

O princípio do enriquecimento sem causa e seu regramento dogmático

The principle of the unjust enrichment and its dogmatic rule

César Fiuza

Advogado. Parecerista. Doutor em Direito pela UFMG. Professor titular na Universidade FUMEC, Associado na UFMG e Adjunto na UCMG. Professor colaborador na Universidade de Itaúna e no Centro Universitário UNA.

Frederico Pardini Neto

Bacharel do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC

Bianca Oliveira de Albuquerque

Bacharel do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC

Resumo: O presente artigo visa a aprofundar o estudo do enriquecimento sem causa, entendido como fato e como princípio. Fato, por ser um evento que gera enriquecimento ilegítimo para um, às custas do empobrecimento de outro. Princípio, por ser norma geral de repúdio ao locupletamento. Visa também ao estudo da ação de locupletamento, das hipóteses em que tem cabimento e de seus prazos de prescrição/decadência.

Palavras-chave: enriquecimento; ilícito; locupletamento; *condictio indebiti*

Abstract: The main purpose of the present paper is to study the so called unjust enrichment, understood as a fact and as a principle. As a fact, it is the illegitimate event of an unjust enrichment, to the detriment of somebody else. As a principle, it is a general norm against the unjust enrichment. It is also aimed at the study of the *condictio indebiti*, of its hypotheses and of its limitations/laches.

Keywords: Enrichment; illicit; unjust; *condictio indebiti*

1. Definição

Enriquecimento ilícito ou sem causa, também denominado enriquecimento indevido, ou locupletamento, é, de modo geral, todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica, mas também tudo o que se deixa de perder sem causa legítima.

A primeira questão que carece elucidar é a definição de causa. Há várias espécies de causa. Pelo menos duas nos interessam: a causa eficiente e a causa final. Causa eficiente é aquilo que enseja o ato. Assim, a aquisição da propriedade de certo bem pode ter como causa eficiente um contrato de compra e venda. Aqui teríamos dois atos: a celebração do contrato e a aquisição da propriedade, o primeiro causa do segundo.

Quando se fala em enriquecimento sem causa, é normalmente à causa eficiente que se está referindo. No entanto, há também a causa final. Causa final de um ato jurídico e, conseqüentemente, de um ato que enriquece, é a atribuição jurídica do ato, relacionada ao fim prático que se obtém como decorrência dele. Responde à pergunta “para que serve o ato?”. Na compra e venda, por exemplo, a causa seria a transferência da propriedade. É para isso que serve esse contrato. Assim, a causa do enriquecimento do comprador foi a transferência da propriedade que ocorreu em razão de um contrato de compra e venda. Não pode ser causa de enriquecimento (aumento patrimonial) o furto ou o pagamento indevido.

Mas o furto e o pagamento indevido não são as únicas causas de enriquecimento ilícito. Outras causas há, como por exemplo, o pagamento de dívidas sem a devida correção monetária. Outros exemplos analisaremos mais adiante.

2. *Antecedentes históricos*

No sistema romano, havia certa dúvida a respeito de como se deveria aplicar o preceito, se como princípio jurídico ou como regra ética. Em duas leis se mostra essa dificuldade, pois em uma está explícito o termo “*iniuria*” e em outra não, querendo aquela significar que se trata de um preceito jurídico, e a outra, de regra moral. Após detido estudo de tais normas, pode-se concluir que no tempo de sua elaboração só se condenava o enriquecimento, se contrário ao Direito. Após a retirada do termo “*iniuria*” de uma das leis, entende-se que se começou um esforço legislativo no sentido de se aplicar o princípio do locupletamento de maneira prática e a todos os casos. Embora se encontrasse legislação romana referente ao assunto, assim como julgamentos dando procedência à ação *de in rem verso*, não foi produzida no Direito Romano uma norma geral para tratar do enriquecimento sem causa. Contudo, mesmo sem um princípio geral, o pretor, se não possuía poder para legislar sobre o assunto *erga omnes*, possuía tal poder no caso concreto, específico, produzindo, assim, novas fórmulas para abranger os diversos casos novos que deveria julgar.

Havia, pois, já no Direito Romano, várias ações que, direta ou indiretamente, resolviam o problema do enriquecimento ilícito.

A *actio de in rem verso* era intentada quando, por exemplo, se tratava da transferência de bens praticada pelo filho ou pelo escravo do *pater-familias*. Desobrigava este a responder pelas ações daqueles. Isto gerava uma total insegurança no tráfego negocial. Após alterações, criou-se uma relação de vínculos entre o negócio jurídico com filho ou escravo do *pater-familias*, responsabilizando-o pelos atos de seus *alieni iuris*. Surgem, então, duas hipóteses: se o negócio era realizado com autorização do *pater-familias* e se tivesse ele lucrado. Na primeira hipótese, o chefe da família, pelo simples fato de ceder determinados bens, obrigava-se a responder pela administração destes até o valor de seu montante. Já na segunda hipótese, a parte prejudicada poderia intentar a ação contra o *pater-familias*, até o montante do valor lucrado no negócio (*in rem verso*).

A outra ação era a *actio negotiorum gestorum*. Era necessário o elemento subjetivo, vontade de alguém reger negócio alheio. Para se delimitar sua aplicação, buscaram-

se duas espécies, gestão própria e irregular. Visava, assim, evitar o enriquecimento do dono do negócio em detrimento do gestor.

As *condictiones* buscavam diminuir as solenidades sacramentais exigidas nas outras ações. Assim, surgiram as leis de ações por condições, protegendo situações que tivessem coisa e importância determinadas. O mais relevante na *condictio* é que só poderia ser proposta a ação se o bem ou a importância fossem transferidos anteriormente, buscando, portanto, suprimir as perdas sofridas pelo que previamente transferiu a coisa, sem prejuízo a terceiro, desde que agindo de boa-fé. Destacam-se algumas *condictiones*, dentre outras:

Condictio indebiti – servia para repetir pagamento feito com erro. Para se ter a garantia da ação, o pagamento deveria ser válido; também deveria ser indevido, ou seja, feito por quem não devia, ou feito a não credor; ou ainda se o erro fosse escusável, no propósito de executar a obrigação.

Condictio ob causam datarum – concedida quando não se constituía a causa do negócio jurídico. Muito aplicada aos contratos reais inominados. Como não se tinha uma legislação específica para certos tipos de ação, aplicava-se por analogia a *condictio*, para que o empobrecido pudesse ser ressarcido. Mais tarde, tais regras se estenderam a todas as prestações.

Condictio ob turpem vel injustam causam – concedida para reclamar a restituição de uma prestação que de boa-fé se realizou, para fim ilícito ou imoral.

Condictio sine causa – concedida para pedir restituição de prestação que se efetuou sem causa legítima, mas para fim legítimo. Para Justiniano, esta *condictio sine causa* é a generalização do princípio. Nesta fórmula, estariam incluídos todos os casos não vistos anteriormente.¹

Conclui-se, pois, que, embora não tenha sido instituída ação geral de enriquecimento, a prática pretoriana desenvolveu-se de tal maneira, que se pode considerar cada uma das ações *supra* vistas como verdadeira ação de enriquecimento.

A partir do Direito Romano, pode-se praticamente afirmar, que sempre foi aplicado o princípio do enriquecimento sem causa. Alguns ordenamentos o têm explicitamente posto, como é o caso do brasileiro. Em nosso País, o princípio do enriquecimento sem causa era amplamente aceito e aplicado, explícita mesmo, em alguns casos, como na Lei do Cheque, a ação de locupletamento.

Hoje, a matéria se encontra totalmente regulada no Código Civil, ainda que mal localizada, como veremos abaixo. A ação de locupletamento, apesar de não receber tratamento típico, tem previsão genérica e até prazo trienal de prescrição, segundo o art. 206, § 3º do Código Civil.

3. Natureza

Seria regra ou princípio a norma que proíbe o enriquecimento sem causa? O debate não é despido de sentido, se levarmos em conta que o tratamento dado às regras é diferente daquele conferido aos princípios. Nos parágrafos abaixo, seguiremos

¹ Mais sobre o tema das *condictiones*, ver ORTOLAN, 1847, *passim*.

os passos de Marcelo Galuppo, que muito bem aborda o tema (GALUPPO, p. 167 e segs.).

Segundo Esser (1961, p. 103), não seria a maior ou menor generalidade que distinguiria o princípio da regra. Não se pode dizer que princípio seja regra mais generalizada, como queria Bobbio (2005, p. 180).

Isso não significa que os princípios não tenham um elevado grau de generalização. O que se entende é que a generalização não é a causa da formação do princípio, mas, sim, uma de suas consequências.

Ao contrário do que diz a teoria dos princípios como normas generalíssimas, defendida por Del Vecchio e Bobbio, os princípios não se aplicam a qualquer situação. Por meio da argumentação e até mesmo utilizando-se de outro princípio pode-se demonstrar a inaplicabilidade de um princípio a determinado caso (DEL VECCHIO, 1948, p. 137; BOBBIO, 2005, p. 180).

A segunda teoria, defendida por Alexy (1993, p. 11) entende que os princípios devam ser aplicados na medida do possível, levando-se em conta o caso concreto. Os princípios seriam mandados de otimização. As regras, no entanto, não teriam grau de aplicabilidade, elas simplesmente são aplicadas ou não, ou o fato se amolda ao tipo legal ou não.

As condições para aplicação de um determinado princípio não são definitivas, elas se ajustam ao caso concreto. O que um determinado princípio requer para ser aplicado a um caso não poderá ser comparado à tipificação exigida pelas regras, ou seja, as exigências feitas por este mesmo princípio a outro caso não necessariamente terão valor, forma ou qualidades idênticos ao primeiro caso. Segundo esta teoria, os princípios seriam vistos como razões *prima facie* e as regras como razões definitivas.

A tentativa de Alexy de resolução de conflitos entre princípios jurídicos nos mostra a diferença quanto ao tipo de validade dos princípios e das regras (ALEXY, 1993, p. 23).

Para Alexy, o conflito entre princípios se dá quando produzem efeitos incompatíveis, se aplicados separadamente a um mesmo caso. Mas, apesar de incompatíveis, um princípio não invalida o outro. Um deles poderá apenas perder sua aplicabilidade em relação àquele caso concreto. Portanto, a validade de um princípio não depende da invalidade de outro. Isto porque eles só têm existência no caso concreto (ALEXY, 1993, p. 25).

Já as regras, por terem existência em abstrato, não podem ser todas válidas ao se verem em conflito, ou seja, a validade de uma regra dependerá da invalidade de outra do mesmo grau, a não ser que seja inserida uma cláusula interpretativo-argumentativa de exceção numa delas.

O que se observa é que, para Alexy, diante de um conflito, regras são válidas ou não; já os princípios cedem uns perante os outros, na medida de seu peso em determinado caso concreto. Isso implica a existência de uma hierarquização entre os princípios diante do caso concreto e apenas diante dele (ALEXY, 1993, p. 23).

Para a determinação de maior ou menor peso de dois princípios diante de um caso concreto, Alexy (1993, p. 21) tenta encontrar uma ponderação racional que fundamente a escolha de um dos princípios.

No Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVG), leva-se em conta o grau de afetação sob a coletividade decorrente da aplicação de um princípio. É a chamada Lei da Ponderação.

A Lei da Ponderação, por sua vez, implicaria uma Lei de Colisão, que determina que um princípio só pode ser satisfeito à custa de outro.

Como resultado de uma correta ponderação, pode-se considerar um fato particular como sendo a aplicação de uma lei geral, podendo-se formular uma norma de direito fundamental com caráter de regra.

Alexy (1993, p. 23), ainda nessa segunda teoria, tenta diferenciar princípio e valor, incluindo o primeiro no âmbito deontológico (do dever-ser) e o segundo no âmbito axiológico (do bem).

Esta segunda teoria sofreu objeções pela terceira teoria, que identifica os princípios como normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas. Esta teoria foi adotada por Habermas (1997), tendo apoio na obra de Ronald Dworkin (1999), sendo seguido por Klaus Günther (2004).

Todos os autores entendem que Alexy tira dos princípios seu caráter normativo, pois ele estaria, implicitamente, renunciando ao caráter moral dos princípios, ao adotar um procedimento ligado estritamente à metodologia do Direito.

Alexy, ao afirmar ser possível, ainda que apenas no caso concreto, estabelecer uma hierarquia entre os princípios, afirma também que a aplicação de um princípio se dá de forma gradual. Sendo assim, os princípios não poderiam ser caracterizados como normas, pois, como afirma o próprio Alexy (1993, p. 23), estas se referem ao conceito de dever, podendo apenas ser cumpridas ou descumpridas.

Pelo exposto acima, Alexy se contradiz ao dizer que os princípios estão no âmbito deontológico, pois estariam diretamente ligados a valores. Estes, sim, precedem uns aos outros em razão de seu peso, indicando a preferibilidade de um grupo social, caracterizando, portanto, a natureza axiológica dos princípios.

Habermas afirma que, ao adotar um modelo axiológico-gradual, Alexy confunde as normas com os valores. Para ele, considerando os valores como fundamento de nossas ações, estaremos levando em conta aquilo que é melhor, e não aquilo que é correto para uma determinada comunidade, extraindo a norma da perspectiva deontológica, na qual ela deveria estar inserida (HABERMAS, 1997, p. 122).

Uma fundamentação axiológica (ligada a valores) estaria sempre restrita a uma comunidade, pois aquilo que é bom para um povo nem sempre será para outro, sendo portando, uma fundamentação histórica, e não racional. Ao contrário, a fundamentação deontológica (ligada ao dever-ser) leva em conta aquilo que é correto para um universo de pessoas. Esta seria, respectivamente, a diferença entre o que Habermas chama de fundamentação ética *stricto sensu* e fundamentação moral do agir.

Segundo Habermas, devemos esperar de uma ação aquilo que é correto e não determinados fins egocêntricos. Então, a justiça não poderá estar fundada em valores, pois estes têm validade relativa; ela deverá estar fundada em normas (regras e princípios), pois estas, sim, têm validade absoluta; estas, sim, são válidas para toda e qualquer pessoa, protegendo o indivíduo contra a sociedade e o Estado.

Como nos mostra Habermas, normas relacionam-se a dever, enquanto valores estão ligados muito mais a conselho, a recomendação. Os valores se sujeitariam à preferência, enquanto as normas são consideradas válidas ou inválidas.

Portanto, nesta teoria, valores não poderiam ser comparados ou confundidos com normas (regras e princípios), pois não são obrigatórios na mesma medida e em qualquer situação.

A consequência de tudo isso é que regras e princípios, por serem universais, têm um poder de fundamentação maior que os valores, que têm caráter de preferencialidade.

Por trás de todos os conceitos apresentados por Habermas está o conceito de integridade de Dworkin. Para este, uma decisão que respeita a integridade do Direito seria aquela fornecedora da resposta correta, independentemente do fato de ela se basear na estrita legalidade (DWORKIN, 1999, p. 121).

Dworkin entende que para se chegar a uma decisão correta poderiam ser usados argumentos de orientação política, que revelam uma meta a ser alcançada, para a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade; e argumentos de princípios, que seriam uma exigência de justiça ou de imparcialidade (DWORKIN, 1999, p. 121).

Os primeiros estabeleceriam metas coletivas, enquanto os argumentos de princípio constituiriam direitos individuais. Portanto, somente estes poderiam resolver os casos difíceis (aqueles em que, segundo Dworkin, nenhuma regra estabelecida prescreve uma decisão, seja num sentido, seja noutro) sem comprometer a democracia.

O conceito de integridade explica como é possível ver os princípios como concorrentes e não como contraditórios no plano de sua aplicação. Ao contrário das regras, que estabelecem o que deve ou não ser seguido, podendo ter suas exceções previamente enumeradas, nos princípios não temos como prever as exceções, pois, levando-se em consideração a hipótese concreta, um outro princípio poderia abstratamente representar uma exceção à aplicação de um primeiro.

Por depender do caso concreto, a excepcionalidade de um princípio ante o outro caracteriza a concorrência entre eles, e não uma contradição, isto porque são independentes entre si; representam o pluralismo das sociedades contemporâneas (nessas sociedades, segundo Dworkin (1999, p. 131), encontraríamos a integridade do Direito).

Na Teoria de Dworkin, Habermas e Günther a solução pacífica para a concorrência entre princípios e regras não se dá pela medida de seu peso, como em Alexy. Cada qual representaria tipos de razões distintos para fundamentar a ação (HABERMAS, 1997; GÜNTHER, 2004; ALEXY, 1993).

As regras fundamentariam a ação usando das razões *prima facie* (justifica o dever ou não dever), enquanto que os princípios utilizariam as razões comparativas (consideram todos os elementos daquela determinada circunstância para concluir se algo deve ou não ser feito).

Essa distinção afetará o tipo de validade das regras e dos princípios. As primeiras serão válidas em qualquer situação que se encaixar na tipificação daquela conduta; enquanto os princípios, por serem abstratos, para que sejam considerados válidos, terão de fornecer um número de informações muito maior. Isso significa que, nem sem-

pre quando uma situação reproduzir as circunstâncias de sua aplicação, será determinado um princípio aplicável ao caso concreto.

Com isso Günther chega à conclusão de que a diferença entre as regras e os princípios se dá pela forma de aplicação de umas e de outros não sendo, portanto, uma diferença morfológica, como previa Alexy (GÜNTHER, 2004, p. 122).

Na aplicação das regras apenas são absorvidas as características capazes de enquadrar o ato em um determinado tipo, enquanto nos princípios serão levadas em conta todas as características do ato, considerando cada ponto de vista relevante, aplicando-se o princípio mais adequado (juízo de adequabilidade).

A excepcionalidade de um princípio perante outro é concreta, pois é determinada pelo caso concreto. Na exceção o que se observa não é o princípio e, sim, o caso em questão. Ao contrário das regras, que têm exceções abstratas, que serão determinadas pela própria regra e serão aplicadas a qualquer caso que venha a se enquadrar nas condições determinadas.

Segundo Kohlberg², os princípios são desenvolvidos e modificados pelos dilemas morais apresentados pelo caso concreto. A argumentação de princípios seria aquela que entende o valor da pessoa humana como forma de construir as soluções para o dilema moral, e não como regra absoluta. A valorização dada à pessoa humana em determinado caso não necessariamente seria aquela dada em outro caso.

Para Günther, outra diferença entre regras e princípios seria a maior indeterminação destes quanto às condições de sua aplicação, indeterminação relacionada à falta de escalonamento entre os princípios e à falta de pré-estabelecimento das condições de sua aplicação, ao contrário das regras.

Canotilho entende que os princípios são, no plano da racionalidade, o fundamento do sistema; são eles fundamento das regras, ou seja, são a base jurídica das regras (CANOTILHO, 2003, p. 1159 e segs.).

Marcelo Galuppo conclui que os princípios jurídicos são a expressão da diversidade existente em um Estado Democrático de Direito e, por isso, competem em pé de igualdade (GALUPPO, 1999, p. 189).

Por isso tudo, seria a norma que proíbe o locupletamento uma regra ou um princípio? O enriquecimento ilícito caracteriza-se como princípio e não como regra pelo seguinte: regras são autoexplicativas, ao contrário dos princípios. Pela simples leitura da regra há a possibilidade de se entender e indicar todos os atos capazes de se enquadrar naquele dispositivo. Já na leitura de um princípio não há como entender a que, especificamente, ele se relaciona. Sua leitura é subjetiva, só explicável com sua aplicação ao caso concreto.

Outra característica dos princípios é o fato de serem fundamento, base para a existência das regras. Observando os dispositivos que tratam do pagamento indevido, das benfeitorias, da prestação de serviços, da gestão de negócios e aqueles relacionados a tributos, podemos concluir que o enriquecimento sem causa estaria servindo de base à existência de todos eles.

² Autor da psicologia social que teve seu conceito de princípio conexo à teoria discursiva do Direito integrada por Günther e Habermas: *apud* GALUPPO, 1999, p. 192.

Os casos citados acima são os que geram com mais frequência o enriquecimento sem causa. Já existindo dispositivo que regulamente tais casos não poderia o enriquecimento sem causa ser tido como regra, sua utilização será subsidiária.

Como princípio, seria utilizado no caso concreto, após esgotadas todas as regras específicas para determinado caso; poderia ainda ser utilizado para fundamentar as regras que estariam sendo aplicadas. Afinal, o princípio do enriquecimento sem causa é fundante.

O fato se ser subsidiário não tira a validade do princípio. Ele poderá ser excepcionado por outro princípio ou até mesmo por uma regra, ou ainda, ser aplicado concomitantemente a uma regra, e nem por isso deixará de vigorar. Tal possibilidade não existe para as regras, pois estas concorrem umas com as outras. Duas regras de mesmo grau não poderiam coexistir no sistema jurídico brasileiro.

Se o enriquecimento sem causa fosse regra, como já existem dispositivos aplicáveis aos casos que o geram, não poderiam todos coexistir no ordenamento jurídico. Um provocaria a invalidade do outro.

Concluído, então, pode-se qualificar o enriquecimento sem causa de fato e de princípio. Fato, por ser um evento que gera enriquecimento ilegítimo para um, às custas do empobrecimento de outro. Princípio, por ser norma geral de repúdio ao locupletamento.

4. Requisitos, efeitos e equívocos

Os requisitos do enriquecimento sem causa são quatro:

- 1) Diminuição patrimonial do lesado.
- 2) Aumento patrimonial do beneficiado sem causa jurídica que o justifique. A falta de causa se equipara à causa que deixa de existir. Se, num primeiro momento, houve causa justa, mas esta deixou de existir, o caso será de enriquecimento indevido. O enriquecimento pode ser por aumento patrimonial, mas também por outras razões, tais como poupar despesas, deixar de se empobrecer etc., tanto nas obrigações de dar, quanto nas de fazer e de não fazer.
- 3) Relação de causalidade entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro. Esteja claro, que as palavras “enriquecimento” e “empobrecimento” são usadas, aqui, em sentido figurado, ou seja, por enriquecimento entenda-se o aumento patrimonial, ainda que diminuto; por empobrecimento entenda-se a diminuição patrimonial, mesmo que ínfima.
- 4) Dispensa-se o elemento subjetivo para a caracterização do enriquecimento ilícito. Pode ocorrer de um indivíduo se enriquecer sem causa legítima, ainda sem o saber. É o caso da pessoa que, por engano, efetua um depósito na conta bancária errada. O titular da conta está se enriquecendo, mesmo que não o saiba. Evidentemente, os efeitos do enriquecimento ocorrido de boa-fé não poderão ultrapassar, por exemplo, a restituição do indevidamente auferido, sem direito a indenização.

A doutrina tem bem definidos os parâmetros do enriquecimento indevido, e o Código Civil também traça seus contornos, nos arts. 884 a 886. O art. 884 impõe a todo aquele que se enriquecer sem causa jurídica o dever de indenizar a pessoa, a cuja custa ocorreu o enriquecimento:

“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

O art. 884 está mal localizado e mal redigido. Mal localizado porque deixa a entender que o Direito Brasileiro considera o enriquecimento sem causa espécie de ato unilateral, quando, na realidade, encontra-se na esfera do antijurídico e lá deveria estar. Muito melhor seria se estivesse localizado na Parte Geral; poderia muito bem ser o art. 188. Está mal redigido porque a redação é restritiva. Parece, numa leitura literal, que o enriquecimento ocorre apenas quando alguém adquire, aufere um ganho indevido, que tenha de ser restituído. Embora no mais das vezes seja isso mesmo que ocorra, nem sempre. O enriquecimento pode se dar por não ter o favorecido feito o que deveria fazer; ou por ter feito o que não deveria; ou por não ter dado o que deveria (a obrigação seria, então, de dar e não de restituir). Enfim, o enriquecimento pode ocorrer de diversas maneiras. Por fim, é risível, para não dizer infantil, a última oração do artigo: “feita a atualização dos valores monetários”. É óbvio que a atualização é devida, sob pena de enriquecimento sem causa, aliás, tema do dispositivo.

O repúdio ao enriquecimento sem causa é princípio geral do Direito, gerador de uma série de regras e subprincípios.

Não se deve, entretanto, confundir o princípio do enriquecimento sem causa com a ação de locupletamento dele oriunda. Esta só terá cabida na falta de outra ação específica. Assim, no pagamento indevido, caberá a ação de repetição de indébito (*condictio indebiti*) e não a ação de anulação (por erro) nem a de locupletamento, embora tenha ocorrido enriquecimento sem causa. Não havendo outra ação mais específica, admite-se, então, a de locupletamento. Por exemplo, se A emite um cheque ao portador sem fundos, e se este cheque entra em circulação, vindo a cair nas mãos de B, que nunca viu A, não tendo com ele realizado nenhum tipo de negócio, que ação teria B contra A? Em princípio, B poderia executar o cheque, mas e se a responsabilidade do emitente pelo inadimplemento do cheque estiver prescrita? Neste caso, B não poderia executar o contrato, nem propor ação de cobrança contra A, visto que não há relação obrigacional originária entre eles. Assim, não restaria a B qualquer outra ação, que não a de locupletamento. Observe-se, contudo, que antes dela, foram verificadas e esgotadas todas as outras possibilidades: a ação de execução do cheque (ação cambial) e a de cobrança. Vale esclarecer que a ação de locupletamento prescreve em 3 anos, segundo o art. 206, § 3º, IV. No caso do cheque, especificamente, a prescrição será de 2 anos, segundo a Lei do Cheque.

Outro exemplo de hipótese em que caberia a ação de locupletamento é o da avulsão. Esta ocorre quando uma porção de terras se desloca abruptamente das margens de um rio, em virtude de um evento da natureza, e se agrega à margem oposta. Neste caso, o proprietário das margens acrescidas estar-se-ia enriquecendo ilegítima-

mente às custas do proprietário das margens desfalcadas. Este teria um ano para acionar aquele, e a ação seria a de locupletamento. Este prazo, entretanto, é decadencial, uma vez que se trata de ação, primordialmente, constitutiva (VALLE FERREIRA, 1950, p. 109).

O Código Civil cuida do enriquecimento sem causa no título relativo a obrigações oriundas de atos unilaterais, por ser este princípio o fundamento dessas obrigações, pelo menos genericamente falando-se.

Se uma pessoa promete pagar R\$100,00 a quem lhe restituir os documentos perdidos, obriga-se para com aquele que cumprir a tarefa. Se não cumprisse a promessa e não pagasse os R\$100,00, estaria se enriquecendo às custas do outro, uma vez que este, pressupõe-se, despendeu esforços no sentido de achar e restituir os documentos. O mesmo ocorrerá na gestão de negócios e no pagamento indevido.

Há, porém, outras causas de enriquecimento ilícito, como o implemento de benfeitorias e melhoramentos, o pagamento realizado sem a devida correção monetária e outros.

Por isso mesmo, talvez a melhor geografia para o enriquecimento sem causa não fosse a que lhe atribuiu o Código de 2002, ainda mais tratado da maneira como o tratou, fazendo crer cuidar-se de modalidade distinta de ato unilateral, o que não é. Além do mais, o princípio do enriquecimento sem causa informa todo o Direito Obrigacional, não só os atos unilaterais. A Parte Geral do Código seria, sem dúvida, o melhor lugar para se o inserir.

Mas onde na Parte Geral? Sem dúvida junto aos atos ilícitos, uma vez que também o enriquecimento sem causa se insere na esfera da antijuridicidade.

5. Ação de locupletamento

A ação de locupletamento, como já visto, é a ação dada ao empobrecido, na falta de outra mais específica diante do caso concreto. Em nosso ordenamento, esta subsidiariedade é explícita, apesar da má redação do art. 886, do Código Civil.

Assim, cada caso merece análise individual, vigendo esta norma geral, que só disponibiliza a *condictio indebiti* na falta de outra ação.

No pagamento indevido, aquele que pagou mal disporá da ação de repetição de indébito. Dependendo do caso, tratando-se de pagamento efetuado em obrigação de fazer, poderá o empobrecido exigir o desfazimento do que foi feito, além de uma indenização, se houver má-fé ou mora daquele a quem se pagou mal. Não sendo possível o desfazimento, só caberá ação se tiver havido má-fé do que se enriqueceu. Estes são alguns exemplos possíveis. Há outros.

No caso de implemento de benfeitorias necessárias, como, por exemplo, em imóvel locado. O locatário de boa-fé poderá propor uma ação indenizatória contra o locador inadimplente, tendo ainda direito de retenção sobre o prédio.

Como dito, em todos estes casos, e em muitos outros, só terá cabimento a ação de enriquecimento sem causa se não for possível nenhuma outra.

No Direito brasileiro, como sabido, é difícil a hipótese de cabimento da *condictio indebiti*. No mais das vezes, haverá sempre ação mais específica para a situação, como a ação de cobrança, a indenizatória, as executivas, a de repetição de indébito, as possessórias, a reivindicatória, a de imissão na posse, a de despejo, só para citar algumas. Além disso, há a monitória, para situações mais genéricas. Neste caso, porém, entendo que, dada a generalidade da monitória, a *condictio* será possível, como opção do credor.

A questão que resta é se a prescrição da ação de locupletamento começa a correr do momento em que prescreve a ação mais específica para o caso ou do momento em que efetivamente ocorreu o enriquecimento.

Em nosso entendimento, a resposta é negativa. Os três anos começam a correr do momento em que se deu o enriquecimento sem causa. Se a ação específica, como a cambial, prescrever antes, o prejudicado ainda terá o tempo restante da de locupletamento, caso contrário, nada mais poderá fazer.

A questão da prescrição é importante. Prescrita a ação principal, não caberá mais a de locupletamento (a não ser, talvez, no caso da cambial, por não se basear em causa alguma – atos abstratos – ver lei do cheque). Ora, a prescrição servirá de causa ao enriquecimento.

Referências

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1948.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FIUZA, César. *Direito civil – curso completo*. 14 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 143, julho/setembro 1999.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

ORTOLAN, M. *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*. 4. éd. Paris: Joubert, 1847, t. II.

VALLE FERREIRA, José Geraldo. *Enriquecimento sem causa*. Belo Horizonte: Nicolai, 1950.