo especificar que o caráter restitutivo da obrigação não muda se a restituição puder ser efetuada *in natura* (...)” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 9. Tradução livre).

¹⁹ “Ainda quando o enriquecimento não tenha por objeto coisa determinada, se prioriza o ressarcimento *in natura*, de maneira a garantir a restituição justa do que foi indevidamente auferido (...). Com mais razão, esta regra aplica-se em caso de enriquecimento que tem por objeto coisa determinada – como resta positivado no parágrafo único do dispositivo em exame. Porém, para que seja possível esse tipo de restituição, é necessário que a coisa subsista na época da sua devolução. Ocorre que, em muitos casos, a coisa se perdeu ou deteriorou. O CC determina que, nessas hipóteses, a restituição se faça pelo valor do bem na época em que foi exigido” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 755). Em sentido semelhante, v., na doutrina francesa, BUDISHTÉANO, D. *De l'enrichissement sans cause*. Paris: Ernest Sagot, 1920, p. 178.

²⁰ Trata-se, contudo, de questão muito delicada na matéria, sobretudo em razão das dúvidas suscitadas por variadas hipóteses de valorização, desvalorização ou mesmo perda da coisa objeto do enriquecimento. Afigura-se aconselhável, portanto, a assunção de postura crítica (conquanto deferente) às normas previstas pelo legislador para o tratamento da problemática, em desenvolvimento não cabível nesta sede, em razão de o escopo central do presente ponto do raciocínio dizer respeito à definição do enriquecimento não consistente em coisa determinada.

tange às hipóteses não reguladas pelo dispositivo em comento é que surgem, então, as maiores dúvidas para a definição do enriquecimento.²¹ Passa-se, portanto, a investigar os contornos da noção de enriquecimento nas variadas hipóteses que não envolvam coisa determinada.

Afirma-se usualmente que o *enriquecimento* pode consistir no incremento do ativo, na diminuição do passivo ou na poupança de despesas, modalidades às quais parecem passíveis de recondução as mais variadas hipóteses fáticas do fenômeno.²² Desse modo, enriquece aquele que aumenta seu ativo (como a pessoa que recebe pagamento indevido), diminui suas dívidas (como o pai que vê sua obrigação alimentar de meses pretéritos adimplida por pessoa que acreditava, equivocadamente, ser o verdadeiro genitor do alimentando) ou mesmo deixa de realizar despesas (como a pessoa que invade casa alheia e dela desfruta no período de ausência do proprietário sem pagar qualquer remuneração).²³

Neste ponto de raciocínio, cumpre advertir que a classificação das três modalidades básicas de enriquecimento conforme o seu conteúdo (incremento do ativo, diminuição do passivo e poupança de despesa) não se confunde com a classificação que distingue as espécies de enriquecimento conforme a sua origem. A classificação do enriquecimento sem causa conforme a sua origem promove uma bipartição das hipóteses de enriquecimento nas categorias de

²¹ Critica-se a redação do artigo 884 do Código Civil: “Afinal, deixa em aberto o legislador, na norma cogitada, todas as questões que, acerca do tema, afligem a doutrina e a jurisprudência, tais como a definição do que seja a causa cuja ausência fundamenta o pedido de restituição ou, visto o enriquecimento sem causa como conduta, como extremá-lo da responsabilidade civil, entre outros” (CAPUCHO, Fábio Jun. Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, a. 4, n. 16, pp. 9-27, out.-dez./2003, p. 23). Em sentido contrário, elogia-se a opção do legislador nacional: “A redação do Código de 2002 é representativa de boa técnica do legislador, ao passo que não limitou as situações em que a lei considere haver enriquecimento, bastando que este seja à custa de outrem, por causa vedada pelo ordenamento jurídico” (ALVIM, Rafael da Silva. Contornos conceituais do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 5, n. 11, pp. 55-84, jan.-abr./2016, p. 77).

²² “Apesar do silêncio do art. 884 do Código Civil de 2002, o indevidamente auferido que dá ensejo ao enriquecimento sem causa não ocorre apenas em acréscimos patrimoniais positivos, sendo extensível a alterações no acervo passivo, *verbi gratia*, quando se reduzem dívidas que gravam o patrimônio” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237). A presente compreensão do *enriquecimento* é encontrada também na experiência estrangeira. V., no direito português, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 224-226; e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 452-453; no direito italiano, SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale. Torino: UTET, 1959. Ristampa inalterata: Centro Stampa Università de Camerino, 1980, pp. 196-200; e, no direito francês, CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II: Paris: PUF, 2004, p. 2.436; e TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2013, pp. 1.114-1.115. Em sentido semelhante, João de Matos Antunes Varela afirma: “O enriquecimento consiste na obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial, seja qual for a forma que essa vantagem revista. Uma vez a vantagem traduzir-se-á num aumento do activo patrimonial (...); outras, numa diminuição do passivo (...); outras, no uso ou consumo de coisa alheia ou no exercício de direito alheio, quando esses actos sejam susceptíveis de avaliação pecuniária (...); outras ainda, na poupança de despesas” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, cit., p. 481).

²³ “E este enriquecimento pode resultar tanto da aquisição de um novo direito como do incremento do valor de um direito ou bem que já lhe pertencia (*lucrum emergens*), ou ainda de uma diminuição do passivo, como também pode ‘enriquecer-se negativamente’, e isto quando se evita uma diminuição patrimonial (*damnum cessans*); este enriquecimento negativo ‘dá-se quando se faz uma economia ou poupança, evitando-se uma despesa que doutro modo se realizaria’, como é o caso de um merceeiro enviar a um certo freguês, enganadamente, mercadorias que haviam sido encomendadas por outrem, gerando contudo na mente do primeiro a convicção que o merceeiro o fazia a título de oferta, uma vez que jamais consumiria tais gêneros, haja visto o preço dos mesmos, com isto poupando dinheiro que só aplicaria na aquisição de gêneros congêneres, porém nunca da mesma qualidade ou quantidade” (FROTA, José Eduardo da Rocha. *Ação de enriquecimento sem causa*, cit., p. 51).

prestação e de intervenção.²⁴ De uma parte, caso a vantagem patrimonial advinha de uma conduta comissiva de outrem com repercussão positiva sobre o patrimônio do enriquecido, fala-se em enriquecimento por prestação.²⁵ Tal categoria tem o condão de abranger, em tese, as modalidades de enriquecimento mediante incremento do ativo, diminuição do passivo ou poupança de despesas, embora a vinculação se afigure mais imediata com as duas primeiras hipóteses, nas quais uma prestação é efetuada por alguém ao enriquecido ou a um terceiro.

De outra parte, caso a vantagem patrimonial advinha da ingerência do enriquecido sobre bens ou direitos alheios, fala-se em enriquecimento por intervenção (ou lucro da intervenção).²⁶ Tal categoria igualmente parece ter o condão de abranger as variadas modalidades de enriquecimento conforme o seu conteúdo. Advirta-se, por oportuno, que a qualificação do lucro da intervenção como espécie de enriquecimento sem causa não prescinde de aprofundado esforço de compreensão do enquadramento dogmático dessa figura no direito brasileiro – esforço do qual a civilística tem logrado se desincumbir,²⁷ em movimento teórico que igualmente tem encontrado benfazejo acolhimento na jurisprudência.²⁸ Por ora, admitida a

²⁴ A propósito, v., por todos, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 472-473.

²⁵ A propósito da distinção entre o enriquecimento por prestação e o enriquecimento por intervenção, v., por todos, LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 86-87.

²⁶ A propósito, v., por todos, DRAGO, Guilherme Araujo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, vol. 48, pp. 69-101, out.-dez./2011, p. 75.

²⁷ A reconhecer a qualificação do lucro da intervenção como espécie de enriquecimento sem causa, v., na doutrina nacional, por todos, SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Pensar*, vol. 23, n. 4, 2018, item 2; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 29, jul.-set./2021, pp. 286-287; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Enriquecimento sem causa e o enriquecimento por intervenção*. São Paulo: Almedina, 2021, pp. 99 e ss.; e KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, item 3. Registre-se, por oportuno, a existência de controvérsia na doutrina contemporânea acerca da adequação da qualificação do lucro da intervenção como espécie de enriquecimento sem causa, conforme relatado, com vasta bibliografia, por SILVA, Sabrina Jiukoski da. Considerações sobre o lucro da intervenção: uma análise a partir do caso da atriz Giovanna Antonelli (STJ, REsp. 1698701/RJ). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 45, abr./2021, item 3; e FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. Lucro da intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 21, jul.-set./2019, itens 1 e 2. Ao propósito, vale destacar a linha de entendimento que, a partir do reconhecimento da alegada insuficiência do enriquecimento sem causa para justificar a restituição por lucros ilícitos (ROSENVOLD, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. *Revista de Direito da Responsabilidade*, a. 1, 2019, *passim*), pugna pelo enquadramento do tema no âmbito de uma propugnada *função restitutória da responsabilidade civil* (ROSENVOLD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: JusPodivm, 2019, *passim* e, em especial, pp. 447 e ss.).

²⁸ Colhe-se do caso paradigmático do Superior Tribunal de Justiça na matéria (popularmente conhecido como “caso Giovanna Antonelli”, em alusão à atriz cuja imagem foi indevidamente utilizada e, por isso, buscou judicialmente, entre outras verbas, a restituição do lucro da intervenção ilegitimamente auferido pelo interventor): “(...) 2. Ação de indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, além da restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos. 3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele. 4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil. 5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. 6. A subsidiariedade da ação

premissa teórica atinente ao reconhecimento da natureza restitutória da pretensão referente ao lucro da intervenção, afigura-se relevante a formulação de advertência acerca da necessidade de constante avaliação da compatibilidade dos conceitos tradicionais do enriquecimento por prestação com a específica hipótese de enriquecimento por intervenção.²⁹

Embora se trate de modalidades de enriquecimento sem causa, as suas notas distintivas reclamam cautela na definição dos respectivos regimes jurídicos sempre que assim demandarem as suas eventuais distinções funcionais. Do mesmo modo, justifica-se a incidência de regime jurídico unitário na extensão que for demandada por suas convergências funcionais – como sucede, por exemplo, com a aplicabilidade do mesmo prazo prescricional trienal *ex vi* do artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil para a generalidade das pretensões restitutórias, quer sejam fundadas em enriquecimento por prestação, quer sejam fundadas em enriquecimento por intervenção.

3. A ENUNCIÇÃO TRADICIONAL DA OPOSIÇÃO ENTRE O ENRIQUECIMENTO REAL E O ENRIQUECIMENTO PATRIMONIAL

Em todas as modalidades de enriquecimento, qualquer que seja a classificação adotada (conforme o conteúdo ou a origem do enriquecimento), coloca-se, tradicionalmente, a seguinte indagação: o enriquecimento consiste no valor objetivo da vantagem ou, ao revés, na diferença entre a variação efetiva no patrimônio do enriquecido e a variação hipotética que ocorreria caso não houvesse acontecido o fato gerador do enriquecimento? Tais métodos de cálculo correspondem, respectivamente, ao que se convencionou denominar *enriquecimento real* e *enriquecimento patrimonial*³⁰ – ou, em formulação alternativa, *enriquecimento em sentido objetivo* e *enriquecimento em sentido subjetivo*.³¹

de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante. 7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor” (STJ, REsp 1.698.701/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 2.10.2018, publ. 8.10.2018). Tal linha de entendimento se encontra refletida igualmente no Enunciado nº. 620 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”.

²⁹ Nesse sentido, v. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 133-137. Similar advertência é formulada por MICHELON JR., Claudio. *Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, pp. 243-276, out.-dez./2016, p. 252.

³⁰ V., por todos, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 756. Vale destacar a explicação fornecida por Francisco Manuel Pereira Coelho: “Este [o enriquecimento] corresponderá, numa concepção real, ao valor objectivo da vantagem real adquirida; numa concepção patrimonial, ao saldo ou diferença para mais no patrimônio do enriquecido, que resulte da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se não se tivesse verificado a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir (situação hipotética)” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970, pp. 29-30).

³¹ “O enriquecimento em sentido objetivo é medido com base no valor econômico dos bens e direitos que são

Diante da referida ambiguidade do conteúdo do enriquecimento, identificam-se em doutrina proposições alinhadas a ambos os critérios, em divergência que parece remontar, fundamentalmente, à distinção de perspectiva ou foco³² – situação patrimonial do enriquecido ou do dito “empobrecido”.³³ Sustenta-se, de uma parte, que a restituição deve se basear, via de regra, no denominado *enriquecimento real*.³⁴ Trata-se, segundo a formulação tradicional, do valor objetivo da vantagem auferida pelo enriquecido. O critério real para determinação do enriquecimento afastar-se-ia, assim, de reflexões acerca da repercussão concreta da vantagem sobre o patrimônio do enriquecido.

O critério patrimonial, por sua vez, pautar-se-ia em perspectiva diametralmente oposta, afastando-se da investigação abstrata do valor objetivo da vantagem auferida pelo enriquecido.³⁵ O *enriquecimento patrimonial* consistiria, então, no montante da concreta repercussão positiva do fato gerador do enriquecimento sobre o patrimônio do enriquecido, com base na comparação entre a situação patrimonial atual e a situação patrimonial que provavelmente existiria para o enriquecido caso não se tivesse verificado a obtenção do enriquecimento à custa de outrem.³⁶

incorporados ao patrimônio do enriquecido, enquanto o enriquecimento em sentido subjetivo toma em conta a condição pessoal e patrimonial do enriquecido para limitar o enriquecimento ao valor do proveito que o enriquecido obtém” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 187). Ilustra-se o raciocínio: “De acordo com uma concepção objetiva de enriquecimento, aquele que incorre em despesas de conservação de um bem determinado de outrem tem direito à restituição, ainda que o proprietário pretenda, por razões pessoais, destruir o bem. Se uma concepção subjetiva de enriquecimento fosse aplicada ao caso, o proveito econômico simplesmente não teria existido já que o proprietário, se considerarmos seu plano de destruir o bem, não teria obtido qualquer utilidade com a sua conservação. nesse caso, a prestação é objetivamente útil e subjetivamente supérflua. Há outras situações nas quais um bem objetivamente supérfluo será subjetivamente útil” (Ibid., p. 187). A formulação que distingue o enriquecimento em sentido objetivo daquele em sentido subjetivo remonta à lição de GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*. 2. ed. In: SACCO, Rodolfo (a cura di). *Trattato di diritto civile*. Torino: UTET, 2008, p. 38.

³² Em sentido semelhante, v. DRAGO, Guilherme Araujo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil, cit., p. 81. A já referida confusão conceitual entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa repercute, por exemplo, na identificação do enriquecimento como mero limite da restituição pautada no empobrecimento: “O enriquecimento injustificado é fonte de uma obrigação indenitária [*indennitaria*] que tende a reintegrar a diminuição patrimonial. A indenização é liquidada com referência aos valores de mercado (atualizados ao tempo da demanda) na medida da menor soma entre a perda efetivamente sofrida e o enriquecimento auferido. A entidade do enriquecimento configura o limite à indenizabilidade da diminuição patrimonial” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 301. Tradução livre).

³³ A superação do requisito referente ao empobrecimento, nos termos a serem expostos no item seguinte deste estudo, aconselha que se evite o uso da expressão “empobrecido”, nada obstante a sua consagração pela práxis. Com efeito, reconhecida a superação dogmática de tal requisito e assumida a possibilidade fática de enriquecimento sem um correlato empobrecimento, pareceria contraditória a utilização indiscriminada da expressão “empobrecido” para fazer referência à pessoa à custa de quem se enriqueceu. No sentido da presente advertência, já se cogitou, na doutrina francesa, da utilização do termo “enriquecedor” (“*enrichisseur*”): “A este aumento pode corresponder e corresponderá muito frequentemente uma diminuição nos elementos que compõem o patrimônio daquele que chamaremos de agora em diante, pelo barbarismo de uma clareza necessária, o enriquecedor” (RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., p. 728. Tradução livre).

³⁴ Nesse sentido, Júlio Manuel Vieira Gomes sustenta que se deve operar, via de regra, a restituição do enriquecimento real, funcionando o enriquecimento patrimonial como um limite à obrigação de restituir, em homenagem à boa-fé do enriquecido (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 105 e ss.).

³⁵ Nesse sentido, relata-se que, “(...) enquanto para um setor importante da doutrina, a restituição tem por objeto o enriquecimento real, por exemplo, a coisa indevidamente recebida ou o seu valor objetivo de mercado, para outros, a restituição não pode deixar de ter em conta fatores subjetivos e a inserção e impacto do objeto a restituir no patrimônio de quem o recebeu” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 107-108).

³⁶ “(...) o enriquecimento patrimonial é verificado através do patrimônio daquele que enriqueceu, ou seja, da diferença obtida entre a situação em que efetivamente se encontra e aquela em que estaria caso o enriquecimento não tivesse ocorrido” (ALVIM, Rafael da Silva. *Contornos conceituais do princípio de vedação ao*

O clássico exemplo do pagamento indevido consistente na prestação de pensão alimentícia é usualmente invocado para ilustrar a distinção entre o enriquecimento patrimonial e o enriquecimento real.³⁷ Imagine-se que uma pessoa, em errônea percepção de que seria o pai biológico de criança recém-nascida, passa a lhe prestar pensão alimentícia mensal – sem jamais vir a desenvolver vínculo de socioafetividade. Transcorridos alguns meses, o então alimentante vem a tomar conhecimento sobre o verdadeiro vínculo biológico de parentalidade, ocasião em que resolve cessar os pagamentos em benefício da criança e postular a condenação do pai biológico à obrigação de restituir o enriquecimento indevidamente auferido. Nessa situação hipotética, sem abalo à irrepetibilidade dos alimentos por parte do alimentando, questionar-se-ia: o pai biológico (enriquecido em razão da poupança de despesas da pensão alimentícia) deverá restituir o valor efetivamente pago pelo terceiro ou o valor que ele próprio (verdadeiro pai biológico) teria pagado?

A questão assume particular relevância em razão da diversidade de valores que se alcançaria a partir do cálculo da obrigação alimentar, que, como se sabe, depende da verificação do denominado *binômio necessidade-possibilidade*³⁸ (o qual por vezes é substituído pelo *trinômio necessidade-possibilidade-razoabilidade*).³⁹ Afirma-se que, a se adotar o critério do enriquecimento real, concluir-se-ia pela condenação do enriquecido a restituir o montante efetivamente pago pelo alimentante originário, por se tratar do valor objetivo da vantagem auferida. Diversamente, a se adotar o critério do enriquecimento patrimonial, concluir-se-ia pela quantificação da restituição com base no montante que o enriquecido teria pagado de acordo com a sua condição financeira, por ser essa a repercussão concreta da vantagem sobre o seu patrimônio.

enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro, cit., p. 77).

³⁷ O exemplo remonta à lição de KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido, cit., p. 384.

³⁸ “Não basta, todavia, a existência do vínculo de família para que a obrigação se tome exigível; é preciso que o eventual titular do direito à prestação de alimentos os necessite de verdade. Necessário, numa palavra, que esteja em estado de miserabilidade. Por tal deve-se entender a falta de recursos, sejam bens ou outros meios materiais de subsistência, mas, também, a impossibilidade de prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção. (...) Ainda, porém, que faça jus ao recebimento da prestação de alimentos, por estar em condições de reclamá-lo, o alimentando não pode exercer o seu direito se aquele de quem os exige não tiver condições de fazê-lo. A potencialidade econômico-financeira da pessoa de quem podem ser exigidos os alimentos é, assim, um pressuposto da obrigação, tal como a necessidade do alimentando” (GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 430). A conjugação dos requisitos de necessidade (do alimentando) e possibilidade (do alimentante) encontra-se atualmente positivada no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil. A propósito, v., por todos, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 362-363; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume V. 22. ed. Atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 587-588.

³⁹ “A doutrina e diversas decisões dos tribunais acrescentaram terceiro requisito, que estabelece um balanceamento equilibrado entre os dois requisitos tradicionais, ou seja, o da razoabilidade. Esse terceiro requisito é procedimental, pois submete ao seu crivo os dois outros. Alguns o denominam proporcionalidade, com o mesmo propósito. Cabe ao juiz não apenas verificar se há efetiva necessidade do titular, máxime quando desaparecida a convivência familiar, e possibilidade do devedor, mas se o montante exigido é razoável e o grau de razoabilidade do limite oposto a este. O requisito da razoabilidade está presente no texto legal, quando alude a ‘na proporção das necessidades’” (LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 371-372). No mesmo sentido, v., entre outros, DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 595-597.

A partir de exemplos como o supramencionado,⁴⁰ parece ter se consolidado na doutrina a conclusão de que a linha de entendimento que pugna pela primazia do enriquecimento real não se coadunaria plenamente com a função restitutória que caracteriza a vedação ao enriquecimento sem causa.⁴¹ Como visto, é precisamente o perfil funcional restitutivo do instituto que determina a restauração do patrimônio do enriquecido ao estado em que deveria estar caso não verificasse o enriquecimento injustificado.⁴² Desse modo, afirma-se usualmente que somente uma concepção de enriquecimento que levasse em conta as concretas condições patrimoniais da pessoa enriquecida poderia revelar a exata medida do seu enriquecimento no caso concreto, pouco importando aquilo que seria a média da vantagem na generalidade das situações.⁴³

Tal conclusão, em princípio majoritária, acerca da primazia do enriquecimento patrimonial em detrimento do real parece traduzir, contudo, a resposta correta a um problema mal colocado. A malversação do problema remonta, em realidade, à própria formulação da classificação que aparta o enriquecimento real do enriquecimento patrimonial. A classificação tradicional incorre, pelo menos, em duas ordens de vícios – uma impropriedade terminológica e uma inadequação de conteúdo, das quais se cogitará no item subsequente.

⁴⁰ Entre outros exemplos, veja-se o da utilização de casa de veraneio: “No caso da utilização de imóvel alheio, por exemplo. Pensemos em alguém que desfrute da casa de veraneio de um amigo, supondo, de boa-fé, ter-lhe sido emprestada, quando, na verdade, o amigo lhe entregara as chaves apenas para que fizesse o favor de checar se tudo estava em ordem na casa. A partir do mal entendido, o sujeito passa a desfrutar do imóvel alheio, que é de qualidade consideravelmente superior à da casa de veraneio que ele próprio – de poucas posses – alugaria, não fosse o empréstimo putativo. Neste caso, o enriquecimento real auferido foi o valor de mercado do aluguel do imóvel utilizado, avaliado objetivamente. Contudo, o enriquecimento patrimonial, neste caso menor, foi a despesa que lhe foi poupada, a despesa que ele teria não fosse o ato causador do enriquecimento, ou seja, o aluguel da casa que ele hipoteticamente alugaria. É a diferença entre o que ele realmente despendeu – nada – e o que ele despenderia hipoteticamente – a despesa com a locação de uma outra casa” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 384).

⁴¹ Para um relato da prevalência do critério do enriquecimento patrimonial no âmbito da doutrina portuguesa, v. GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 113 e ss. A ilustrar a defesa da primazia do enriquecimento patrimonial, v., na doutrina contemporânea, COHEN, Fernanda; SAAB, Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 139.

⁴² Francisco Manuel Pereira Coelho afirma que “(Q)uem usa, consome ou aliena bens alheios, quem recebe de outrem uma obrigação de *facere* não devida (...) não se enriquece assim na medida do valor objetivo do uso, do valor dos bens consumidos ou alienados ou da própria prestação, mas na medida da diferença que haja – se diferença houver – entre a situação em que o patrimônio do enriquecido se encontra e aquela em que se encontraria se não tivessem ocorrido aqueles factos” (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*, cit., p. 44).

⁴³ “Só uma avaliação dinâmica do enriquecimento permitirá que o instituto do enriquecimento sem causa realize as suas funções específicas: remover todo o enriquecimento, e só ele, do patrimônio do enriquecido. Correspondendo enriquecimento a utilidade, há que determinar qual a utilidade que o beneficiado com a deslocação patrimonial retirou desta” (CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974, pp. 452-453). Idêntica conclusão é alcançada no âmbito da doutrina brasileira: “Portanto, para a configuração do enriquecimento sem causa, deve-se verificar se há enriquecimento patrimonial” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 60). No mesmo sentido, v., na doutrina brasileira, KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., pp. 383-384; e, na doutrina portuguesa, GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., pp. 107-108.

4. POR UMA APURAÇÃO CONCEITUAL DAS NOÇÕES DE REALIDADE E PATRIMONIALIDADE

No que tange à terminologia adotada, deve-se destacar a impropriedade na enunciação dos atributos “patrimonial” e “real” como qualificações decorrentes de uma mesma classificação.⁴⁴ Com efeito, trata-se de atributos sem grau de oposição direta, razão pela qual não se afigura aconselhável conceber uma classificação pautada nessas duas categorias. Como se sabe, o atributo da *patrimonialidade* se opõe ao da *extrapatrimonialidade* (a justificar, por exemplo, no âmbito da responsabilidade civil, a classificação dos danos em patrimoniais ou extrapatrimoniais), ao passo que o atributo da *realidade*, no sentido que se parece conferir ao termo em matéria de enriquecimento injustificado, parece contrapor-se ao da *virtualidade* (a justificar, por exemplo, na seara da responsabilidade civil, a classificação das causas em reais ou virtuais).

Percebe-se, com isso, a inadequação de conteúdo da classificação tradicional: admitindo-se que todas as hipóteses aventadas até o momento dizem respeito a atribuições de caráter patrimonial, a questão verdadeiramente relevante na presente matéria consiste na investigação da relevância ou irrelevância do enriquecimento virtual.⁴⁵ Trata-se, em síntese essencial, de perquirir se a vantagem patrimonial relevante para fins de determinação da restituição é somente aquela efetivamente verificada (que se poderia referir por *enriquecimento real*, a partir da ressignificação semântica ora propugnada) ou se, ao revés, seria possível atribuir relevância jurídica à vantagem patrimonial que o enriquecido hipoteticamente poderia vir a auferir (*enriquecimento virtual*, na terminologia que parece mais adequada para o usualmente chamado *enriquecimento patrimonial*).⁴⁶

A elucidação dos verdadeiros significados de cada um dos critérios da classificação tradicional serve a demonstrar, assim, que tanto o enriquecimento *real* quanto o denominado

⁴⁴ “Mais uma vez, a linguagem empregue corre o risco de se converter numa fonte de ambiguidade (como aliás sucede com a distinção, simétrica, entre dano real e dano patrimonial) já que a expressão ‘enriquecimento patrimonial’ tanto pode significar enriquecimento avaliável pecuniariamente (contrapondo-se, então, a um enriquecimento ‘moral’), como enriquecimento avaliável pecuniariamente sob a forma de saldo, segundo os critérios próprios da teoria da diferença (opondo-se, nessa hipótese, a enriquecimento real). É este segundo entendimento que sobretudo nos importa (...)” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, cit., p. 107).

⁴⁵ Assim se pode depreender da lição de Carlos Nelson Konder mesmo no âmbito da formulação tradicional que aparta as hipóteses de enriquecimento com base nos critérios de *real* e *patrimonial*: “O cerne da discussão sobre o valor do enriquecimento está na distinção entre dois tipos de avaliação do enriquecimento: o enriquecimento real e o enriquecimento patrimonial. O enriquecimento real vincula-se ao objeto do enriquecimento. É a quantificação objetiva do valor da vantagem adquirida, o valor de uso do bem ou direito. Já o enriquecimento patrimonial está ligado ao sujeito enriquecido. E se calcula a partir do exame comparativo do seu patrimônio. É a diferença entre a situação real e a hipotética, isto é, se o fato que gerou o enriquecimento não tivesse ocorrido” (KONDER, Carlos Nelson. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*, cit., p. 383).

⁴⁶ Justifica-se, assim, a síntese da controvérsia que aparta os critérios real e patrimonial para a definição do enriquecimento nos seguintes termos: “(...) tem sido, porém, discutido se o enriquecimento deve ser definido num sentido real-individual, como a vantagem patrimonial concreta de qualquer tipo, com valor pecuniário, obtida pelo enriquecido, ou num sentido patrimonial-global, através da comparação entre a situação patrimonial vigente e a situação patrimonial que existiria sem a obtenção do enriquecimento” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 859). Em sentido semelhante, v. CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, cit., pp. 495-497.

enriquecimento *patrimonial* referem-se a vantagens dotadas do atributo da patrimonialidade.⁴⁷ A partir de tais considerações, percebe-se que a crítica usualmente utilizada para embasar a rejeição ao enriquecimento real traduz argumentação correta para um falso problema. Com efeito, não há qualquer razão para que a correta preocupação com o patrimônio do enriquecido – em decorrência da função restitutória da vedação ao enriquecimento sem causa – se restrinja ao critério dito *patrimonial* (que, em realidade, ostenta feição *virtual* ou *hipotética* à luz da formulação tradicional, como visto). Deve-se, ao revés, sempre ter em vista o perfil funcional próprio do instituto, tanto no critério real quanto no critério patrimonial, de modo a se perquirir a extensão da vantagem patrimonial indevidamente auferida pelo enriquecido.⁴⁸

Nota-se, assim, que tal preocupação com a patrimonialidade nada diz acerca da distinção entre o enriquecimento real e o enriquecimento virtual. Com efeito, pautar a análise na situação patrimonial do enriquecido nada revela sobre qual deve ser a situação a se analisar – se aquela efetivamente verificada após o enriquecimento ou se aquela que provavelmente teria se verificado na ausência do fato gerador do enriquecimento. Tal investigação encontra valioso fundamento na análise do direito positivo brasileiro. No âmbito da cláusula geral do dever de restituir, verifica-se a opção expressa do legislador pela restituição do “indevidamente auferido” (artigo 884, *caput*) – o que remete à vantagem efetivamente (e não hipoteticamente) percebida – e, na hipótese de coisa determinada, da própria coisa recebida ou do valor a ela correspondente (artigo 884, parágrafo único).⁴⁹

⁴⁷ Registre-se, contudo, que em doutrina se chega a cogitar do enriquecimento de caráter extrapatrimonial ou moral: “Assim, deve-se admitir o conceito de enriquecimento não patrimonial ou moral, também como vantagem obtida, sem se descuidar do mandamento de respeito à dignidade da pessoa humana e à solidariedade. Presente qualquer situação de vantagem patrimonial concreta e objetiva ou de vantagem não patrimonial, nesse contexto, subjetiva, ou imaterial, como cessão de direito autoral, deve ser acolhida a possibilidade de exercício da ação de enriquecimento” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 244-245). No mesmo sentido, v., entre outros, GORÉ, François. *L'enrichissement aux dépens d'autrui : source autonome et générale d'obligations en droit privé français – essai d'une construction technique*. Paris: Dalloz, 1949, pp. 59-63; BÉGUET, Jean-Pierre. *L'enrichissement sans cause*. Paris: Sirey, 1945, pp. 142-144; e GAGNÉ, Jacques. *Enrichissement sans cause. Les Cahiers de Droit*, vol. 1, n. 1, pp. 25-33, dez./1954, p. 27. Em sentido diverso, afirma-se: “Relativamente ao conceito de enriquecimento referido no art. 473º, nº 1 do Código Civil, este deve ser entendido no sentido de vantagem de caráter patrimonial, excluindo-se assim do âmbito deste instituto as vantagens obtidas à custa de outrem que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária, como sucede com os benefícios de cariz espiritual ou moral” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 858). O autor ressalva: “Já não há, porém, obstáculos a que se peça a restituição de prestações indevidas sem valor patrimonial, uma vez que a mesma entidade que pode ser objeto de uma prestação (cfr. art. 398º, nº 2), naturalmente que também o pode ser da restituição” (Ibid., pp. 858-859). A proposição doutrinária de reconhecimento do enriquecimento moral parece, no mais das vezes, incorrer em contradição nos seus próprios termos, uma vez que se sustenta a quantificação da restituição com base não na própria vantagem moral, mas sim na expressão econômica da prestação desempenhada: “Conclui-se que, tanto entre aqueles que negam a possibilidade do enriquecimento sem causa derivar de um enriquecimento não patrimonial quanto aqueles que afirmam essa possibilidade, concordam que o enriquecimento não patrimonial será ressarcido sempre que decorrer de uma prestação suscetível ela própria de avaliação econômica” (MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo*, cit., p. 195). A criticar a noção de enriquecimento moral, v., ainda, RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, cit., p. 779; e NEGREIROS, Teresa. *Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 55, n. 3, pp. 757-845, dez./1995, pp. 794 e ss.

⁴⁸ “(...) aquilo de que não se pode prescindir é que se trate de uma atribuição efetiva e não já meramente eventual ou futura” (ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 295. Tradução livre).

⁴⁹ “O legislador brasileiro fez a opção por aquela concepção que lhe pareceu mais segura, a concepção real. Veja-se que não se fala no montante da atribuição patrimonial, nem tampouco na situação hipotética do enriquecido caso o fato que gerou o enriquecimento nunca houvesse ocorrido” (DRAGO, Guilherme Araujo. O

A mesma orientação se constata nas previsões específicas do dever de restituir. No âmbito dos efeitos da posse, por exemplo, previu-se expressamente a obrigação do reivindicante de restituir o valor das benfeitorias realizadas,⁵⁰ valor esse a variar conforme a boa-fé ou má-fé do possuidor, mas em qualquer caso tendo por referência vantagens patrimoniais efetivas do reivindicante (artigo 1.222).⁵¹ No âmbito do pagamento indevido, estabeleceu-se o dever de restituição de todo o montante efetivamente recebido que não era devido (artigo 876 do Código Civil).

A simplicidade dos exemplos supramencionados – meramente ilustrativos de uma vasta gama de referências do direito positivo ao critério do enriquecimento real –, ao invés de suscitar dúvida sobre a efetiva previsão de critérios de quantificação pelo legislador, deve servir à elucidação de que o direito positivo brasileiro direciona a sua atenção, em matéria restitutória, à vantagem patrimonial injustificada *efetivamente* auferida.⁵² Consagra-se, assim, a relevância genérica do que se poderia referir (sob o enfoque ora propugnado) por enriquecimento real, cujo

enriquecimento sem causa no novo Código Civil, cit., p. 80).

⁵⁰ A identificar o perfil funcional de restituição do enriquecimento sem causa na obrigação do proprietário-reivindicante de pagar o valor das benfeitorias feitas pelo possuidor, Fernando Noronha afirma: “Se o proprietário tem de pagar ao possuidor de boa-fé todas as benfeitorias que hajam beneficiado a coisa (sejam necessárias, sejam úteis) e se tem de pagar ao possuidor de má-fé mesmo aquelas que ele próprio sempre teria de fazer (benfeitorias necessárias) é porque a lei, nestes casos, entende que o seu patrimônio não deve ficar enriquecido a expensas do possuidor. Repare-se que até o possuidor de má-fé tem direito a ‘indenização’ (embora menor do que a daquele que estiver de boa-fé): isto mostra bem que aqui a preocupação da lei não é com o dano sofrido pelo possuidor (se fosse esta a *ratio legis*, não haveria razão para indenizar o possuidor de má-fé, que deveria sofrer as conseqüências de seus atos) e, sim, com a remoção de um enriquecimento indevido do proprietário (se ele sempre teria de fazer as benfeitorias, é justo que as pague, se outro as fez; quanto às benfeitorias úteis, a má-fé do possuidor justifica que, até como sanção, a lei as atribua ao proprietário, que bem poderia nunca se dispor a fazê-las)” (NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 56, pp. 51-78, abr.-jun./1991, item 2.1). O autor arremata: “Porque em todos estes casos o que está em causa é o enriquecimento do proprietário, e não o dano do possuidor, é que se um caso fortuito, como um incêndio, destruir as benfeitorias, de modo que elas não mais existam no momento da obrigação de restituir a coisa, o proprietário nada será obrigado a pagar. Da mesma forma, se o valor das benfeitorias for inferior àquele que custaram, o proprietário só será obrigado a pagar o valor atual; inversamente, se o valor de custo for inferior, o proprietário só será obrigado a pagar este, porque, aqui, o montante a restituir não pode exceder nem o valor do enriquecimento de uma parte, nem o valor do dano da outra” (Ibid., item 2.1).

⁵¹ Afirma-se, em semelhante linha de sentido: “Há duas posições em doutrina para balizar a estimativa para o reembolso e que se prendem ao conceito de benfeitoria como ‘qualidade acrescentada à coisa’: a primeira teoria, que se pauta pelo valor do acréscimo, independentemente do custo incorrido e a segunda, que se pauta pelo custo. (...) Uma vez superada essa questão terminológica, podemos passar ao conteúdo da análise dos textos legais, de onde adiantamos, nada há que assegure a avaliação da benfeitoria pelo critério econômico, qual seja, de mais valia agregada. A lei não apenas ignora esse critério como também não oferece parâmetros seguros de avaliação para identificar o ‘valor agregado à coisa’. Dessa forma, nos parece muito mais justo e razoável que o realizador da benfeitoria seja reembolsado pelos custos diretos e indiretos que teve com a obra nova: que guarde todas as faturas de serviço e notas fiscais, bem como contratos de honorários desembolsados e outros custos incorridos para quantificar o seu reembolso. Mas que se evite que o possuidor jogue com as despesas à luz de um ganho potencial, distorcendo a função própria da benfeitoria e tornando-a meio de ganho ou até mesmo de especulação” (PONTES, Evandro Fernandes de. Breves notas sobre indenização por benfeitorias nas locações imobiliárias. *Revista de Direito Privado*, vol. 67, pp. 187-209, jul./2016, p. 194).

⁵² Idêntica conclusão é alcançada no âmbito do direito português: “Não nos parece, porém, que a definição em termos patrimoniais do enriquecimento como pressuposto da obrigação de restituição seja adequada, uma vez que nem em face do direito alemão nem em face do direito português, se pode considerar essa solução como legislativamente consagrada, já que em ambos os direitos se faz referência a uma aquisição específica e não a um incremento patrimonial global. (...) Não é feita referência a um incremento patrimonial global consistindo assim o enriquecimento numa vantagem patrimonial concreta” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil*, cit., p. 862).

verdadeiro conteúdo não se esgota no critério do valor médio ou objetivo do bem, abrangendo, isso sim, toda a vantagem patrimonial concretamente auferida pelo enriquecido.⁵³

Não merecem prosperar, portanto, eventuais propostas de atribuição de relevância jurídica geral ao enriquecimento virtual da pessoa, assim entendido o enriquecimento que ela possível ou provavelmente viria a ter caso não houvesse ocorrido a concreta situação geradora de vantagem patrimonial injustificada. Justifica-se, assim, a invocação, com a devida cautela, das razões que conduzem a doutrina nacional, em matéria de responsabilidade civil, à rejeição da relevância negativa da causa virtual.⁵⁴ Em suma, ressalvada a prerrogativa do legislador para estabelecer hipóteses específicas de relevância do aqui denominado enriquecimento virtual, a restituição no direito brasileiro há de se pautar no enriquecimento real.

Advirta-se, por oportuno, que a enunciada primazia do critério real (em oposição ao virtual) para a delimitação do enriquecimento (patrimonial) restituível não torna de todo incabível a menção a um termo *hipotético* de comparação. Com efeito, a identificação do *quantum* da restituição se pauta precisamente na investigação da diferença entre a situação patrimonial atual do enriquecido (sob os influxos do enriquecimento injustificadamente auferido) e a situação patrimonial hipotética em que o enriquecido se encontraria caso não houvesse ocorrido o evento produtor do enriquecimento sem causa, à semelhança do que se verifica na seara da responsabilidade civil pela perspectiva tradicional da teoria da diferença.⁵⁵ Não se trata, contudo,

⁵³ A advertência assume especial valia por força da percepção de que a tradicional rejeição ao critério do enriquecimento real parece remontar, entre outras razões, à enunciação inadequada do seu conceito, sobretudo na seara do lucro da intervenção. Com efeito, é precisamente no âmbito do enriquecimento por intervenção que mais intensamente se incomoda a doutrina pela ideia de restringir a restituição ao valor médio do bem ou direito sobre o qual se deu a intervenção (questão debatida em maior detalhe, por exemplo, em SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civillistica.com*, a. 5, n. 2, pp. 1-25, 2016, pp. 12-13). Uma vez compreendido que o critério do enriquecimento real, em oposição ao do enriquecimento virtual, abrange toda a vantagem efetivamente auferida pelo enriquecido, parece esmaecer a preocupação que acentuava na doutrina o receio em relação ao critério real.

⁵⁴ Gisela Sampaio da Cruz Guedes sintetiza a questão: “O problema da relevância negativa da causa virtual traduz-se na seguinte indagação: pode a causa virtual ser invocada pelo autor da causa real para diminuir ou excluir sua obrigação de indenizar?” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 349). A autora conclui no sentido da ausência de relevância negativa da causa virtual, ressalvadas previsões legais expressas: “Quando consistir em um fato de terceiro capaz de constituir o autor em responsabilidade, se tivesse provocado realmente o dano, a causa virtual, salvo melhor juízo, não tem relevância negativa. Do contrário, estar-se-ia protegendo o causador do dano em detrimento do próprio lesado, já que este não terá como pleitear a indenização do autor da causa virtual justamente por falta de nexa causal que ligue sua conduta ao dano. Essa solução tanto mais se impõe quando a causa virtual consistir em um caso fortuito ou de força maior, hipótese em que a vítima não terá de quem pleitear a indenização, a não ser do agente da causa real. Dessa forma, salvo nos casos expressamente previstos pelo legislador, a causa virtual, em regra, não tem relevância negativa no Direito brasileiro, tenha ela operado antes, depois ou concomitantemente à causa real” (Ibid., p. 350). Para uma análise detida da problemática referente à causa virtual no âmbito da experiência portuguesa, remete-se a COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955, *passim*.

⁵⁵ Eis a formulação clássica de Friedrich Mommsen, a quem se costuma atribuir o pioneirismo na enunciação da teoria da diferença: “A expressão *id quod interest* indica uma comparação, e esta está subjacente ao conceito de interesse. Por interesse, no seu sentido técnico, entendemos nomeadamente a diferença entre o valor do patrimônio de uma pessoa, tal como ele existe em um certo momento, e o valor que este patrimônio teria no momento em questão sem a interposição de um certo acontecimento danoso” (MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. II Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schetschke, 1855, p. 3. Tradução livre do original). A propósito da teoria da diferença, v., ainda, por todos, PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 559; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 824.

de determinar a restituição de uma vantagem virtual, mas tão somente de reconhecer que a determinação do montante a ser restituído depende de um termo hipotético de comparação que possibilite a mensuração do enriquecimento injustificado efetivamente auferido pelo enriquecido.

A presente conclusão não se altera diante da situação supramencionada de pagamento de prestação alimentar pelo suposto pai. Em tal situação – como na generalidade das hipóteses em que se estiver diante de restituição de enriquecimento injustificado –, o *quantum* restitutivo será fixado a partir da vantagem efetivamente auferida (*in casu*, pelo verdadeiro pai).⁵⁶ Tal vantagem tenderá a consistir, segundo a disciplina própria dos alimentos, no montante efetivamente desembolsado pelo suposto pai antes do reconhecimento da obrigação alimentar do pai biológico. Permanece hígida, assim, a premissa teórica segundo a qual a obrigação de restituição pautar-se-á pela vantagem efetivamente auferida (pelo verdadeiro pai), destacando-se tão somente a peculiaridade de que essa vantagem consistirá na quantia paga pelo suposto pai, sem correspondência necessária com o montante da pensão alimentar posteriormente atribuída ao pai biológico. Em outros termos, é precisamente porque esse enriquecimento se dá pela modalidade de poupança de despesas que seu cálculo partirá da despesa poupada pelo pai verdadeiro; a peculiaridade de tal hipótese é que, como essa despesa é arbitrada levando-se em conta a possibilidade financeira do alimentante à época da fixação da obrigação alimentar, o patrimônio do enriquecido não será considerado nesse caso para a definição do *quantum* a ser restituído em referência às prestações pretéritas já adimplidas pelo suposto pai.

A partir de tais considerações, podem-se esboçar, sem pretensão de exaustividade ou definitividade, algumas hipóteses. Se o suposto pai desembolsar quantia inferior àquela posteriormente fixada a título de obrigação alimentar do verdadeiro pai, este enriquecido deverá restituir apenas o montante efetivamente desembolsado pelo suposto pai, pois era esse o montante da obrigação alimentar à época em que fixada.⁵⁷ Em cenário diverso, se o suposto pai desembolsar quantia superior àquela posteriormente fixada a título de obrigação alimentar do verdadeiro pai, esse enriquecido igualmente deverá restituir, em regra, o montante efetivamente desembolsado pelo suposto pai, pois era esse o montante da obrigação alimentar à época em que fixada; ressalva-se, por certo, a possibilidade de o enriquecimento do pai biológico ser reputado justo a partir de juízo valorativo que leve em consideração, por exemplo, a sua boa-fé e o seu direito ao mínimo existencial.

⁵⁶ Ainda que se viesse a cogitar de enriquecimento sem causa do alimentando (não já do verdadeiro pai), a pretensão restitutória do alimentante em erro provavelmente seria obstada em razão do atributo de irrepetibilidade dos alimentos (a propósito, v., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume V, cit., p. 591).

⁵⁷ Em tal cenário, não pareceria admissível, ao menos em um primeiro olhar, a cobrança retroativa de alimentos suplementares por parte do alimentando em face do pai biológico. A obrigação alimentar, embora periódica (a ensejar prestações sucessivas pelo decurso do tempo) e complexa em sua liquidação (em razão da consideração tanto da necessidade do alimentando quanto da possibilidade do alimentante), enseja a configuração de prestações que, tomadas em sua individualidade, não se afiguram alteráveis, em regra, por força de circunstâncias supervenientes. Nada obstante, caso o alimentando demonstre ter sofrido danos em razão da fixação da obrigação alimentar em patamar inferior àquele que poderia ser proporcionado pelo verdadeiro pai, talvez se possa cogitar de remédios da responsabilidade civil, como a reparação por abandono afetivo.

Vale ressaltar, por oportuno, que a situação ora cogitada não coincide com a hipótese fática disciplinada pelo artigo 871 do Código Civil, o qual qualifica como gestão de negócios o fato de “(...) alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem”. Referido dispositivo trata do pagamento feito pelo gestor deliberadamente no interesse do verdadeiro alimentante, razão pela qual se consolidou o entendimento de que apenas se deflagra a pretensão restitutória caso a obrigação alimentar já tenha sido fixada em sentença previamente à efetivação dos pagamentos pelo gestor.⁵⁸

Advirta-se, por fim, que a consagração do critério real (e não do dito patrimonial tal como tradicionalmente concebido) pelo direito brasileiro para a determinação do enriquecimento não acarreta, *ipso facto*, a restituição de todo o montante auferido. Afigura-se plenamente possível, em realidade, que o enriquecimento seja reputado justo – a impedir a deflagração do dever de restituir – ou mesmo que para esse enriquecimento haja ocorrido contribuição causal relevante do próprio enriquecido – a justificar a redução do montante da restituição. Em suma, a conclusão acerca da existência (*an debeatur*) e da quantificação (*quantum debeatur*) do dever de restituir não se esgota no requisito do enriquecimento. Faz-se necessário adicionalmente, à luz das vicissitudes de cada caso concreto, investigar os demais requisitos previstos na cláusula geral do dever de restituir (nomeadamente, a obtenção à custa de outrem, a injustiça e a subsidiariedade), o que não comportaria adequado desenvolvimento nesta sede.

5. CERTEZA VERSUS PROBABILIDADE: MAIS UM COTEJO POSSÍVEL DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COM A RESPONSABILIDADE CIVIL

A enunciação da primazia do critério real (oposto ao virtual) para a delimitação do enriquecimento (patrimonial) restituível evidencia, como visto, que a restituição não se deve pautar por qualquer vantagem que o enriquecido virtualmente obteria, mas sim pela vantagem que ele tenha concretamente auferido a partir do evento gerador do enriquecimento sem causa. A simplicidade e a adequação dessas premissas teóricas podem esconder, contudo, uma questão teórica particularmente sensível a propósito do enriquecimento na espécie de intervenção (usualmente denominado lucro da intervenção). Trata-se de investigar se os atributos da patrimonialidade e da realidade condicionam a restituibilidade a um juízo de certeza sobre o enriquecimento ou se, ao revés, seriam compatíveis com um juízo de probabilidade objetiva na matéria.

A ilustrar a problemática, vale passar em revista o acórdão proferido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.552.434/GO. O recurso foi afetado pela Seção ao rito dos recursos repetitivos para a consolidação do

⁵⁸ “Para que o gestor reaveja do devedor a quantia gasta, ainda que ele não ratifique o ato, mister que a obrigação já esteja previamente consubstanciada em sentença. (...) Tal exigência ganha relevância em face dos novos critérios previstos para a concessão dos alimentos, especialmente no que respeita às despesas que devem ser contempladas em cada caso (art. 1.694)” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 728).

entendimento da Corte acerca das seguintes questões jurídicas: (a) cabimento ou não da incidência de juros remuneratórios na repetição de indébito apurado em favor do mutuário de contrato de mútuo feneratício; e (b) definição da taxa de juros remuneratórios a ser aplicada na hipótese de resposta afirmativa ao ponto anterior.⁵⁹

Discutiu-se, assim, como se deveria operar a repetição do indébito porventura reconhecido em favor do mutuário em contrato de mútuo oneroso, especificamente com o fito de delimitar os consectários do débito principal. Verificava-se, no repositório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, uma considerável diversidade de entendimentos. Podem-se destacar, segundo o relato elaborado pelo próprio voto condutor no caso em questão, quatro linhas de entendimento; (i) uma primeira consiste em negar a incidência de juros remuneratórios, admitindo tão somente a incidência de juros de mora e correção monetária;⁶⁰ (ii) uma segunda admite a incidência de juros remuneratórios à taxa legal de 1% (um por cento) ao mês desde a ocorrência do indébito, cumulados com juros de mora a partir da citação;⁶¹ (iii) a terceira determina que a instituição financeira restituísse o indébito segundo as taxas por ela praticadas;⁶² e (iv) a quarta aponta a taxa SELIC como parâmetro adequado para se eliminar o enriquecimento injustificado da instituição financeira.⁶³

A partir da análise crítica de cada uma das referidas linhas de entendimento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça alcançou uma conclusão deliberadamente conciliatória. Destacou-se, por um lado, que a repetição do indébito deve levar em consideração juros remuneratórios, a fim de retirar do patrimônio das instituições financeiras o enriquecimento injustificado auferido a partir da cobrança de valor indevido face ao mutuário.⁶⁴ Observou-se, por outro lado, que o lucro obtido pelas instituições financeiras não corresponde exatamente ao montante da taxa de juros remuneratórios praticada perante o mutuário, uma vez que o lucro líquido somente poderia ser determinado após o abatimento das despesas operacionais (como alugueis, salários, equipamentos e impostos) e a consideração dos riscos próprios do negócio (como a inadimplência dos mutuários).⁶⁵ A partir de tais considerações, fixou-se a seguinte tese:

⁵⁹ Cf. STJ, 2ª S., ProAfR. no REsp. 1.552.434/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 14.12.2016, publ. 2.2.2017.

⁶⁰ Nesse sentido, v. STJ, 2ª S., AR. 4.393/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 9.3.2016, publ. 14.4.2016; STJ, 3ª T., AgRg. no REsp. 1.359.397/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 22.5.2014, publ. 5.6.2014.

⁶¹ Nesse sentido, v. STJ, 3ª T., REsp. 1.559.314/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 27.10.2015, publ. 3.11.2015; e STJ, 2ª S., REsp. 447.431/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 28.3.2007, publ. 16.8.2007.

⁶² Nesse sentido, v. STJ, 3ª T., REsp. 453.464/MG, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrichi, julg. 2.9.2003, publ. 19.12.2003.

⁶³ Nesse sentido, v. STJ, 4ª T., REsp. 401.694/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 14.5.2002, publ. 5.8.2002.

⁶⁴ Vale transcrever a seguinte passagem do voto condutor do acórdão, em crítica à relatada segunda linha de entendimento: “Essa polêmica torna-se relevante, do ponto de vista de uma análise econômica do direito, num cenário de SELIC baixa, como atualmente, em que a essa taxa está em 6,5% ao ano, de modo que a opção por essa taxa ou pela do CTN (12% ao ano) gera uma diferença significativa (cerca de 85%) em termos de encargos. A segunda questão jurídica que esse entendimento jurisprudencial suscita diz respeito ao enriquecimento da instituição financeira, pois os juros por ela praticados, geralmente, superam, em muito, a taxa legal” (STJ, 2ª S., REsp. 1.552.434/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 13.6.2018, publ. 21.6.2018).

⁶⁵ Depreende-se, ainda, do voto condutor: “Essa repetição do indébito à taxa contratada, porém, acaba sendo

“Tese aplicável a todo contrato de mútuo feneratício celebrado com instituição financeira mutuante: ‘Descabimento da repetição do indébito com os mesmos encargos do contrato’”.

O breve relato do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça permite compreender a sua relevância para o presente estudo acerca dos atributos do enriquecimento restituível. A razão dessa relevância remonta diretamente ao primeiro questionamento enunciado para se justificar a afetação do recurso especial ao rito dos recursos repetitivos, qual seja: cabimento ou não da incidência de juros remuneratórios na repetição de indébito apurado em favor do mutuário de contrato de mútuo feneratício.⁶⁶ Investigar a possibilidade ou não de imposição de uma restituição superior ao montante do indébito efetivamente pago pelo mutuário corresponde, na hipótese fática em exame, a perquirir a possibilidade ou não de se determinar que ao enriquecimento por prestação concretamente verificado se some um enriquecimento por intervenção presumivelmente auferido.

A observação final assume grande importância porque, embora não tenha sido explicitado pela Corte, parece possível observar que em nenhum momento se condiciona a restituição pretendida a uma prova (quicá impossível) de que a instituição financeira utilizou exatamente os valores pagos indevidamente pelo mutuário para a realização de novos empréstimos. A questão não é sutil e repercute, em realidade, nas bases da disciplina do enriquecimento sem causa, notadamente na espécie por intervenção. Em termos diretos, poder-se-ia assim formular a questão: é possível condenar uma pessoa a restituir certa parcela a título de lucro da intervenção sem que se tenha autêntica certeza sobre a configuração do enriquecimento (alegadamente sem causa)?⁶⁷

Nesse sentido, pode-se destacar que o acórdão em exame, com acurada sensibilidade e sem pretensão de inovação dogmática, findou por proclamar a desnecessidade da certeza como suposto atributo do enriquecimento restituível (ao menos, na espécie de lucro da intervenção). Uma exigência rígida da prova da certeza do enriquecimento auferido pela instituição financeira termina, com efeito, por inviabilizar o pleito de restituição do lucro da intervenção na hipótese fática apreciada.

excessiva, pois o banco fica obrigado a restituir mais do que auferiu, uma vez que os juros não se revertem integralmente em lucro para uma instituição financeira. Deveras, parte dos juros é destinada a cobrir os seus custos operacionais e os riscos da operação de crédito” (STJ, 2ª S., REsp. 1.552.434/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 13.6.2018, publ. 21.6.2018).

⁶⁶ Advirta-se, por oportuno, que o presente estudo toma as menções do acórdão em exame aos *juros remuneratórios* como o indicativo do critério de cálculo do lucro presumivelmente obtido pela instituição financeira, sem que se pretenda, com isso, atribuir-lhes função executória ou negocial. Não se vislumbra, em suma, a configuração de um novo contrato de mútuo feneratício em que a instituição financeira figurasse como mutuária e o outrora mutuário como mutuante.

⁶⁷ Não se descuida, por certo, da íntima relação entre a questão ora enunciada e a compreensão do pressuposto da obtenção à custa de outrem. Com efeito, parece virtualmente impossível discutir a certeza do enriquecimento sem que, simultaneamente, se investigue se tal enriquecimento foi obtido a partir da utilização do bem ou direito alheio. Em termos práticos, considerando-se que a instituição financeira maneja valores das mais variadas fontes diariamente, e considerando-se a fungibilidade do dinheiro, o que se pretende destacar é que um questionamento como “A instituição financeira auferiu enriquecimento sem causa?” não pode vir desacompanhado de um questionamento como “A instituição financeira utilizou os valores indevidamente pagos pelo mutuário para auferir enriquecimento sem causa?”. Parece tratar-se, ao fim e ao cabo, de uma peculiaridade da própria hipótese de lucro da intervenção auferido por instituição de financeira a partir de bens fungíveis.

Da desnecessidade da certeza absoluta não se deve extrair, contudo, uma flexibilidade ilimitada, sob pena de se acolherem demandas restitutórias desprovidas de um mínimo substrato jurídico. Diante de tais preocupações, talvez assista bem ao intérprete, uma vez mais, um paralelo com a disciplina da responsabilidade civil, especificamente no que diz respeito aos lucros cessantes: se é verdade que uma exigência de certeza inviabilizaria o acolhimento de pleitos legítimos, é igualmente verdade que uma condenação não se pode justificar sem a demonstração de uma probabilidade objetiva da consequência a ser reprimida (ora os lucros cessantes reparáveis, ora o lucro da intervenção restituível).⁶⁸ Poder-se-ia, assim, vislumbrar que à exigência de certeza do enriquecimento por prestação se associa, não já uma certeza (indemonstrável, na generalidade dos casos), mas uma probabilidade objetiva do enriquecimento por prestação, entendida como o que o enriquecimento razoavelmente lucrou, em paráfrase deliberada com a previsão legal sobre os lucros cessantes (“o que razoavelmente deixou de lucrar”, na dicção do artigo 402 do Código Civil).⁶⁹

6. CONCLUSÃO

Uma releitura funcional do instituto da vedação ao enriquecimento sem causa aponta para a necessidade de revisitação do tradicional entendimento que pugna pela primazia do enriquecimento dito patrimonial em detrimento daquele designado como real. Como se buscou demonstrar, subjazem a tal formulação algumas ordens de equívocos ou imprecisões. Sinalizou-se, assim, a inadequação da oposição entre os atributos da realidade e patrimonialidade, em razão da diversidade de critérios determinantes para cada uma das classificações. Assumiu-se como premissa, no desenvolvimento do presente estudo, que tanto a patrimonialidade quanto a realidade consistem em atributos relevantes para a restituibilidade do enriquecimento injustificado.

⁶⁸ A propósito da configuração dos lucros cessantes a partir de um juízo de probabilidade objetiva, pertinente a lição de Gisela Sampaio da Cruz Guedes: “A prova dos lucros cessantes vem, em princípio, subordinada ao velho aforisma segundo o qual ao autor incumbe a prova do que alega. Enquanto o dano emergente deve ser absolutamente demonstrado em toda sua extensão, o lucro cessante, porém, não comporta essa prova absoluta (...). É o juízo de probabilidade objetiva que vai facilitar (ou melhor, possibilitar) a demonstração dos lucros cessantes, mas, na prática, suscita também algumas questões que estão longe de serem resolvidas, como, por exemplo, a de saber qual é a prova mínima que o lesado precisa produzir e com que critérios não de ser calculados os lucros cessantes. O prognóstico, que sempre será realizado depois do evento danoso, deve levar a um interesse certo, porque a responsabilidade civil não tutela prejuízos eventuais ou incertos, mas o julgador não deve exigir aí uma certeza absoluta, que seria absolutamente incompatível com a própria definição de lucros cessantes” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 347-348). Na mesma linha de sentido, v. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 827.

⁶⁹ No intuito de definir as *perdas e danos* a que alude o Código Civil, Caio Mário da Silva Pereira afirma que “para serem completas deverão abranger também o que ele [o lesado] tinha fundadas esperanças de auferir, e que razoavelmente deixou de lucrar, parcela (...) que nós chamamos de lucros cessantes” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 374). E arremata o autor: “A reparação das perdas e danos abrangerá, então, a restauração do que o credor perdeu e a composição do que deixou razoavelmente de ganhar, apurado segundo um *juízo de probabilidade*” (Ibid., p. 374).

Buscou-se, na sequência, lançar algumas possíveis considerações preliminares para o desenvolvimento de uma relevante questão atinente à necessidade ou não de certeza do enriquecimento restituível. Cogitou-se, por fim, que um paralelo com o desenvolvimento dos lucros cessantes na disciplina da responsabilidade civil talvez permita reconhecer uma certa distinção entre as espécies de enriquecimento sem causa, de modo a se contrapor a exigência de certeza do *enriquecimento por prestação* a uma exigência de probabilidade objetiva do *enriquecimento por intervenção*. Espera-se, ao final, que essas breves considerações estimulem, ainda que indiretamente, o contínuo desenvolvimento das reflexões acerca do enriquecimento sem causa no direito civil contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALBANESE, Antonio. *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*. Padova: CEDAM, 2005.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

ALVIM, Rafael da Silva. Contornos conceituais do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil*, a. 5, n. 11, pp. 55-84, jan.-abr./2016.

BÉGUET, Jean-Pierre. *L'enrichissement sans cause*. Paris: Sirey, 1945.

BENEDETTI, Enzo. L'arricchimento senza causa. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n. 4, pp. 1.652-1.677, dez./1959.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Responsabilidade civil por ruína de prédios. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

BUDISHTÉANO, D. *De l'enrichissement sans cause*. Paris: Ernest Sagot, 1920.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Coimbra: Almedina, 1974.

CAPUCHO, Fábio Jun. Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, a. 4, n. 16, pp. 9-27, out.-dez./2003.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Volume II: Paris: PUF, 2004.

CARRESI, Franco. Il contratto. In: MENGONI, Luigi (Coord.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Volume XXI. Tomo 2. Milano: Giuffrè, 1997.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra: Almedina, 1970.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

COHEN, Fernanda; SAAB, Rachel. Parâmetros de quantificação do lucro da intervenção. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Volume II. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010.

- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DRAGO, Guilherme Araujo. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884. *Revista de Direito Privado*, vol. 48, pp. 69-101, out.-dez./2011.
- FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. Lucro da intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 21, pp. 163-189, jul.-set./2019.
- FRANZONI, Massimo. *Trattato della responsabilità civile*. Volume II – Il danno risarcibile. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010.
- GAGNÉ, Jacques. Enrichissement sans cause. *Les Cahiers de Droit*, vol. I, n. 1, pp. 25-33, dez./1954.
- GALLO, Paolo. Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori). 2. ed. In: SACCO, Rodolfo (a cura di). *Trattato di diritto civile*. Torino: UTET, 2008.
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 17. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- GIORGIANNI, Michaela. L'arricchimento senza causa nel diritto italiano e tedesco: una regola e due sistemi a confronto. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. CIII, I, pp. 501-540, 2005, p. 505.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GONDINHO, André Osorio. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, pp. 3-25, abr.-jun./2000.
- GORÉ, François. *L'enrichissement aux dépens d'autrui : source autonome et générale d'obligations en droit privé français – essai d'une construction technique*. Paris: Dalloz, 1949.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- JANSEN, Nils. Farewell to Unjustified Enrichment? *The Edinburg Law Review*, vol. 20, pp. 123-148, 2016.
- KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. A aplicação do lucro da intervenção (*disgorgement of profits*) no direito civil brasileiro: um novo dano no campo da responsabilidade civil ou uma categoria de enriquecimento sem causa? In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado;

- ALMEIDA, Vitor (Coords.). *Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996.
- LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MICHELON JR., Cláudio. *Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MICHELON JR., Cláudio. Native Sources and Comparative Resources: Unjustified Enrichment in Brazil after the 2002 Civil Code. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 9, pp. 243-276, out.-dez./2016.
- MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado: comentário à Súmula 322 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, p. 385-402, jul.-set./2011.
- MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. II Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schetschke, 1855.
- MORAES, Renato Duarte Franco de. *Enriquecimento sem causa e o enriquecimento por intervenção*. São Paulo: Almedina, 2021.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NEGREIROS, Teresa. Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 55, n. 3, pp. 757-845, dez./1995.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 56, pp. 51-78, abr.-jun./1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume II. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume V. 22. ed. Atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. Atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. Legal principles and Values. *The Italian Law Journal*, vol. 3, n. 1, pp. 125-147, 2017.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Volume I. Coimbra:

Coimbra Editora, 2008.

PONTES, Evandro Fernandes de. Breves notas sobre indenização por benfeitorias nas locações imobiliárias. *Revista de Direito Privado*, vol. 67, pp. 187-209, jul./2016.

RIPERT, Georges; TEISSEIRE, Raymond. Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n. 3, pp. 727-796, 1904.

RODOTÀ, Stefano. Il tempo delle clausole generali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, pp. 709-733, 1987.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. A função preventiva da responsabilidade civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade civil sem dano? In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

ROSENVOLD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: JusPodivm, 2019.

ROSENVOLD, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. *Revista de Direito da Responsabilidade*, a. 1, pp. 45-84, 2019.

SACCO, Rodolfo. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*. Torino: UTET, 1959. Ristampa inalterata: Centro Stampa Università de Camerino, 1980.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*. Volume XV. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Pensar*, vol. 23, n. 4, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*, a. 5, n. 2, pp. 1-25, 2016.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SILVA, Sabrina Jiukoski da. Considerações sobre o lucro da intervenção: uma análise a partir do caso da atriz Giovanna Antonelli (STJ, REsp. 1698701/RJ). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 45, pp. 213-246, abr./2021.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexo causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 29, pp. 281-305, jul.-set./2021.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2013.

TRIMARCHI, Pietro. Sulla struttura e sulla funzione della responsabilità per arricchimento senza causa. *Rivista di Diritto Civile*, a. VIII, n. 3, pp. 227-251, mai.-jun./1962.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

Recebido: 24.04.2022

Aprovado: 17.10.2022

Como citar: SILVA, Rodrigo da Guia. Atributos do enriquecimento injustificado restituível: sentido e alcance das noções de realidade, patrimonialidade e certeza do enriquecimento sem causa. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, p. 117-143, set./dez. 2022.

