

CAIO MARTINS CABELEIRA

**A TEORIA DAS *CONDICTIONES* E O DIREITO BRASILEIRO:
UMA NOVA ABORDAGEM DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Alcides Tomasetti Jr.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACVLDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

CAIO MARTINS CABELEIRA

**A TEORIA DAS *CONDICTIONES* E O DIREITO BRASILEIRO:
UMA NOVA ABORDAGEM DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob orientação do Prof. Dr. Alcides Tomasetti Jr.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACVLDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cabeleira, Caio Martins
A Teoria das Condições e o Direito Brasileiro: Uma Nova Abordagem do
Enriquecimento Sem Causa / Caio Martins Cabeleira ; orientador Alcides
Tomasetti Jr. -- São Paulo, 2018.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de
Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Enriquecimento sem causa. 2. Condições. 3. Pagamento indevido. 4.
Causa contratual. 5. Atribuição patrimonial. I. Tomasetti Jr., Alcides, orient. II.
Título.

*Às Marias da minha vida: Nossa senhora, Santa Mãe
de Deus; Maria, minha querida avó (im memoriam);
e Maria Clara, minha amada filha.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao querido amigo, professor e mestre, Professor Alcides Tomasetti Jr. que me orientou durante os mais de 8 anos de pesquisa que demandou a presente tese, depositando sua confiança em meu trabalho. Agradeço não só pela orientação, mas também pela amizade construída ao longo desses anos e por todo conhecimento comigo compartilhado. Não poderia deixar de agradecer também à sua esposa, Sra. Bernardete, que tantas vezes me recebeu carinhosamente em seu lar durante às reuniões de orientação.

Agradeço também ao amigo e colega Dr. Marcel Simões, bem como aos demais colegas orientandos e aos já “orientados” do Professor Tomasetti, membros do Grupo de Estudo de Direito Patrimonial Privado, cujas discussões e estudos muito colaboraram para maturação desta tese.

Agradeço imensamente ao amigo Dr. Jan Schmidt e ao Instituto Max-Planck de Hamburgo. O primeiro pela valiosa ajuda com indicações bibliográficas e discussões e ao segundo pela concessão da bolsa de estudos que viabilizou minha pesquisa na Alemanha.

Não posso deixar de agradecer também ao amigo Douglas Correia e à minha irmã, Mayara Cabeleira, pelo auxílio com pesquisa e revisão deste trabalho.

Meu especial agradecimento à minha sócia e querida amiga, Dra. Maria Julia Lacerda e demais colegas do escritório, pela paciência e compreensão para com minha ausência e dedicação para este trabalho.

Gostaria de agradecer imensamente à toda minha família e especialmente à minha querida mãe, que tantos sacrifícios e esforços fez, sempre com muito amor, para que eu recebesse a melhor formação.

E por último, mas não menos importante, agradeço à minha amada esposa Juliana pela paciência, compreensão e amor, tendo me acompanhado e encorajado na jornada deste doutorado desde o início de nosso namoro, sacrificando-se dos mais diversos modos para me ajudar com este sonho.

RESUMO

A presente tese tem por objetivo investigar uma possível teorização *condictio* (prevista em nosso ordenamento, de modo geral, como pagamento indevido), e sua natureza jurídica. Parte considerável da doutrina brasileira fundamenta a pretensão da repetição de indébito no princípio de vedação ao enriquecimento injusto ou mesmo na obrigação de restituição do enriquecimento sem causa prevista no art. 884 e ss do Código Civil. O estudo histórico, no entanto, demonstrou que o pagamento indevido - tradicionalmente chamado de *condictio indebiti* ou *sine causa* - em seu uso típico e usual não era uma ação de enriquecimento. O enriquecimento injusto enquanto fonte autônoma de obrigações só ganhou esse *status* no final da Idade Média, por forte influência do direito restitutivo canônico, principalmente dos escolásticos tardios espanhóis que influenciaram diretamente a obra de GRÓCIO, considerado o primeiro jurista a conceber o enriquecimento sem causa como fonte obrigacional de maneira clara e sistemática. A ação de enriquecimento se caracteriza por ter seu objeto limitado ao enriquecimento ocorrido no patrimônio da parte enriquecida, tornando-se uma verdadeira ação indenizatória, não pelo dano (em sentido estrito), mas pelo ganho indevido ainda existente no patrimônio do enriquecido (*in quantum factum locupletior est*). Essa característica das ações de enriquecimento e sua natureza indenizatória contrastam com o objeto da pretensão da repetição de indébito (*i.e.* das *condictiones*), que é sempre um *certum*, uma repetição. O direito comum, de modo geral, manteve a *condictio* regrada nos *quasi*-contratos, em separado dos casos de enriquecimento, tutelados pela *actio de in rem verso utiles* ou *negotiorum gestorum indireta utiles*, tal como fez o ABGB austríaco e o ALR prussiano. O *Code Civil* sequer positivou qualquer ação de enriquecimento, tendo positivado suas diversas aplicações esparsamente no código, sem lhes atribuir um caráter especial, tal como fez o Código Civil de 1916. Foi devido a obra de SAVIGNY que a *condictio* se elevou a uma ação geral de enriquecimento, tornando-se positivada no BGB como uma cláusula geral. No entanto, mesmo na Alemanha, os juristas majoritariamente adotam a doutrina da separação do enriquecimento, dividindo-se os casos onde existe uma atribuição patrimonial, um negócio jurídico entre as partes (*Leistungskondiktio*) e os enriquecimentos sem negócio jurídico (atrelados historicamente à *actio de in rem verso*). O que se sustenta neste trabalho é que o enriquecimento sem causa em sentido restrito, isto é, os enriquecimentos derivados de uma atribuição patrimonial, não são figuras jurídicas atreladas ao enriquecimento injusto, mas sim aos negócios jurídicos. São, em verdade, pretensões de resilição contratual - especificamente dos contratos de atribuição patrimonial. Essa característica está presente nas *condictiones* desde o tempo romano clássico e constitui a teoria da *condictio* defendida nesta tese. A natureza contratual do pagamento indevido se nota pelo requisito da causa da atribuição patrimonial, o qual sempre está relacionado a finalidade da atribuição patrimonial em si. A finalidade pode ser acordada entre as partes ou somente pela parte atribuinte, desde que seja uma finalidade essencial. Frustrada a finalidade da atribuição, nasce a pretensão de resilição do negócio jurídico de atribuição e da consequente restituição do ativo patrimonial atribuído. Tal concepção inclui a obrigação derivada da *condictio* no campo dos negócios jurídicos, excluindo-a totalmente do enriquecimento injusto. O Código Civil de 1916 fora original e autêntico no regramento da matéria, tendo recusado adotar uma ação geral de enriquecimento, embora a doutrina e jurisprudência tenham reconhecido o enriquecimento injusto como fonte subsidiária de obrigação, ao modelo da *actio de in*

rem verso francesa. O Código Civil de 2002 adotou posição similar ao Código Italiano de 1942, positivando o enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações – mas subsidiária –, regradando o pagamento indevido separada e anteriormente ao enriquecimento. No direito positivo brasileiro, portanto, as *condictiones* – quando não regradadas especificamente no código – devem ser aplicadas por meio do pagamento indevido. O pagamento indevido não é ação de enriquecimento e não é limitado apenas aos casos de pagamento, mas toda repetição do indevido, ou seja, é verdadeira *condictio sine causa*. Por ser pretensão essencialmente contratual submete-se aos prazos prescricionais gerais e não ao prazo do enriquecimento sem causa.

ABSTRACT

The present thesis aims to investigate the possibility of the theorization of what is conventionally known as *condictiones sine causa*, i.e., *condictio indebiti, ob rem* and *causa finite* (in Brazil regulated as *pagamento indevido*, payment of indebt), and its applicability in Brazilian law. The conducted historic study shows that *condictiones sine causa* in their typical and usual application never has been an enrichment claim since Roman law. Since the introduction of the *congnitio extraordinaria* and with the unification of the *ius civile* and *honorarium* remedies, the *condictio* (mostly the one known as *iuventiana* D. 12. 1. 32), the *actio de in rem verso* and the *negotiorum gestorum*, and even an *action in factum* were used to remedy unjust enrichment situations by means of equity. The unjust enrichment as an independent source of obligation was only conceived in the end of the Middle Age, by the influence of the restitutionary canon Law, mostly by the Spanish Late Scholasticism which influenced directly the work of GROTIUS, considered the first jurist to conceive the unjust enrichment clearly and systematically as a source of obligation. The enrichment claim is characterized for having its object limited by the enrichment occurred in the patrimony of the enriched party, thus becoming in reality a compensation claim, not for the damages (in a strict sense), but for the benefits remaining in possession of the enriched party (*in quantum factum locupletior est*). Such peculiarity is the gist of the enrichment claim, and its compensatory and restitutionary nature contrasts with the object of the *condictiones*, which is always a *certum*, a repetition, not restitution or compensation. The *ius commune* in general kept the *condictiones* regulated in the *quasi-contractual* obligations, separately from enrichment claims, usually remediated by the *actio de in rem verso utiles* and the *negotiorum gestorum contraria utiles*, such as in the Austrian ABGB and Prussian ALR. The Napoleon *Code Civil* didn't even contemplated an enrichment claim, having regulated many enrichment-related situations dispersedly in the Code, without ascribing to them special character. The same path was followed by the Brazilian 1916 Civil Code. It is due to SAVIGNY's work that the *condictio* was elevated to a general enrichment claim, gaining its way straight to the German BGB as a general clause. However, it is widely accepted in Germany the doctrine of division of the enrichment-based claims, distinguishing the cases of enrichment based on performance (*condictio*-model), where there is a contract between the parties, and the cases of enrichment not based on performance (*actio de in rem verso*-model). The *condictiones* are not, nevertheless, enrichment claims, but rather contractual rescission remedies specifically for contracts of transfer or performance. This characteristic of the *condictiones* exists since the Roman times and constitute the *Condictio* Theory sustained in this thesis. The contractual nature of the *condictio* can be noted by the *causa* element of the enrichment based on performance, which is always linked to the purpose of the performance or transfer of wealth. The purpose can be established in accordance between the parties or even unilaterally by the transferor, as long as it remains an essential purpose. Frustrated that purpose, the rescission remedy becomes available and hence the restitution of the assets transferred. Such a conception of the *condictio* sets the remedy as contractual, not as enrichment. The remedy is umbilically

connected to the contracts of transfer of assets and its applicability depends on the acceptance or not by the law of a given country of the principle of separation. The Brazilian 1916 Civil Code was original and authentic regarding the issue, having not accepted a general clause of unjust enrichment. But jurists and jurisprudence had recognized unjust enrichment as subsidiary source of obligations, being the *actio de in rem verso* as template. The Brazilian 2002 Civil Code adopted a position similar to that of Italian 1942 Civil Code, recognizing the unjust enrichment as source of obligation, yet with subsidiary character, and regulating the payment of indebt separately and before the unjust enrichment. In Brazilian Private Law, the *condictiones*, when not sparsely regulated through the Code, are regulated by *pagamento indevido* (payment of indebt). The *pagamento indevido* is not an enrichment claim and it is not limited to the genetic indebt, but constitutes a *condictio sine causa*. The claim is strictly contractual and as such it is not reliant on enrichment claim statute of limitation. The regulation of the *condictiones* should be done in conjunction with the contractual extinction chapter of the code, not as an independent source of obligation. The Brazilian unjust enrichment claim is, in itself, very limited and has a secondary and subsidiary role. It may be applied in cases of enrichment by interference in one's rights that do not constitute unlawful acts.

ZUSAMMENFASSUNG

Die folgende Arbeit zielt darauf hin, eine mögliche Theorie-Bildung über sogenannte *condictiones sine causa*, das heißt, *condictio indebiti*, ob rem und *causa finita* (hierzulande institutionalisiert in der Form des Erfüllung einer Nichtschuld/*pagamento indevido*) zu forschen, sowie ihre Anwendung im brasilianischen Recht. Die historische Analyse hat aufgezeigt, dass die *condictiones sine causa* in ihren typischen Anwendung im römischen Recht nie ein Bereicherungsklage darstellen. Seit der Einführung der *congnitio extraordinaria* und der Vereinigung des *ius civile* mit dem *ius honorarium*, sowohl die *condictio* (und besonders die sog. *Iuventina D. 12.1.32*), als auch die *actio de in rem verso* und die *negotiorum gestorum* oder auch eine *actio in factum*, all diese sind mehr und mehr angewendet, um Situationen ungerechter Bereicherung durch *equitas* zu gewährleisten. Die ungerechtfertigte Bereicherung hat den Status einer autonomen Rechtsquelle erst im Mittelalter gewonnen, durch den Einfluss des kanonischen Rechts und insbesondere der Spanischen Scholastik, die einen direkten Einfluss auf die Werke von GROTIUS hatte, der erste Jurist, der die ungerechtfertigte Bereicherung in einer klarer und systematischer Form konzipiert. Die Bereicherungsklage ist gekennzeichnet durch ein limitiertes Ziel auf die Bereicherung, die im Vermögen der bereicherten Partei, und somit wird sie *de facto* einen Ersatzanspruch, nicht durch Schadenersatz *sensu stricto*, sondern durch die ungerechtfertigte Bereicherung, die existiert noch im Vermögen des Bereicherten (*in quantum factum locupletior est*). Diese Eigenschaft stellt tatsächlich den Kern der Bereicherungsklagen dar und ihre kompensatorische Natur kontrastiert mit dem Objekt der *condictiones*, denn dieses Objekt ist immer ein *certum*, eine *repetitio*. Das Gemeinrecht im Allgemeinen erhielt die *condictio* reguliert in quasi-Verträge, d.h. getrennt von Bereicherungsfälle, für die es die *actio de in rem verso utiles* oder *negotiorum gestorum indirecta utiles* gibt, sowie das Österreichische ABGB und das Preussische ALR gemacht haben. Das Code civil hat keine Art von Bereicherungsklage inkorporiert, es hat nur ihre diversen Anwendungen im Laufe des Buchs mehr oder weniger beinhaltet, ohne aber ihnen ein besonderes Status zu vergeben, wie unserer Gesetzgeber im Jahr 1916 gemacht hat. Mit der Werke von SAVIGNY wurde die *condictio* zu einer generellen Bereicherungsklage erhoben, und wurde vom BGB als Generalklausel institutionalisiert. Allerdings wird die Bereicherungs-Trennungsprinzip-Lehre in Deutschland allgemein anerkannt, getrennt zwischen Leistungskondiktion (*condictiones*), und Nichtleistungskondition (*actio de in rem verso*). Allerdings die *condictiones* sind nicht Bereicherungsklagen, sondern Rücktrittanprüchen, in besonders von Verfügungsgeschäftsverträge. Diese Eigenschaft ist vorhanden in den *condictiones* seit den römischen und klassischen Zeiten und stellt die Theorie der *condictio* dar, die in dieser Arbeit verteidigt wird. Die vertragliche Natur der *condictio* wird gemerkt durch die Voraussetzung eines *Causa* der Leistungskonditionen, die immer mit der Zweck der Leistung verbunden ist. Der Zweck kann von beiden Parteien bestimmt werden oder auch durch den Leistenden, solange es um einen wesentlichen Zweck geht. Im Fall der Zweckverfehlung gibt es den Rücktrittsanspruch und folgerichtig den Rückabwicklungsanspruch von der Leistung. Diese Ansprüche sind intrinsisch mit den

Leistungsgeschäften verbunden und stellen das *condictio* als einen vertraglichen Anspruch ein. Ihre Anwendung hängt davon ab, ob das Gesetzbuch das Trennungsprinzip anerkennt. Das brasilianische Bürgerliche Gesetzbuch vom Jahr 1916 war originell und authentisch im Bezug auf dieses Thema. Der Gesetzgeber hat sich gegen eine Generalklausel der ungerechtfertigten Bereicherung entschieden und hat stattdessen die Zahlung eine Nichtschuld als Schuldverhältnisse Erlöschung geregelt, nicht als quasi-vertrag. Aber die Juristen und Gerichte haben eine subsidiäre ungerechtfertigte Bereicherung als Anspruch anerkannt ähnlich wie das französische *actio de in rem verso* Modell. Das brasilianische Código vom Jahr 2002 hat eine ähnliche Stellung wie das italienische Codice civile von 1942 genommen, wobei die ungerechtfertigte Bereicherung als Rechtsquelle, jedoch mit subsidiärem Charakter anerkannt wurde und die Zahlung eine Nichtschuld getrennt und vor der ungerechtfertigten Bereicherung geregelt wurde. Im brasilianischen Bürgerlichen Recht sind die Leistungskonditionen, die nicht durch das Código geringfügig geregelt sind, durch *pagamento indevido* geregelt. Die Zahlung eine Nichtschuld stellt keinen Bereicherungsanspruch sondern eine wahre *condictio sine causa* dar. Die Klage ist vertraglich und deswegen unabhängig von der ungerechtfertigten Bereicherungs-Verjährungsfrist. Die *conditiones* dürfen als Rücktrittanspruch in Erlöschung von Verträge geregelt werden. Die brasilianische Bereicherungsklage ist an sich sehr begrenzt und hat eine sekundäre und subsidiäre Rolle. Sie stellt eine Eingriffskondition dar und kann in Fällen angewandt werden, die nicht als unerlaubte Handlungen verstanden werden können. Diese unerlaubten Handlungen sind in Brasilien sehr weit konzipiert.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	1
PRIMEIRA PARTE - O ENRIQUECIMENTO INJUSTO COMO FONTE OBRIGACIONAL.....	9
CAPÍTULO 1. - BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CONCEPÇÃO DO ENRIQUECIMENTO INJUSTO ENQUANTO CATEGORIA DE FONTE OBRIGACIONAL.....	9
1. 1 - Do justo natural clássico ao justo natural racionalista.....	9
1. 2 - Do fundamento dogmático do enriquecimento injusto: <i>condictio</i> , <i>actio de in rem verso</i> e <i>actio negotiorum gestorum</i>	21
1. 3 - Apontamentos sobre o desenvolvimento dogmático na França e Itália.....	33
1. 4 - Apontamentos sobre o desenvolvimento dogmático nos territórios alemães	37
CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE: A DISTINÇÃO DAS <i>CONDICTIONES</i> DAS AÇÕES DE ENRIQUECIMENTO	59
SEGUNDA PARTE - A FORMULAÇÃO TEÓRICA DAS <i>CONDICTIONES</i>	65
CAPÍTULO 2 - AS <i>CONDICTIONES</i> NO DIREITO ROMANO CLÁSSICO	65
2. 1 - A Fórmula da <i>condictio</i>	65
2. 2 - A <i>condictio furtiva</i> e a origem da <i>condictio</i> : A <i>legis actio per conditionem</i> como reação ao sistema antigo e a introdução do <i>oportere</i>	68
2. 3 - Os usos da <i>condictio</i> no período clássico e sua relação com os contratos.....	72
2. 4 - Diferentes concepções de <i>contrahere</i> e <i>contractum</i>	76
2. 5 - A <i>causa conditiones</i>	81
2. 6 - A centralidade da <i>datio</i> para as <i>conditiones</i> que tutelam uma <i>obligatio ex re</i>	84
CAPÍTULO 3 - A <i>DATIO</i> E PROCESSO DE TRANSMISSÃO PATRIMONIAL: UM PANORAMA.	89
3. 1 - A Separação de Planos: A causalidade e a abstração entre os planos	90
3. 2 - Os negócios jurídicos obrigacionais bilaterais e os negócios jurídicos de atribuição	98
3. 3 - A abstração: negócios jurídicos abstratos e o princípio da abstração entre planos: abstração/causalidade interna e externa.....	100
3. 4. - Negócios jurídicos obrigacionais bilaterais; Negócios jurídicos de atribuição; e o processo de deslocamento patrimonial.....	107
CAPÍTULO 4 - A CAUSA.....	116
4. 1 - O problema da causa	116
4. 2 - Causa ou condição?.....	121
4. 3 - A <i>causa conditiones</i> e <i>causa civilis</i> : uma falsa distinção entre causa de atribuição patrimonial e causa do contrato	122
4. 4 - A gênese da confusão e a deturpação da teoria da causa.....	124
4. 5 - Resgatando o sentido da causa	129
4. 6 - Causa contratual e enriquecimento sem causa	132
CAPÍTULO 5 - A PRESSUPOSIÇÃO: UMA TEORIA DAS <i>CONDICTIONES</i>	137
5. 1 - Alguns esclarecimentos: Pressuposição x <i>Rebus sic stantibus</i> x Base do Negócio.....	137
5. 2 - A pressuposição como autolimitação da vontade: uma condição não desenvolvida.	141

5. 3 - Pressuposição, condição e encargo.....	147
5. 4 - Conclusão sobre a pressuposição e sua contribuição.....	153
CONCLUSÃO DA SEGUNDA PARTE: UMA TEORIA DAS <i>CONDICTIONES</i> ?	159
TERCEIRA PARTE - AS <i>CONDICTIONES</i> E O DIREITO BRASILEIRO.....	167
CAPÍTULO 6. AS <i>CONDICTIONES</i> E O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CODIFICADO.....	167
6. 1 - O Código Civil de 1916 e a posição da doutrina	170
6. 2 - O Código Civil de 2002 e a posição da doutrina e da jurisprudência.....	191
6. 3 - Considerações acerca do enriquecimento sem causa e do ato ilícito no Código de 2002.....	204
6. 4 - O objeto da restituição.....	207
6. 5 - O erro no pagamento indevido e sua autonomia em face do enriquecimento sem causa	209
6. 6 - Do julgamento do STJ a respeito do enriquecimento sem causa e sua aplicação aos casos de nulidade	212
CONCLUSÃO DA TERCEIRA PARTE: CONSIDERAÇÕES FINAIS A RESPEITO DAS <i>CONDICTIONES</i> E DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	217
EXCURSO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE TRANSMISSÃO PATRIMONIAL NO BRASIL	227
1 - Questões preliminares	227
2 - A separação de planos no direito brasileiro.....	229
3 - Transmissão de bens imóveis	232
4 - A transmissão de coisas móveis	236
5 - Cessão de créditos e direitos.....	236
6 - Transmissão de dinheiro.....	237
CONCLUSÃO FINAL	241
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	249

INTRODUÇÃO

A *condictio* era uma das ações romanas mais antigas, anterior mesmo à fase das *legis actiones*, mas seu emprego atual e também utilizado nesta tese é de direito material¹, designando pretensões que, conforme a maior parte da doutrina atual, não são baseadas nem em negócio jurídico, nem em ato ilícito, estando normalmente atreladas ao enriquecimento injusto.

O *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano traz a seguinte classificação das *condictiones* no livro 12 do Digesto: *condictio indebiti*, destinada à repetição daquilo que uma pessoa prestou por erro, principalmente por pensar estar obrigada a prestar; *causa data causa non secuta*, destinada à repetição daquilo que foi prestado tendo em vista uma contraprestação ou um resultado futuro que não ocorre; *ob turpem vel iniustam causam*, voltada a repetição do que foi prestado contra a lei e a moral; e a *condictio sine causa*, que abarcava os demais casos não alcançados pelas demais.²

A *condictio* é adotada em nosso código principalmente pela figura do pagamento indevido, que seria melhor chamar-se de repetição de indébito, pois a pretensão não é restrita aos casos de pagamento. Essa pretensão, por sua vez, é ordinariamente vista como atrelada ao enriquecimento injusto, seja ele enquanto princípio seja enquanto fonte obrigacional, posição esta erroneamente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dai ser necessário um estudo aprimorado do enriquecimento injusto, para o fim de separa-lo dos casos de repetição de indébito, estudo esse a que se dedica a primeira parte da tese.

No entanto, o enriquecimento injusto pode ser entendido em dois sentidos distintos: no primeiro, refere-se a um princípio³ interpretativo e orientador; no segundo, a uma fonte obrigacional.

¹ cf. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta: Cape Town, 1990, pág. 839

² O tema será melhor desenvolvido na segunda parte desta tese, infra. Cap. 2. Mas são esses os termos que servirão de base para toda discussão do tema durante o período direito comum.

³ Para a distinção, cf. NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 192 e ss; MICHELON JR., Claudio, *Direito Restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 176/179. O enriquecimento sem causa atua

Há aproximadamente dois milênios, o jurista romano POMPÔNIO escreveu a conhecida expressão: “*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem*” (D. 50. 17. 206). Máxima que, originalmente, não passava de uma alusão à justiça comutativa – sem qualquer efeito prático direto, devido à sua inequívoca amplitude e generalidade – e serviu de inspiração para a criação de uma nova categoria de fonte obrigacional separada das fontes tradicionalmente reconhecidas pelo direito romano, os contratos e os delitos.

O espírito romano (clássico) não dava espaço para grandes abstrações e definições, como advertira JAVULENUS⁴. A semente desta nova categoria de fonte obrigacional foi desenvolvida primeiramente por juristas da escolástica tardia espanhola no século XVI e consagrada no jusracionalismo, primeiramente por GRÓCIO, mais como fruto de suas filosofias do que por apuração dogmática.

O enriquecimento injusto enquanto categoria de fonte obrigacional foi um dos frutos dessa nova visão jurídica e as *condictiones*, sua vítima.

Sob o ponto de vista dogmático, é matéria praticamente sedimentada hoje na doutrina a separação dos casos de enriquecimento decorrentes de uma prestação (*Leistungskondiktio*), de um ato voluntário e negocial do empobrecido, com origem nas *condictiones* romanas, e os decorrentes de “outras formas” (*Nichtleistungskondiktio*), normalmente por ato do enriquecido ou de terceiros, com origens na *actio de in rem verso* ou na *negotiorum gestio*, conforme ficou consagrado nas lições de Walter WILBURG e

não só como fonte obrigacional, mas também como princípio que fundamenta, indiretamente, diversos institutos e serve também de orientação interpretativa.

⁴ “*Omnes definitio in iure civili periculosa est*” JAVULENUS, D. 50.17.202. Sobre o tema da abstração e definições no direito romano clássico cf. SCHULZ, Fritz, *Principles of Roman Law*, Londres: Oxford University Press: 1956, capítulo IV. “*A cursory glance at the Roman sources of law is sufficient to show how extremely reserved the Romans were when it came to abstraction. [...] This attitude is by no means a sign of primitive incapacity – classical jurisprudence was evolved in the great active period of Hellenistic science – but it bases on a clear recognition of the dangers inherent in excessive abstraction. In law all general rules and conceptions are liable to cause catastrophes, as it is impossible, when formulating a rule, to foresee all possible complications which life may bring about.*” pág. 41.

Ernst VON CAEMMERER⁵ – divisão amplamente aceita atualmente na Alemanha⁶ e em outros países.⁷

PONTES DE MIRANDA separava também as pretensões do enriquecimento injustificado⁸: entre as pretensões oriundas (i) de um ato voluntário do prejudicado, isto é, de uma atribuição patrimonial; as oriundas (ii) de um ato do enriquecido ou de um terceiro; e as (iii) oriundas de um fato jurídico *strictu sensu*, como a avulsão.

Chama apenas as (i) de enriquecimento sem causa e as demais engloba no gênero enriquecimento injustificado [frase confusa], pois “*em nenhuma dessas espécies há atribuição sem causa; mas o sistema jurídico inspira-se no mesmo princípio de reparação (justiça comutativa), estabelecendo pretensão pessoal para corrigir-se a injustiça.*”⁹

Sem colocar em dúvida o acerto da divisão entre as duas diferentes formas de enriquecimento, acreditamos que o termo jurídico mais correto para designar cada tipo deva ser o de *enriquecimento sem causa* para o primeiro grupo, *i.e.*, para os enriquecimentos oriundos de uma atribuição patrimonial, de uma “*intentional and purpose-oriented shift of a benefit from one person to another*”¹⁰. Somente nesses tipos de casos podemos falar de

⁵ WILBURG, Walter, *Die Lehre von die ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Graz: Leuschner Lubensky, 1934; VON CAEMMERER, Ernst, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *Festschrift für Ernst Rabel*, coord. por Dölle, Hans; Rheinstein, Max; Zweigert, Konrad, B. I, Tübingen: Mohr, 1954, págs. 333-401.

⁶ Por exemplo, cf. os comentários recentes de Dauner-Lieb; Langen, *NK-BGB*, 3ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2016, §812; ZIMMERMANN, Reinhard, *Unjustified Enrichment: the modern civilian approach*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, V. 15, n. 3, 1995, pág. 404-429; WIELING, Hans Josef, *Bereicherungsrecht*, 4ª ed., Berlin: Springer, 2007; KÖNIG, Detlef, *Ungerechtfertigte Bereicherung: Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtvergleichender Sicht*, Heidelberg: Carl Winter, 1985. Ainda, segundo KÖNIG, poucos são na Alemanha os que ainda questionam a divisão entre a *condictio* derivada de uma prestação e a *condictio* derivada de outras formas, também chamada genericamente de *eingriffskondiktion*, isto é, *condictio* derivada de uma intervenção em patrimônio alheio, dentre eles: KELLMANN, Christof, *Grundsätze der Gewinnhaftung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969 e WILHELM, Jan, *Rechtsverletzung und vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung*, Bonn: Röhrscheid, 1973.

⁷ Nesse sentido, ver: VISSER, Daniel, *Unjust Enrichment in Comparative Perspective*, in *Oxford Handbook of Comparative Law*, Coord. por HEIMANN, Mathias e ZIMMERMANN, Reinhard, Oxford Uni. Press: Oxford, pág. 969-1002; FILIOS, Christian P., *L'enrichissement sans cause em droit privé Français: analyse interne et vues comparatives*, Athenas: Ant. N. Sakkoulas, 1999, pág. 184/185. GALLO, Paolo, *L'arricchimento senza causa*, Padova: CEDAM, 1990, pág. 27-28. No Brasil, NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012; ainda LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro*, in *Revista CEJ*, Brasília, n. 25, pág. 24-33, abr./jun. 2004 e *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*, Almeida: Coimbra, 2005, sobre o direito português.

⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. XXVI, São Paulo: RT, 2012, pág. 243.

⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. XXVI... pág. 292.

¹⁰ Definição feita por ZIMMERMANN, Reinhard, *Unjustified Enrichment: the modern civilian approach*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, V. 15, n. 3, 1995, pág. 405, nota 9 ao definir o termo *transfer*, que é

uma causa da atribuição no sentido mais técnico do termo, ou mesmo de uma base justificativa da atribuição (*Rechtvertigungsgrund*), a qual deu origem ao título do capítulo do BGB: enriquecimento injustificado.

GIGLIO¹¹, em artigo sobre a *enrichment law* inglesa, que trata indistintamente os termos *unjustified enrichment* e *unjust enrichment*, defende que o termo *unjustified* deveria ser utilizado para designar apenas os casos de enriquecimento oriundos de uma atribuição patrimonial, chamados por ele de *condictio-model*, enquanto os demais casos, chamados por ele de *actio de in rem verso-model*, deveriam ser designados por *unjust enrichment*, pois são mais ligados à equidade e ao princípio geral do *neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*, sem qualquer relação com uma *causa* ou *causa de justificação* – termos técnicos que a doutrina já conseguiu satisfatoriamente desenvolver para seu uso dogmático.

Seguindo a terminologia proposta por GIGLIO também entendemos que o termo mais adequado para designar esses tipos de enriquecimento seria *enriquecimento injusto*, conforme PONTES DE MIRANDA parcialmente reconhece na passagem supracitada.

exatamente a mesma definição de *Leistung* (prestação) no direito alemão (cf. WIELING, Hans Josef, *Bereicherungsrecht*,...pág. 13). Não utilizamos o termo enriquecimento oriundo de uma prestação, do direito alemão, pois no direito brasileiro o conceito de prestação é distinto. COMPARATO a define como “*um fait du débiteur tendant à produire un resulta objectif em faveur du créancier, et dans ces condition, l’activité du débiteur n’est prise em considération qu’en tant que moyen d’amener ce résultat dû*” (COMPARATO, Fabio Konder, *Essai d’une analyse dualiste de l’obligation en droit privé*, Dalloz: Paris, 1964, pág. 34) . Assim, utilizar o termo prestação ao tratar do direito brasileiro apenas traria mais confusão, pois teríamos que fazer uma diferenciação entre a prestação contratual e a prestação do enriquecimento, como fez por exemplo, FILIOS ao tratar do assunto no direito francês (cf. *L’enrichissement sans cause ...*, pág. 187) . Assim, mais adequado utilizar o termo “atribuição patrimonial” para designar esses tipos de enriquecimento, até porque harmoniza melhor com a *datio* e a *stipulatio* romana , requisito das *condictiones* e fonte histórica do instituto. Assim, para os fins deste trabalho, atribuição patrimonial é, como bem define VON TUHR (*Der Allgemine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, v.2, t.2, , Leipzig: Duncker & Humblot, 1957, pág. 49), o negócio jurídico em que uma parte confere a outra um acréscimo ou benefício patrimonial. No entanto, é preciso alertar o leitor que parte da doutrina alemã separa os termos “atribuição patrimonial” e prestação, alegando que a atribuição é um mero incremento patrimonial consciente do patrimônio alheio, enquanto a prestação seria uma atribuição finalisticamente orientada (cf. LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem ...* pág. 633), posição com a qual não concordamos, pois toda atribuição (sendo voluntária e consciente) tem necessariamente, ontologicamente, uma finalidade. Aliás, de notar a mudança de opinião de ESSER em sua 3ª edição de seu manual de direito das obrigações, no qual deixou de usar o termo *Zuwendungszweck* para adotar *Leistungszweck*, pois entendeu não haver diferença entre os termos (FU, Guangyu, *Das Causaproblem im deutschen Bereicherungsrecht: eine rechthistorische Untersuchung*, Frankfurt: Peter Lang, 2010, pág. 143). Cf. ainda HAGMANN-LEUTERBACH, Ulrike, *Der Zusammenhang Zwischen dem finalen Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht und den Erfüllungslehren*, Tese de Doutorado, Universidade de Tübingen, Tübingen, 1976.

¹¹ GIGLIO, Francesco, *A systematic approach to ‘Unjust’ and ‘Unjustified’ enrichment*, in Oxford Journal of Legal Studies, V. 23, n. 3, 2003, pág. 455-482.

No mesmo sentido, SANFILIPPO¹² sustenta que há uma diferença entre aquisição injustificada e aquisição injusta já no direito clássico. No caso de uma aquisição injustificada, surge, no direito clássico, a *condictio* como tutela de uma obrigação *ex re*. Já na aquisição injusta não surge uma *obligatio*, pois a aquisição normalmente é legitimada e justificada pelo ordenamento, mas a parte prejudicada pode-se socorrer, por equidade, à proteção pretória, concedida por meio de *retentio*, *exceptio doli*, *actio in factum*, etc.

Nessa toada, passaremos a utilizar o termo *enriquecimento sem causa* para designar os casos oriundos de uma atribuição patrimonial e *enriquecimento injusto* para designar os demais casos de enriquecimento, assim como o gênero (fonte obrigacional).

Os dois tipos são ontologicamente diferentes e é de se espantar como ainda hoje tenha se mantido a unidade dessas diferentes categorias dogmáticas sob o gênero do enriquecimento¹³. O fundamento dessa aglutinação, todavia, está principalmente no pensamento jurídico dos pós-escolásticos e do direito jusracionalista – fundadores da categoria do enriquecimento injusto enquanto fonte de obrigações – e na doutrina alemã do séc. XIX, que culminou na positivação do §812 do BGB.

O Professor Alcides TOMASETTI, sem dúvida um dos grandes civilistas de nosso tempo, já alertava quanto aos perigos dos “transplantes”, dizendo que:

*A história e a comparação em direito tem outros objetivos e entre eles está o de alertar para o perigo dos ‘transplantes’ e da fascinação exercida pela erudição importada, os quais são propriamente o reverso da medalha do provincialismo jurídico, que é inconciliável com o espírito científico e empobrecedor do desenvolvimento e da aplicação do direito nacional.*¹⁴

Praticamente toda dogmática atual do enriquecimento injusto é baseada no direito alemão e dele absorveu também seus equívocos.

Neste sentido, o presente trabalho foca no estudo do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa em sentido restrito, que para considerável parte da doutrina é o enriquecimento originado de uma atribuição patrimonial voluntária do empobrecido, derivado das antigas *condictiones*. Mas, para tanto, faz-se necessário analisar porquê desta

¹² SANFILIPPO, Cesare, *Condictio indebiti: Il fondamento dell’obbligazione da indebito*, Milano: Giuffrè, 1943, pág. 79/80.

¹³ No sentido de criticar essa unificação sob o enriquecimento injusto, cf. o recente artigo de JANSEN, Nils, *Gesetzliche Schuldverhältnissen, eine historische Strukturanalyse*, in *Archiv für Civilistisches Praxis*, n. 216, 2016, pág. 112-233.

¹⁴ TOMASETTI JR., Alcides, *Execução do Contrato Preliminar*, Tese de doutorado da Faculdade de Direito da USP, 1982, pág. 94.

forma de enriquecimento ser diferente das demais. Em outras palavras, se demonstrará na primeira parte deste trabalho a diferença entre o enriquecimento sem causa *stricto sensu* do enriquecimento injusto (tanto do gênero quanto da espécie), ou seja, a diferença das *condictiones* em relação à demais ações romanas e do direito comum relacionadas ao enriquecimento injusto.

Para isso apresenta-se um estudo histórico afim de compreender como e porquê das *condictiones* terem se tornado uma ação de enriquecimento injusto, e como o enriquecimento injusto se tornou uma fonte de obrigações.

A presente tese de doutoramento tem por objeto buscar a construção de uma teoria das *condictiones sine causa* ou da repetição de indébito. O termo teoria é por nós utilizado tal como enunciado por WINDSCHEID, o qual afirma que no direito a teoria não consegue formular uma regra que atenda de maneira adequada todos casos, “*a teoria pode apenas mencionar quais os casos nos quais foram dadas respostas satisfatórias e, mostrando porque foram satisfatórias, apontar caminhos que podem ser aplicados em outros casos. Assim, consegue ela, às vezes, encontrar aspectos gerais de aplicação*”¹⁵. São esses aspectos gerais que buscaremos encontrar.

As *condictiones* são figuras jurídicas que remontam ao tempo do direito romano arcaico, presentes até hoje na maioria dos ordenamentos de tradição romana-continental, e já muito discutida pelas maiores mentes que se dedicaram ao Direito. É com grande humildade, assim, que buscamos fazer uma pequena contribuição para este debate.

Como já dito, a primeira parte desta tese dedica-se ao estudo do enriquecimento injusto como fonte obrigacional em suas origens, apontando suas diferentes fontes dogmáticas e demonstrando a diferença da *condictio* das demais pretensões de enriquecimento.

¹⁵ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850 § 59; Como recorda VOEGELIN citando uma passagem de ARISTÓTELES, “*Diferente objects require diferente methods. A political scientist who tries to understand the meaning of Plato’s Republic will not have much use for mathematics; a biologist who studies a cell structure will not have much use for methods of classical philology and principles of hermeneutics. This may sound trivial, bur disregard for elementary verities happens to be onde of the characteristics of the positivistic attitude; hence it becomes necessart to elaborate the obvius. It is perhaps a consolation to remember that such disregard is perennial problem in the history of science, for even Aristotle hat to remind certain pests of his time that an ‘educated man’ will not expect exactness of the mathematical type in a treatise on politics*”. (*The New Science of Politics*, Chicago: Chicago University Press, 1952, pág. 5.)

A segunda parte busca por uma formulação teórica das *condictiones* e, para isso, retomamos seu estudo desde o direito romano. As *condictiones* são fortemente ligadas às *dationes* e aos contratos de obrigação unilateral, principalmente a *stipulatio*. Neste sentido, faz-se necessário o estudo da *datio* e das atribuições patrimoniais de modo geral para se compreender as *condictiones* e sua funcionalidade. É justamente nesse ponto que a questão da causa se mostra importante. Compreender o significado do termo causa no *enriquecimento sem causa* é fundamental e a teoria da pressuposição é uma das melhores a explicar o fenômeno

A terceira e última parte da tese volta-se ao estudo de como a doutrina brasileira recebeu e estudou toda a discussão europeia a respeito das *condictiones*/repetição de indébito e do enriquecimento injusto.

O foco da tese é mais teórico, no sentido de buscar entender e analisar os fundamentos teóricos e dogmáticos do pagamento indevido e da ação de enriquecimento sem causa positivada no art. 884 e ss. Uma outra limitação importante que foi feita diz respeito ao foco das análises nas obrigações de dar. As obrigações de fazer e não fazer, bem como prestações de serviços ou obras foram deixados de lado, pois demandam outra solução dogmática ou, ao menos, uma discussão em separado, que ampliaria muito o tema já complexo desta tese.

PRIMEIRA PARTE - O ENRIQUECIMENTO INJUSTO COMO FONTE OBRIGACIONAL

CAPÍTULO 1. - BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CONCEPÇÃO DO ENRIQUECIMENTO INJUSTO ENQUANTO CATEGORIA DE FONTE OBRIGACIONAL¹⁶

1. 1 - Do justo natural clássico ao justo natural racionalista

É na chamada escola de Salamanca que se deve buscar a origem do enriquecimento injusto enquanto fonte obrigacional autônoma e sistematizada. Fundada em Paris por Pierre

¹⁶ Há excelentes livros e artigos escritos por historiadores do direito sobre a evolução histórica do enriquecimento injusto, cf. HALLEBEEK, Jan, *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut, 1996; HALLEBECK, Jan, *Developments in Mediaeval Roman Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 59-120; FEENSTRA, Robert, *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 197-236; KUPISCH, Bertold, *Ungerechtfertigte Bereicherung: Usus modernus pandectarum in Deutschland unter Berücksichtigung des preussischen Allgemeinen Land rechts (ALR) und des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB)*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999; KUPISCH, Berthold, *Versionsklage, Ihre Entwicklung von der Gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Heidelberg: Carl Winter, 1965. GORDLEY, James, *Foundations of Private Law, property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford University Press: New York, 2007, pág. 415/457. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta: Cape Town, 1990, pág. 834/901. SCHÄFER, Frank L., *Das Bereicherungsgesetz in Europa: Einheits- und Trennungslehre in gemeinen, deutschen und englischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2001; JANSEN, Nils, *Gesetzliche Schuldverhältnisse, eine historische Strukturanalyse*, in *Archiv für Civilistisches Praxis*, n. 216, 2016, pág. 112-233; JANSEN, Nils, *Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution: zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny*, *Zeitschrift der Savigny Stiftungs für Rechtsgeschichte*, V. 120, 2003. Em língua portuguesa há excelentes descrições dessa evolução, que tem seu início não no direito romano, mas na escolástica tardia, feitos por CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da Obrigação de restituir o enriquecimento*, Lisboa:Almeidina, 1974, LEITÃO, Luis Manuel Teles 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*, Coimbra: Almeidina, 2005. Neste trabalho o aspecto histórico da evolução do enriquecimento injusto enquanto fonte obrigacional é abordado apenas tangencialmente, afim de demonstrar a diferença da origem das ações que foram aglutinadas sob a categoria do enriquecimento, principalmente no direito alemão. Para uma abordagem histórica detalhada da evolução dogmática do instituto, remetemos o leitor às obras indicadas.

CROCKAERT (1465-1514), ficou mais conhecida pelo trabalho de seu discípulo, FRANCISCO DE VITÓRIA, professor em Salamanca¹⁷, e seus discípulos.

Tido dentro dos seminários como restauradores da obra e pensamento de São Tomás (nessa época que se adotou a *Suma* como livro base nos seminários), foram muito influentes sobre os juristas racionalistas, principalmente Hugo GRÓCIO. Inovaram, no entanto, o pensamento de SÃO TOMÁS ao misturar a moral com a justiça e o direito com a lei, institutos bem diferenciados na obra do aquinate. Sua construção jurídica se baseia numa lei natural moral, “*inscrita no coração dos homens*” e de validade universal.

Nesse sentido aponta Michel VILLEY:

A doutrina jurídica moderna surgiu, em grande parte, da Segunda Escolástica, sobretudo espanhola: Vitória – De Soto – Suarez – Lessius – Molina. [...] São Tomás, em matéria de direito restaurara a Doutrina romano-aristotélica. Os escolásticos espanhóis instauraram, no que toca ao essencial, uma nova doutrina. [...] A lei natural é moral, ela tem como objeto comandar a conduta do indivíduo. São Tomás havia distinguido cuidadosamente dos preceitos ‘morais’, de valor permanente – os cristãos respeitam o decálogo, e no sentido amplo há tantos preceitos morais quanto na Lei nova –, as proposições jurídicas. Suarez volta a confundir – herança da alta Idade média e do pensamento judaico – os mandamentos da moral e a instituição do direito.¹⁸

¹⁷ CROCKAERT se converteu ao Tomismo, passando a ser um grande opositor da crescente influência nominalista. Entrou para Ordem Dominicana – da qual SÃO TOMÁS era membro –, onde conheceu seu principal discípulo, o espanhol FRANCISCO DE VITÓRIA (1483 – 1546), responsável pela difusão das ideias de seu mestre quando retornou à Salamanca ao posto de professor. Formou grandes teólogos e juristas, como DOMINGO DE SOTO (1494-1560). Na segunda metade do século XVI, passaram a predominar dentro da chamada Escola de Salamanca nomes de jesuítas, como FRANCISCO SUAREZ (1548-1617), LUIS DE MOLINA (1535-1600), entre outros. O objetivo da escola, de acordo com GORDLEY (James, *The philosophical origins of the modern contract doctrine*, Oxford University Press: New York, 1991, pág. 70) era de combater o nominalismo na filosofia, o protestantismo na religião e o absolutismo na política. Em sua visão, tais erros decorriam do ceticismo gerado pelo nominalismo no sentido de que a razão humana não poderia encontrar uma ordem nas coisas do mundo. Para os nominalistas, o mundo era formado apenas por indivíduos, sendo o restante apenas figuras de linguagem (portanto, de certa forma, relativas, meras criações arbitrárias). Para compreender o nominalismo precisamos ter em mente a querela dos universais, a qual podemos exemplificar com a seguinte frase: Sócrates é cidadão de Atenas. Para os realistas a palavra Sócrates representava, por óbvio, uma realidade, um indivíduo, o que Aristóteles chamava de “substância primeira”, mas de igual modo as palavras “cidadão” e “Atenas” também remetiam a uma realidade, o que Aristóteles chamava de “substância secundária”. Para os realistas, o mundo não é composto apenas por realidades singulares, mas também por realidades complexas ou genéricas (como cidadão) ou por corpos (Atenas), ou seja, reconheciam como reais as relações entre as “substâncias primeiras”. Já os nominalistas entendem que somente a palavra Sócrates se refere a uma realidade, sendo o termo “cidadão de Atenas” apenas uma figura de linguagem que utilizamos para designar Platão, Alexandre, Pitágoras, etc. Entendem que os termos universais (cidadão de Atenas) não correspondem a um objeto real, pois são apenas instrumentos linguísticos, signos que servem para conotar (notar ao mesmo tempo) uma pluralidade de objetos que tenham entre si alguma semelhança (Sobre a importância do nominalismo para a formação do pensamento jurídico moderno cf. VILLEY, Michel, *A formação do pensamento jurídico moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 2005).

¹⁸ VILLEY, Michel, *Filosofia do Direito*, trad. Marcia Aguiar, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, pág. 305-6.

No pensamento aristotélico, em grande parte adotado pelos romanos, o estudo do direito estava atrelado mais ao julgamento, a encontrar o justo no caso concreto e nas relações apresentadas perante o julgador, do que buscar definições da lei, seja positiva, natural ou divina. ARISTÓTELES em sua *Ética à Nicomaco* estuda o *justo natural* (*physei dikaion*) e não o direito (no sentido de um conjunto de regras) natural, tanto que ao subdividir o *politikon dikaion*, o faz em duas categorias: o *physei dikaion* e o *nomikon dikaion* (justo convencional, nos termos do direito positivo). A conclusão, de acordo com VOEGELIN, é de que:

o physei dikaion é o que é justo por natureza em sua tensão entre a substância divina imutável e a mutabilidade humana condicionada existencialmente. [...] A investigação acerca do physei dikaion, portanto, não deve ser entendida como um corpo autônomo de ensinamentos que poderia ser ainda mais desenvolvido até uma 'doutrina do direito natural': ao contrário, leva diretamente ao âmago do problema da ciência política, a questão da ordem justa da sociedade [concreta].¹⁹

VOEGELIN, continuando sua explicação de ARISTÓTELES, afirma que o justo por natureza não é algo dado de antemão, passível de ser explicado por proposições corretas e imutáveis. O *physei dikaion* só pode ser revelado na experiência concreta da justiça do homem, que embora seja a mesma experiência em todo tempo e lugar (enquanto uma experiência existencial), seus meios de realização são mutáveis. Há, portanto, uma tensão existencial entre os princípios gerais da ética e da ação concreta que não pode ser resolvida teoricamente (pela *episteme*), “*mas somente na prática do homem que a experimenta*”.²⁰

Em *EN 1107a28*, ARISTÓTELES atribui, então, um maior grau de verdade e importância às ações concretas do que aos princípios gerais:

É necessário, porém, não somente chegar a esta definição de ordem geral, mas também aplicá-la aos fatos particulares, pois entre as definições referentes à conduta as mais gerais têm uma aplicação mais ampla, mas as particulares são mais verdadeiras, já que a conduta tem a ver com casos particulares, e nossas definições devem compatibilizar-se com tais casos.²¹

A mediação entre o geral e o concreto é feita por meio de uma virtude dianoética (ou intelectual)²², que ARISTÓTELES chama de *Phronesis*, termo que foi traduzido para o latim

¹⁹ VOEGELIN, Eric, *Anmenese: da teoria da história e da política*, trad. Elpídio Mário Dantas Fonseca, São Paulo: É Realizações, 2009, pág. 184/185.

²⁰ VOEGELIN, Eric, *Anmenese...* pág. 186.

²¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, trad. de Mario da Gama Kury, Brasília: Editora da UNB, 1985.

²² De acordo com Eric VOEGELIN, um dos maiores especialistas em filosofia platônica e aristotélica, ARISTÓTELES afirma que é da natureza do homem buscar o bem supremo (*eudaimonia*), também traduzido como felicidade. Ele entendia que o bem supremo do homem é a vida de contemplação (*bios theoretikos*) e que para alcançá-lo seria necessário desenvolver as virtudes. A virtude para o filósofo estagirita é uma qualidade

como *prudentia*²³. Ou seja, para ele o justo natural só poderia ser encontrado e revelado numa ação concreta, tomada por um homem prudente.

Os romanos do período clássico vão se valer desse conceito, desenvolvendo-o para formar a *jurisprudencia*, como se vê, e.g., na seguinte passagem de POMPÔNIO: “*proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*”²⁴.

Os *jurisprudentes* eram os sacerdotes e guardiões da justiça (D. 1.1.1), pessoas da mais alta classe e estirpe, especializadas e dedicadas a ela. Buscavam, a partir dos casos concretos que lhe eram apresentados, extrair regras e conceitos mais gerais, passíveis de serem aplicados em casos semelhantes. E, seguindo o pensamento aristotélico, também estavam cientes que tais conceitos eram relativos e poderiam ser contraditados por novas circunstâncias que a realidade exigisse. Daí a passagem:

D. 50.17.202 Javolenus libro 11 epistularum - Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.

Os romanos, ao menos do período clássico, estavam cientes de que a “arte” jurídica estava ligada a encontrar o justo natural, o *boni et aequi*, no caso concreto e não numa dedução racional de princípios maiores.

Nesta identificação da verdade com o concreto, há uma brecha do hoje quase esquecido conhecimento do filósofo de que a ética não é nem um catálogo de princípios morais, nem um refúgio da existência diante das complexidades do mundo, nem uma contração da existência no estado de tensão de preparativos e ou

do caráter do homem e é desenvolvida pela educação e pela prática até tornar-se um hábito, hábito esse de escolher o meio entre o excesso e a escassez. São virtudes éticas, por exemplo, a justiça, a coragem, a temperança, a liberalidade, entre outras. Ainda, de acordo com VOEGELIN, além dessas virtudes éticas, ARITÓTELES elenca virtudes dianoéticas: o conhecimento científico (*episteme*), a arte ou habilidade (*techne*), a prudência (*phronesis*), a sabedoria (*sophia*) e a inteligência (*nous*). São virtudes que “*nos capacitam a alcançar a verdade em suas variedades de primeiros princípios (intelecção), universais e verdades demonstradas (conhecimento científico), domínio de um tema que resulta de uma combinação do conhecimento dos primeiros princípios e do conhecimento científico (sabedoria) e o meio certo de alcançar o bem do homem (prudência). As virtudes dianoéticas estão numa posição mais elevada do que as virtudes éticas; e, pela prática das excelências dianoéticas, o homem ascende à eudaimonia verdadeira do bios theoretikos.*” VOEGELIN, Eric, *Ordem e História*, V. III: *Platão e Aristóteles*, 2ª ed., trad. de Cecília Camargo Bartalotti, São Paulo: Loyola, 2012, pág. 353.

²³ VOEGELIN trata da passagem da justiça platônica (*dikaiosyne*) para a *phronesis* e desta para a jurisprudência romana.: “*Essa virtude mais elevada é a Dikaiosyne. Quando consideramos que, na ética de Aristóteles, a justiça como uma virtude ética é superada pelas virtudes dianoéticas, e especialmente pela phronesis; que, no sistema de juristas romanos do período clássico, ela é superada pela jurisprudência; e que, na ética cristã, é superada (como uma das quatro virtudes cardeais) pelas virtudes teológicas de fé, esperança e amor, compreendemos que Platão, por meio de sua Dikaiosyne, está lidando com a constituição transcendental da ordem na alma.*” VOEGELIN, Eric, *Ordem e História*... pág. 171.

²⁴ D. 1. 2. 12, *Pomponius libro singulari enchiridii*.

*expectativa escatológica como praticados pelos gnósticos modernos existencialistas de nossa era, mas a verdade da existência na realidade da ação em situações concretas. O que está envolvido aqui não são princípios corretos acerca do que é justo por natureza num estado imutável, nem uma consciência aguda da tensão entre uma verdade imutável e sua realidade mutável (possivelmente ainda com trágicas implicações e sugestões), mas a mutabilidade, o kineon em si, e os métodos de leva-lo à realidade de sua verdade. A verdade da existência é obtida onde se torna concreta, i.e., na ação.*²⁵

O justo natural no sentido clássico, portanto, era algo externo, descoberto e revelado por pessoas dotadas da virtude da *Prudentia*, entendimento este mantido por SÃO TOMÁS em sua *Suma* (IIª, IIª, qu. 57 s. – “*De jure et justitia*”).

A segunda escolástica, no entanto, partindo de estudos teológicos, pensou a justiça mais do ponto de vista moral, com certas regras de conduta a serem seguidas e buscando a salvação das almas. Derivavam seus predicados do decálogo, da Bíblia, da Tradição e Magistério da Igreja, fixando princípios universais e gerais a partir dessas fontes.

O *direito natural* ou *justo natural* passou a ser *lei natural*, e esta não mais era buscada na natureza das coisas ou das relações apresentadas perante um julgador, mas sim na consciência racional do homem, fazendo-se obrigatórias por conta da vontade divina que inscreveu as regras do decálogo no coração dos homens.

Nesta perspectiva, o pensamento de SUÁREZ é exemplar. Afirma ele que o efeito próprio da lei natural é a obrigação de consciência do homem, que se trata de uma regra de ação derivada racionalmente e querida obrigatória por Deus²⁶. Combatendo o pensamento de LUTERO e CALVINO, que entendiam ser a lei natural a mesma que a lei divina revelada e posta no decálogo, SUÁREZ não as confunde: “*O pensamento completo de Suárez é que conhecemos as leis naturais divinas não pelo canal da revelação, mas pelo da razão que Deus depositou no homem desde a origem de sua criação e que faz parte de nossa natureza.*”²⁷

E ressaltando a diferença do conceito de SUÁREZ com o conceito clássico de direito natural, defendido na *Suma* de SÃO TOMÁS, VILLEY afirma:

São Tomás quer extrair o direito da natureza exterior da observação das pólis e dos grupos humanos. É algo bem diferente extraí-la da razão individual. E por que essa transformação? Reencontramos aqui a intenção de Suárez de dar ao direito natural

²⁵ VOEGELIN, Eric, *Annenese...*, pág.187-188.

²⁶ Sobre a Filosofia jurídica de SUÁREZ, cf. a obra de SICHES, Luis Recasens, *La Filosofia del Derecho de Francisco Suárez*, 2ªed., Cidade do México: Jus, 1947.

²⁷ VILLEY, Michel, *A formação do pensamento...* pág. 412.

*a forma de regras: na natureza não se encontram regras prontas, mas uma certa teologia, ou uma certa filosofia, pode pretender que nossa razão conteria regras substanciais. [...] Suárez já parece, em contraste com São Tomás, inclinar-se para o racionalismo. Com Suárez, aumenta o campo dos preceitos que poderíamos encontrar no tesouro de nossa razão. E essas novas pretensões do racionalismo vão renovar completamente a doutrina do direito natural.*²⁸

A segunda escolástica, de modo geral, aplicou os métodos da teologia moral ao direito, tentando deduzir dos “*primeiros princípios*” regras jurídicas aplicáveis – princípios imutáveis, mas que poderiam ser alcançados de maneiras e modos diferentes no caso concreto por meio da interpretação do jurista.

Por exemplo, deve-se lembrar que todo desenvolvimento da escolástica nesse tema parte principalmente do 7º mandamento, apresentado no Catecismo da Igreja como “*Não furtar (nem injustamente reter ou danificar os bens do próximo)*” e também do 5º mandamento “*Não matarás*”, que é amplamente interpretado para abarcar, e.g., casos de violência física e mesmo moral. Como afirma HALLEBEEK²⁹:

The canon law approach is totally different. The point of departure is not a limited number of remedies with restricted applicability, but the commandment derived from the Decalogue not to steal. Restitution is based upon a divine precept with universal validity, which always has to be observed. Every form of inequality where corrective measures are desired, can be described in terms of restitution: the return a thing to the one entitled, to pay debts, to reimburse for damages, etc.

Na Suma³⁰, por exemplo, SÃO TOMÁS AQUINO descreve o dever de restituição subdividindo-o entre a *restitutio ratione rei*, isto é, pelo simples fato de alguém usufruir ou ter em seu poder um bem alheio, e *ratione acceptionis*, isto é, pelo ato pelo qual se recebeu um bem, seja por meio lícito ou ilícito. Esta última categoria era ainda dividida em três tipos: (i) bem tomado de maneira ilícita, como no furto, roubo e outras formas de delito; (ii) bem tomado de maneira lícita, com concordância do titular, e para utilidade do receptor, como no mútuo; (iii) bem tomado de maneira lícita, também com concordância do titular, porém para utilidade do próprio titular, como no depósito gratuito.

SÃO TOMÁS AQUINO explica que no (i) caso, onde há injustiça no modo de tomada do bem, deve-se restituir o que tomou tanto *ratione rei* (se ainda estiver com a coisa)

²⁸ VILLEY, Michel, *A formação...*, pág. 412-13.

²⁹ HALLEBEEK, Jan, *The Concept of Unjust ...* pág. 20.

³⁰ *Suma*, II-II, Q. 62, art. 6. Cf. também HALLEBEEK, Jan, *The Concept of Unjust ...* pág. 12-13, GORDLEY, James, *Restitution without enrichment? Change of position and Wegfall der Bereicherung in Comparative Law of Unjust Enrichment*, coord. Por ZIMMERMANN, Reinhard; JOHNSTON, David, Cambridge: University Press, 2002, pág. 228.

quanto *ratione acceptionis*, mas que por conta do modo injusto de tomada, deve-se restituir mesmo que não tenha mais a coisa e ainda cumprir uma pena:

“Pois, assim como quem feriu a outrem está obrigado a dar uma reparação ao que sofreu a injúria, embora nenhum proveito do ato tire o autor, assim também quem furta ou rouba está obrigado a reparar o dano causado, embora nenhum proveito conserve do seu ato; e, além disso, deve ser punido, por causa da injustiça cometida”³¹

Quanto ao (ii) caso, o Aquinate explica que se deve restituir o bem recebido *ratione rei* (se ainda estiver com a coisa) e mesmo que o tenho perdido “Pois, está obrigado a recompensar quem lhes prestou o serviço; o que não se dará, se este vier a ser prejudicado.”. Desse modo, a restituição no caso do perecimento do bem se dará *ratione acceptionis*, vez que quem deu a coisa em mútuo o deu para utilidade do mutuário, que dela se aproveitou.

E em relação ao (iii) caso, leciona que deve restituir apenas o que recebeu (*ratione rei*), mas não tem dever de restituir caso o bem tenha se perdido sem culpa sua. Ele responderia somente em caso de grande culpa na perda do bem, mas neste caso por conta do dano que causou e não *ratione acceptionis*. Neste caso, é interessante notar que o modo de tomada do bem serve para excluir o dever de restituição no caso de perecimento da coisa, enquanto no (ii) caso o modo serve para estabelecer esse dever.

HALLEBEEK aponta que a restituição de *ratione acceptionis* se aplica tanto para casos de posse de boa ou má-fé, mas também para casos de obrigações contratuais, como a do depositário de devolver a coisa recebida. Outras obrigações contratuais de restituir um objeto são classificadas também como *ratione rei*, em casos de locação, penhor, etc. A restituição baseada em atos delituais, como homicídio, lesões corporais, adultério, ofensas contra honra, entre outros, são classificados como *ratione acceptionis*.³²

Como se percebe, o direito restitutivo canônico era demasiado amplo e abarcava diversos campos do direito civil, não só o enriquecimento injusto. Temos que lembrar que a preocupação original de SÃO TOMÁS AQUINO ao elaborar esses deveres restitutórios era a salvação das almas e não formar um novo corpo jurídico mundano.

Note-se que não há nas concepções restitutórias qualquer distinção entre direitos reais e pessoais, ou mesmo entre as fontes de obrigação, se delituais ou contratuais. Sequer se

³¹ *Suma*, II-II, Q. 62, art. 6º. Citamos a tradução de Alexandre Correa.

³² Cf. HALLEBEEK, Jan, *The Concept of Unjust...* pág. 52.

distingue entre coisas fungíveis, infungíveis e dinheiro como objeto de restituição. Não há também preocupação com o tráfico, com o terceiro de boa-fé, etc.

Tomemos o exemplo dado pelo próprio Aquinate, da pessoa que tomou um bem de alguém (ele não diz se injusta ou justamente), mas que esse bem já esteja na mão de terceiro. Ele afirma que quem tomou o bem, mesmo não o tendo mais em seu poder, deve restituir o patrimônio do titular *ratione acceptionis* e a pessoa que está com o bem deve restituir ao titular *ratione rei*. Pouco importa se este terceiro está ou não de boa-fé, se poderá reaver o preço (no caso de ter comprado o bem do primeiro adquirente) ou não. Não é essa a preocupação dos preceitos morais religiosos, cujo objetivo é a salvação da alma.

Além disso, parece claro que o direito restitutivo canônico não era um direito de enriquecimento injusto. Na verdade, estava mais para um direito indenizatório por violação do *dominium*, pois SÃO TOMÁS AQUINO diz que “*Restituir não é senão estabelecer outra vez alguém na posse ou no domínio da sua coisa*”³³. Diz também que “*A restituição se ordena principalmente a reparar o dano sofrido por aquele a quem foi injustamente tirado o que lhe pertencia.*” E, mais adiante, afirma que:

*Quem danifica a outrem priva-lhe daquilo em que o danificou; pois, e dano consiste, segundo o Filósofo, em termos menos do que devíamos ter. Logo, estamos obrigados à restituição daquilo em que danificamos a outrem.*³⁴

O direito restitutivo parte, portanto, da ideia do *dominium* (mas não exatamente no sentido romano) e de sua defesa, bem como dos direitos inerentes ao ser humano, o direito à vida e à pessoa, como os direitos de personalidade. Isto é, a restituição é vista como um meio de corrigir uma violação a um direito absoluto³⁵.

Não é sem razão que SÃO TOMÁS AQUINO insere o tema da restituição dentro do *Tratado sobre a Justiça*, mais especificamente, dentro da justiça comutativa e considera a restituição o modo pelo qual se restabelece a própria justiça comutativa. É, desse modo, o remédio para corrigir qualquer violação da justiça comutativa. O furto e o roubo são tratados como pecados opostos à justiça, que causam danos aos bens do próximo³⁶, corrigidos pela restituição. O dano a um membro de uma pessoa ou sua reputação também são passíveis de

³³ *Suma*, II-II, Q.62, art. 1. Diz também “*A restituição se ordena principalmente a reparar o dano sofrido por aquele a quem foi injustamente tirado o que lhe pertencia.*” II-II, Q. 62, art. 6.

³⁴ *Suma*, II-II, Q.62, art. 4.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado* t. XXII, §2.686.

³⁶ *Suma*, II-II, Q. 66.

restituição, mas como nesses casos não há um bem específico a ser restituído, o violador deve reparar/compensar o agredido³⁷, mas não necessariamente em pecúnia. Em alguns casos de violação à reputação, por exemplo, o Aquinate diz que a reparação pode se dar com um desagravo³⁸.

O posterior desenvolvimento do direito canônico – principalmente seu método de partir de preceitos abstratos, deduzindo-os até casos particulares – foi um passo fundamental para a sistematização do direito mundano, servindo de base para os autores protestantes do norte da Europa fundarem a Escola de Direito Natural.³⁹

Amplamente baseado na segunda escolástica, Hugo GRÓCIO apenas secularizou os argumentos dos teólogos, rompendo o vínculo do direito natural com a teologia e tornando-o puramente racional.⁴⁰ Modificou, assim, drasticamente a ciência jurídica para sempre, conforme expõe WIEACKER:

*Com o sistema do jusracionalismo, a ciência jurídica positiva adotou também a sua construção conceitual. Numa teoria que tinha de se comprovar perante o fórum da razão através da exatidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica. As últimas fases do jusracionalismo, sobretudo, consideravam que a sua missão consistia numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão dos conceitos mais gerais para os mais especiais: uma demonstratio more geometrico, a que corresponde, como precisamente se exprime no título e na forma expositiva da sua Ethica more geométrico demonstrata, a metafísica de Espinosa. Através dos discípulos juristas de Christina Wolff estas exigências entraram a fazer parte para sempre do programa da ciência jurídica privatística. A jurisprudência dos conceitos do séc. XIX é essencialmente a herdeira deste processo cognitivo galilaico-cartesiano.*⁴¹

³⁷ *Suma*, II-II, Q. 62. Art.2, ad. 1.

³⁸ *Suma*, II-II, Q. 62. Art.2, ad. 2.

³⁹ Não só o enriquecimento injusto sofreu a influência canônica, mas todo direito moderno: “*after all, the large number of divergent contractual liabilities were eventually replaced by on general doctrine of non-performance, whereas in the several Roman delicts were eventually replaced by one general doctrine of tort.*” (HALLEBEEK, Jan, *The Concept...* pág. 107).

⁴⁰ Mas, como aponta WIEACKER, GRÓCIO e ALTHUSSIUS (1557-1638) ainda pertenciam a uma fase de transição, que veio a ser completada com HOBBS (1588-1679), PUFENDORF (1632-1694) e ESPINOSA (1632-1677), e consolidada na obra de WOLF (1679-1754). Cf. WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 4ª ed., trad. de Antonio Manuel Botelho Hespánha, Lisboa: F.C. Gulbenkian, 2010, pág. 303-4.

⁴¹ WIEACKER, Franz, *História...* pág. 310.

Não sem razão, GRÓCIO foi o primeiro autor a estabelecer o enriquecimento injusto como uma fonte obrigacional autônoma⁴². É verdade que desde o período da pós-glosa acentuou-se uma tendência de aplicar com mais generalidade a máxima de POMPÔNIO, principalmente por influência do direito canônico⁴³, que permitia um recurso ao *officium iudicis* toda vez que a propriedade ou dinheiro de alguém estivesse em patrimônio alheio⁴⁴. Não se ignora todo esse material, todavia, a doutrina anterior não chegou a classificar o enriquecimento injusto como uma fonte de obrigação autônoma, mas antes buscava tutelar os casos concretos de enriquecimento ao fazer ampliações de ações já reconhecidas na obra de Justiniano, principalmente as *condictiones*, a *actio de in rem verso* e a *actio negotiorum gestium*, ou mesmo em ações fundadas na equidade⁴⁵.

Como afirma HALLEBEEK:

*Unlike Martinus, who took the special form of unauthorized administration as found in D. 3.5.5.5 as de formal source of obligation, the postglossators presented the remedy for enrichment as an action factum ex aequitate, based upon D. 12.1.32. The remedy results from an obligation and this obligation itself is nativa, because in its turn it results from the very fact that one person is unjustly enriched at the expense of another. By taking this stand, a number of learned jurist, like Bartholomeus Socinus (1436-1507), Alexander Tartagnus and Paulus de Castro, actually accepted unjust enrichment as a source of obligation and the remedy for unjust enrichment as having a general, but subsidiary validity.*⁴⁶

Por ser influenciado pela escolástica espanhola, GRÓCIO se baseia no direito restitutivo desenvolvido por ela para construir uma fonte obrigacional fundada,

⁴² Sobre mais detalhes da doutrina de Grócio, confira o artigo de FEENSTRA, Robert, *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 197-236.

⁴³ Incorporado ao direito canônico no *Regulae Iuris* de BONIFÁCIO VIII, em 1298: “*Locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria vel iactura*” (cf. https://en.wikipedia.org/wiki/Regul%C3%A6_Juris, acessado em 16.02.2016). FEENSTRA aponta ainda passagem do canonista HOSTIENSIS em sua *Lectura* sobre *c. Bonae memoriae, Extra de appellationibus* (X, 2, 28,51): “*et contra illum ad quem qualitercomque sine iusta causa res aliena pervenit secundum cânones officium iudicis generaliter imploratur.*” Cf. em FEENSTRA, Robert, *Grotius...* nota 10, pág. 199.

⁴⁴ Sobre o enriquecimento injustificado no período medieval, confira o artigo de HALLEBECK, Jan, *Developments in Mediaeval Roman Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 59-120, o qual seguimos neste trecho.

⁴⁵ “*É d'altronde nessuno può ignorare, che nel diritto giustiniano e nel d. comune le azioni neg. gestorum, la conditio, l'actio de in rem verso si riscontrano applicate nella medesima funzione e vicendevolmente*” (RICCOBONO, Salvatore, *La Gestione degli Affari Altrui e L'Azione di Arricchimento nel Diritto Moderno*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, V. XV, parte I, 1917, pág. 398-399).

⁴⁶ HALLEBECK, Jan, *Developments ...* pág. 120

principalmente, no direito de propriedade (lembrando que para escolástica não havia distinção entre ações reais e ações pessoais⁴⁷). Nesse sentido, afirma FEENSTRA que:

*We may only draw attention to the fact that the concept of an obligation of restitution in this case is based on the doctrine of natural law according to which originally all property was common and private property was created by an explicit or a tacit convention between man. This obligation is therefore 'binding upon all men, as if by universal agreement' (tamquam ex contractu universali).*⁴⁸

Com esse fundamento GRÓCIO constrói o conceito de enriquecimento injusto como fonte obrigacional, como uma derivação do direito de propriedade.

Robert FEENSTRA, em artigo paradigmático sobre a doutrina de GRÓCIO sobre o enriquecimento injusto, descreve o pensamento de GRÓCIO exposto tanto na *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, publicado em 1631, mas escrito em 1620, quanto no *De iure belli ac pacis*, de 1625, da seguinte maneira.

De modo geral, GRÓCIO classificou em dois grandes grupos as fontes obrigacionais do direito natural, seguindo em parte o sistema da escolástica espanhola: a promessa e a desigualdade⁴⁹.

Sobre a desigualdade, GRÓCIO afirma que:

*To regard to inequality, it is not every kind of inequality which is taken into account, for men cannot be equally rich, but only the inequality which actually profits another, or would profit another, if something were withheld; or which is caused by another person.*⁵⁰

Em seguida, no 3,1,16, GRÓCIO subdivide os casos de desigualdade causada por alguma pessoa, entre os que foram causados contra a vontade do prejudicado ou causada por ele próprio.

⁴⁷ “Restitution is concerned either with what is or has been ours, giving rise to vindications and certain conditiones or with what is owed to us sive ex pactione, sive ex maleficio, sive ex lege.”, GRÓCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis*, citado também por FEENSTRA, *Grotius Doctrine*.... pág. 208/209.

⁴⁸ FEENSTRA, *Grotius Doctrine*... pág. 210.

⁴⁹ No sentido Aristotélico-Tomista do termo, *i.e.*, da quebra do *ison*, da justa distribuição.

⁵⁰ *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, Hague, 1631, 3,1,4, citado e traduzido por FEENSTRA, Robert, *Grotius*... pág., 202.

No entanto, foi a categoria da desigualdade gerada “*if something were withheld*” que, de acordo com FEENSTRA⁵¹, serviu para a construção da categoria do enriquecimento injusto como fonte de obrigações.

Nessa categoria, quem se beneficiou fica obrigado a restituir/indenizar, independentemente do modo pelo qual se obteve o benefício. É o caso da *repetio rei escolástica*.

GRÓCIO dá o exemplo então da pessoa que se alimentou com a comida de um terceiro e a do possuidor, mesmo de má-fé, de receber indenização pelas benfeitorias necessárias e construções. Ele estabelece então que “*Obligation from deriving-profit (baet-trecking) arises when someone without legal title derives or would derive profit from another persons’s property*”⁵². E define “*legal title*” como uma doação antecedente ou outra promessa.⁵³

E como afirma ZIMMERMANN, “*it is clear from the context that this is not merely the Roman condictio sine causa (specialis) but enrichment sine causa at somebody else’s expense as a general source of obligation.*”⁵⁴

Em GRÓCIO não se busca mais indagar sobre um eventual erro na atribuição patrimonial (*condictio indebiti*), ou sobre um consenso presumido (quasi-contrato), ou sobre eventual gestão em negócio alheio, pois como sustenta JANSEN: “*vielmehr, kommt es allein und allgemein auf den Verlust einer individuell zugewiesenen Rechtsposition und die daraus resultierende rechtsgrundlose Bereicherung.*”⁵⁵

É nessa virada que nasce o enriquecimento injusto como fonte obrigacional autônoma, voltado à restituição de um enriquecimento e por este limitado (que é uma espécie de indenização por dano ou despesa causada por intervenção indevida em patrimônio alheio, gerando um aumento patrimonial do enriquecido ao custo do empobrecido).

⁵¹ *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, Hague, 1631, 3,1,4, citado e traduzido por FEENSTRA, Robert, *Grotius...* pág., 202.

⁵² *Inl. III, 18*, citado FEENSTRA, Robert, *Grotius...* pág. 205.

⁵³ *Inl. 3,30,2*, FEENSTRA, Robert, *Grotius...* pág. 205, nota 52.

⁵⁴ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations...* pág. 886.

⁵⁵ JANSEN, Nils, *Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution: zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny*, *Zeitschrift der Savigny Stiftungs für Rechtsgeschichte*, V. 120, 2003, pág. 141.

Tamanho conceptualismo, como vimos, é estranho aos juristas romanos clássicos e não poderia ter sido por eles desenvolvidos. O enriquecimento injusto como fonte obrigacional é obra do direito canônico e do jusracionalismo.

1. 2 - Do fundamento dogmático do enriquecimento injusto: *condictio, actio de in rem verso e actio negotiorum gestorum*

Como exposto no capítulo anterior, o conceito de enriquecimento injusto como fonte obrigacional foi construído ao longo da idade média e início da modernidade por forte influência canônica, até que foi consagrado na obra de GRÓCIO no séc. XVII. Era, portanto, um conceito estranho ao direito romano.

O fundamento dogmático da obrigação de restituir o enriquecimento injusto variava bastante no cenário europeu a depender da época, da região e da doutrina, tendo o direito dos territórios sob influência alemã seguido caminho diverso dos direitos influenciados pelo *Code Civil* napoleônico. Durante esse período, os civilistas tentaram adaptar as ações disponíveis no direito romano para atender os novos paradigmas do direito restitutivo canônico e essa tentativa de adaptação se dava pelo uso alargado de ações romanas, principalmente da chamada *condictio iuventiana*⁵⁶ ou *sine causa*, da *actio negotiorum gestorum* e da *actio de in rem verso*.

Como bem salienta PONTES DE MIRANDA:

*Nas fontes romanas muitas passagens há sobre o enriquecimento injustificado por despesas feitas em bem de algum patrimônio de outrem, porém sem referência a ação em geral. Qual a ação adequada muito se discutiu: uns entendiam que a condictio; outros, a negotiorum gestorum actio; outros, especial repetitivo, que teria sido actio in factum que o direito romano envolvido teria aplicado às despesas.*⁵⁷

O caso mais emblemático é o das *condictiones*. Na idade média, e desde o direito Bizantino⁵⁸, basicamente só a *condictio iuventiana* era citada como fonte para solucionar os casos de enriquecimento injusto. Todavia, para a doutrina alemã do século XIX, todas as

⁵⁶ Cf. nota 64 sobre *condictio iuventiana*.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* T. XXII, pág. 332.

⁵⁸ Sobre a interpretação de dessa ação no direito Bizantino cf. JONG, Hylkje de, *A Bizantine interpretation of D. 12, 1, 32 and similar digest fragments*, in *The Legal History Review*, 80, 2012, pág. 47-76.

condictiones passaram a ser vistas como casos de enriquecimento injusto, estando hoje positivadas no BGB no capítulo de “enriquecimento injustificado”.

Salvatore RICCOBONO⁵⁹, num dos artigos mais elucidativos sobre a história da *actio negotiorum gestorum* e sua relação com o enriquecimento injusto, aponta que a reforma de Justiniano buscou integrar ao novo sistema processual da *cognitio extraordinaria* as antigas ações pretorianas, como *actiones utiles* e *factum* e a *exceptio doli*, acabando, assim, com a distinção entre as ações *ius civiles* e as do pretor.

Baseando-se no fragmento de PAULO no Digesto 3, 5, 46, interpolado pelos compiladores, afirma que Justiniano buscou integrar na *actio negotiorum gestorum* todos os usos que ela poderia ter por meio das *actiones utiles* pretórias, estabelecendo, assim, uma ação muito mais ampla que a ação clássica. Alguns casos da nova aplicação da ação são apresentados por RICCOBONO:

- (i) A ação fora concedida para atender a vários casos que não eram tutelados pelo direito clássico, mas que a reforma de Justiniano alterou, como os casos envolvendo despesas feitas na coisa alheia, do possuidor de boa-fé ou má-fé, do marido em relação ao dote, o condômino que paga as despesas da coisa comum, entre outros;
- (ii) A ação fora concedida também em substituição de outras ações *ius civiles* como a *iudicium communi dividundo*, a *actio tutelae*, a *condictio indebiti*, *condictio sine causa*, a *vindicatio*, etc. “*e ciò al fine di raggiungere un effetto più pronto, cioè di togliere recta via l’arricchimento ingiustificato a chi avesse tratto vantaggio dal patrimonio altrui*”⁶⁰;
- (iii) Ainda, serviu para atender os casos que eram resolvidos pelas fórmulas *in factum* ou da *actio doli*, principalmente nos seguintes casos: (a) contra o terceiro que vendeu a coisa alheia, em boa ou má-fé; (b) contra o que adquiriu algum bem para seu próprio uso com dinheiro alheio.

Afirma então que:

“l’azioni neg. gest. vennero ad assumere, naturalmente, il carattere e la funzione di azioni di arricchimento, e che esse potevano adempiere

⁵⁹ RICCOBONO, Salvatore, *La Gestione degli Affari...*

⁶⁰ RICCOBONO, Salvatore, *La Gestione degli Affari...* pág. 396.

*un tale compito con vataggio, precisamente, in tutti i casi nei quali fra il soggetto che aveva avuto una perdita patrimonial e l'altro che ne aveva ricavato profitto no esistesse alcun rapporto, di nessuna specie. Ciò spiega anche il carattere sussidiario che è proprio delle azioni di arricchimento.*⁶¹

Mas os compiladores não se limitaram a usar a *actio neg. gest.* para suprir essa função, que foi atribuída também as *condictiones (ex lege, sine causa e incerti)* e a *actio de in rem verso*, as quais foram adaptadas para uso fora de seu campo tradicional no *ius civile* para passarem a abarcar casos antes tutelados pelo direito pretório.

E conclui dizendo que “*nessuno può ignorare, che nel diritto giustiniano e nel d. comune le azioni neg. gestorum, la condictio, l'actio de in rem verso si riscontrano applicate nella medesima funzione e vicendevolmente*”⁶².

Nessa toada, fica claro que essas três ações foram completamente alteradas por Justiniano e alargadas para atender casos que o direito clássico tutelava por meio de ações pretorianas, isto é, baseadas na equidade, vez que no novo direito não havia mais a distinção entre o *ius civile* e *praetorium*.

E, ao longo dos séculos, a doutrina se debatia para compreender a natureza dessas ações e seu uso como ações de enriquecimento, ações que no direito clássico não tinham nada a ver uma com a outra. Como leciona ZIMMERMANN⁶³:

Over the centuries, the designation of the remedy for and against the bonae fidei gestor vacillated somewhat uneasily between actio negotiorum gestorum utilis, condictio certi (generalis) and condictio sine causa; but whatever the name, it was always retained as a specific source of enrichment liability. Usually it was regarded as another emanation of the precepts of natural equity, as spelt out, for exemple, in D. 50,17,206, and some writers therefore even spoke of an action in factum (or utilis) ex aequitate.

1. 2. 1 - A Condictio

HALLEBEEK⁶⁴ afirma que uma primeira tentativa de formular uma ação de enriquecimento foi feita já por Martinus GOSIA (1100-1166/7) ao utilizar uma forma

⁶¹ RICCOBONO, Salvatore, *La Gestione degli Affari...* pág. 397.

⁶² RICCOBONO, Salvatore, *La Gestione degli Affari...* pág. 398/399.

⁶³ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations...*, pág. 877.

⁶⁴ Cf. nesse sentido tanto o artigo *Developments...* e o livro *The concept...*, especialmente pág. 41-43.

alargada da *actio negotiorum gestorum* como ação geral de enriquecimento, mas sua posição foi rejeitada pela Glosa de ACCURSIUS (1182-1260/63). Uma segunda tentativa tomou a *condictio* prevista no D. 12.1.32⁶⁵, chamando-a de *actio in factum ex aequitate* ou *condictio sine causa ex equitate*, ganhando muitos adeptos entre os pós-glosadores.

O *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano traz a seguinte classificação das *condictiones* no livro 12 do Digesto: *condictio indebiti*, destinada à repetição daquilo que uma pessoa prestou por erro, principalmente por pensar estar obrigada a prestar; *causa data causa non secuta*; destinada à repetição daquilo que foi prestado tendo em vista uma contraprestação ou um resultado futuro que não ocorre; *ob turpem vel iniustam causam*, voltada a repetição do que foi prestado contra a lei e a moral; e a *condictio sine causa*, que abarcava os demais casos não alcançados pelas demais.⁶⁶

Um marco do uso da *condictio* como expressão de uma proibição geral do enriquecimento injusto teria sido, ainda conforme as lições de HALLEBEEK, os escritos de BALDUS (1327-1400), o qual vê na *condictio certi* uma ação geral de enriquecimento lastreada na *aequitas generalis*.

As a consequence, the prohibition of unjust enrichment gradually obtained a much more general validity. Just as Martinus had taught in earlier times, remedies were granted on grounds of equity. The prohibition of enrichment developed from a

⁶⁵ O caso apresentado neste fragmento do Digesto por Celso envolve uma situação em que A pede dinheiro emprestado para B e C. B, então, pede para seu devedor, D, pagar diretamente A, o qual recebe o dinheiro pensando que D era devedor de C, ao invés de B, tendo feito uma *stipulatio* em favor deste. Celso reconhece que não havia um *negotium* (mutuo) entre A e B, pois A nunca contratara com B, pois recebeu o dinheiro de D pensando que era dinheiro de C. E, na falta de um *negotium*, a jurisprudência clássica não concedia a *condictio*. Todavia, Celso afirma que mesmo não havendo um *negotium*, A estava obrigado perante B, não por conta de um mútuo, mas porque o dinheiro de B estava nas mãos de A e é justo (*bonum et aequum*) que A devolva a quantia ao B: “*sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est*”. A passagem nada diz, no entanto, sobre qual era ação concedida no caso. O fragmento é conhecido na doutrina como *condictio iuventiana* (por conta do autor da passagem, Publius Iuventius Celsus) ou *condictio ex boni et aequo*. A doutrina do *usus modernus* usa o referido fragmento como base da *condictio sine causa specialis*. Sobre o assunto, cf. JONG, Hylkje de, *A Bizantine interpretation of D. 12, 1, 32 ...*, pág. 47-76; HEINE, Sonja, *Condictio sine Datione, Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB*, Berlin: Duncker&Humbolt, 2006, pág. 40-52. KUPISHC, Berthold, *Die Versionklage...* pág. 18/19), cita exemplos de juristas do século XVIII que viam nesse fragmento um caso de *actio in rem verso*, como KIND, J. A. T., *Quaestiones Forenses*, Lipsiae, 1792, t. 1, cap 35 e LEYSER, A., *Meditationes ad pandectas*, 1ª ed., Lipsiae et Guelpherbyti, 1717-1725, specim. 130, med. 8. DONATUTI, (*Le causae delle condictiones*, in: Studi Parmensi, Anno 1, Milano: Giufré, 1951, pág. 136/138) nega que o caso seja de *condictio*, afirmando que as ações *civiles* não eram concedidas *ex aequitate*, somente as *actiones in factum* ou *utilis*.

⁶⁶ O tema será melhor desenvolvido na segunda parte desta tese, infra. Cap. 2. Mas são esses os termos que servirão de base para toda discussão do tema durante o período direito comum.

*rather modest application in the Gloss into a much more general use by learned jurists of the fifteenth century.*⁶⁷

É interessante notar que os casos concretos discutidos eram relativos, principalmente, a questões relacionadas à posse e propriedade, como o caso do possuidor que constrói em terreno alheio, da restituição dos frutos pelo possuidor de boa-fé ou má-fé, ou do vendedor que vende um bem de terceiro sem sua autorização.

Fica claro também que apesar do recurso ao princípio da vedação ao enriquecimento injusto, a *condictio* ou mesmo *actio negotiorum gestorum* e a *actio de in rem verso* eram concedidas com base na equidade. Foi GRÓCIO quem pensou o enriquecimento injusto enquanto uma categoria de fonte obrigacional realmente autônoma.

A importância da obra de GRÓCIO se dá por dois motivos principais, segundo HALLEBEEK⁶⁸. Primeiro, ele manteve a doutrina medieval tardia de adotar a *condictio* como uma ação geral de enriquecimento. Mas como ele não seguia a divisão romana de fontes de obrigação, teve a oportunidade de criar uma nova categoria de fonte obrigacional, independente das demais, o enriquecimento injusto.

Segundo ele, não apenas manteve a categoria canônica da *restitui rei* incorporando-a ao direito civil, mas também inovou ao criar uma subdivisão dentro dos casos de *restitutio rei*, diferenciando os casos de *obligatio ex domínio rebus exstantibus* (no qual a coisa ainda existe sendo passível de ser reivindicada) e a *obligatio ex domínio rebus non exstantibus* (no qual não cabe mais a reivindicação).

Ao fazer isso, GRÓCIO incluiu a distinção entre ações reais e ações pessoais nas categorias criadas pelo direito restitutivo canônico, que as ignoravam, separando os casos sujeitos à ações reais e os casos de enriquecimento.

Somente BÖHMER teria classificado as *condictiones*, inclusive a *condictio indebiti* (até então discutida dentro do âmbito dos *quasi-contratos*), sob o mesmo fundamento da proibição do enriquecimento injusto. Nesse sentido, afirma KUPISCH:

Damit stimmt überein, dass sich auch in den Institutionenwerken aktuelle bereicherungsrechtliche Sonderprobleme im einschlägigen sachlichen Kontext abgehandelt finden, wie etwa die Frage der Bereicherungshaftung des gutgläubigen Besitzers für verbrauchte Früchte im Rahmen des Eigentums. Eine Ausnahme von der traditionellen Stoffanordnung macht, soweit ersichtlich, nur Böhmer in seiner

⁶⁷ HALLEBECK, Jan, *Developments ...* pág. 120.

⁶⁸ HALLEBECK, Jan, *The concept...* pág. 40.

*Doctrina de actionibus. Böhmer nimmt di c. Indebiti aus den Quasikontrakten heraus und stellt sie mit den übrigen Konditionen, die er allesamt auf bereicherungsverbot des Pomponius stützt, unter die (freilich wie umfassendere) Rubrik de actiones in personam ex aequitate.*⁶⁹

E, mantendo sua linha de pensamento de unificação das *condictiones* sob o princípio do enriquecimento, BÖHMER vê na contrariedade ao direito (*iniuriam*) o fundamento delas, que passou a ser para este autor a ação genérica de enriquecimento.

Como ensina Diogo Leite CAMPOS, catedrático de Coimbra:

*O ponto de partida da moderna teoria do enriquecimento está, para a generalidade da doutrina, numa passagem de Justus Henning Böhmer em que este vê na característica da contrariedade ao direito (iniuriam) o fundamento das condições. Com efeito, também a doutrina mais recente entende residir na ilegitimidade do enriquecimento a trave mestra do instituto. O ponto de vista de Böhmer difundiu-se largamente no século XIX, período em que se passou a procurar na falta de causa ou justificação jurídica, não só o fundamento da obrigação de restituir com base no enriquecimento sem causa em geral, como das condições em particular.*⁷⁰

No entanto, encontramos já em HEINECCIUS uma classificação das *condictiones* (não apenas a *indebiti*), sob o fundamento do princípio da vedação ao enriquecimento injusto, quando o jurista sistematiza os casos de quasi-contratos afirmando que “*Obligationes quasi ex contractu sunt quae ex consensu praesumpto, vel a legislatore ob equitatem ficto, oritur*”⁷¹.

Afirma em seguida que o fundamento para essa presunção da vontade é a equidade e a *utilitas*⁷², elaborando três regras: 1ª *nemo cum alterius damno fine ratione debet locupletior fieri*, dando o exemplo das *condictiones*; 2ª *Qui vult, quod antecedit, non debet nolle, quod consequitur*, como, por exemplo, a obrigação do administrador de uma coisa tida em condomínio, ou a responsabilidade dos donos de hotéis ou embarcações pelos danos causados aos objetos sob seu cuidado⁷³; e 3ª *Quisque videtur probare id, quod sibi adferat utilitatem*, como no caso da gestão de negócios ou da tutela.

⁶⁹ KUPISCH, Bertold, *Ungerechtfertigte Bereicherung...* pág. 260.

⁷⁰ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da Obrigação de restituir o enriquecimento*, Almeidina: Lisboa, 1974, pág. 56.

⁷¹ HEINECCIUS, Johan Gottlieb, *Elementa Juris Civiles secundum ordinem Pandectarum*, T. 1, Ed. Italiana, Veneza, 1785, §362, pág. 108.

⁷² HEINECCIUS, Johan Gottlieb, *Elementa Juris Civiles secundum ordinem Institutionum*, Gottingae, 1749, pág. 318

⁷³ VIZIOS, Henry, *La notion de Quase-Contrat, Étude Historique et Critique*, Bordeaux: Y. Cadoret, 1912, pág. 170.

Ao invés de retirar a *condictio indebiti* dos quasi-contratos, HEINECCIUS busca inserir todas as *condictiones* nos quasi-contratos⁷⁴ sob o fundamento comum de todas serem expressão do princípio de vedação ao enriquecimento injusto, que justifica a presunção legal da vontade ficta ou presumida na *datio* (ato da transmissão de propriedade), concedendo, assim, um passo adiante na concepção das *condictiones* (de modo geral não apenas a *condictio iuventiana*) como ação de enriquecimento.

É no *usus modernus* que nasce também a distinção entre a *condictio sine causa generalis* e *condictio sine causa specialis*. A *condictio sine causa generalis*⁷⁵ era considerada uma derivação das demais e concorria com elas, de acordo com os autores do *usus modernus*, e levou ao pensamento de que havia um fundamento comum a todas *condictiones*, como defendido por BÖHMER. Já a *condictio sine causa specialis* era apenas aplicada em casos nos quais as *condictiones* não tinham cabimento, com base na *condictio iuventiana*⁷⁶, dando origem à ideia da subsidiariedade da ação.⁷⁷

A partir de SAVIGNY⁷⁸, a visão de que o elemento comum das *condictiones* é um aumento patrimonial sem causa, sem fundamento, sem justificativa legal, sem legitimidade, etc., decorrente de uma diminuição no patrimônio de outro, ganhou força durante todo século

⁷⁴ Contra, VIZIOS(*La notion...* pág. 171) entende que HEINECCIUS não teria ido tão longe ao ponto de inserir todas as *condictiones* sob tipo dos quasi-contratos, nem de englobar a teoria do enriquecimento sem causa dentro dos quasi-contratos. Concordamos que HEINECCIUS não tentou englobar o enriquecimento sem causa dentro dos quasi-contratos, mas parece que sua intenção era sim de inserir as *condictiones* (não apenas a *indebiti*) dentro dos quasi-contratos, como se denota no §992 de *Elementa Juris...Institutionum*, pág. 395, no qual o autor apenas diferencia as *condictiones causa data non secuta, ob turpem vel iniustam causam e sine causa* da *condictio indebiti* pela diferença da causa da *datio*, que continua sendo presumida ou ficta.

⁷⁵ Sobre a história da gênese da *condictio generalis* – criação bizantina, principalmente de STEFANO –, e seu efeito na doutrina dos glosadores do direito comum cf. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur, dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milão: Giuffrè, 2002, pág. 60-68.

⁷⁶ Cf. BÖHMER, Iustus Henning, *Introductio in ius digestorum*, 7ª ed., Halae Magdeburgicae, Orphanotropei, 1785, pág. 336, Liber XII, Titulus 4, § 2: “*vel specialis actio est, et quidem personalis ex aequitate producta (l. 32 D. de reb. Dre.) qua id, quod sine omni causa promissum aut penes alterum est, vel ex post facto repetitur*”. Sobre a *condictio iuventiana* cf. nota n.º 63.

⁷⁷ Nesse sentido, LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem ...*pág. 222. Todavia, como aponta KUPISCH, os campos de aplicação da *condictio sine causa specialis* eram restritos e normalmente relacionados aos casos da *condictio ob causam finitam*. Aponta o Autor que os casos tutelados pela *condictio sine causa specialis* eram os de devolução de títulos de dívida já pagos, restituição do sinal pago no caso de rescisão do contrato principal e a restituição da indenização recebida por um objeto tido por perdido, mas recuperado posteriormente. Cf. KUPISCH, Bertold, *Ungerechtfertigte Bereicherung...* pág. 248.

⁷⁸ “*Alle diese Fälle also haben mit einander gemein die Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines andern Vermögens, die entweder stets ohne Grund war, oder ihre ursprüngliche Grund verloren hat.*” SAVIGNY, F. C. von, *System des heutigen römischen Rechts*, V. 5, Berlin, 1841, pág. 525.

XIX nos países de tradição germânica e foi positivada com pequenas alterações numa cláusula geral no §812 do BGB⁷⁹.

Todavia, como aponta DIOGO LEITE CAMPOS⁸⁰, para generalidade da doutrina dos séculos XVII e XVIII era a *actio in rem verso* (cujo principal fundamento encontrava-se no fragmento D. 15, 3 e no C. 4, 26, 7, 3), e não as *condictiones*, a ação geral de enriquecimento.

Isso porque os grandes juristas jusracionalistas, Christian WOLF e PUFENDORF, rejeitaram a doutrina de GRÓCIO, tendo concebido a restituição como uma obrigação derivada *ex dominio*, mais especificamente como uma violação de um direito subjetivo absoluto. Para eles, a ação mais adequada para a restituição do enriquecimento injusto seria a *actio de in rem verso*, enquanto a *condictio* era concebida como um *mutuum tacitum*, um *quasi-contrato*, abandonando, portanto, a visão unitária do direito restitutivo derivada da escolástica e adaptada por GRÓCIO⁸¹.

O que se justifica, como aponta JANSEN⁸², pelo fato de que, sendo *ex dominio* a obrigação restitutória, a *condictio* só poderia derivar da propriedade e, como para eles – e a maioria da doutrina do direito comum –, a propriedade se transmitia mesmo em caso de um pagamento indevido, por exemplo, o fundamento da restituição só poderia ser contratual, pois o titular da ação não seria mais proprietário do bem cuja restituição se pleiteia (impedindo, assim, uma ação *ex dominio*, uma vez que o titular teria perdido seu domínio sobre o bem).

⁷⁹ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade ...* pág. 104/107.

⁸⁰ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade ...* pág. 58.

⁸¹ Nesse sentido: JANSEN, Nils, *Die Korrektur ...* pág.143/144:

⁸² *Die Korrektur...pág. 143/144: “Anders als Grotius haben sie aber sämtliche Leistungskonditionen mit der gemeinrechtlichen Doktrin vertragsrechtlich als mutuum tacitum, (Pufendorf) bzw. - mit der herrschenden Lehre - quasivertraglich begründet (Wolff); sie haben damit das ältere einheitliche Restitutionsmodell der Bereicherungshaftung aufgegeben. Seinen Grund findet das in dem Problem, das sich bereits bei Grotius angedeutet hatte, nämlich daß sich eine obligatio ex dominio nach einer wirksamen Übertragung des Rechts auf einen anderen nicht mehr plausibel machen läßt: Offenbar verstehen auch die Naturrechtslehrer das dominium jetzt technisch als das Eigentum im Sinne des Gemeinen Rechts und gehen entsprechend mit der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre davon aus, daß auch bei einer Leistung auf eine Nichtschuld das Eigentum wirksam auf den Empfänger übertragen werde. Ein Rückerstattungsanspruch ließ sich deshalb anscheinend nur noch auf vertragliche Argumente stützen“.*

1. 2. 2 – *Actio negotiorum gestorum*

A *actio de in rem verso* teve seu desenvolvimento atrelado ao instituto da gestão de negócios, mais especificamente à gestão de negócio alheio de má-fé. Nesses casos, tanto o proprietário tinha a *actio negotiorum gestorum directa* contra o gestor para obter o que este recebeu indevidamente, quanto o gestor tinha a *actio negotiorum gestorum contraria* contra o proprietário para receber indenização pelo benefício/lucro obtido pelo proprietário, por conta de sua gestão. Esta última modalidade de ação foi tomada como uma ação de enriquecimento e o gestor só poderia pleitear indenização até o limite “*quantum locupletior factus est.*”⁸³

Como se nota, a situação do gestor de má-fé era muito semelhante à do possuidor de má-fé que constrói no terreno alheio e, como já exposto acima, serviu de base para MARTINUS alegar – com base na equidade e no princípio da vedação ao enriquecimento injusto – que o possuidor de má-fé não só tem direito de retenção pelas benfeitorias necessárias, como também pode pleitear indenização por elas. A posição de MARTINUS, apesar de ter sido rejeitada em sua época, ganhou adeptos na Holanda, com GRÓCIO, e na França, com POTHIER.

Outro exemplo⁸⁴ é o fragmento D. 3,5,48, no qual um escravo é vendido e leva consigo um objeto roubado de seu dono. O comprador então, de boa-fé, vende esse objeto roubado para um terceiro, pensando que ele fosse de sua legítima propriedade. Tendo o terceiro destruído/consumido o objeto, i.e., afastando a incidência da *rei vindicatio*, o proprietário que teve seu objeto roubado poderia cobrar o preço do objeto do comprador que o vendeu de boa-fé com base na *actio negotiorum gestorum*, apesar do fato do comprador ter vendido o bem em interesse próprio, sem jamais ter pensado estar gerindo coisa alheia.

O referido exemplo era também relacionado à *condictio* do fragmento 12.1.23, no qual JULIANO relata o caso de uma pessoa que vende de boa-fé um bem que pensava ser seu, tendo o bem perecido. Assim, volta-se o questionamento se o proprietário poderia ou não cobrar o preço do vendedor.

⁸³ Sobre detalhes sobre a referida *actio* cf. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations...*, pág. 433 e ss. e 875/876.

⁸⁴ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations...*, pág. 877.

1. 2. 3 - *Actio de in rem verso*

Já a *actio de in rem verso*⁸⁵ originariamente era concedida quando uma pessoa *alieni iuris* – fosse um escravo ou um filho do *paterfamilias*, *i.e.*, pessoas sem capacidade jurídica de modo geral –, contratasse com terceiros e utilizasse o bem obtido em proveito do *paterfamilias*. Como os *alieni iuris* não podiam contratar em nome de seu *paterfamilias*, não poderia ele ser acionado por um contrato feito por seu subordinado sem sua autorização.

Todavia, em certos casos, o pretor concedia em favor do terceiro uma ação contra o *paterfamilias*. Mas para que isso ocorresse era preciso que o objeto do contrato tivesse sido utilizado ou incrementado o patrimônio do *paterfamilias*, que respondia até o limite de seu enriquecimento ao tempo da propositura da ação. Era, como se vê, ação de uso muito restrito que deveria ter desaparecido após o reconhecimento dos casos de representação direta, do fim da escravidão e da perda de poder do *paterfamilias*, sendo que qualquer pessoa maior de idade passou a ser dotada de capacidade jurídica.⁸⁶

Foi um fragmento de DIOCLESIANO e MAXIMINIANO, C. 4,26,7,3, que alterou o provável futuro da *actio in rem verso*. O fragmento, provavelmente interpolado⁸⁷, concede a ação num caso no qual A pega empréstimo de B para utilizar em benefício de C. Todavia, no fragmento fica claro que A é *sui iuris* e, portanto, não se encaixa no modelo clássico da *actio*, que, dessa maneira, se tornou uma típica ação de enriquecimento no qual a parte de um contrato pode pleitear indenização de um terceiro, que se beneficiou desse contrato do qual não participou.

A referida ação foi chamada no *ius commune* de *actio utilis de in rem verso*⁸⁸. Percebe-se que os casos da *actio utilis de in rem verso* e da *actio negotiorum gestorum contraria* se assemelham. Nesse sentido, leciona MENEZES LEITÃO⁸⁹:

considerava-se que, da mesma forma que o dominus ficava obrigado, em virtude do simples fato da gestão, ao reembolso de despesas do gestor, o beneficiário da versio in rem teria que atribuir ao titular da acção a utilidade obtida (necessari vel utiliter impensum). As duas acções estariam, por isso, sujeitas a regras comuns. [...] Em

⁸⁵ Sobre a referida ação, cf. KASER, Max, *Das Römisches Privatrecht*, B. I, 2 ed., München: C.H. Beck, 1974, pág. 605-607; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law...*, pág. 878-884; e a monografia de KUPISH, Berthold, *Die Versionsklage...*

⁸⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law...*, pág. 878

⁸⁷ KASER, Max, *Das Römisches Privatrecht*, B. I, ..., pág. 607; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations...*, pág. 879.

⁸⁸ KUPISCH, Bertold, *Ungerechtfertigte Bereicherung...* pág. 249.

⁸⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa ...* pág. 235-237.

consequência, a doutrina passou a considerar que o fundamento da actio de in rem verso não poderia ser mais procurado no contractus alterius, considerando-se que o próprio fundamento da obrigação era a versio in rem. A obrigação não consistia numa repetitio, ao contrário do que ocorria nas conditiones, mas antes numa indeminitas da utilidade obtida pelo beneficiário da versio in rem.

Seu uso foi alargado para além dos casos de mandato e de enriquecimento indireto, abarcando também as relações bilaterais (*actio de in rem verso* não técnica⁹⁰) e regrado, de modo geral, “*die Verwendung einer Sache aus dem Vermögen des einen zum Nutzen des anderen. Aus diesem Grund sind sie – insbesondere die landrechtliche Versionsklage – wiederholt als Bereicherungsklagen im technischen Sinne eingestuft worden*”⁹¹.

Em relação à gestão de negócios *utilis*⁹² também se abandonou o requisito do gestor atuar em benefício do *dominus*, bem como da indenização ser limitada as despesas que teve, o que aproximou à ação simples *versio in rem*, desligando-se do conceito originário atrelado ao mandato.

Assim, principalmente após sua positivação no ALR Prussiano⁹³ e no ABGB austríaco⁹⁴, a *actio de in rem verso* tornou-se para a doutrina do século XVIII e início do século XIX a principal ação de enriquecimento, sem, todavia, invadir o campo clássico da *condictio*, também positivada nesses códigos. Como apontou KUPISCH⁹⁵, se houve confusão entre os campos de aplicação das *conditiones* e da *actio de in rem verso* isso só se deu em relação à *condictio iuventiana*⁹⁶ e por poucos autores, pois

Einer solchen Verquickung der beiden Klagen waren von Begriff und Funktion der versio in rem her Schranken gesetzt. Als vom Kläger zu beweisendes necessary vel utiliter impensum vermag die versio in rem den Tatbestand der condictio sine causa, das rechtsgrundlose Haben schlechthin, gar nicht in sich aufzunehmen. Sie zielt ferner nicht, wie die condictio, primär auf die Rückgabe des Geleisteten, sondern ist von vornherein auf ein Äquivalent gerichtet.

⁹⁰ KUPISCH, Berthold, *Versionsklage...*, pág. 38 e ss.

⁹¹ KUPISCH, Berthold, *Versionsklage...*, pág. 15.

⁹² Sobre a gestão de negócios e sua evolução como ação de enriquecimento, cf. RICCOBONO, Salvatore, *La Gestione degli Affari Altrui ...*

⁹³ I. 13 § 262 – Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Andern verwendet worden, ist dasselbe entweder in Natur zurück, oder für den Werth Vergütung zu fordern berechtigten.

⁹⁴ §1041 – Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Andern verwendet worden ist; kann der Eigentümer sie in Natur, oder, wenn dies nicht mehr geschehen kann, den Wert verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge verteilt worden ist.

⁹⁵ KUPISCH, Berthold, *Versionsklage...*, pág. 123.

⁹⁶ Sobre a origem da *condictio iuventiana* (D. 12,1,32) como ação de enriquecimento cf. HALLEBEEK, Jan, *The Condictio as Enrichment Action in Thwelfth and Thirteenth Century Legal Scholarship*, in *Legal History Review*, V. 63, t. 3-4, 1995, pág. 263-272.

Não obstante, é importante ressaltar que tanto no ALR como no ABGB não havia uma ação geral de enriquecimento expressamente prevista.⁹⁷

Interessante notar que mesmo no direito escocês⁹⁸, no final do século XVII, Lord STAIR – também sob influência teológica – diferenciava⁹⁹ os casos de *restitution* e *recompense*, sendo que o primeiro englobava as *condictiones* (mas não só elas, pois o autor adotava o conceito canônico de *restitutio*) e o segundo era subdividido entre *actio negotiorum gestorum* e “*generally the obligations of recompense, of what we are profited by the damage of others without their purpose to gift, or as the law expresseth it, in quantum locupletiores facti sumus ex damno alterius*”¹⁰⁰.

Nessa última categoria insere-se também a *actio de in rem verso*¹⁰¹, os casos da *Lex Rhodia de Jactu* (I. 8. 8), *i.e.*, casos nos quais o capitão de um navio, em situação de perigo, fosse obrigado a descartar parte da carga para salvar o barco e o restante das mercadorias, devendo o prejuízo ser dividido proporcionalmente entre os proprietários das mercadorias salvas à custa da carga descartada; e casos de pagamento de dívida alheia (I. 8. 9), principalmente de dívidas solidárias na qual apenas um paga a dívida de todos, podendo pleitear a *recompense* dos demais.

⁹⁷ “ALR und ABGB übernehmen den daraus resultierenden Rechtszustand mit dem Unterschied, dass das Bereicherungsverbot selbst nicht ausdrücklich in die Gesetzbücher aufgenommen wird. Seine Fortgeltung als einer der ‚in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätze‘ (ALR) oder einer der ‚natürlichen Rechtsgrundsätze‘ (ABGB) ist damit nicht in Frage gestellt, wie sich zumal für das ABGB zeigen lässt. Nur vom Standpunkt des Gesetzpositivismus des 19. Jahrhunderts liegt darin, dass das Bereicherungsverbot nicht (in der einen oder anderen Weise) normiert ist, ein Regelungsdefizit”. KUPISCH, Bertold, *Ungerechtfertigte Bereicherung...* pág. 269.

⁹⁸ Embora a *actio negotiorum gestorum* e a *actio de in rem verso* tenham desaparecido do direito escocês atual devido à influência da *common law*, a *recompense*, junto da *repetition* (classificada por STAIR como um tipo de *restitution*, especificamente para dinheiro), se manteve firme no direito escocês como ação fundada no princípio de vedação ao enriquecimento injusto, sendo utilizada principalmente para casos de construção ou benfeitorias em terreno/bem alheio, alienação de boa-fé de bem alheio, ou perda de propriedade por meio de especificação. Todos esses casos são típicos usos de *versio in rem* e cujo objeto de restituição é medido pelo enriquecimento, pelo lucro obtido à custa de outrem. Só modernamente o *remedy* também ganhou campo em casos de contratos nulos nos quais houve transferência de bens que já não existem, devendo seu respectivo valor ser obtido por meio de *recompense*. Ou em casos de prestações feitas com base em contratos nulos por falta de respeito à forma. Casos que seriam, tradicionalmente, tratados pela *condictio*. Mas, de qualquer forma, seu uso é restrito, uma vez que o *remedy* é subsidiário. Cf. MACQUEEN, Hector L., SELLAR, W. David H., *Unjust enrichment in Scots Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 294-312.

⁹⁹ Cf. MACQUEEN, Hector L., SELLAR, W. David H., *Unjust enrichment in Scots Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 294-295.

¹⁰⁰ STAIR, James Dalrymple Visconde de, *Institutions of the Law of Scotland*, 2ª ed., Edimburgo: Andrew Anderson, 1693, I. 8. 2, pág. 67.

¹⁰¹ I,8,7, adotando conceito mais amplo do que os autores de sua época, conforme leciona MACQUEEN e SELLAR (*Unjust enrichment...* pág. 295).

1. 3 - Apontamentos sobre o desenvolvimento dogmático na França e Itália

Na França o enriquecimento injusto teve um caminho diferente, pois, por conta da introdução da *causa* como requisito de validade do contrato, as *conditiones* perderam muito de seu campo de aplicação para a ação de nulidade. A falta de causa não era mais remediada pela ação de enriquecimento sem causa (que atacava a eficácia da atribuição patrimonial), mas pela ação de *nullité*, no plano da validade¹⁰².

Dessa maneira, na França, o campo de aplicação do enriquecimento injusto se deu mais pela prática da jurisprudência, ainda com forte influência da equidade. Como afirma VALLE FERREIRA sobre o enriquecimento injusto na França, “*a verdade, porém, é que se trata de uma construção jurídica resultante dos costumes e desenvolvida por obra da jurisprudência*”¹⁰³.

POTHIER defende que a equidade basta para fundar uma obrigação, invocando o princípio *neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari* como base da ação de enriquecimento. Cita, por exemplo, o caso de alguém ter se beneficiado da atividade de um terceiro, alegando que tem direito – fora a *actio negotiorum gestorum contraria* – de pleitear as despesas que teve até o limite do enriquecimento do proprietário. Cita também o caso da mulher que obtém empréstimo sem autorização do marido, mas que ao converter o dinheiro em benefício dele, autoriza-se que o credor busque diretamente o marido para cobrança.¹⁰⁴ Não só a *negotiorum gestorum* é fundamentada por POTHIER na equidade, mas também a *condictio indebiti*.¹⁰⁵

Todavia, diversas das matérias tratadas pelo direito comum sob o prisma do enriquecimento injusto (aliás, as principais matérias¹⁰⁶), como a construção em terreno

¹⁰² Cf. WINDSCHEID, Bernhard, *Zur Lehre des Code Napoleon der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1847, principalmente cap. VIII e IX. Também CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade...* n. 52, 56 e ss.

¹⁰³ FERREIRA, José G. do Valle, *Enriquecimento sem Causa*, Imprensa Oficial: Belo Horizonte, 1949, pág. 39.

¹⁰⁴ POTHIER, *Traité des obligation*, Paris: Dupin, 1792, pág. 302 e 307, citado por CAMPOS, José Diogo Leite, *A subsidiariedade...* pág. 123.

¹⁰⁵ POTHIER, *Traité du Quasi-Contrat Appelé promutuum et de la Condictio Indibiti*, in *Ouvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle* par BUGNET, T.V, Paris: Cosse et N. Delamotte, 1847, pág. 102: “*L’obligation qui naît du promutuum, est donc formée sans qu’il intervienne pour la former, aucun consentement des parties. C’est l’équité qui la forme, et qui ne permet pas que celui qui a reçu le paiement de ce qui ne lui était pas dû, s’enrichisse aux dépens de celui qui le lui a payé par erreur : Jurî nature æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore*”.

¹⁰⁶ KUPISCH, Bertold, *Ungerechtfertigte Bereicherung...* 252-257.

alheio (bem como a questão dos frutos), a venda *non domino*, pagamento de dívida de terceiros, direito de regresso, a repetição de indébito (*condictio indebiti*) e a gestão de negócios foram positivadas no *Code Civil*, sem que se inserisse uma cláusula geral.

Considerando-se que a gestão de negócios positivada foi a clássica, *i.e.*, fundada no *animus* de gerir coisa alheia e no interesse alheio¹⁰⁷, não restou um meio dogmático de tutelar os casos de enriquecimento não previstos em lei, tendo a jurisprudência francesa rejeitado o enriquecimento injusto enquanto fonte obrigacional por praticamente todo o século XIX.

Mas parte da doutrina insistiu na figura da gestão *utiles*, ou também chamada de imperfeita, para tutelar os casos de intromissão em negócio alheio no qual faltavam os requisitos da gestão de negócios clássica. Ambas ações se diferenciavam somente pelo efeito, pois na gestão clássica o gestor tinha direito a total reembolso das despesas e, na gestão imperfeita (*in rem verso*), lhe cabia apenas o benefício alcançado pelo *dominus*¹⁰⁸.

Como ensina LAURENT:

*L'action de gestion d'affaires et l'action de in rem verso procèdent de la même cause, d'une immixtion dans le affaires d'autrui. [...] les deux actions se divisent: l'une, celle de la gestion d'affaires, équivaut à l'action de mandate. L'autre, celle in rem verso, est limitée au profit que le maître retire de la gestion au moment de la demande.*¹⁰⁹

Complementa, ainda, dizendo que enquanto o fundamento da gestão é o mandato, “*l'équité, qui est le fondement des quase-contrats, est aussi le fondement de l'action de in rem verso*”.

Foi somente com AUBRY e RAU que a *actio de in rem verso* ganha sua autonomia como ação de enriquecimento no direito francês.¹¹⁰ Os autores basearam-se na obra de ZACHARIE, que diferentemente da doutrina do direito comum via na *actio in rem verso* não uma ação derivada da gestão de negócios, e por isso *in personam*, mas uma extensão da *rei vindicatio*, se distinguindo dessa por ter como objeto não uma coisa certa, mas um valor patrimonial que a representa (quando a coisa não pode mais ser reivindicada).¹¹¹

¹⁰⁷ Nesse sentido, RICCOBONO, Salvator, *La Gestione...* pág. 410.

¹⁰⁸ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade*pág. 135.

¹⁰⁹ LAURENT, François, *Principes de Droit Civil Français*, T. XX., Paris: A Durant & Pedone Lauriel, 1876, pág. 364

¹¹⁰ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade*...pág. 138.

¹¹¹ KUPISCH, Berthold, *Versionsklage...*, pág, 118.

Assim, na 3ª edição de sua obra, ZACHARIE assim definiu:

*Wohl aber ist das einem jeden Eigentümer zustehende Vindikationsrecht, auch was das eigene Vermögen etwas in das Vermögen des andern verwendet worden ist, für die gescheene Verwendung Ersatz – mittels der actio de in rem verso – zu fordern berechtigt.*¹¹²

AUBRY e RAU, no entanto, ao traduzirem a obra de ZACHARIE e buscando suprir a lacuna do código francês que não previu uma ação geral de enriquecimento, traduziram o termo *verwenden* (usar, utilizar, fruir) por *s'enrichir*:

*Elle est autorisée à réclamer, au moyen de l'action de in rem verso, les valeurs dont le patrimoine d'une autre personne s'est enrichi au détriment du sien.*¹¹³

Nas seguintes edições de sua obra os autores acrescentaram o elemento “*sans cause legitime*” à sua fórmula¹¹⁴, fazendo uma verdadeira reformulação da ação de ZACHARIE e forjando uma típica ação geral de enriquecimento sem causa, levando a doutrina também a inserir a *condictio indebiti* como uma *action de in rem verso*.¹¹⁵

O curioso é que ao introduzir o termo enriquecimento na fórmula de ZACHARIE, alterou-se substancialmente a fórmula da ação de *in rem verso*, pois isso excluiu a possibilidade de sua aplicação nos casos de relação com pessoa interposta, caso clássico previsto no C. 4. 26. 7. 3.¹¹⁶

Todavia, a ação de *in rem verso* (como ação geral de enriquecimento) veio a ser acolhida no direito francês somente em 1892 no famoso Arrêt Boudier, o qual aparentemente adotou uma fórmula extremamente larga de enriquecimento que foi lapidada, com base na doutrina de AUBRY e RAU, somente no Arrêt Clayette de 1914.

¹¹² ZACHARIE, K. S., *Handbuch des französischen Civilrechtis*, 3ª ed., t. 3, Heidelberg, 1827-1828, pág. 386, citado por KUPISCH, Berthold, *Versionsklage...*, pág. 119.

¹¹³ AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, traduit de l'allemand de C. S. Zachariae revu et augmenté par C. Aubry et C. Rau, T. IV, Strasbourg, 1839-1844, pág. 106, citado por KUPISCH, Berthold, *Versionsklage...*, pág. 120.

¹¹⁴ KUPISCH, Berthold, *Versionsklage...*, pág. 121.

¹¹⁵ KUPISCH, Berthold, *Versionsklage...*, pág. 121.

¹¹⁶ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations...* pág. 884: “*The modern French Version of the actio de in rem verso has thus become synonymous with enrichissement sans cause – a development, incidentally, which has heralded the destruction of the very basis from which it had once set out on its triumphal march through European legal history. For if on the action lies only where the defendant has been enriched sine causa, it cannot normally apply in cases of third-party enrichment such as discussed in C. 4, 26, 7,3*”.

Como leciona CAMPOS:

*O enriquecimento à custa de outrem, como figura geral e autônoma, entrara através do Arrêt Boudier no ordenamento jurídico francês. Encontrara consagração, contudo, numa forma demasiado lata que havia que restringir e precisar. De entre os autores franceses de mais prestígio eram Aubry e Rau os únicos que, embora sumariamente, tinham fixado os pressupostos a que devia estar submetida a pretensão por enriquecimento de outrem. Foram, portanto, os pressupostos definidos por estes os adoptados pelo Arrêt Clayette. Assim, encontra assento no direito francês a subsidiariedade do enriquecimento sem causa. Subsidiariedade que, como vimos, remonta, através da obra de Aubry e Rau e Zacharie, ao ALR prussiano.*¹¹⁷

Assim, o enriquecimento injusto foi tutelado no direito francês por desenvolvimento jurisprudencial, apenas para suprir as lacunas do código. Nesse sentido, afirma JOSSERAND:

*Il faut donc renoncer à ramener l'enrichissement sans cause à une théorie plus generale [...] on doit reconnaître à cette construction juridique son autonomie par rapport à des formules plus large dont elle relève moralement plutôt que juridiquement: en réalité, elle est d'origine coutumière; elle est produit des mœurs et de la jurisprudence, et c'est ce qui explique son caractère de nécessité ainsi que les flottements dont elle a été l'occasion, en doctrine comme en jurisprudence.*¹¹⁸

O mesmo se deu na Itália, cujo código de 1865 era fortemente influenciado pelo código francês e o enriquecimento injusto foi desenvolvido pela jurisprudência, baseando-se na *actio negotiorum gestorum utilis* e na *actio in rem verso*.

PAOLO GALLO afirma que na Itália, na segunda metade do séc. XIX e principalmente ao seu final, há diversos julgados aplicando tanto a gestão de negócios *utiles* quanto a *actio de in rem verso* alargada para tutelar casos de enriquecimento injusto. Num desses julgados, a Corte de Cassação de Florença, afirmou:

*Quest'azione, introdotta in origine dall'equità pretoria per sovvenire al terzo il quale contrattando com un servo od un figlio di famiglia, incapace di obbligare sè ad altrui, avesse recato vantaggio al dominus o al pater famílias, há oggidì acquistato maggiore larghezza e si aplica in tutti i casi in cui via sai ingiusta locupletazione di uma parte in danno di un'altra e la legge positiva non appresti altro rimedio giuridico speciale al fine di constringere chi ingiustamente si arricchì a risarcire, quatenus locupletior factus sit, il danno risentito dall'altro.*¹¹⁹

Assim, o uso alargado dessas ações abriu caminho para o reconhecimento de uma ação geral de enriquecimento injusto, que foi positivada no código de 1942 após a gestão de

¹¹⁷ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade ...* pág., 159.

¹¹⁸ JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit Positif Français*, 3ª ed., Sirey: Paris, 1939, pág. 358-359.

¹¹⁹ Citado por GALLO, Paulo, *Remedies for Unjust Enrichment in the History of Italian Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 277.

negócios e do pagamento indevido, com caráter subsidiário, tal como nosso Código Civil atual. Difere deste apenas por não ter colocado o enriquecimento sem causa, o pagamento indevido, a gestão de negócios e a promessa de pagamento abaixo de uma mesma categoria dos atos unilaterais. No *Codice* cada instituto é positivado separadamente, sem ter nenhuma categoria superior em comum e com razão.

Tal ação tem como requisito que ocorra um enriquecimento de uma parte, um dano de outra parte, a prova de nexo de causalidade entre o enriquecimento e o dano, falta de causa que justifique o enriquecimento e, ainda, que não existe nenhuma outra ação disponível para remediar a situação.¹²⁰

Todavia, como aponta GALLO¹²¹, tanto no ordenamento francês como no italiano, o uso da ação de enriquecimento é muito limitado, principalmente pelo requisito do dano, cuja interpretação restrita impede o acesso à ação de enriquecimento. Somente nos casos onde o enriquecimento causasse uma correlativa diminuição patrimonial direta no empobrecido caberia a ação, o que afastaria a ação, por exemplo, no caso do uso de marca alheia ou de bem alheio sem que tenha sido causado um dano ao titular.

Tal requisito, plenamente aplicável no caso das *condictiones*, não se coaduna com o espírito restitutivo do enriquecimento injusto, atrelado principalmente à *actio de in rem verso* ou *negotiorum gestorum*, tais como concebidas pelo direito comum. Considerando-se ainda que as *condictiones* têm pouca aplicabilidade nos ordenamentos que adotaram o sistema francês de transmissão de propriedade e inserção da causa como elemento de validade dos contratos, realmente o campo que resta para a ação de enriquecimento positivada no código italiano, e consagrado pela jurisprudência francesa, é limitadíssimo.

1. 4 - Apontamentos sobre o desenvolvimento dogmático nos territórios alemães

Já nos territórios alemães foi de grande importância, na concepção do §812 do BGB, a doutrina de SAVIGNY exposta no *System*¹²². Não é exagero dizer que a teoria de SAVIGNY permanece até hoje em posição central na discussão sobre o tema na Alemanha, uma vez que as novas teses sobre o assunto são elaboradas em oposição à teoria de SAVIGNY ou aplicando diferentes interpretações ao texto do fundador da Escola Histórica.

¹²⁰ GALLO, Paulo, *Remedies for Unjust Enrichment in ...* pág. 282.

¹²¹ GALLO, Paulo, *Remedies for Unjust Enrichment in ...* pág. 288.

¹²² SAVIGNY, F. C., *System des heutigen Römischen Rechts*, V. 5, Berlin, 1841, pág. 503 e ss.

Primeiramente, é importante destacar que SAVIGNY faz uma virada radical na doutrina do direito comum que até então havia seguido, em certa continuidade com os jusracionalistas, a visão de que tanto a *actio de in rem verso*, a *negotiorum gestum (utilis ou contrária)* e a *condictio* – especialmente a *sine causa* – seriam expressões do princípio de POMPONIO e lastreadas na equidade.

Tal visão é malquista pelos juristas da Escola Histórica, que buscam resgatar o estudo científico e sistemático do direito romano clássico e fugir do casuísmo. Como a gestão de negócios e *actio de rem verso* vigentes e aplicadas na época eram completamente diferentes das mesmas ações no direito clássico, foram deixadas de lado por SAVIGNY no que diz respeito à sua relação com o enriquecimento injusto. Diferentemente dos ALR e ABGB, SAVIGNY não considera tais ações institutos de enriquecimento injusto¹²³. Certos autores pandectistas chegaram a chamar de charlatões os juristas do séc. XVIII por conta da aplicação dada à *a. de in rem verso*, que foi equiparada à *actio in factum* de enriquecimento proposta por SELL¹²⁴.

MENEZES LEITÃO afirma que a pandectista

*efetuou uma violenta crítica à concepção de que o postulado de que ninguém deveria enriquecer-se a custa de outrem pudesse constituir a base de uma accção independente de enriquecimento, fosse ela a actio de in rem verso utilis ou a actio in factum wegen Bereicherung. [...] Operou-se, por isso, um regresso ao sistema das condictiones, tendo SAVIGNY elaborado um suplemento ao seu System des heutigen römischen Rechts precisamente com esse objecto.*¹²⁵

Em seu espírito de retomar o direito romano clássico, os pandectistas basearam-se, portanto, na que se mantivera a mais romana das ações, que era a *condictio*, vez que seu campo de aplicação permanecera em grande parte inalterado ao longo dos séculos. É no capítulo sobre as *condictiones* que SAVIGNY desenvolve sua teoria do enriquecimento injustificado, em verdade reduzida a uma teoria das *condictiones*, tendo tal tradição se mantido até hoje na academia alemã, que equipara o significado dos termos *bereicherungsrecht* e *kondiktionrecht*. A referida ação não seria mais fundamentada na equidade e no fragmento de POMPONIO, mas teria seu cerne na restituição de aquisições patrimoniais sem causa.

¹²³FU, Guangyu, *Das Causaproblem ...* pág. 56/57.

¹²⁴ SEUFFERT, *Beiträge zur Gesetzgebung*, Würzburg, 1870, pag. 120, citado por CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade ...*pág., 68. Conforme explica CAMPOS a ação de SELL fora rejeitada em seu tempo, mesmo sendo subsidiária, devido a sua amplitude.

¹²⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa ...*pág. 332.

SAVIGNY busca construir uma teoria unitária das *condictiones*, todas sob o fundamento do enriquecimento injustificado, e identifica no mútuo, especialmente no mútuo de dinheiro, o negócio jurídico que mais está atrelado às *condictiones*. Afirma que na análise do mútuo de dinheiro encontraremos os elementos essenciais das *condictiones*¹²⁶, tanto que a abertura do livro XII do Digesto (que trata das *condictiones*) começa exatamente por essa matéria.

O jurista alemão propõe¹²⁷ que no mútuo a confiança é um elemento fundamental, tanto que do mútuo surge o termo credor (aquele que crê¹²⁸), e o negócio jurídico é chamado nas fontes de *credita pecunia*.¹²⁹ Essa confiança se diferencia das que compõe qualquer tipo de negócio cotidiano pelo fato de ter no seu conteúdo a transmissão da propriedade de um bem, com a intenção de *recipere tantundem eiusdem naturae*. Essa transmissão com a intenção de receber de volta bens da mesma natureza denota uma confiança qualificada, pois, de acordo com o fundador da Escola Histórica, a efetiva devolução não depende somente da honestidade do devedor. Se ele, por exemplo, se tornar insolvente, mesmo tendo agido de boa-fé, não terá como pagar o credor. O que não ocorre, por exemplo, no depósito, caso no qual o proprietário teria ainda *rei vindicatio* para obter seu bem de volta, caso algum credor do depositário tenha obtido o bem para si.

Para ele, a *condictio* defini-se com uma “indenização” pela perda da *rei vindicatio*, a qual se renunciou (com a transmissão da propriedade) na crença de receber de volta bens do mesmo gênero (no caso do mútuo) ou na crença de obter algum outro bem da vida (a liberação de uma dívida, alguma contraprestação, etc.)¹³⁰.

¹²⁶ SAVIGNY, F. C. von, *System des heutigen römischen Rechts*, V. 5, Berlin, 1841, pág. 512.

¹²⁷ O resumo aqui apresentado está contido, principalmente, no capítulo V e VI.

¹²⁸ Em alemão a referência de SAVIGNY é mais forte, pois o termo Glaubiger (credor), é o mesmo que crente, para designar aquele que tem fé em Deus.

¹²⁹ SAVIGNY baseia sua análise no fragmento D. 12. 1. 1. “*Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. Rei quoque verbum ut generale praetor elegit*”.

¹³⁰ SAVIGNY menciona também que nesses casos há também a presença da *fidúcia*, sendo que seria possível fazer uso de uma *bona fides actio*, em concorrência com a *condictio*. (*System...*, pág. 517) Isto é, era possível a concorrência de uma ação contratual com a *condictio*, o que também era aceito por GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, V. 13, t. 1, Erlangen, 1811, pág. 202-207. Ou seja, a *condictio* não era subsidiária e muitas vezes alcançava o mesmo objetivo da ação contratual concorrente. O que não é mais aceito atualmente de maneira tão ampla (c.f DANNEMANN, Gerhard, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: a comparative introduction*, Oxford: University Press, 2009, pág.45-49).

Justifica que um *dare* (uma transmissão de propriedade ou de qualquer vantagem patrimonial) tem papel fundamental nas *condictiones*, pois é na transmissão que se perde a *rei vindicatio*. Mas, paradoxalmente, cita também casos em que não há uma *datio*, como no depósito, mas que cabe a *condictio* quando o depositário de má-fé vende ou consome o bem a ele confiado, pois com isso se viola a *rei vindicatio* do titular. Nesses casos, como o proprietário está impossibilitado de se valer da *rei vindicatio*, cabe a ele a *condictio* para reaver o preço da coisa. Casos que podem também acontecer no mandato, na gestão de negócios, na sociedade, entre outros negócios, no qual uma parte viole o domínio do titular. Normalmente os casos envolvem situações em que a coisa foi confiada ao devedor, mas SAVIGNY menciona o exemplo da gestão de negócios, no qual sequer a posse da coisa foi confiada ao gestor, que agiu sozinho e por conta própria, mas em violação ao domínio do titular.

SAVIGNY aglutina dentro das *condictiones* casos originados de uma *datio*, *i.e.*, de uma transmissão patrimonial voluntária do empobrecido – o qual reconhece ser a maioria dos casos e o uso principal das *condictiones* – e os casos em que o enriquecimento se dá sem a participação do empobrecido, alegando que a *condictio* seria uma substituição da *rei vindicatio* que, por algum motivo, não pudesse ser exercida¹³¹. Assim, mesmo nos casos em que não houve um negócio jurídico entre as partes, caberia a *condictio sine causa*, pois os bens, ou seus respectivos valores alcançados por ela, teriam sido parte do patrimônio do empobrecido.

A teoria de SAVIGNY, como aponta JANSEN¹³², concebe a *condictio* como uma espécie de ação equivalente à *rei vindicatio*, que é concedida como uma compensação aos que, sem fundamento jurídico (ou causa), perdem sua propriedade. Retoma, assim, as lições

¹³¹ FU, Guangyu, *Das Causaproblem...* pág. 59/60.

¹³² JANSEN, Nils, *Die Korrektur...*, pág. 150/151: “Zentral ist zunächst die Annahme, daß die *condictio* einen vermögensschützenden, funktional äquivalenten ‘Ersatz’ für die *vindicatio* bilde und deshalb an deren Stelle trete, wenn der Eigentümer sein Eigentum verloren habe. Auch dieses Theoriestück geht - freilich ohne daß Savigny das deutlich gemacht hätte - auf Gans zurück, der die *condictio* wegen des rechtsgrundlosen Habens als ‘Surrogat der *rei vindicatio*’ gedeutet hatte.

Schon Gans hatte deshalb allgemein formuliert, daß mit der *condictio* zurückgefordert werde, „was mir eigentlich gehören sollte“, und folgerichtig soll für Savigny die *condictio sine causa* einen lückenlosen Abschöpfungstatbestand bieten, der stets eingreife, wenn der früher Berechtigte sein Eigentum oder eine sonstige individuell zugewiesene Rechtsposition verloren habe und ein anderer dadurch bereichert sei. Die These, daß Savigny eine Restitutions-theorie des Bereicherungsrechts vertreten habe findet hier ihre Stütze. Denn wenn Savigny das Kondiktionsrecht als ein Institut des Vermögensschutzes erklärt, so hat „Vermögen“ dieselbe Bedeutung wie ursprünglich das naturrechtliche dominium: Es geht um den Erhalt der Vermögenswerten absoluten Rechte, schuldrechtliche Ansprüche auf eine Leistung sind dabei - anders als sonst - gerade nicht mit eingeschlossen.

de GANS¹³³, o qual afirma que pela *condictio* se obtém o que, na verdade, deveria ser seu (“*was mir eigentlich gehören sollte*”). Concebe ainda a *condictio sine causa* como ação que absorvia os demais casos nos quais não ocorresse uma perda patrimonial *sem causa*, mas que tutelava situações em que determinado sujeito se enriquecesse à custa alheia.

Ao identificar na perda da reivindicação o cerne do instituto, SAVIGNY retoma o direito restitutivo desenvolvido pela Escolástica Espanhola e refinado por GRÓCIO, que é baseado no *dominium*, adotando-o para as *condictiones*. A obrigação nasce da violação do *dominium*, mas seu objeto é delimitado pelo enriquecimento. Como leciona JANSEN sobre o enriquecimento como restituição:

Die Bereicherungshaftung beruht dabei einerseits auf dem Verlust eines individuell zugewiesenen Vermögensguts - dies begründet den Restitutionsanspruch - und andererseits auf der Bereicherung des Verpflichteten - diese verpflichtet den Bereicherten zum Ausgleich: In dieser Verbindung von Rechtsgüterschutz und Bereicherungsabschöpfung besteht der unmittelbar einleuchtende Grundgedanke der Bereicherungshaftung als Restitution; dies soll deshalb gemeint sein, wenn im folgenden von einem Restitutionsanspruch die Rede ist.

Na visão restitutória do enriquecimento, prevalece o foco no patrimônio do enriquecido e não no objeto da atribuição patrimonial ou do ato jurídico que originou o enriquecimento. A pretensão do empobrecido é voltada ao patrimônio do enriquecido, no que ele se enriqueceu e limitado ao enriquecimento ainda existente ao tempo da propositura da ação.

Resumindo bem tal concepção, KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI¹³⁴ afirma que:

Die condictio (e aqui ele se refere à condictio no mesmo sentido de SAVIGNY, i.e., abrangendo também os casos em que não houve uma datio ou um negócio jurídico) ist nicht gegen den Rechtsgrund der Vermögenvermehrung gerichtet, sondern gegen die Vermögensvermehrung selbst. Sie ist nicht eine Anfechtungsklage des Rechtsgrundes der Vermögensvermehrung wegen ihm anhaftender Mängel, sondern sie ist eine Anfechtungsklage der Vermögensvermehrung selbst. [...] Daraus werden sich wichtige Konsequenzen für die Bemessung des Gegenstandes der condictio ergeben. Gegenstand der condictio ist nicht das, was auf Grund eines mangelhaften Rechtsgrundes erworben ist, sondern das, was unrechtmäßig zurückbehalten wird: das kann ein Mehr oder ein Weniger sein von dem, was der reicher Gewordene auf Grund des Rechtsgrundes erworben hat.

¹³³ “*Was mir eigentlich gehören sollte*“. GANS, Eduard, *Ueber Römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten und dem jus poenitendi*, Heidelberg 1819, pág. 41, citado por JANSEN, Nils, *Die Korrektur...* pág. 150.

¹³⁴ KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Ignacy, *Die Condictio als Bereicherungsklage im Klassischen Römischen Recht*, B. 1, Weimar: Hermann Böhlau, 1904, pág. 24.

A ideia é similar a da nossa responsabilidade civil extracontratual, vez que se pressupõe uma lesão à direito (ao *dominium*). Todavia, é, por assim dizer, o outro lado da moeda¹³⁵, pois não se olha para o dano, mas para a vantagem patrimonial obtida pela enriquecido indevidamente (pois em violação a direito alheio).¹³⁶

Como SAVIGNY sumariza sua doutrina dizendo que todos os casos de aplicação das *condictiones* tem em comum o fato corrigir um aumento de um patrimônio decorrente de uma diminuição em outro que, ou não tem fundamento, ou perdeu seu fundamento original¹³⁷, retoma a visão restitutória, aplicando-a às *condictiones*. Volta-se, assim, o foco de todas *condictiones* ao *dominium*.

Ao longo do século XIX¹³⁸, a doutrina alemã seguiu em parte a visão de SAVIGNY, refinando-a, desenvolvendo-a e muitas vezes alterando-a, mas mantendo-se uma certa unidade no que diz respeito ao enriquecimento injustificado como fonte obrigacional. Divergiu-se muito, no entanto, sobre a *condictio* ser ou não uma ação de enriquecimento, *i.e.*, voltada ao patrimônio e limitada ao locupletamento existente no patrimônio do enriquecido ao tempo da propositura da ação e sobre se a *condictio* seria ou não uma ação geral de enriquecimento, como pensou SAVIGNY, abarcando outros casos nunca antes tutelados pelas *condictiones* – como era o caso das despesas feitas em coisa alheia, tutelada no direito do séc. XVIII pela gestão de negócios ou pela *actio de in rem verso*.

E mesmo os autores que concordavam que as *condictiones* (principalmente a *condictio indebiti* e *causa data causa non secuta*, ou de maneira geral as *condictiones sine causa* ou *ob causam datorum*) eram ações de enriquecimento, divergia-se muito sobre os

¹³⁵ No mesmo sentido, ZIMMERMANN, Reinhard, *Unjustified Enrichment: the modern civilian approach...* pág. 403-404.

¹³⁶ Se tomarmos a concepção escolástica de dano, que serviu de base para formulação do direito restitutório, poderíamos facilmente incluir grande parte dos casos dentro da responsabilidade civil, pois dano para SÃO TOMÁS “*consiste, segundo o Filósofo, em termos menos do que devíamos ter*” (*Suma*, II-II, Q 62, art. 4). Mas isso é questão que extrapola este estudo.

¹³⁷ *Alle diese Fälle also haben mit einander gemein die Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines andern Vermögens, die entweder stets ohne Grund war, oder ihre ursprüngliche Grund verloren hat.* SAVIGNY, F. C. von, *System...* V. 5, pág. 525.

¹³⁸ Para mais detalhes sobre as disputas doutrinárias alemãs no século XIX cf. PAVLÍČEK, Anton, *Zur Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach oesterreichischem Civilrechte: Mit Beruecksichtigung Des gemeinen Rechtes, sowie der modernen Gesetzgebungen*, Manz, 1878, reimpressão de Let Me Print, 2012, pág. 1-30. FLUME, Werner, *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, pág. 64-66. FU, Guangyu, *Das Causaproblem ...*, pág. 53-87. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Ignacy, *Die Condictio...* pág. 1-33.

requisitos para se conceder a *condictio* e seu fundamento legal. A divergência nesse campo é tanta que Silvio PEROZZI¹³⁹ chamou a disputa de uma *selva selvaggia*. E com a mudança do fundamento legal da pretensão, também muda-se praticamente toda sua natureza, sendo difícil, e até forçado, manter tantas divergentes opiniões sob um mesmo conceito.

O estudo histórico da matéria se complica também pelo fato de muitas vezes os autores não estarem falando sobre a mesma coisa, pois para SAVIGNY, por exemplo, a *condictio* era a única ação de enriquecimento, tendo objeto muito amplo, enquanto para WITTE era apenas uma das ações em sua classificação¹⁴⁰, limitadas aos casos envolvendo negócio jurídico, questionando sua natureza de ação de enriquecimento.

Sobre um fundamento comum à todas ações de enriquecimento, considerável parte da doutrina do século XIX não aceitou a visão de SAVIGNY.

ERXLEBEN, por exemplo, que escreveu uma das principais monografias sobre as *condictiones* no século XIX, vê na falha da finalidade da prestação (da atribuição patrimonial) o fundamento da obrigação de restituir o indevido. E limita as *condictiones* aos casos em que há uma prestação, isto é, a casos em que há um *negotium* entre as partes.¹⁴¹ O autor contesta também a concepção de que a *condictio* é uma ação de enriquecimento e sumariza sua concepção citando um fragmento de PAPINIANO, que segundo o professor da universidade de Zurique¹⁴² resume perfeitamente a essência da *condictio*:

Papinianus libro octavo quaestionum

*Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.*¹⁴³

Ele sustenta que o fato de existir uma limitação da obrigação restitutória, o que ele reconhece que existe somente quando se presta *species* (bens infungíveis), e não para quando

¹³⁹ PEROZZI, Silvio, *Le obbligazione romane*. Bologna: Zanichelli, 1903, citado por VAN OVEN, J. C., *Le Forêt Sauvage de la Condictio Classique*, in *Legal History Review*, V. 22, I. 3, jan. 1941.

¹⁴⁰ WITTE, Hermann, *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts*, Halle, 1859

¹⁴¹ ERXLEBEN, Albrecht, *Conditiones sine causa, condictio indebiti*, V. 1, Leipzig, 1850, pág. 27.

¹⁴² ERXLEBEN, Albrecht, *Conditiones sine causa...* pág. 211.

¹⁴³ D. 12.6.66.

se presta *quantitas*, não torna a *condictio* uma ação de enriquecimento, pois a limitação decorre de outros princípios.¹⁴⁴

WITTE, outro autor de uma monografia muito citada sobre o assunto, compartilha também da crítica de ERXLEBEN à doutrina que classificava a *condictio* como ação de enriquecimento¹⁴⁵, mas mesmo assim a considerou em sua monografia sobre as ações de enriquecimento (tamanho era a aceitação dessa classificação).

O autor dividiu as ações de enriquecimento em quatro categorias: (i) enriquecimento derivado de um ato do próprio empobrecido, sendo que esta categoria é subdividida entre (i.1) enriquecimentos derivados de negócio jurídico entre as partes e (i.2) sem negócio jurídico; (ii) enriquecimento derivado de um ato de terceiro; (iii) enriquecimento derivado de um ato do próprio enriquecido; (iv) e enriquecimento derivado de um fato jurídico em sentido estrito, isto é, sem ato de nenhuma pessoa.¹⁴⁶

Em relação à primeira categoria, WITTE inclui nos casos de enriquecimento sem negócio jurídico a gestão de negócios e outros casos de despesas feitas em coisa alheia. As *condictiones* permanecem restritas aos casos de enriquecimentos derivados de negócios jurídicos. Ao grupo (ii) de enriquecimentos derivados de terceiros, inclui casos da *actio de in rem verso* e também casos de direito de regresso, como no caso de pagamento de dívidas solidárias. Ao grupo (iii) considera os casos de intervenção em patrimônio alheio, como a fruição de coisa alheia (um exemplo atual seria o de uso indevido de marca, por exemplo).¹⁴⁷

WITTE não apresenta um fundamento comum a todas as diferentes pretensões, vez que cada categoria tem uma base distinta das demais. Para os casos de despesas feitas em coisa alheia e gestão de negócios, identifica que a base da aquisição dos bens livremente dispostos se dá pelo fato de que o dono de um bem deve ser dono também dos bens a ele agregados de maneira inseparável. No caso da ação por intervenção em coisa alheia, o fundamento é a violação da exclusividade do *dominos*. Enquanto que para as *condictiones sine causa* – para ele englobava as *condictiones indebiti* e *causa data causa non secuta* –, WITTE identifica que seu fundamento é o *zweckverfehlung* (uma falha na finalidade da

¹⁴⁴ Cf. especialmente ERXLEBEN, Albrecht, *Conditiones sine causa...* §12, pág. 182-211.

¹⁴⁵ WITTE, Hermann, *Die Bereicherungsklagen ...*, pág. 139-159.

¹⁴⁶ WITTE, Hermann, *Die Bereicherungsklagen ...* pág. XIV-XVI.

¹⁴⁷ WITTE, Hermann, *Die Bereicherungsklagen ...* Pág. 1. Cf. Também o resumo elaborado por FU, Guangyu, *Das Causaproblem ...*, pág. 72-73.

prestação), enquanto que para as *condictiones ex iniusta causa* ou *turpem causam* o fundamento jurídico é a própria lei, que limita os poderes da vontade individual.¹⁴⁸

WINDSCHEID, um dos maiores representantes da Pandectista, a ponto dos estudantes de direito da época dizerem que “*Jurisprudenz, das heißt Pandekten. Pandekten, das heißt Windscheid*”, foi o criador da doutrina da pressuposição (*Voraussetzungslehre*). Esta doutrina sobre as *condictiones*, por meio da qual aflora a tendência, atravessou toda dogmática do autor “*de dar liberdade de movimento, tão necessária para o juiz*”¹⁴⁹.

WINDSCHEID manteve ainda a ideia geral de SAVIGNY ao considerar a *condictio* uma ação de enriquecimento, mas não de maneira genérica como seu mestre. WINDSCHEID rejeita a tese unitária do fundamento das ações de enriquecimento e atribui fundamentos dogmáticos diferentes para os casos de enriquecimentos oriundos de atos de vontade da parte empobrecida e dos casos em que não há atos de vontade do empobrecido¹⁵⁰.

Dos casos em que não há ato voluntário do empobrecido, o autor considera os casos em que há uma atribuição formal de direitos, sem uma causa material que a justifique, como, por exemplo, no caso de aquisição de propriedade por especificação, confusão sem o consentimento do proprietário dos bens especificados ou confundidos. Considera também casos de posse e fruição de coisa alheia sem o consentimento do titular, relacionando-os com a *condictio furtiva* e a responsabilidade delitual, apesar de deixar claro que a restituição não dependente necessariamente da configuração do delito, embora este seja comum nesses casos.¹⁵¹

Já nos casos de enriquecimento oriundos de um ato voluntário do empobrecido, WINDSCHEID os subdivide em 3 grupos. No primeiro caso, a própria lei proíbe o efeito da manifestação da vontade (enriquecimentos *ex iniusta causa*), como no caso da *condictio furtiva* e *ex turpi causa*.¹⁵² No segundo grupo a lei permite ao empobrecido revogar sua manifestação de vontade e obter de volta o que foi atribuído, como nos casos de revogação

¹⁴⁸ WITTE, Hermann, *Die Bereicherungsklagen* Pág. 1

¹⁴⁹ FALK, Ulrich, *Bernhard Windscheid*, Juristas Universales, v. III, juristas del siglo XIX, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, pág. 294.

¹⁵⁰ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7ª ed., B.2, Frankfurt, 1891, pág. 534. Cf. Também a exposição de FU, Guangyu, *Das Causaproblem...* pág. 73/83 sobre a doutrina de WINDSCHEID que seguimos em parte neste trecho.

¹⁵¹ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch...* B.2 pág. 535/536.

¹⁵² WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch...* B.2 pág. 540.

de doação por ingratidão, por exemplo. Já o terceiro grupo WINDSHEID insere os casos em que o requisito está apenas na vontade da parte empobrecida. Casos em que a própria vontade se autolimita. É aqui que o autor desenvolve sua famigerada doutrina da pressuposição, que é estudada tanto no capítulo do enriquecimento¹⁵³ quanto nos capítulos sobre negócio jurídico¹⁵⁴ de suas pandectas.

WINDSCHEID não nega que as *condictiones* tenham seu fundamento no enriquecimento injustificado, mas coloca a seguinte questão: por que esses enriquecimentos são considerados injustificados pelo direito? Porque não correspondem à verdadeira vontade (*eigentliche*) da parte que fez a atribuição patrimonial. E é essa verdadeira vontade que pode vir a ser a pressuposição.¹⁵⁵

Mas retomaremos a doutrina de WINDSHEID mais adiante. O que nos importa neste momento é que sua teoria, embora com notáveis apoiadores como BÄHR e BARON, teve um crítico de peso, Otto LENEL, responsável por excluir a pressuposição na segunda comissão do BGB.¹⁵⁶

Percebe-se, desse modo, que até por volta de 1880, boa parte da mais renomada doutrina enxergava nas *condictiones* (mais especificamente nas *sine causa*) um remédio relacionado a, de certa maneira, um vício de vontade atrelado à finalidade de determinada atribuição patrimonial¹⁵⁷, embora a doutrina majoritária considerasse a *condictio* ainda uma ação de enriquecimento e por este limitada.

1. 4. 1- A formação do BGB

Os redatores do BGB¹⁵⁸, já da primeira comissão, adotaram, de modo geral, a doutrina de SAVIGNY de maneira expressa, conforme leciona MENEZES LEITÃO:

A adoção da concepção de SAVIGNY relativamente à fundamentação do instituto do enriquecimento sem causa no conceito unitário de deslocação patrimonial pode por isso considerar-se como vontade expressa do legislador alemão na redacção da primeira frase do §812 do BGB. Os Motive afirmam expressamente que o pressuposto geral do enriquecimento sem causa tem por conteúdo a restituição de

¹⁵³ WINDSHEID, Bernhard, *Lehrbuch...* B.2 §§423, 426-428.

¹⁵⁴ WINDSHEID, Bernhard, *Lehrbuch...* B.1. §§97-100.

¹⁵⁵ WINDSHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850, §57.

¹⁵⁶ FU, Guangyu, *Das Causaproblem ...*, pág. 82 e 112. Cf. também FALK, Ulrich, *Bernhard Windscheid*, *Juristas Universales*, v. III, juristas del siglo XIX, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, pág. 294.

¹⁵⁷ SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung...* pág. 46.

¹⁵⁸ Cf. também a obra de SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung ...* Sobre o enriquecimento injusto nos tramites de elaboração do BGB.

*tudo cuja transmissão do patrimônio de uma pessoa, para o patrimônio de outrem produziu nessa pessoa um enriquecimento.*¹⁵⁹

Os redatores partiram do pressuposto de negar a doutrina do direito comum, no sentido de que o enriquecimento injusto decorria diretamente da equidade e do princípio de POMPÔNIO do fragmento D. 50. 17. 206, bem como de negar a doutrina fixada no ALR Prussiano da *Versionsklage* (*actio de in rem verso utilis*), um expoente da doutrina do séc. XVIII.¹⁶⁰

O primeiro projeto do BGB não estabeleceu uma cláusula geral, mas positivava os diferentes tipos de *condictiones* separando os casos de enriquecimento sem a vontade do empobrecido, nos quais a falta de causa era decorrente da própria lei, dos casos de enriquecimento oriundo de uma atribuição do empobrecido, nos quais a causa estava dependente da vontade do empobrecido –aceitando em parte a doutrina da pressuposição de WINDSCHEID–. Tratava-se em parágrafos separados e com requisitos distintos os casos das atualmente denominadas *Leitungskondiktion* e *Eingriffskondiktion*¹⁶¹. Leia-se:

*Die erste Kommission kodifizierte, wiederum wie von Kübel es vorgeschlagen hatte, die Leistungs- und Eingriffskonditionen in verschiedenen Paragraphen, führte also eine scharfe Trennung zwischen beiden Konditionstypen durch. Im Gegensatz zu dem vom Willen bestimmten subjektiven Causa-Begriff bei den Leistungskonditionen wurde bei den Eingriffskonditionen ein objektives Rechtsgrundsverständnis vertreten.*¹⁶²

A segunda comissão, principalmente por conta das críticas de LENEL¹⁶³ de que a pressuposição colocaria em risco a segurança jurídica e o tráfego, abandonou a teoria da pressuposição. Seguindo também a tendência mais recente da doutrina, viu na *condictio sine causa generalis* o fundamento das demais *condictiones*, preferindo colocá-la no topo e como fundamento de todas ações de enriquecimento. DIOGO LEITE CAMPOS afirma que somente para o direito comum mais antigo a *condictio sine causa generalis*:

¹⁵⁹ LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa...* pág. 344. No mesmo sentido, ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations...* pág. 872/873; por CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade ...* pág., 104/106; JANSEN, Nils, *Die Korrektur ...* pág. 107.

¹⁶⁰ LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa...* pág. 343.

¹⁶¹ FU, Guangyu, *Das Causaproblem...*, pág. 109. A *Eingriffskondiktion* diz respeito ao enriquecimento derivado da intervenção em patrimônio alheio, tal como traduzido por LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa...* e NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa...*

¹⁶² SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung...* pág. 97.

¹⁶³ LENEL, Otto, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs)*, in *Archiv für Civilistisches Praxis*, V. 74, 1889, pág. 213-239. Outra importante crítica foi feita por GIERKE, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889.

*constituía uma generalização das conditiones nominadas, obtida por indução a partir destas e, portanto, regulada legislativamente depois delas. Para o direito comum imediatamente anterior ao BGB a *condictio sine causa* aparecia como a acção geral de enriquecimento. Devia, portanto, ser tratada legislativamente antes das conditiones singulares que constituíam suas emanações.*¹⁶⁴

A segunda comissão, atendendo as críticas de LENEL e GIERKE¹⁶⁵, eliminou do projeto a pressuposição, alegando que ela colocaria em risco o tráfego¹⁶⁶ e adotou um conceito único de *Rechtsgrund* numa fórmula geral, acabando com a diferenciação entre o fundamento da *condictio sine causa*, lastreada ainda na vontade do empobrecido, e da pretensão de enriquecimento por intervenção, baseada numa violação objetiva.

Dentro da cláusula geral, resgata-se a ideia de SAVIGNY¹⁶⁷ de considerar-se no fundamento da *condictio* todo deslocamento patrimonial ou incremento patrimonial sem causa/injustificado, negando-se também a dar maior espaço à vontade, com uma maior objetivação do conceito de *Rechtsgrund*, sempre com a preocupação de trazer segurança jurídica ao tráfego.¹⁶⁸ Positivou-se também a limitação do objeto da obrigação de restituição ao enriquecimento existente ao tempo da propositura da ação, de maneira ampla e geral, no §818, reforçando a concepção e origem restitutória da pretensão.

¹⁶⁴ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade ...*pág., 105/106. Para mais detalhes, cf. págs. 99/104.

¹⁶⁵LENEL, Otto, *Die Lehre ...* GIERKE, *Der Entwurf ...*

¹⁶⁶ “Der §742 beruhe auf der Windscheidschen Lehre von der Voraussetzung, für deren Beibehaltung Niemand in der Komm. eingetreten sei, weil man sich überzeugt habe, dass diese Lehre die Sicherheit des Verkehrs gefährden und deshalb als Grund lage für das Gesetzbuch sich nicht eigene“. *Protokolle der kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Burgleichen Gesetzbuchs. II. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin: Gutentag, 1896, citado por LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa...* pág. 348.

¹⁶⁷ Defende a mesma opinião, LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa...* pág. 385. No entanto, é preciso citar a opinião mais recente de HEINE (HEINE, Sonja, *Condictio sine datione: zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pág. 183/187) e WIELING (WIELING, Hans Josef, *Bereicherungsrecht*, 4ª ed., Berlin: Springer, 2007, pág. 2/5), que apontam que os legisladores do BGB tinham muito claro em suas propostas a ideia de que o *Rechtsgrund* do enriquecimento derivado de uma atribuição patrimonial não era o mesmo do *Rechtsgrund* das demais formas de enriquecimento e que seu objetivo, ao formular o §812 era, na verdade, deixar claro que as *condictio indebiti* e a *condictio ob rem* eram ações de enriquecimento, submetidas portanto à limitação imposta pelo §818, mas não de adotar a teoria unitária no sentido de que haveria um fundamento comum a todas as pretensões de enriquecimento.

¹⁶⁸ SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung...*pág. 173-175.

Esse ponto é tão crucial que parte a doutrina o considera como cerne mesmo de toda categoria do enriquecimento injustificado¹⁶⁹

Se, por exemplo, uma pessoa transfere uma quantia de dinheiro por equívoco para conta de um terceiro e este terceiro gasta o dinheiro, *e.g.*, num jogo de cartas, o terceiro está liberado da obrigação de restituição pelo §818 para 3 do BGB.

Como afirma FLUME:

*Der Kondiktionsanspruch nach unserem heutigen Recht kein Sachanspruch, sondern ein Anspruch ist, der am Vermögen des Bereicherten orientiert ist. [...] Das geltend Recht hat sich zwar davon gelöst, dass der Bereicherungsanspruch ein konkret auf den indebite-erwerb oder sein Surrogat oder seinen Wert gerichteter Anspruch ist.*¹⁷⁰

Esse modelo, no entanto, além de ser uma excentricidade dentro das codificações europeias, contrasta com a evolução que o instituto teve ao longo de toda história, principalmente com a evolução dos casos de enriquecimento por atribuição, que, como veremos, se aproxima de uma forma de impugnação de negócio jurídico.

Por que negar, ao que prestou indevidamente dinheiro, o direito de receber de volta o que prestou? Tal raciocínio até faz sentido se pensarmos em atribuição de coisas infungíveis, pois se o adquirente se tornou proprietário legítimo do bem, é comum que se espere que ele o utilize do modo que bem entender (nos casos onde há boa-fé de ambos os lados) e não seria equitativo obrigá-lo a indenizar o empobrecido, no caso do bem ter sido destruído sem sua culpa. O risco do perecimento deve ser do credor, ainda mais se consideramos que foi o próprio empobrecido quem fez a atribuição do bem de maneira voluntária e consciente.

¹⁶⁹ DANNEMANN, Gerhard, *The German Law of Unjustified...* pág. 139. Cf. a obra de FLUME, Werner *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung...*

¹⁷⁰ FLUME, Werner *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung...*, pág. 81. E continua: “*Die Kenntnis des römischen Kondiktionsrecht und der Entwicklung zu unserem heutigen Bereicherungsrecht hat deshalb u. E. auch für das geltend Recht aktuelle Bedeutung. Nur wenn man die bisherige Entwicklung sieht, kann man erfassen, wo wir heute eigentlich in unserem kondiktionsrecht stehen, und gewinnt damit auch die richtige Sicht für die besondere Problematik, die sich aus der gegenüber früheren Vorstellungen andersartigen Gestaltung des Bereicherungsanspruchs als eines abstrakt am Vermögen des Empfängers orientierten Anspruchs ergibt*”.

Mas tal raciocínio não faz o menor sentido se pensarmos em dinheiro. Aliás, essa era a posição da doutrina do direito comum, que separava os casos de *condictio indebiti* de *certa species* e de *certa quantitas*. Desde os tempos da Glosa, sendo *specie* (bem infungível), o devedor era liberado da dívida no caso de perecimento do bem, sem sua culpa. No caso de impossibilidade de restituir a coisa certa (por consumo ou venda, por exemplo), a obrigação se convertia no valor da coisa ou no preço da coisa vendida. Mas se tratando de coisas fungíveis ou dinheiro, tinha que devolver exatamente o que recebeu, tal como no mútuo.¹⁷¹

A primeira mudança nessa orientação teria acontecido com FABER, o qual teria limitado à *condictio* de dinheiro a obrigação de restituir *tantundem*, também equiparada ao mútuo para ele. Para casos que envolvessem outros bens fungíveis, como cereais, por exemplo, sustentava-se que o perecimento dos bens liberava o devedor. Não, todavia, o consumo dos bens transformaria a obrigação em pecuniária, pelo valor que os bens tinham ao tempo do consumo.¹⁷²

Já ao tempo do Direito Jusracionalista, WOLF e PUFENDORF mantêm a ideia da equiparação ao mútuo para casos de *condictio* de coisas fungíveis, tal como nos casos de dinheiro. Para outros autores do séc. XVIII, como VOET, STRUVIUS e STRYCKIUS, a comparação da *condictio indebiti* com o mútuo e a distinção entre *species* e *quantitas* são mantidas.¹⁷³

A virada para o entendimento que prevaleceu no BGB, isto é, para uma ação voltada contra o patrimônio do devedor e não contra a atribuição, se deu, de acordo com FLUME¹⁷⁴, apenas com GLÜCK, o qual afirma:

*Die condictio indebiti geht überhaupt auf Wiederstattung desjenigen, was de Beklagte indebite empfangen hat, so weit er dadurch bereichert ist.*¹⁷⁵

GLÜCK passa a impor a mesma limitação existente para casos de coisas infungíveis e para coisas fungíveis, assim como para casos envolvendo dinheiro, tendo tal posição se tornado quase um dogma na primeira metade do século XIX. Somando isso à posição de

¹⁷¹ Cf. Nesse sentido sustentava BALDUS, BARTOLUS e CUIACIUS, todos citados por FLUME, Werner *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung...*, pág. 59-62.

¹⁷² FABER, Anton, *Rationalia ad Pandectas*. Genev. 1604. 1619-1626. Citado por FLUME, Werner *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung...*, pág. 62.

¹⁷³ FLUME, Werner *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung...*, pág. 63-64.

¹⁷⁴ FLUME, Werner *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung...*, pág. 64.

¹⁷⁵ GLÜCK, Christian Friedrich von, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, V. 13, t. 1, Erlangen, 1811, pág. 152.

SAVIGNY, que estabeleceu a *condictio* como ação geral de enriquecimento, tal posição chegou ao BGB.

De modo, geral, como salienta FLUME, sempre se concordou que o risco do perecimento da coisa deveria ser atribuído ao credor, no caso de atribuição de coisa infungível. O devedor responderia somente no limite de seu enriquecimento, caso a coisa não possa mais ser restituída. Essa limitação era justificada em parte pelo princípio de vedação ao enriquecimento injusto, em parte com base no fato da *condictio* ter uma natureza reipersecutória, *i. e.*, perecendo o objeto, o devedor deveria ficar livre da obrigação se não houvesse outro fundamento que justificasse a indenização do credor¹⁷⁶.

Outra posição se dava para os casos de *condictio* de coisas fungíveis ou dinheiro, sendo que somente no século XIX passou-se a equiparar esses casos ao de coisas infungíveis. Isso se deu porque a maior parte da doutrina passou a conceber essa limitação da obrigação de restituição pelo enriquecimento como ponto central das ações de enriquecimento, ponto que a definia¹⁷⁷. Se a ação é de enriquecimento, seu objeto deve ser limitado ao enriquecimento existente no patrimônio do devedor ao tempo da propositura da ação, sendo esse cálculo feito de maneira abstrata no patrimônio do devedor. Como a partir de SAVIGNY as *condictiones* se tornaram ação geral de enriquecimento, seu destino não poderia ter sido outro. De se notar que na visão restitutória, o enriquecimento injusto é invocado mais para limitar o objeto da *condictio* do que para explicar a *condictio*.

Importante frisar a possível influência econômica sobre essa questão. Como a *condictio* pressupõe a transmissão da propriedade do bem atribuído (se não houve transmissão, cabe a *rei vindicatio*), seu uso é atrelado à transmissão abstrata da propriedade e, por consequência, aos títulos de crédito e à circulação de modo geral. Sendo a abstração uma forma de proteção dos terceiros de boa-fé, seu emprego é fundamental para uma economia capitalista, situação essa já mencionada por PAVLICEK em 1878:

*Im modernen Rechtsleben gewinnt die Lehre von den Conditiones mit Rücksicht auf den wachsenden Verkehr und insbesondere die stets zunehmende Beliebtheit der formellen Verträge eine immer grössere Bedeutung.*¹⁷⁸

¹⁷⁶ No mesmo sentido, SANFILIPPO, Cesare, *Condictio indebiti...* pág. 72.

¹⁷⁷ FLUME, Werner *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung...*, pág. 66.

¹⁷⁸ PAVLICEK, Anton, *Zur Lehre ...*, pág. 3, nota de rodapé.

Ainda importante é a limitação da responsabilidade do adquirente do bem ao enriquecimento ainda existente ao tempo da propositura da ação, dando maior proteção ao tráfico, pois é um reforço da abstração das transmissões de propriedade e da proteção do adquirente – que poderia ter segurança de utilizar, consumir ou vender qualquer bem que tenha adquirido. Uma vez que a aquisição fosse impugnada pela ação de enriquecimento injustificado, o adquirente responderia no máximo pelo que sobrou em seu patrimônio do preço da venda ou se nada sobrou, ou então se o consumo do bem não lhe trouxe nenhum incremento patrimonial estaria liberado da obrigação de restituição. Nesse sentido:

Das gilt auch für die herrschende Lehre, die Savignys Vermögensverschiebungsformel mit dem Gedanken der beschränkten Haftung nur auf die Bereicherung verbunden hat. Damit erhielt das Kondiktionsrecht insgesamt eine gänzlich neue Gestalt, zumal man das bei Savigny zentrale Brückenargument der besonderen Schutzwürdigkeit des kreditierenden bzw. irrenden Kondiktionsgläubigers fallen ließ, die Konditionen also in einer genuinen Restitutionsformel präsentierte. Offenbar schien das Brückenargument entbehrlich; zudem passte die Formel von der rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung gut in einen Diskussionskontext, in dem die Leistungskonditionen vor allem deshalb wichtig wurden, weil man die Übereignung abstrakt konzipierte, die Konditionen also als 'Ersatz' der Vindikation wahrnahm.¹⁷⁹

É, portanto, a própria definição de enriquecimento desenvolvida por parte da doutrina alemã do séc. XIX, e depois positivada no BGB, que tornou objeto da *condictio indebiti* o enriquecimento do patrimônio do devedor considerado abstratamente, ao invés de considerar como objeto da pretensão o próprio bem atribuído indevidamente, ou seu valor, tal como se fazia no direito romano e ao longo de toda evolução.

Mas, como esclarece GUANGYU FU¹⁸⁰, a fórmula final do §812 do BGB foi mais um acerto político de compromisso para finalização do código do que um resultado lógico e doutrinário. Tamanha foi a confusão, que até os anos de 1930, a doutrina ainda não tinha uma posição consolidada sobre o suporte fático do §812¹⁸¹, por outro lado, deu amplo espaço de discussão para enriquecer a doutrina sobre o tema.

1. 4. 2 - Período pós-BGB

São três as principais linhas doutrinárias que se desenvolveram após a entrada em vigor do BGB. A doutrina unitária tradicional, que foi a mais influente na primeira metade do séc. XX; a doutrina da separação entre enriquecimento oriundo de uma prestação e

¹⁷⁹ JANSEN, Nils, *Gesetzliche Schuldverhältnisses...* pág. 141.

¹⁸⁰ FU, Guangyu, *Das Causaproblem ...*, pág. 118.

¹⁸¹ Cf. DANNEMANN, Gerhard, *The German Law...* pag. 22-23.

oriundo por outros modos, também chamado genericamente de enriquecimento por intervenção (doutrina dominante desde a segunda metade do séc. XX até os dias de hoje); e a chamada nova doutrina unitária que surge nos anos 1970, mas sem grande recepção.¹⁸²

Isso não quer dizer que exista, necessariamente, uma coesão e harmonia entre os autores das mesmas linhas doutrinárias. Em verdade, com exceção talvez de WILBURG e VON CAEMMERER, cujas doutrinas são mais harmônicas, as demais linhas doutrinárias têm apenas uma ligação formal, vez que o conteúdo das obras dos autores classificados dentro da mesma linha diverge em pontos importantes.

Por exemplo, como bem aponta GUANGYU FU¹⁸³, os autores classificados dentro da linha doutrinária da teoria unitária tradicional adotam posições distintas sobre o conceito de *Rechtsgrund*. Alguns, como CROME¹⁸⁴ e GIERKE¹⁸⁵, apesar de adotarem uma visão unitária do enriquecimento, defendiam diferentes fundamentos para o nascimento da pretensão à restituição, adotando a visão do vício da finalidade da atribuição para casos em que houvesse negócio jurídico. Para os outros casos, a causa de justificação dependia diretamente da lei, que legitimaria ou não o deslocamento patrimonial.

Outro caminho seguiu, por exemplo, o grande romanista Fritz SCHULZ, também defensor de uma teoria unitária, todavia baseada na ilicitude decorrente da intervenção em patrimônio alheio. Para ele, o fundamento das *condictiones* era a ilicitude decorrente do enriquecido deter em seu patrimônio bens ou direitos que ou a lei ou determinado negócio jurídico proíbe, ou ainda que não haja uma proibição, que a ausência de um negócio jurídico não legitima.¹⁸⁶

¹⁸² Para detalhes sobre a posição dos autores e suas teorias, cf. a excelente exposição de LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa...* pág. 383-437. Também SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung des Rechtsgrundbegriffes ...* pág. 192.

¹⁸³ FU, Guangyu, *Das Causaproblem ...*, pág. 121.

¹⁸⁴ CROME, Carl, *System des deutschen Bürgerlichen Rechts*, V. 2, T. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, 1902 §316-323.

¹⁸⁵ GIERKE, Otto von, *Deutsches Privatrecht*, V. 3, Munique: Duncker & Humblot, 1917, §218., pág. 996.

¹⁸⁶ SCHULZ, Fritz, *System der Rechte auf Eingriffserwerb*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, n. 10, 1909, pág. 1-489, especialmente 479 e ss.

SCHULZ aproxima, dessa maneira, o enriquecimento injusto da responsabilidade civil por ato ilícito, tendo como função uma proteção patrimonial¹⁸⁷ que não deixa de ser uma espécie de generalização da antiga *condictio furtiva*.¹⁸⁸

Apesar de não ter sido bem recebida, a teoria de SCHULZ foi depois limitada aos casos de enriquecimento “por outros modos”, servindo para apuração do conceito de enriquecimento por intervenção e sua função de proteção patrimonial.¹⁸⁹

Já a doutrina da separação, primeiramente defendida por WILBURG¹⁹⁰ e complementada poucos anos depois por VON CAEMMARER¹⁹¹, acaba retomando a visão predominante do séc. XIX de separar as formas de enriquecimento. Fixos na letra da lei, defendem uma tipologia distinta para os enriquecimentos oriundos de uma atribuição patrimonial, campo clássico das *condictiones*, e para os enriquecimentos “de outro modo”.

Enquanto as *condictiones*, especialmente as *sine causa*, estão atreladas à resilição de atribuições patrimoniais falhas que “*gehört als Ergänzung und Störungskorrektiv zum Recht der Güterbewegung*”¹⁹², o enriquecimento “por outros modos” tem como fundamento principal a propriedade e sua violação por intervenções alheias: “*dienen diese Bereicherungsansprüche dem Guterschutz, wie die actio negatória und die vindicatio, der Deliktsanspruch wegen schuldhafter Verletzung absoluter Rechte oder der Anspruch auf Herausgabe boslichen Eingriffserwerbs.*”¹⁹³

Como bem salienta DANNEMANN:

In this reading, the general clause serves predominantly as a description of an area of case law rather than as a definition of a claim, and the case law of the courts will produce types or groups of cases where enrichment seems unjustified, bringing it closer to an unjust factor approach. In German Law, this situation was perceived

¹⁸⁷ SCHULZ, Fritz, *System der Rechte auf Eingriffserwerb*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, n. 10, 1909, pág. 479.

¹⁸⁸ DE FRANCISCI explica que no direito romano arcaico a *condictio* era uma ação delitual. A transmissão de uma propriedade para o adquirente não o obrigava *in re* a restituir o que recebeu, tampouco exigir uma contraprestação do alienante. Todavia, o fato do adquirente ter algo que não lhe pertencia era visto como um furto (na concepção antiga que o termo tinha, mais ampla do que a atual). A *condictio furtiva* é, portanto, reminiscência do direito arcaico e da forma delitual da ação (cf. DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma, storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, V. II, Pavia: Mattei, 1916. Pág.364). A forma mais arcaica da *condictio* (etimologicamente significa denunciar/notificar – GAI, Inst. IV, §18) era usada como aviso à invasores de terras romanas, antes dos romanos declararem guerra.

¹⁸⁹ SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung...*, pág. 180.

¹⁹⁰ WILBURG, Walter, *Die Lehre von die ungerechtfertigten...*

¹⁹¹ VON CAEMMERER, Ernst, *Bereicherung und unerlaubte Handlung...*

¹⁹² VON CAEMMERER, Ernst, *Bereicherung und unerlaubte Handlung...* pág. 342.

¹⁹³ VON CAEMMERER, Ernst, *Bereicherung und unerlaubte Handlung...* pág. 353.

as unsatisfactory. It was overcome because Wilburg and von Caemmarer succeeded in convincing their colleagues and the courts¹⁹⁴ that one must clearly distinguish between the two alternatives of §812 para. 1. Sent. 1 BGB, thus making Leistung (performance or transfer) the watershed in restitution.¹⁹⁵

Somente nesses casos onde ocorre uma atribuição patrimonial tendo em vista um *negotium* entre as partes (mesmo que putativo) é que a causa tem um papel, devendo-se afastar sua aplicação nos casos de enriquecimento “por outros modos”¹⁹⁶. Como conclui LEITÃO ao adotar a posição majoritária da doutrina alemã sobre o tema:

O enriquecimento por prestação dispensa a aplicação de um requisito de empobrecimento. [...] O legislador exige apenas que se verifique a recepção da prestação (enriquecimento) e a ausência de causa jurídica para essa recepção, em virtude de esta não existir, ter desaparecido ou não vir a surgir posteriormente. [...] O único fato que o credor da restituição tem que demonstrar é que realizou uma prestação e, dado que é inaceitável a tese de que na obrigação a realização da prestação implica sempre uma transferência de valores entre o patrimônio do devedor e do credor, não se vê como é possível passar a exigir este requisito no caso de se tratar de uma prestação indevidamente realizada.¹⁹⁷

A definição amplamente aceita de “prestação” é a de um incremento patrimonial em esfera jurídica alheia feito de maneira consciente e com determinada finalidade.¹⁹⁸

Assim, para a doutrina hoje dominante, a falta de causa é determinada pela frustração ou não da finalidade da atribuição, do ponto de vista da parte atribuidora. Antes da aceitação da doutrina da separação do instituto do enriquecimento injusto, a doutrina majoritária identificava a causa jurídica com o negócio jurídico causal obrigacional subjacente à prestação, visão adotada inclusive por WILBURG¹⁹⁹.

Mas, conforme expõe LEITÃO:

A doutrina atualmente dominante na Alemanha considera, porém, a ausência de causa jurídica no enriquecimento resultante de uma prestação em sentido subjetivo, considerando que é unicamente o fim exterior da prestação e não o fim do negócio causal ou o fundamento da obrigação legal que determina a existência de causa para a prestação. Nesta concepção, o conceito de causa jurídica não resulta do negócio subjacente à prestação, mas sim da própria prestação, consistindo na

¹⁹⁴ BGH 31,10,1963, BGHZ 40, 272: Julgado em que se adotou a divisão proposta por WILBURG E von CAEMMARER.

¹⁹⁵ DANNEMANN, Gerhard, *The German Law of Unjustified...* pág. 23.

¹⁹⁶ DANNEMANN, Gerhard, *The German Law of Unjustified...* pág. 88. No mesmo sentido, WILBURG, Walter, *Die Lehre von die ungerechtfertigten....* pág. 11.

¹⁹⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa...* pág. 661.

¹⁹⁸ O Autor principal responsável pela aceitação generalizada dessa definição de prestação, que retoma a ideia da causa-subjetiva, de acordo com LEITÃO (LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa...* pág. 630) foi KÖTTER, *Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion*”, in AcP 153 (1954), pág. 193-239. Para uma exposição detalhada da doutrina sobre o assunto, conferir a obra de LEITÃO supracitada.

¹⁹⁹ WILBURG, Walter, *Die Lehre von die ungerechtfertigten....* Pág. 11 e 50.

*obtenção do fim desta, definido pelo prestante. Para essa definição, nem é necessário, muitas vezes a existência de uma relação obrigacional subjacente.*²⁰⁰

Voltou-se, assim, a doutrina da causa-subjetiva outrora predominante no século XIX, que aproxima muito esse instituto da dogmática própria dos negócios jurídicos²⁰¹.

Já o enriquecimento por outros meios, conforme leciona von CAEMMERER pode ser subdividido em 3 grupos²⁰²:

- (i) Restituição por intervenção em patrimônio alheio (*Eingriffskondiktion*);
- (ii) Restituição por despesas feitas em bens alheios (*Verwendungskondiktion – negotiorum gestio*);
- (iii) Restituição por pagamento de dívida alheia – direito de regresso (*Rückgriffkondiktion*).

Em todos esses casos, a causa da atribuição não é levada em conta, pois não há atribuição patrimonial. Vale lembrar que apesar dos casos de despesas feitas em coisa alheia serem também atos voluntários do próprio empobrecido, tal como ocorre no enriquecimento por atribuição, tais atos não são negociais (não há vontade de atribuir vantagens patrimoniais à outrem).

Para a principal categoria²⁰³ do gênero de enriquecimento sem atribuição, a *Eingriffskondiktion*, WILBURG e von CAEMMERER desenvolveram a teoria da imputação²⁰⁴, até hoje predominante para explicar quando caberia ou não a restituição.

Adotando em parte a concepção de SCHULZ, mas negando o caráter de ilicitude, para a referente teoria, o que define se determinado enriquecimento é justo ou injusto é o

²⁰⁰ LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa...* Pág. 644.

²⁰¹ “*Die bereicherungsklage ist dort [nos enriquecimentos sem prestação] eine Rechtsfortwirkung, hier [enriquecimento por prestação] eine Art rechtsgeschäftlicher Anfechtung. [...] Die Leistungsrückgabeanspruch knüpft nicht an ein Recht des Verkürzten an. Zu seiner Darstellung genügt der Gedanke dass die Leistung rückgängig zu machen sei, der erforderliche causa fehlt. Als Gegenstand der Rückforderung wie der Leistung kommt jeder beliebige Vorteil in Betracht, den der Leistende dem Empfänger verschafft. Was Inhalt eines Schuldverhältnisses sein kann, ist auch Gegenstand der Kondiktion*” (WILBURG, Walter, *Die Lehre von die ungerechtfertigten....* Pág. 49/50).

²⁰² CAEMMERER, Ernst von, *Bereicherung und unerlaubte Handlung...*352 e ss. Para mais detalhes sobre essa categoria de enriquecimento, remetemos o leitor às obras citadas vez que não será aprofundada neste trabalho, focado no enriquecimento por atribuição.

²⁰³ Nesse sentido, cf. ZIMMERMANN, Reinhard, *Bereicherungsrecht in Europa: Eine Einführung*, in Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts, coord. por Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck: Tübingen, 2005, pág. 17-46, pág. 29 e nota 82. No mesmo sentido, cf. também: MEDICUS, Dieter, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 5ª ed., C.H. Beck: München, 2007, pág. 135.

²⁰⁴ “Zuweisungstheorie“ WILBURG, Walter, *Die Lehre von die ungerechtfertigten....*pág. 27 e ss.

próprio ordenamento legal. No caso da propriedade, por exemplo, o ordenamento atribui ao titular o direito de usufruir exclusivamente do bem. Portanto, se um terceiro viola a propriedade alheia e se enriquece, este ganho é indevido, pois o ordenamento imputa ao titular da propriedade o direito de receber esse ganho. Portanto, há que existir um nexo de causalidade entre o ganho e o direito violado para caracterização dessa forma de enriquecimento.

WILBURG classifica essa categoria como uma espécie de eficácia do próprio direito de propriedade ou de outros direitos absolutos (bens imateriais, direito da personalidade, etc.). O que torna, portanto, injusto o enriquecimento é a violação da propriedade alheia, de outros direitos absolutos e interesses protegidos pela lei, ou, mais especificamente, a violação dos direitos inerentes da propriedade, que são imputados pelo ordenamento com exclusividade ao titular. Voltamos aqui à figura central do *dominium*, que serviu de base ao direito restitutivo de GRÓCIO. O objeto da restituição, nesses casos, é o ganho auferido pelo enriquecido.

Os casos mais comuns dessa forma de enriquecimento se dão no uso indevido de marca, por exemplo. Nesses casos, um terceiro auferir ganhos utilizando-se da marca alheia, sem necessariamente causar um dano (no sentido de prejuízo ou diminuição patrimonial) ao titular e sem necessariamente agir dolosamente ou com culpa. Não há que se falar, portanto, em ato ilícito – embora ele exista na maioria dos casos). Deste modo, o caso é de enriquecimento injusto por intervenção em patrimônio alheio.

Outro exemplo é de uso de material de construção roubado, utilizado na construção feita no terreno do ladrão. Nesse caso, o ladrão deve indenizar o proprietário dos materiais. Também se aplica a *Eingriffskondiktion* no direito alemão para casos em que um não-titular transfere direito alheio para terceiros, adquirindo o terceiro a titularidade do bem. Nesses casos, deve o alienante indenizar o titular pela perda do bem, com base no que ganhou.

Para os demais casos²⁰⁵ não há um critério claro sobre o fundamento da pretensão, que é normalmente fixado em outras regras do BGB, como, por exemplo, a relação possessor/proprietário e regras de construção, acessão, benfeitorias, etc., mas que também fazem remissão à ideia da propriedade e são importantes para os casos de despesas feitas em

²⁰⁵ Para uma exposição clara e cheia de exemplos, cf. MEDICUS, Dieter, *Gesetzliche Schuldverhältnisse...* pág. 129-136.

coisa alheia. Outro instituto importante é o da gestão de negócios, que pode também ser utilizado quando presentes seus requisitos.

Como já dito, a chamada “doutrina da separação” proposta por WILBURG e von CAEMMERER foi amplamente aceita na doutrina e jurisprudência da Alemanha, tendo se tornado dominante em toda doutrina.

CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE: A DISTINÇÃO DAS *CONDICTIONES* DAS AÇÕES DE ENRIQUECIMENTO

Como bem adverte ZIMMERMANN, a categoria de fonte obrigacional denominada como enriquecimento injusto é amorfa, pois seu significado prático, seu campo de aplicação e suporte fático variam de acordo com cada ordenamento, vez que deve ser estudada sistematicamente com a questão da distribuição dos riscos do contrato, com a questão da transmissão da propriedade e com a definição do ato ilícito²⁰⁶.

O que se buscou nesta primeira parte da tese foi demonstrar a evolução histórica do enriquecimento injusto dentro do direito continental europeu como fonte obrigacional. Parece inquestionável que o enriquecimento injusto, enquanto fonte obrigacional, é uma construção do final do humanismo e início do racionalismo, tendo como grande expoente GRÓCIO, que por sua vez baseou-se claramente no direito restitutivo canônico para sua elaboração. A visão restitutória, que fundou o enriquecimento injusto como fonte obrigacional, é focada no *dominium*.

Apesar da referida visão não ter sido adotada pelos principais autores racionalistas, como PUFFENDORF e WOLF, foi resgatada por SAVIGNY, que viu na *condictio* uma indenização pela perda da *rei vindicatio*. Também é devido à SAVIGNY a generalização da *condictio* como ação de enriquecimento.

Antes de obra de SAVIGNY, tanto a doutrina como as legislações tratavam separadamente as *condictiones* (principalmente a *indebiti*) e os casos de enriquecimento injusto, normalmente regulados pela *negotiorum gestio utilis* e *actio de in rem verso*, ambas reformuladas pelo direito comum e consideradas atualmente como casos de “intervenção em patrimônio alheio” ou “despesas” feitas em coisa alheia.

A evolução histórica demonstrou cabalmente o erro de se aglutinar na mesma categoria os casos típicos de *condictiones* (enriquecimento por atribuição) e casos de enriquecimento sem atribuição, categorias completamente distintas.

²⁰⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, *Bereicherungsrecht in Europa: Eine Einführung*, in Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts, coord. por Reinhard Zimmermann, Mohr Siebeck: Tübingen, 2005, pág. 17/46, pág. 26.

Da mesma maneira, a doutrina romanística atual é clara ao limitar as *conditiones* clássicas aos casos de atribuição patrimonial e contratual, excluindo sua utilização como ação de enriquecimento, vez que seu objeto era sempre certo e delimitado (*condictio certa rei* ou *certa pecuniam*), sendo, portanto, equivocado se considerar tais remédios como medidas de enriquecimento (pois não eram limitadas pelo enriquecimento existente ao tempo da propositura da ação, nesse sentido não eram ações de enriquecimento). Como leciona FLUME:

*Allerdings haben die Klassiker – ebenso wenig allerdings auch die nachklassiker und kompilatoren – den Kondiktionsanspruch nicht abstrakt am Vermögen des Empfängers orientiert und auf die Vermögensmehrung als Abstraktum abgestellt. Vielmehr sind sie dabei geblieben, dass die condictio auf den konkreten, durch datio erlangten Erwerb oder den Wert desselben gerichtet ist.*²⁰⁷

Já a *actio de in rem verso* tinha como objeto o enriquecimento, tendo por conta disso, ao lado da *negotiorum gestio*, se tornado uma ação geral de enriquecimento no séc. XVIII. Como bem salienta KUPISCH, para a doutrina dos séculos XVII e XVIII:

*Nicht repetitio, sondern indemnitas macht die Qualität der actio de in rem verso. Die Berufung auf das Verbot, sich mit dem Schaden eines anderen zu bereichern, bildet die oberste Rechtfertigung, das Ziel der Klage. Deswegen wird die versio in rem aber nicht unter den Gesichtspunkt rechtsgrundloser Bereicherung gesehen. Die Bereicherung maxime konkretisiert sich vielmehr – analog der negotiorum gestio – in der Verpflichtung des Beklagten, in quantum versum est an den Kläger ein Äquivalent (indemnitas, obligationi satisfacere) zur erbringen*²⁰⁸

Ou seja, a relação entre a *actio de in rem verso* com o enriquecimento injusto se deu mais pelo objeto da restituição, uma espécie de indenização medida pelo enriquecimento de fato existente no patrimônio do enriquecido, por interferência em coisa alheia, do que pelo seu fundamento na máxima de POMPONIO. Como leciona CAMPOS:

*Na actio de in rem verso o acento tônico era colocado na indenização (indemnitas) por uma utilidade obtida, enquanto na condictio tratar-se-ia verdadeiramente de uma repetição (repetitio). Naquela, seria a versio in rem, o versar em coisa alheia, o fundamento da ação, enquanto nesta seria a obtenção de algo sem fundamento jurídico. A própria proibição do enriquecimento surge como uma justificação mais elevada da ação, e não como o seu fundamento imediato, digamos positivo. O fundamento próximo da obrigação de indenizar estava na intervenção útil em patrimônio alheio.*²⁰⁹

Fica claro, assim, que as *conditiones* nada tem a ver com a *actio de in rem verso/negotiorum gestio*, vez que possuem fundamentos distintos, sendo que o próprio

²⁰⁷ FLUME, Werner *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung...* pág. 59. Assunto esse praticamente pacificado, mas que será objeto de aprofundamento na segunda parte desta tese.

²⁰⁸ KUPISCH, Berthold, *Versionsklage...* pág. 27.

²⁰⁹ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade...* pág. 59-60.

objeto da pretensão de cada uma é diferente (num a *repetitio*, noutra a *indemnitas*). Na própria Alemanha, onde se adotou no código uma visão unitária do enriquecimento, a doutrina e a jurisprudência se viram na necessidade de separar os casos de *condictio* dos demais, ligados ao modelo da *actio de in rem verso*.

A diferença é tamanha que GIGLIO²¹⁰ aponta dois grandes modelos de ações restitutórias no direito comparado: o *condictio-model* e *in rem verso-model*. No primeiro, chamado enriquecimento injustificado, o ponto central é a causa da atribuição patrimonial e a restituição do que foi atribuído. Já o *in rem verso-model* é categorizado por ele como enriquecimento injusto, vez que mais ligado à máxima de POMPONIO e cujo objeto da restituição é a própria medida do enriquecimento

Na *condictio*, temos *repetitio*; nas outras formas de enriquecimento, temos via de regra uma indenização, não pelo dano, mas pelo ganho auferido injustamente. Como bem aponta VON TUHR, o enriquecimento injusto como fonte obrigacional nasce ao lado da cláusula geral da responsabilidade civil por ato ilícito. Ambos institutos, desenvolvidos pelo direito comum, são pensados como diferenças patrimoniais resultantes de um estado patrimonial antes e depois de determinado evento:

*Beide Begriffe werden als eine Vermögensdifferenz gedacht, die sich aus dem Stand eines Vermögens vor und nach einem bestimmten Ereignis ergibt. Ist das Ereignis ein rechtswidrig zugefügter Nachteil, so ist die Differenz der Schaden, ist das Ereignis ein ohne Rechtsgrund erlangter Vorteil, so ist die Differenz die Bereicherung.*²¹¹

²¹⁰ “Comparative law shows that it is possible to identify the progeny of these roman law claims in modern legal systems. The main, but by no means exclusive, field of application of the *condictio*-like action covers restitution as a consequence of void contracts or of a mistaken payment. The object of the claim is the performance itself, namely the thing, the sum of money etc. As far as things are concerned, wherever possible there should be restitution *in rem*, rather than by equivalent. For money and other chattels whose importance lies only in their kind, such as grain, petrol, etc. the same quantity of the same quality of product (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*) replaces what had concretely been given. Variations in the price of devaluation of money do not affect restitution. The rule of law which lies behind such a claim states that what has been performed *sine causa* may be reclaimed. The main features of this modern *condictio* are: (i) performance; (ii) lack of legal basis for it; (iii) the directness of the transfer of wealth from claimant to the defendant. By contrast, the action *de in rem verso* does not require any performance by the claimant. Nor need the transfer of wealth occur on the basis of an invalid *causa*. This action is activated by violation of general legal principles - rather than legal rules - which is redressed through an evaluation of the consequences of the transfer on both parties.[...] The claimant is more likely to receive only that part of the defendant’s benefit which at the time of the claim can be still qualified as existing enrichment. The enrichment which triggers the claim does not have to be unjustified; but it must be unjust. The legal principle which lies behind the *versio*-claim dates back to a well-known statement expressed by Pomponius[...]” GIGLIO, Francesco, *A systematic approach to ‘Unjust’* ... pág. 459/460.

²¹¹ VON TUHR, Andreas, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Weimar: Böhlau, 1907, pág. 13.

Mas essa visão indenizatória não é condizente, como vimos, com a *condictio sine causa*. Aliás, é de se questionar se até nos casos do modelo *de in rem verso* se trata de uma fonte obrigacional autônoma e não de uma extensão da responsabilidade civil por ato ilícito²¹², considerando-se o ordenamento brasileiro que adotou uma cláusula geral e aberta de ato ilícito, ou de simples decorrência legal de atribuição de direitos reais.

Dos casos de enriquecimento originados por ato do próprio enriquecido, é de se pensar até que ponto tais atos são passíveis de serem acobertados pela responsabilidade civil extracontratual²¹³ em nosso ordenamento, ainda mais considerando-se a tendência de objetivação da responsabilidade civil. A similaridade entre tais casos de enriquecimento e a responsabilidade civil se dá pelo fato de ambos terem como requisito um ato violador de direito e um certo caráter indenizatório –um pelo ganho indevido, outro pelo dano sofrido –, mas é controverso o ponto sobre culpabilidade do ato e sobre o requisito do dano, pois ambos elementos são ausentes para caracterização da obrigação de restituir o enriquecimento injusto.

Sobre o dano, por exemplo, abarcaria também aquilo *que temos a menos do que deveríamos ter*²¹⁴. Pagar *royalties* ou o valor do lucro obtido ao titular de uma marca usada indevidamente pode ser considerado a indenização de um dano? Seria a culpa elemento essencial para caracterização da responsabilidade civil extracontratual? A depender de tais respostas, cujas soluções fogem do escopo desta tese, pode-se abarcar muitos casos de enriquecimento originado por ato do enriquecido por intervenção em direito alheio dentro da responsabilidade civil.

Outro fundamento que serviria para embasar dogmaticamente casos *in rem verso* originados por atos do próprio enriquecido são os direitos reais e as formas de aquisição de

²¹² O tema merece mais desenvolvimento, todavia, descabido na presente tese. Mas é de se refletir até que ponto os enriquecimentos causados por atos dos próprios enriquecidos não são passíveis de serem acobertados pela responsabilidade civil extracontratual. Deve-se recordar que um dos motivos dos alemães utilizarem tanto o enriquecimento injusto, bem como a boa-fé e outras formas de responsabilidade contratual, é que o BGB não adotou uma cláusula geral de responsabilidade civil por ato ilícito, tendo restringido tal opção dogmática demasiadamente. Cf. o importante artigo publicado por Jan SCHMIDT (*Responsabilidade Civil no Direito Alemão e método de direito comparado*, in RTDC, V. 40, out/dez 2009, pág. 139/150) sobre a responsabilidade civil no direito alemão, com considerações a respeito do ordenamento brasileiro. Sobre a história, evolução e o motivo da restrição da responsabilidade civil por ato ilícito no BGB, cf. ZIMMERMAN, Reinhard, *The Law of Obligations...* pág. 902/1206.

²¹³ Sobre a relação entre a ação de restituição por enriquecimento e a responsabilidade, cf. GALLO, Paolo, *L'arricchimento senza causa...* pág. 365/385 e 447/450, o qual considera que a responsabilidade pelo enriquecimento “*pue essere vista alla stregua di una super responsabilità civile senza colpa*”.

²¹⁴ *Suma*, II-II, Q.62, art. 4.

propriedade. A lei estabelece como valor maior a ser tutelado o fato de que bens/serviços incorporados a um bem devem a ele pertencer, ou melhor, pertencer ao titular do bem ao qual os bens/serviços foram incorporados.

É sobre tais temas aliás que se desenvolveu o conceito de enriquecimento injusto, conforme leciona GALLO:

L'affermazione di un principio generale di responsabilità da arricchimento da parte dei giureconsulti continentali há infatti avuto luogo com particolare riferimento ai casi di arricchimento dei quali noi ci siamo occupati nel capitolo sesto, ovvero i casi di arricchimento conseguente l'ingerenza in una situazione protetta. Ed è próprio com particolare riferimento a questa fattispecie che sono stati precisati ed individuati i vari elementi dell'azione (arricchimento, danno, correlazione tra danno ed arricchimento, ingiustizia e sussidiarietà dell'azione). Ed è significativo come il concetto di ingiustizia sai per lo più stato determinato facendo riferimento al concetto di lesione di um diritto.²¹⁵

Dessa maneira, *e.g.*, o uso de material de construção alheio roubado para erigir uma casa torna o ladrão proprietário do material que foi incorporado à sua casa, resolvendo-se a situação da vítima do roubo via indenização. Ou seja, a situação parece antes estar ligada, novamente, à questão da propriedade, ou melhor, à indenização pela perda da propriedade causada por um ato ilícito ou até lícito (no caso, por exemplo, do material não ter sido roubado, mas usado de boa-fé).

Essa lógica está presente em toda matéria referente às benfeitorias, construções, aquisição de propriedade por especificação, comissão, adjunção, confusão e também na questão de posse e das despesas feitas em coisa alheia.

Boa parte da confusão se deu pelo fato de muitas dessas situações terem sido remediadas pelas *condictiones*, que ao longo dos séculos e principalmente durante o século XIX, na Alemanha, passou a ter seu campo de aplicação ampliado para abarcar também tais situações. De qualquer maneira, fica clara a distinção entre as duas pretensões principais relacionadas ao enriquecimento injusto.

De um lado, temos as *condictiones sine causa*, enriquecimentos oriundos de atos voluntários do empobrecido, de verdadeiros negócios jurídicos, tendo por objeto **a repetição do bem atribuído sem causa**, sendo compreendido como causa a finalidade da atribuição patrimonial. As *condictiones sine causa* seriam formas de tornar ineficaz o negócio jurídico de atribuição, com efeito *ex nunc*. Somente esses casos podemos chamar de

²¹⁵ GALLO, Paolo, *L'arricchimento senza causa...* pág. 572.

enriquecimento sem causa em sentido técnico (pois só neles a causa entra em cena). A obrigação de restituição nasce da violação de um direito relativo. São exemplos: o pagamento de dívida inexistente; a doação feita em função de núpcias não realizadas; alguns negócios fiduciários; entre outros.

De outro lado, temos uma gama de pretensões que se originam de enriquecimentos oriundos de ato ou ato-fato do enriquecido, ou de terceiros e até de meros fatos em sentido estrito, que têm em comum a violação de um direito absoluto do empobrecido que gera um enriquecimento patrimonial. Aqui, a injustiça do ato deriva da violação do direito, não há que se falar de causa. O objeto da obrigação de restituição é, portanto, o exato incremento patrimonial: o enriquecimento. Mas daí dizer que o enriquecimento injusto em si constitui fonte da obrigação é um salto da doutrina aparentemente irrefletido. São exemplos: o uso indevido de marca alheia ou de outro bem sem autorização do dono. alienação de bem alheio. aquisição de propriedade de bem alheio por especificação, comissão, adjunção e confusão; pagamentos de dívidas alheias gerando o chamado direito de regresso; entre outros.

Podemos incluir nesses casos também enriquecimentos originados por ato do próprio empobrecido, mas sem negócio jurídico: o caso das despesas em coisa alheia, cujo fundamento estaria mais atrelado aos direitos reais e às formas de aquisição de propriedade. Mas o objeto da restituição aqui não é o enriquecimento, mas as despesas que “*hão de ser reembolsadas pelo valor que foi empregado*”²¹⁶.

Mas o fato é que pelo estudo histórico-dogmático²¹⁷ das *condictiones sine causa* chega-se a conclusão de que o enriquecimento nunca fora seu objeto ou a medida da obrigação de restituição, sendo altamente questionável se são ações de enriquecimento. Aliás, mostra-se questionável até o próprio conceito de enriquecimento como fonte obrigacional, mas tal tema mereceria uma tese à parte, que foge do escopo do presente trabalho – voltado ao estudo das *condictiones*. São essas as ações a serem agora analisadas na segunda parte da tese.

²¹⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* T. XXII, pág. 335.

²¹⁷ Nos influenciou grandemente nesse aspecto a tese do Prof. Alcides TOMASETTI JR. (*do Contrato Preliminar...*) e a obra de ZIMMERMANN (*The Law of Obligations...*)

SEGUNDA PARTE - A FORMULAÇÃO TEÓRICA DAS CONDICTIONES

CAPÍTULO 2 - AS *CONDICTIONES* NO DIREITO ROMANO CLÁSSICO

O estudo dogmático das *condictiones* se confunde com seu estudo histórico, principalmente com seu estudo no direito clássico. Muitas das teorias sobre as *condictiones* se baseiam em diferentes visões sobre a *condictio* clássica. Assim, para entender as diferentes doutrinas sobre o tema é preciso retomar a discussão do ponto de vista do direito romano e não meramente do direito civil codificado.

O direito romano se estende por um período que vai desde aproximadamente 200 a. C. até o século IV d. C.²¹⁸ (sem incluir o período Bizantino), ou seja, um período com mais de 600 anos. No entanto, é no chamado período clássico que se volta a atenção dos juristas. O marco inicial deste período é o governo do principado de Otaviano Augusto em 27 a. C., se estendendo até a queda de Dioclesiano (305 d. C) e ascensão de Constantino em 312 d. C., que marca o início do direito pós-clássico e da decadência da ciência jurídica.

O período clássico é assim chamado “*per la pureza di forme e per la perfezione tecnica raggiunti dal lavoro scientifico dei giuristi ma classici, anche e soprattutto, perché il metodo dei giuristi – il metodo, non di per sé le soluzioni adottate – viene additato come un modello universale; classico appunto*”.²¹⁹

Dessa maneira, mostra-se essencial retomar o estudo das *condictiones* pelo direito romano, especialmente o clássico, não como exposição histórica do instituto afim de mostrar erudição, mas quase como tema principal do objeto ora estudado.

2. 1 - A Fórmula da *condictio*

Com as descobertas das Institutas de Gaio na cidade de Verona em 1816, verificou-se que a fórmula da *condictio* no edito do pretor era basicamente uma e que a divisão encontrada nos títulos do livro XII do Digesto entre a *condictio indebiti, causa data causa*

²¹⁸ Cf. a lista de juristas feitas por data em CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano*, 6ª ed., São Paulo: RT, 1988, §171.

²¹⁹ MARRONE, *Instituzioni di Diritto Romano*, 3ª ed., Parlema: Palumbo, 2006, pág. 11.

non secuta, ob turpem vel iniustam causa e sine causa não encontrava amparo no processo formulário, mas fora criação pós-clássica e bizantina.

A unidade processual da *condictio* suscitou o grande debate acerca de qual seria sua causa/fundamento, a chamada *causa condictiones*. Como leciona GAIO²²⁰, a *condictio* fora instituída ainda no tempo das *legis actiones* ao lado das *actio per sacramento, per iudicis postulationem, per manus iniunctionem e per pignoris captionem*. O mesmo autor afirma ainda que a *legis actio per conductionem* fora instituída pela *Lex Silia*, inicialmente apenas tendo por objeto a pecúnia (*condictio certa pecúnia*) e, mais tarde, instituída a *condictio certa rei* pela *Lex Calpurnia*²²¹.

No direito clássico haviam apenas uma variação da fórmula da *condictio*, a *certa pecúnia* e a *certa rei*²²². A primeira era chamada de *actio certae creditae pecuniae*, usada nos contratos de mútuo dinheiro²²³, e tinha a seguinte fórmula:

*Iudex Esto. Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oportere, iudex N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia condemna, s.n.p.a.*²²⁴

Já a *condictio certa rei* era assim formulada:

*Iudex Esto. Si paret N. Negidium A. Agerio tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quantia ea res est, t. p. N. Negidium A. Agerio condemna, s.n.p.a.*²²⁵

²²⁰ GAIO, Inst. 4. 12.

²²¹ GAIO, Inst. 4. 19. SACCOCIO, Antonio, *Si Certum Petetur, dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milão: Giuffrè, 2002, pág. 38, citando ALBANESE, sustenta que já na *Lex Silia* teria sido introduzida a *condictio* para tutela do mútuo de dinheiro, mas que também se aplicava a qualquer outro bem infungível, sendo que a *Lex Calpurnia* teria alargado o uso da *condictio* para qualquer tipo de *certa rei*, inclusive para casos de comodato, penhor, locação e furto (referindo-se ao direito pré-clássico).

²²² KASER, Max, *Direito Privado Romano*, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, pág. 271. Outros romanista, como SCHULZ (*Derecho Romano clásico*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona: Bosch, 1960, pág. 584) apontam ainda que haveria uma *condictio triticaria* que seria voltada para a restituição de determinada quantidade de coisas fungíveis. Sobre a discussão, cf. DONATUTI, Guido, *Le causae delle conductiones...* pág. 38.

²²³ Cf. DONATUTI, Guido, *Le causae delle conductiones...* pág. 36/37. No mesmo sentido, HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa conductionis: ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, pág. 44/52. LÜBTOW, Ulrich von, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1952, pág. 136.

²²⁴ LENEL, Otto, *Edictum Perpetuum: ein Versuch zu seiner wiederherstellung*, 3ª ed., Bernhard Tauchnitz: Leipzig, 1927, pág. 237. A tradução da fórmula seria: Se lhe parecer que N. Negidium deva transferir a propriedade de X sestércios a A. Agerio, condene-o ao montante do pedido. Se não lhe parecer que ele deve, absolva-o.

²²⁵ LENEL, Otto, *Edictum ...* pág. 240.

A fórmula da *actio certae creditae pecuniae* era utilizada somente em casos envolvendo a restituição de dinheiro, enquanto que a *condictio certa rei* era utilizada para restituição de outros tipos de bens, fossem fungíveis ou infungíveis.

O que se denota de ambos os casos é a abstração da fórmula, no sentido dela não indicar a que título se pede a condenação²²⁶. A fórmula não expressa a *demonstratio*, i.e., a causa de pedir. Ela tem apenas a *intentio*, o objeto do pedido, que no caso da *condictio* é sempre certo²²⁷ e limitado a um *dare oportere* (a uma obrigação de transferir propriedade). Pede-se a repetição²²⁸ de determinada quantia de dinheiro ou coisa determinada (ou seu correspondente valor).

Ou seja, não há espaço para o juiz aferir ou estimar o valor ou as coisas a serem restituídas, sendo que o pedido é sempre para que o juiz condene o réu a restituir (dinheiro ou coisa certa), e não a fazer ou deixar de fazer²²⁹. O réu, portanto, só poderia ser condenado a um *dare*, a transmitir a propriedade de um bem ou a constituir um direito real²³⁰ em favor do autor da ação.

O que se extrai da análise das duas fórmulas, que são basicamente iguais, é que o autor da ação não poderia ser o proprietário do bem pleiteado, vez que seria contraditório ele pedir a transferência da propriedade de um bem do qual ele já é o proprietário. Contudo, o réu tinha que ter se tornado o proprietário do bem, pois o juiz não poderia condená-lo a transmitir a propriedade de algo que não lhe pertencia.

²²⁶ O que não significa que, na prática, a causa de pedir não fosse incluída no pedido, vez que a menção da causa de pedir invertia o ônus da prova em favor do autor da ação.

²²⁷ Todo pedido que em si já é individualizado, certo e exigível. Não há espaço para pedido genérico, como por exemplo: “condene A a pagar os danos sofridos” ou “condene A a restituir toda a safra de trigo”. “*Emergono quindi due limpide connotazioni della nozione di certum ravvisabile nelle fonti romane: occorre non solo che l’oggetto sia chiaramente individualibile in tutte le sue caratteristiche essenziali (quid quale quantum sit), ma altresì che sia certa la sua venuta ad assistenza, ed il conseguente concretizzarsi intorno ad esso di una posizione debitoria da parte dell’obbligato*”. SACCOCIO, Antonio, *Si Certum Petetur...* pág. 43.

²²⁸ O termo repetição, *repeti*, era já utilizado nas fontes como sinônimo de *condici* para expressar essa peculiaridade do *certum petetur* (DONATUTI, Guido, *Le causae delle condictiones...* pág. 40), vez que o próprio termo designa a ideia de pedir de volta, re-pedir.

²²⁹ Em sentido contrário, posição minoritária de BUCKLAND, W. W., *A Text book of roman law*, 3ª ed. rev. por Peter Stein, Cambridge: University Press, 1963, pág. 459, que citando opinião de BIONDI e DESCHAMP, sustenta que uma *opera* era considerada como uma unidade de valor e por isso como obrigação de dar e não de fazer, passível assim de ser cobrada via *condictio*.

²³⁰ Esse é o significado técnico de *dare* no período clássico, conforme lições de DONATUTI (*Le causae delle condictiones...* pág. 41). No mesmo sentido, TALAMANCA, Mario, *Instituzioni di Diritto Romano*, Milão: Giuffrè, 1990, pág. 515/516.

Mas tal conclusão lógica se contradiz com um dos usos clássicos da *condictio*, a chamada *condictio furtiva*, utilizada para restituição de bens furtados.

2. 2 - A *condictio furtiva* e a origem da *condictio*: A *legis actio per conditionem* como reação ao sistema antigo e a introdução do *oportere*

Uma das formas de utilização da *condictio certa rei*²³¹ era no caso de furto, lembrando que *actio furti* tinha cunho penal e fixava pagamento de pena, enquanto que caberia a *condictio* ou a *reivindicatio* para o dono retomar o bem exato que lhe foi roubado. Essa forma ficou conhecida, portanto, como *condictio furtiva*²³². Mas, pelo direito romano clássico, o ladrão não se tornava proprietário da coisa roubada e estava sujeito à *rei vindicatio*. Por conta disso, ela é vista como uma anomalia²³³ no sistema das *condictiones*.

Para compreender melhor o assunto, é preciso voltar-se para o direito pré-clássico e arcaico. Nessa esteira, DE FRANCISCI traz uma lição valorosa. Retomando o significado originário de *creditum*²³⁴ e *debitum*, afirma que o termo *creditum* se referia ao dinheiro dado para se ter de volta e *debitum* designava aquilo que era recebido/adquirido de outrem. *Debitum* não designava o que era devido (no sentido obrigacional atual), mas aquilo que era adquirido de outrem. Em termos leigos, designava aquilo que alguém recebia, mas não lhe pertencia. No direito arcaico e pré-clássico, era inconcebível que o mero recebimento de um bem originasse uma obrigação de restituição, muito menos que originasse uma obrigação do credor exigir a prestação convencionada contra o adquirente. Em suma, isso significa que não havia um contrato real no sentido moderno do termo.

²³¹ D. 13.1. 8, pr.

²³² Para uma boa exposição analítica das fontes e doutrina sobre a *condictio furtiva*, cf. HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictiois...* pág. 111/122. Lembrando que ela seria uma anomalia apenas para casos em que o bem roubado ainda estivesse em poder do ladrão. Caso ele tivesse consumido o bem, alienado, ou adquirido a propriedade dele por especificação, confusão, etc., ou se o bem tivesse perecido, não haveria espaço para *vindicatio*, sendo o caso normal de *condictio*.

²³³ PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, tomo XXVI, 3ª ed., São Paulo: RT, 1984, pág. 144), por exemplo, baseando-se na literatura alemã de sua época, considerava a *condictio furtiva* uma anomalia e uma ação indenizatória, em nada relacionada com o enriquecimento injustificado.

²³⁴ Aquilo que se transfere crendo na restituição (SAVIGNY, F. C. von, *System...* V. 5, pág. 513, nota (a))

No entanto, o fato de alguém permanecer em seu patrimônio com algo que não lhe pertencia era considerado como um furto, um delito. Como coloca DE FRANCISCI:

*Una responsabilità nasce in origine bensì dall'aver ricevuto, mas soltanto in guisa mediata: ossia in quanto la non restituzione di ciò che si è avuto (più tardi anche l'inadempimento della prestazione contraria, nella primitiva a. ex vendito ia f. secondo la congettura del BETTI, Antitesi) è concepita quale ritenzione illecita della cosa altrui, ossia quale furtum nell'ampio concetto primitivo del termine.*²³⁵

Seguindo a mesma linha, SACCOCCIO afirma que, no período republicano:

*Se qualcuno avesse ritenuto che un altro soggetto avesse nella propria disponibilità una res certa in base ad una causa che, nei confronti del primo, potesse configurare come 'iniusta', vuoi perché egli ne fosse il dominus, vuoi perché la res stessa fosse stata data in base ad una 'causa obligationis' tutelata (mutuo, solutio indebiti, ecc.), secondo l'opinione veterum egli avrebbe potuto ricorrere alla *condictio* per la restituzione della cosa. Questo modello è coerente con la vasta diffusione della *legis actio per conditionem* e delle prime applicazioni della *condictio* formulare che abbiamo ipotizzato nei §§ precedenti per il III-II secolo a. C.*²³⁶

A *condictio furtiva*, de acordo com DE FRANCISCI é a forma mais antiga da *condictio* apresentando um caráter penal e uma relação muito próxima da *vindicatio*.

LÜBTOW aponta que os “delitos” privados são considerados como delitos penais em ordenamentos primitivos, delitos normalmente por violação da posse/propriedade de um bem ou pessoa, e não por quebra de um contrato ou de uma promessa. Não existe uma diferença muito grande entre alguém que pega uma coisa e não devolve; e uma pessoa a quem empresta-se uma coisa que não devolve. Os ordenamentos mais primitivos costumam ver os dois atos como violadores da propriedade/posse, sem diferenciá-los.²³⁷ Não há também uma distinção clara entre posse e propriedade, tanto que a *condictio* internacional²³⁸ (notificação²³⁹ enviada pelos romanos aos invasores de suas terras antes de iniciarem a guerra) era uma forma de reivindicação, assim como a *condictio furtiva*.

A *l. a. p. conditionem* foi introduzida, conforme DE FRANCISCI, como reação contra a responsabilização penal pela retenção ilícita de um bem. Não que não houvesse

²³⁵ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...* Pág. 363/364.

²³⁶ SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur...* pág. 111.

²³⁷ LÜBTOW, Ulrich von, *Beiträge...* pág. 121/122.

²³⁸ Para mais detalhes sobre a *condictio* internacional e sobre a *condictio* em geral no direito arcaico, cf. LÜBTOW, Ulrich von, *Beiträge...* pág. 106/128, bem como relacionando com o direito antigo alemão e russo. Aponta o autor que é um traço comum dos ordenamentos jurídicos primitivos não ter uma distinção entre direitos reais e obrigacionais, nem entre direito privado e direito penal, ou entre posse e propriedade. Sobre o *furtum* em Roma, cf. TALAMANCA, Mario, *Instituzioni...* pág. 621/625 e MARRONE, *Instituzioni...* pág. 499/504.

²³⁹ O próprio GAIO aponta que a origem do termo *condictio* é o de notificação/aviso (Inst. 4.17b).

antes da *Lex Silia* um reconhecimento de uma obrigação civil decorrente do mútuo ou de outros contratos, que poderiam ser tutelados via *l. a. p. sacramentum* e a *manus inectio*.

Mas, como recentemente apontou CARDILLI²⁴⁰, ambos os casos cuidam de pena, representada também pelo termo *damnatio ou iudicatus*²⁴¹, e não podem ser consideradas uma obrigação no sentido moderno, vez que ao credor cabia diretamente exercer a *manus inectio* sobre o devedor inadimplente, isto é, tomar-lhe a liberdade. É na fórmula da *sponsio*, primeiramente, e depois generalizada na *condictio*, que se introduz pela primeira vez uma obrigação no sentido moderno, vez que o credor podia exigir uma prestação, uma conduta do devedor, e não diretamente puni-lo como meio coercitivo para que ele cumpra sua obrigação. Essa “nova” posição jurídica é representada pelo termo *oportere*²⁴².

Essa é a grande evolução da obrigação romana, uma verdadeira tecnologia jurídica legada à humanidade. Como explica CARDILLI:

*A differenza dei diversi modelli potestativi che venivano concentrati nella forma unitaria del meum esse ex iure Quiritium, l'opportere ex sponsione salvaguardava la piena conservazione degli status libertatis, civitatis e familiae dello sponsor rispetto allo stipulante. Altresì lo schema, per come è concepito nelle XII Tavole, non espone lo sponsor ad una esecuzione immediata sulla sua persona in caso di mancato rispetto di quanto promesso. Non si tratterebbe, quindi, come nel iudicatus, nel damnatus e forse nel nexus, di una struttura in cui la 'responsabilità' è l'unica protagonista a fronte di un onere del 'debitore'.*²⁴³

Apenas no caso de condenação e não cumprimento no prazo de 30 dias é que o devedor estaria sujeito à *manus inectio*, não por ser inadimplente, mas por desrespeitar uma sentença.

O *oportere* introduz, afirma CARDILLI²⁴⁴, uma noção importantíssima que marca todo direito obrigacional. É a noção de que o devedor, ao pagar sua dívida, não está cumprindo um ônus para permanecer livre e manter seu *status*, mas está cumprindo um dever jurídico. Dever esse contraído por sua livre vontade. Reconhece-se, assim, que é devido um

²⁴⁰ CARDILLI, Riccardo, *Archetipi dell'opportere nell'opportere ex sponsione* in *Obligatio-obbligazione*. Un confronto interdisciplinare, Napoli: Jovene, 2011, pág. 1/16.

²⁴¹ GAIO, Inst. 4. 21 - *Per manus iniunctionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege XII tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS siue **DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA**, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO*

²⁴² O termo designa “dever”, *doverosità* como diz CARDILLI (*Archetipi dell'opportere...* pág. 7/8, nota 20), o qual traz uma excelente explanação histórica sobre o termo *oportere* e *condictio*.

²⁴³ CARDILLI, Riccardo, *Archetipi dell'opportere...* pág. 16.

²⁴⁴ CARDILLI, Riccardo, *Archetipi dell'opportere...* pág. 15/16.

comportamento do devedor e a “pressão” jurídica recai para força-lo ao cumprimento desse dever, sem afetar sua esfera de poderes e liberdade.

Esse posicionamento quanto ao *oportere* reforça a tese de DE FRANCISCI de que a *l. a. p. conditionem* fora introduzida como uma reação à responsabilização penal e ao conceito delitual.

DONATUTI, seguindo a perspectiva de que no direito primitivo não havia uma distinção muito clara entre posse e propriedade, sustenta que o conceito de *datio* no direito pré-clássico dizia respeito a mera transferência (sem distinção entre ser posse ou propriedade), como nas expressões *pignori dare*, *possessionem dare*, entre outras, nas quais apenas se transmite posse. Entretanto, no direito clássico, o termo ganhara o significado técnico de transmissão de propriedade ou constituição de direito real.²⁴⁵

Assim, na era republicana, a *condictio furtiva* não era tida como uma anomalia. DE FRANCISCI afirma, ainda, que a posterior limitação técnica da *datio* à transmissão de propriedade fora também uma reação “*di giuristi (Proculiani?) desiderosi di limitazioni tecniche contro il più antico concetto della persistenza della proprietà comune alla vindictio*”, tal como o *mutuum* foi uma reação ao *nexum*.²⁴⁶

E continua:

*Ciò che in origine era considerato come delictum (furtum, rem redditam non esse) viene così costruito come contractus (rem data acceptam habere: donde la obligatio di rem dari ossia reddi o remancipari): ciò che importa ormai non è più il ritenere contro diritto (idea delittuosa della empfangshaftung) la cosa altrui, bensì il semplice fatto di averla ricevuta una volta; in conseguenza di tale svolgimento il termine ‘dare’ nel ‘dare oportere’ della condictio ha preso il senso tecnico di rem accipientis facere. **Ciò che importa nella condictio classica non è quindi più il pensiero antico dell’arricchimento delittuoso attuale a danno altrui²⁴⁷ e della surrogazione reale del danneggiato nei diritti di chi lo danneggi, bensì il pensiero del transpasso di proprietà puro e semplice una volta avvenuto; si passa così da una figura di delitto ad una figura contrattuale** e si fissa la categoria dei contractus nei quali l’obligatio nasce dalla res.²⁴⁸*

²⁴⁵ DONATUTI, Guido, *Le causae delle conditiones...* pág. 41. Para mais detalhes dessa transformação da *datio*, cf. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur...* cap. IV e V. Este sustenta que o primeiro jurista a inserir o requisito da *datio* translativa de propriedade fora PRÓCULO, pág. 273.

²⁴⁶ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...* Pág. 364.

²⁴⁷ DONATUTI contesta ainda que o fundamento da *condictio* antiga fosse o enriquecimento, vez que nada mais era do que a utilização da *condictio* para casos de ato ilícito que tivessem um *certum* como objeto.

²⁴⁸ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...* Pág. 365.

Essa origem delitual da *condictio* marcou boa parte do desenvolvimento da doutrina, moldando as teses que fundamentam a *condictio* num *retinere sine causa*²⁴⁹, pois ao buscar um fundamento comum a todas *condictiones*, o encontraram na falta de uma *causa retinendi*, o reter algo *ex iniusta causa*, vez que este é único fundamento que se aplicaria para *condictio furtiva* – exatamente o fundamento da *condictio* antiga²⁵⁰.

Mas a *condictio* introduzida pela *Lex Silia* e depois adaptada ao processo formulário introduziu o *oportere* como uma primeira reação ao modo antigo. Posteriormente, no período clássico, há uma segunda reação, a limitação da *datio* aos casos de transmissão de propriedade e a introdução do requisito do *negotium contrahere/gerere* por JULIANO, que simboliza o abandono do conceito dos *veteres*, baseado no *retinere sine iusta causa*. Fora essa reação um dos grandes responsáveis pelo desenvolvimento da relação obrigacional. Ao tempo de GAIO²⁵¹ o pensamento antigo já era tão distante, que ele não conseguia ver uma justificativa para *condictio furtiva* que não fosse o *odio furum*²⁵², vez que ela não se encaixava dentro dos usos clássicos da *condictio*.

2.3 - Os usos da *condictio* no período clássico e sua relação com os contratos

A fórmula da *condictio* era abstrata (não se mencionava a causa de pedir, a *demonstratio*) e poderia ser usada para sancionar qualquer obrigação de um *certum*. Seja a a obrigação nascente *re, verba* ou *litteris*, conforme lição de CICERO²⁵³ numa oração em defesa de Róscio, um famoso ator de seu tempo.

CICERO aponta que o autor da ação pede uma *pecunia certa* e, afirma em seguida, que esse dinheiro tem necessariamente que ter sido *data (obligatio ex re), expensa lata*

²⁴⁹ Por exemplo, SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio in Klassischen Römischen Recht*, Münster: Bohlau, 1952; LÜBTOW, Ulrich von, *Beiträge...* SANFILIPPO, Cesare, *Condictio indebiti...* HEINE, Sonja, *Condictio sine Datione...* os referidos autores se baseiam no fragmento de ULPIANO, D. 12. 5. 6. para sustentar essa tese.

²⁵⁰ Como aponta Jean GAUDEMET (IURA, IV, 1953, pág. 314/320) em resenha sobre as obras de LÜBTOW e SCHWARZ, o direito clássico teria perdido de vista o fundamento delitual (penal), mas continuava vendo como injusto determinadas formas de deter uma prestação sem causa, ideia procedente do conceito delitual (agora cível).

²⁵¹ Embora CASSIO, por exemplo, ainda tenha mantido a visão antiga dos *veteres* cf. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur...*pág. 547.

²⁵² GAIO, Inst. 4,4.

²⁵³ *Pro Q. Roscio Comoedo*, 4. 13 e 5. 14. Leia-se: “*quis spondisse me dicit? nemo. hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controversiae, satis formulae et sponsioni, satis etiam iudici fecisse videar cur secundum Roscium iudicari debeat. pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est. haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. datam non esse Fannius confitetur, expensam latam non esse codices Fanni confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit. quid ergo est?*” Sobre a oração de Cícero, cf. a clássica obra de PFLÜGER, H. H., *Ciceros Rede Pro Q. Roscio Comoedo*, Leipzig: 1904.

(*obligatio ex litteris*) ou *stipulata (obligatio ex verba)*. Essas eram as causas da *actio certae creditae pecuniae* – ausentes, portanto, as obrigações contraídas pelo mero consenso.

Assim, tanto uma dívida de um *certum* contraída por meio da *stipulatio (obligatio verbis)* quanto o mútuo (*obligatio re*) eram cobrados pela *condictio/actio certae creditae pecuniae*. Todos os casos, hoje são considerados contratuais. Entretanto, a mesma ação era utilizada para cobrar o pagamento indevido, a *solutio indebiti*. Mas dessa conclusão, surge outra questão: qual seria a natureza da obrigação nascida da *solutio indebiti*? Era uma *obligatio ex re, ex verbis, etc.*?

GAIO é claro ao dizer que o pagamento indevido pode ser restituído pela *condictio*, sendo a parte que recebe o pagamento obrigada *ex re*, como se fosse no mútuo:

Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset

Na divisão Ciceroniana, portanto, a *indebiti solutio* estaria dentro dos casos envolvendo uma *datio*. Os casos relacionados à *stipulatio* e *expensilatio* tiveram seu desenvolvimento no campo contratual, assim como o caso do mútuo, um dos principais usos da *condictio*. Mas a *indebiti solutio* manteve certa autonomia no que diz respeito ao seu desenvolvimento histórico, se tornando a principal e mais importante *condictio*, a chamada *condictio indebiti* e hoje positivada como pagamento indevido nas legislações da atualidade.

Mas por que somente a *condictio* decorrente da *indebiti solutio* teve um caminho diferente, fora do campo contratual?

Em suas institutas, GAIO prescreve um caminho para responder tal questão ao afirmar que (3, 88) as obrigações nascem ou *ex contractu* ou *ex delicto*.²⁵⁴ Em seguida (3,

²⁵⁴ Embora no fragmento D. 44, 7,1 *libros secundo aureorum* GAIO afirme que as obrigações nascem ou do contrato, ou do delito ou *ex variis causarum figuris*. No *libro tertio aureorum*, GAIO fala de uma ação *ex quasi contractu* (D. 44, 7, 5,1) e *ex quasi maleficio* (D. 44, 7, 5, 4). PEROZZI (*Obbligazioni Romane*, Bologna: Zanichelli, 1903, pág. 47 – citado por FRANCISCI, *Synalagma...* pág. 318) sustentou a interpolação do trecho *ex variis causarum figuris* e dos *quasi contractu* e *quasi maleficio* tido por ele como adaptações conforme o conceito Bizantino de contrato, já baseado no consenso. Apesar de não discordar da posição de PEROZZI, DE FRANCISCI aponta que a posição de ARANGIO-RUIZ (*Le Genti e la Città: Discorso inaugurale letto nella R. Università di Messina*, Messina: D'Angelo, 1914, pág. 42 e ss – citado por FRANCISCI, *Synalagma...* pág. 319) parece ser mais adequada. Este autor sustenta que GAIO, nas institutas, falava apenas das obrigações, que ao seu tempo se restringiam ao *ius civile*. Somente pelo *ius civile* alguém estava obrigado. Já para as ações *in factum* concedidas pelo pretor não se utilizava o termo obrigação (normalmente designado também por

89) afirma que as obrigações nascidas *ex contractu* são de 4 tipos: ou se contrai a obrigação *ex re, verbis, litteris* ou *consenso*. A passagem é clara: as obrigações são contraídas *ex re, verbis, litteris* ou *consenso*. Ele não diz que o contrato é formado *ex re, verbis, litteris* ou *consenso*. A interpretação de que o contrato era formado por meio dessas formas é bizantina²⁵⁵.

Neste sentido, GAIO (3, 90) descreve a obrigação contraída *ex re*, dando como exemplo o mútuo – contrato no qual o mutuante transfere a propriedade de bens que possam ser estimados por peso, medida ou número, tal como o vinho, dinheiro, óleo, ouro, etc., com a condição do mutuário transferir de volta a propriedade de bens da mesma natureza.

No entanto, logo em seguida (3. 91), num dos fragmentos mais analisados e discutidos pelos romanistas, sustenta que a pessoa que recebe um pagamento indevido também se obriga *ex re* a devolver o que recebeu, pois ele pode ser acionado via *condictio*,

oportere), mas sim o *teneri actio*. Termos esses utilizados por GAIO para se referir ao *quase contractu* e *quase delicto*. Nessa toada, no *libro aureorum*, GAIO fala da *ex variis causarum figuris* pensando em incluir as ações pretórias, que ora podem se aproximar do contrato, ora do delito. Afirma DE FRANCISCI que: “*Per chi ritenga, como 'io ritengo, che l'obligatio rappresenti nel diritto classico una categoria civilistica e che cause pretorie di obligatio non esistano nel diritto romano classico, io credo che nessuna congettura, meglio di questa dell'ARANGIO-RUIZ, valga a spiegare la formazione della 1. 1 e 1. 5 D. 44, 7 GAIO nelle Res Cottidianae, dopo aver esposto le fonti delle obbligazioni, soggiungeva la trattazione di quelle azioni che potevano sembrare affini alle azioni nascenti dall'obligatio ex contractu e ex delicto: i Bizantini hanno stesa la categoria nell'obligatio e in quelle variae causae anzichè fonti de azioni hanno visto fonti di obbligazioni (le azioni non sono per loro figlie di queste?), e hanno costruito le quattro categorie di fonti de obbligazioni.[...] I Bizantini invece hanno fuso il teneri coll'obligatio e hanno creato nettamente due nuove fonti colla denominazione di obligatio quasi ex contractu e quasi ex delicto.*” (Synalagma... pág. 320). Em sua Instituzione, ARANGIO-RUIZ assim explica sobre o assunto: “*La causa de questo fenomeno è nella contrapposizione fra le norme del diritto civile e le regole che fanno capo all'attività del pretore. Questo non potrebbe, senza esorbitare dai limiti tracciati alla sua discrezionalità, creare diritti ed obblighi; e, come non può creare un dominium che si contrapponga al d. ex iure Quiritium ma solo garantire a certi non proprietari il godimento di fatto della cosa (in bonis habere); come non può attribuire a nessuno l'hereditas ma solo immettere e mantenere certe classi di successibili nel possesso dei beni ereditari (bonorum possessio); così non può creare obligationes, ma soltanto apprestare mezzi giudiziari in forza dei quali persone che non sono civilmente obbligate siano tenute a pagare qualcosa perché responsabili di un torto. Chi è tenuto con l'azione de effusis et deiectis (cioè il proprietario o inquilino di una casa onde qualcosa è stata gettata danneggiando i passanti o le cose loro) non è oblitatus, perché la pena pecuniaria gli è imposta non dal diritto civile ma dall'Editto; il depositario, il commodatario, il creditore pignoratizio non sono obbligati, perché deposito commodato e pegno non sono contratti riconosciuti dal ius civile ma cause di responsabilità sanzionate la prima volta dal pretore. [...] non si potrebbe dire con maggiore energia che una obligatio si ha soltanto quando nella formula dell'azione relativa sia l'affermazione solenne di un dovere giuridico. Ma formule contenenti l'oportere il pretore non può apprestarne se non per dare protezione giudiziaria a pretese già riconosciute dal diritto civile; quando una nova azione è introdotta in forza del potere discrezionale a lui stesso attribuito, il magistrato non può redigere la formula in ius, non può parlare di oportere, ma deve limitarsi ad una redazione in factum, nella quale, dopo l'indicazione di ciò che a detta dell'attore è passato fra le parti, fa obbligo al giudice di condannare se quei presupposti di fatto sussistono, di assolvere in caso contrario. E dove è escluso l'oportere è esclusa l'obligatio.*” (Instituzioni di Diritto Romano, 14ª ed., Napoli: Jovene, 2006, pág. 289).

²⁵⁵ Cf. DE FRANCISCI, Pietro, Synalagma... pág. 467.

como se ele tivesse recebido um mútuo. Afirma também que alguns juristas sustentam que um pupilo ou mulher que tenham recebido um pagamento indevido sem a autorização de seus responsáveis, não estariam obrigados a restituição, assim como no caso de terem recebido um mútuo sem autorização²⁵⁶. No entanto, diferentemente de uma obrigação derivada *ex contractu*, aquele que faz uma *datio* com *animus solvendi* busca extinguir, e não contrair, a obrigação. Leia-se:

Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condicione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.

Há discussões infinitas sobre essa passagem que fogem do escopo da presente tese, mas, de maneira resumida, discute-se a quais juristas se refere GAIO e se ele concorda ou discorda deles, bem como apresenta-se o requisito do *negotium* para concessão da *condictio*.²⁵⁷

Concordamos com a tese²⁵⁸ na qual se entende que GAIO estaria se opondo à visão dos juristas Sabinianos, principalmente JULIANO – jurista responsável pelo refinamento do uso da *condictio* por meio do *negotium contrahere* e pelo superamento da *condictio* dos *veteres* (delitual)²⁵⁹. GAIO teria sido o jurista da transição do modelo de JULIANO para o modelo pós-clássico, adotando uma visão consensual (ainda Proculiana) do contrato e abrindo uma divisão entre *condictio* contratual e não-contratual, esta última dando origem ao enriquecimento sem causa.

O que nos interessa dessa discussão sobre esse fragmento de GAIO é que a *indebiti solutio* é uma obrigação *ex re*, mas não é um contrato *ex re*, embora para JULIANO tudo fosse *negotium contrahere*. Mas como explicar a divisão das obrigações proposta por GAIO, pouco antes, entre obrigações nascidas *ex contractu* e *ex delicto*, se a obrigação de restituir o pagamento indevido não é nem originada de um contrato, nem de um delito?

²⁵⁶ KASER (*Zur iusta causa traditionis*, in *Bullettino dell'insituto di Diritto Romano*, V. 64, Milano: Giuffrè, 1961, pág. 61-97, especialmente pág. 72) sustenta que nesse caso nem cabia a *condictio* tampouco a *vindicatio*, mas a ação *in factum* de enriquecimento *in quantum locupletior factus est* prevista no D. 26, 8, 5.

²⁵⁷ Para um resumo da discussão e das posições, cf. a exegese de HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictiois...* pág. 73-78 e SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur...* pág. 486-514.

²⁵⁸ Cf. SAN FILIPPO, Cesare, *Condictio indebiti...* pág. 29, com outras indicações bibliográficas.

²⁵⁹ Cf. a exposição de SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur...* pág. 277-375.

2. 4 - Diferentes concepções de *contrahere* e *contractum*

A solução da contradição está na verdade no próprio conceito de contrato. SANFILLIPO²⁶⁰ aponta duas correntes doutrinárias opostas sobre o tema. A primeira, tendo por expoentes PEROZZI²⁶¹ e BONFANTE²⁶², sustenta que *contrahere*, por toda época clássica, indica o vínculo obrigacional que é *contraído*. Se contrai o *negotium* e o vínculo obrigacional, assim como se contrai o *crimen* ou *delictum*²⁶³ e *contractus* faria, portanto, referência a esse vínculo, mais tarde limitado aos atos lícitos. *Contractus* seria sempre aposto de algo, normalmente de *negotium* (*negotium contractum*). Assim, para essa corrente doutrinária o consenso ou a vontade não é relevante para o conceito de contrato, embora fossem presentes, pois este se refere ao vínculo contraído.

Para a segunda corrente, cujo principal expoente é RICCOBONO²⁶⁴, já durante o período clássico, o termo *contractus* passa a designar a *conventio*, o *animus* nos negócios jurídicos unilaterais e o consenso nos bilaterais.

Como resume SANFILLIPO:

*Mentre dunque per la prima tesi contractus ha il valore di un'apposizione del termine negozio (contractus negoti – negotium contractum), vale cioè come un'espressione verbale del'essere vincolati da un'obbligazione, la quale sorge da cause varie (re, verbis, litteris, consensu, variis causarum figuris), per la seconda tesi contractus ha valore di sostantivo ed la res, o i verba, ecc., non sono qche un'apposizione del termine contractus (contratto reale, verbale, ecc.). Per la prima tesi l'obbligazione viene contratta, cioè nasce, in forza di un negozio vario; per la seconda l'obbligazione nasce dal contratto, nei suoi vari aspetti.*²⁶⁵

Ambas das posições pecam por serem absolutas e partirem do pressuposto de que havia um completo consenso entre os juristas sobre a definição de contrato, algo em si já estranho ao pensamento dos juristas romanos, avessos às abstrações e definições.²⁶⁶

DE FRANCISCI, no entanto, sustenta uma tese intermediária com grande convicção. Defende que não havia um consenso entre os juristas sobre o contrato, sendo que os Sabinianos defendiam a tese supramencionada de PEROZZI de que o *contractus* era

²⁶⁰ SANFILLIPO, Cesare, *Condictio indebiti...* pág.15/22.

²⁶¹ PEROZZI, Silvio, *Obbligazioni Romane*, Bologna: Zanichelli, 1903.

²⁶² BONFANTE, Pietro, *Sulla Genesi e l'evoluzione del 'contractus'*, in *Scritti Giuridici*, III, Torino, 1926.

²⁶³ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...*pág.331.

²⁶⁴ RICCOBONO, Salvatore, *La formazione della teoria generale del 'contractus' nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di Bonfante*, I, Milano, 1930, pág. 125 e ss.

²⁶⁵ SANFILIPPO, Cesare, *Condictio indebiti...* Pág. 17

²⁶⁶ SCHULZ, Fritz, *Principles of Roman Law...* pág. 40/65.

qualquer vínculo obrigacional que não fosse oriundo do delito, tendo como foco o *negotium*.²⁶⁷ Para SABINO, concedia-se a *condictio* porque havia um *negotium contractum* e havia *negotium contractum* porque cabia a *condictio*²⁶⁸. Ocorria, assim, especialmente no campo das obrigações *ex re*, que tem a *datio* como elemento central, uma identidade entre *negotium contractum* e *condictio*. Essa tese, defendida também por JULIANO, teria prevalecido no período clássico, perdendo aos poucos sua influência para a tese Proculiana, ainda no final do mesmo período.

LABEÃO, o primeiro dos Proculianos, definia o uso restrito de *contrahere* e *contractus* somente aos casos de obrigações oriundas *ex consensu* e sinalagmáticas²⁶⁹. LABEÃO utilizava-se do termo *contrahere* (*negotium contrahere*) somente para esses casos, enquanto utilizava-se do termo *agere* (*negotium agere*) para se referir às obrigações *ex re* ou *verba* e *gerere* (*negotium gestum*) para demais casos, como o mandato, por exemplo²⁷⁰.

Mas no período clássico, mesmo dentro da escola Proculiana, ampliou-se a aplicação do termo *contractus* para abarcar também os verbais e literais, mas dentro do campo das obrigações *ex re*. Os proculianos sustentam ser *contractus* apenas o mutuo, apenas o *credere* (cre + dare), uma *datio* feita com a finalidade obter de volta o bem atribuído (mesma

²⁶⁷ *Cum grano salis*, podemos considerar *negotium* no sentido atual de *negócio jurídico*. Nesse sentido, HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictiois...* pág.27. Ainda, HEINE (*Condictio sine datione...* pág. 29-30) assim leciona sobre o termo: “*Negotium contrahere umfaßt dabei alle Arten von Verträgen, den Kauf gleichermaßen wie die locatio conductio, das mandat oder societas und bloße Pacta ebenso wie die Stipulation. Es handelt sich damit durchaus um einen Oberbegriff, freilich nicht um einen bereicherungsrechtlichen Terminus Technicus. **Negotium contrahere bedeutet nichts weiter als ,einen Vertrag abschließen**”* (grifos nossos). SACCOCCIO (*Si certum petetur...* pág. 288/291) sustenta uma posição minoritária, a nosso ver sem razão, que o mais correto seria denominar o conceito de *negotium contrahere/gerere* de Juliano como uma espécie de relação entre duas individualidades patrimoniais distintas, um “*contatto tra le due parti originato da un factum dantis*” (pág. 306), sendo que essa relação permite a transmissão da propriedade em caráter permanente, mas não necessariamente definitivo. Ele nega que se trate de um negócio jurídico, com base nos fragmentos que concedem a *condictio* quando não há uma *traditio* válida (porque feita por incapaz), principalmente D. 12. 1, 12 e D 44,7, 24. Todavia, os referidos casos são todos sobre transferência de dinheiro, que por sua natureza deve ter um tratamento distinto no que diz respeito ao modo de aquisição de propriedade. Sobre o tema no direito romano, cf. KASER, *Das Geld im römischen Sachenrechts*, in *Legal History Review*, V. 29, t. 2, 1961, pág. 169-229. Aliás, é por conta desses casos envolvendo *dationes* inválidas de dinheiro que a doutrina passou a ver no enriquecimento injusto o fundamento das *condictiones*, pois se entendia que era pelo consumo do dinheiro alheio que se dava a *condictio*. Mas como explica SACCOCCIO: “*È convinzione diffusa che la considerazione della condictio come un’azione genericamente sanzionante l’indebito arricchimento sia opera di Giustiniano, mentre una progressiva ma inesorabile sovrapposizione (non solo terminologica, ma anche e soprattutto concettuale) tra actio de in rem verso, condictio indebiti e cd. Condictio de bene depensis sarebbe ascrivibile ai glossatori prima, ed ai commentatori ed ai giuristi della scuola culta poi. Già nel diritto comune il processo è ben sviluppato, e l’azione, che si chiami actio de in rem verso o condictio indebiti, in goni caso sanziona l’illecito arricchimento.*” (pág. 313, nota 58).

²⁶⁸ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...* pág. 374.

²⁶⁹ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...* pág. 337.

²⁷⁰ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...* pág. 342.

quantidade e gênero). No seu conceito, a *indebiti solutio* e as mais diversas *datio ob causam*, apesar de serem *oblitatio ex re*, não são contratos, o que trouxe reflexos milenares da doutrina sobre o tema, pois não há lógica nessa classificação²⁷¹.

Como leciona DE FRANCISCI:

*Nel diritto classico la condictio – oltreché per la obligationes litteris e verbis – interviene dovunque vi sia un'obligatio re; Gaio ci dice appunto che nell'indebitum solutum si vede un'obligatio re perché si può agire con un'azione 'si paret eum dare oportere' e altrettanto vera è la reciproca; dove c'è una condictio c'è – esclusi sempre i casi di obbligazioni nascenti da un contratto formale – un'obligatio re e per i Sabiniani, come abbiamo visto, un negotium gestum o contractum.*²⁷²

SANFILLIPO²⁷³ acrescenta também a tese de que o significado de *contrahere* foi se alterando ao longo do tempo, passando, no período antigo, do significado de contrair vínculo obrigacional para vínculo obrigacional decorrente de um *negotium* (atos lícitos, excluídos os delitos), e depois à uma substantivação do *contrahere* e para o sentido de ato consensual, – prevalecente no direito Bizantino, no qual se coloca em relevo a vontade e o consenso como elemento comum dos contratos. Contudo, no período clássico, ambos significados conviviam na linguagem.

Nessa perspectiva, podemos entender melhor a passagem de GAIO supracitada. Quando ele afirma que as obrigações nascem do contrato ou do delito, adota o sentido Sabiniano de contrato, que é também o sentido mais antigo de *contrahere*, mas quando fala da *indebiti solutio*, adota o sentido de *contrahere* dos Proculianos, os quais limitam o termo *contractus* entre as obrigações reais somente ao mútuo, ao *credere*. Daí, a depender da posição adotada, a *indebiti solutio* ser considerada ou não um *contractum*. Importante ressaltar que o *consenso* para os Proculianos é sobre o obrigar-se, enquanto o *negotium contractum* é termo mais amplo, mais próximo da ideia de ato jurídico/negócio jurídico.

GAIO é o jurista do início da transição para o período em que o modelo do contrato-consenso passa a dominar a visão jurídica, adotando a concepção Proculiana de contrato, mas ao seu tempo ambas as linguagens conviviam. E, dentro dessa nova visão que se impunha, não caberia mais deixar o mútuo e a *solutio indebiti* dentro do amplo conceito de *negotium*, pois no pagamento indevido a parte que paga não tem a vontade de obrigar-se. A

²⁷¹ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...* pág. 400.

²⁷² DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...* pág. 387.

²⁷³ SANFILLIPO, Cesare, *Condictio Indebiti...* pág. 18.

partir disso nasce uma distinção entre a *condictio* contratual e a *condictio* extra-contratual²⁷⁴, a qual, é preciso frisar, está ligada ao conceito de contrato Proculiano, extremamente restrito. Tanto que ULPIANO, adotando o sistema gaiano de *condictio* contratual e não contratual, fixa que para a *condictio* extracontratual (*indebiti*) haveria que ter uma *datio* ou promessa *indebiti*. Como explica SACCOCCIO:

*tale nozione, secondo quanto abbiamo appreso, poteva intendersi però in maniera estensiva, come promessa priva de causa giustificatrice sia al momento della stipula, sia privata della causa in un momento successivo a questa per i non venire in essere della controprestazione integrante la causa stessa.*²⁷⁵

Ou seja, não se perdeu de vista ainda a noção do *negotium* e de um ato de vontade presente nos casos. Isso só vai se perder com a visão bizantina de contrato baseado na vontade, ampliando o conceito Proculiano. Assim, a *datio indebiti* deixou de estar atrelada a um contrato ou um *negotium*, e a *condictio indebiti* passou cada vez mais a estar relacionada à tutela de um enriquecimento indevido. O mesmo se deu com os demais casos de *obligationes ex re*, como as *dationes ob rem*, que não eram consideradas contrato pelos Proculianos, mas foram abarcadas dentro dos contratos pelos Bizantinos.

Mas, como conclui DE FRANCISCI²⁷⁶, é certo que para o período clássico onde concede-se uma *condictio* há uma *obligatio ex re* (*pecunia data* mencionada por CÍCERO) ou uma *obligatio ex verbis* ou *litteris*. E, no que diz respeito as *dationes ob causam* tuteladas pela *condictio* (as *datio ut des* e *datio ut facias*, dois dos contratos inominados dos Bizantinos), devem ter sido consideradas, tanto por Proculianos, quanto por Sabinianos, casos de *obligationes ex re* no período clássico. A única diferença é que os Sabinianos chamavam esses negócios de contrato, enquanto os Proculianos negavam essa denominação às *obligationes ex re* (com exceção do mútuo).

Os Bizantinos, portanto, incluem nos contratos inominados²⁷⁷ a maioria dos casos de *obligationes ex re*, referentes a uma *datio ob causam/ob rem*, mas a *indebiti solutio* permanece fora do esquema contratual, pois lhe faltaria o elemento consensual (no sentido

²⁷⁴ SACCOCCIO, Antoni, *Si Certum Petetur...* pág. 502; 512-514.

²⁷⁵ SACCOCCIO, Antoni, *Si Certum Petetur...* pág. 547. ULPIANO adota um conceito *lato* de indébito, abarcando as *dationes ob rem*.

²⁷⁶ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma...* 389.

²⁷⁷ No mesmo sentido BUCKLAND, W. W. *A Text Book of Roman Law...* pág.545.

de querer se obrigar), essencial para os Bizantinos na conceituação de contrato. Inseriram, assim, o pagamento indevido dentro da nova categoria dos quase-contratos²⁷⁸.

No período clássico ainda pode-se notar que a aplicação da *condictio* de dava somente nos casos de negócios jurídicos de atribuição²⁷⁹, e.g., por meio de uma *stipulatio* ou da *datio* (feita por meio de uma *mancipatio*, *in iure cessio* ou da *traditio*). Afirma SCHULZ que não caberia a *condictio* em um contrato de compra e venda no qual o comprador recebeu o bem, mas não pagou o preço. Neste caso, caberia uma *actio venditi*²⁸⁰, confirmando, assim, a ideia de que a aplicação das *condictiones* não se dava em negócios bilaterais, sinalagmáticos²⁸¹.

A característica comum, que poucos parecem notar, é de que todos os casos envolvem negócios unilaterais, onde no tipo há apenas uma prestação, como na *stipulatio* e nos negócios de transmissão, como a *mancipatio* e a *traditio*. Mas um fundamento comum a todos os usos da *condictio* não existe. Nessa toada, como aponta SANFILIPPO²⁸², não há que se falar de um fundamento comum a todos os usos da *condictio*²⁸³, vez que ela poderia ser usada para sancionar qualquer obrigação de *dare* um *certum* e não faria sentido fazer um estudo histórico dogmático das *condictiones*, mas antes das várias hipóteses de *dare oportere* sancionadas pela *condictio*.

²⁷⁸ Com a unificação do direito pretoriano e civil e a ampliação do conceito de obrigação (antes limitado ao *ius civile*) para casos antes tutelados por ações pretorianas, os Bizantinos precisaram classificar essas novas obrigações dentro das chamadas fontes de obrigação. E, para isso, criaram as categorias de quase-contrato e quase-delito, onde aglutinaram as mais diversas pretensões, sem que elas tivessem um traço comum que as unificasse, senão a ausência de consenso no caso dos quase-contratos. São categorias sem nenhuma utilidade científica e que a doutrina com razão já abandonou (cf. VIZIOS, Henry, *La notion de Quase-Contrat...* cuja obra inteira é voltada à crítica da categoria dos quase-contratos, pág. 314-335).

²⁷⁹ KASER, Max, *Direito Privado Romano...* pág. 274, afirma que a *condictio* se aplicava aos negócios jurídicos abstratos, mas não concordamos com tal posição. O que parece ser fundamental é que seu uso era limitado aos negócios de atribuição patrimonial, unilaterais. Pouco importando se a causa vinha ou não expressa.

²⁸⁰ SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano clásico*, trad. de J Santa Cruz Teigeiro, Barcelona: Bosch, 1960, pág. 584.

²⁸¹ OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage...* pág. 19.

²⁸² SANFILIPPO, Cesare, *Condictio indebiti...* Pág. 14.

²⁸³ Contra, SCHWARZ (*Die Grundlage der Condictio...* pag. 291), o qual entende, citando SAVIGNY, que todas *condictiones* seriam ações restitutórias, *Rückforderungsklage*. O único elemento comum que a doutrina parece não mencionar, mas que se repete tanto no caso do uso da *condictio* na *stipulatio*, na *expensilatio* ou na *datio* é que todos esses casos envolvem negócios jurídicos unilaterais quanto à prestação. Na *stipulatio* apenas uma parte se obriga, tal como na *expensilatio*. Do mesmo modo, apenas uma parte presta na *datio*. Não que esse seja um fundamento comum a todas formas de uso das *condictiones*, mas é antes uma característica comum, cuja importância será melhor esclarecida adiante (cap. 3)

Conforme a conclusão da tese de HÄNSCHEN, “*eine Zusammenhalt aller Anwendungen de klassischen condictio bietet nur ihre historische Entwicklung.*”²⁸⁴

2. 5 - A causa *condictiones*

Como dito logo início da segunda parte deste trabalho, com a descoberta das institutas de GAIO na cidade de Verona, em 1816, verificou-se que no período clássico havia somente uma fórmula da *condictio*, subdividida em duas variáveis: a *certa rei* e *certa pecúnia*; e que os nomes *condictio indebiti*, *causa data causa non secuta*, etc., foram dados pelos Bizantinos. Desde então debateu-se imensamente sobre qual seria a causa e o fundamento das *condictiones*.

As principais correntes doutrinárias e seus debates já foram expostos na primeira parte deste trabalho, quando se descreveu o debate alemão sobre o enriquecimento injusto e sua positivação do BGB. São teorias sobre o direito romano, mas que influenciaram e influenciam diretamente a doutrina atual.

Como já exposto *supra*, uma das principais correntes doutrinárias sobre o tema foi desenvolvida por SAVIGNY, baseando-se em GRÓCIO, que por sua vez foi influenciado pelo direito restitutivo canônico e procurou fundar as *condictiones* no enriquecimento injusto/injustificado. A referida teoria²⁸⁵ vê nas *condictiones* (com exceção da *condictio furtiva*) um remédio para sancionar um incremento patrimonial irregular (não necessariamente ilícito), focado, portando, no patrimônio e no enriquecimento de fato existente ao tempo da propositura da ação. Essa foi a teoria recepcionada pelo BGB²⁸⁶.

Mas isso se mostrou completamente falso no que diz respeito ao direito romano clássico, no qual a *condictio*, sem sombra de dúvida, se dirigia a um *certum* e não abstratamente ao patrimônio do devedor. Era uma ação de repetição, não de indenização²⁸⁷. Outros juristas que também fundam as *condictiones* na ideia do enriquecimento, enxergam ainda na *aequitas* ou na *fides*²⁸⁸ um papel importante.

²⁸⁴ HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis...* pág.129.

²⁸⁵ Para mais detalhes, cf. *supra*. Capítulo 2.4.

²⁸⁶ Embora exista opiniões contrárias, como as citadas na nota 165.

²⁸⁷ Cf. HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis...* pág.23. Nos casos envolvendo pessoas *alieno iuris* e esposos, não cabia a *condictio*, mas ação pretoriana *in quantum locupletior factus est*. Nesse sentido, KASER, Max, *Zur iusta causa traditionis...* pág. 72.

²⁸⁸ Cf. a literatura citada por HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis...* pág. 24-27

A doutrina romanista do último século desenvolveu-se no sentido, hoje pacífico, de que a *condictio* clássica não é uma ação de enriquecimento – podendo ser concebido, no máximo, como um remédio que buscava sancionar uma aquisição sem causa e tendo obtido essa característica, parcialmente, apenas no direito justinianeu.

Atualmente são duas as principais correntes de romanistas sobre o tema, ambas concordantes quanto (i) ao requisito de haver uma *datio/ negotium contractum*²⁸⁹ entre as partes e (ii) sobre objeto da restituição ser o próprio objeto atribuído ou seu valor e não o enriquecimento.

A primeira vê no negócio jurídico a causa das *condictiones*, colocando a necessidade de sempre haver um *negotium* entre as partes, sendo a *datio* o principal deles²⁹⁰ (podendo ser, também, conforme CICERO, a *stipulatio ou expensilatio*). Assim, o fundamento da *condictio* clássica estaria dentro da esfera da vontade das partes ou, ao menos, da parte que faz a atribuição. HÄNSCHEN²⁹¹ aponta que o ponto de partida dessa teoria para a literatura moderna teria sido DONELLUS, o qual classifica a *condictio indebiti* como obrigação contraída *ex re* e como contrato sob condição, explícita ou tácita²⁹². Os principais expoentes dessa doutrina são WINDSCHEID²⁹³, em sua doutrina da pressuposição, e LENEL²⁹⁴ com a teoria do *zweckverfehlung*. É conhecida também como teoria da *causa-subjetiva* (que prevalece para os casos de enriquecimento derivados de atribuição no direito alemão atual).

²⁸⁹ DONATUTI, Guido, *Le causae delle condictiones*...pág. 50; LÜBTOW, Ulrich von, *Beiträge*... pág. 146, SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio*... pág. 192 e ss.; JÖRS, Paul, KUNKEL, Wolfgang, WENGER, Leopold, *Römisches Recht*, 4ª ed. revista por Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly e Walter Selb, Berlim, Nova York: Springer, 1987, pág. 352, SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*... pág. 280 e ss.; Em sentido contrário, HAINE, (*condictio sine datione*...pág. 153), que fundamenta (a nosso ver, sem razão) a *condictio* no fragmento D. 12.5.6 de Ulpiano *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici* para sustentar que, independentemente de haver ou não uma *datio* entre as partes ou qualquer outro negócio jurídico, a *condictio* caberia toda vez que alguém tivesse em seu patrimônio um bem sem justa causa. Mas o trecho de ULPIANO, quando colocado em seu contexto original (LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig: Bernhard Tauschnitz, 1889, §2591), foge completamente dessa conclusão genérica que busca a Autora, vez que ULPIANO esta nitidamente tratando do furto e da *condictio furtiva*. Isso sem falar, que está falando de uma opinião dos *veteres*, que neste caso era referente aos juristas do início da república (SACCOCCIO, *Si certum petetur*... pág. 99-100), tempo em que ainda, de acordo com DE FRANCISCI, a *condictio* tinha um caráter delitual.

²⁹⁰ DONATUTI, Guido, *Le causae delle condictiones*...pág. 50-51.

²⁹¹ HÄNSCHEN, Susanne, *Die causa conditionis*... pág. 29, nota 87.

²⁹² SANFILIPPO, Cesare, *Condictio indebiti*...pág. 44.

²⁹³ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre*...

²⁹⁴ LENEL, Otto, *Die Lehre von der Voraussetzung*...

DONATUTI, um dos romanistas²⁹⁵ expoentes dessa doutrina, assim afirma:

*Il negotium della datio, fondamento della condictio, richiede che la cosa sia data coll'intenzione di averla restituita se si verificheranno date circostanze. Il requisito in esame è, d'altronde confermato dai frammenti che riconoscono come causa della condictio il contratto, contratto che si forma con la datio di una res o di un certa pecunia, accompagnata da un patto di restituzione, ossia il contratto reale.*²⁹⁶

Mais adiante, continua:

*Como si è veduto, la convenzione che accompagna esplicitamente o implicitamente la datio, ha per contenuto la restituzione delle cose date, ove manchi la ragione per cui la datio è avvenuta. Per costituirsi l'obbligazione sancita della condictio occorre, dunque, che manchi la ragione per cui è avvenuta la datio. Seguendo le fonti, ciò può avvenire: a) se lo scopo, per il quale è avvenuta la datio non si è realizzato; b) se lo scopo non può realizzarsi, perché la causa traditionis è iniusta, ad es. si tratti di donazione fra coniugi. In tal caso, la condictio ricorre soltanto se l'oggetto donato sia del denaro e questo sia stato consumato dal donatario; c) se la datio stessa si rivela inutile, porche l'ordinamento giuridico deve assicurare con altri mezzi il raggiungimento dello scopo; si riferisce a questa ipotesi la c. d. condictio ob turpem causam; d) si con la datio si mira a costituire un rapporto continuativo e questo, ad un certo momento, si estingue; e) se il presupposto oggettivo della causa traditionis si rivela insussistente, es datio ob conditionem, mentre il negotium sub conditione era invalido; datio ob collationem, datio solutionis causa, [nestes casos] l'obbligazione non sussiste; f) se il presupposto oggettivo suddetto viene successivamente a mancare.*²⁹⁷

Outra corrente é conhecida como teoria da *causa-objetiva*. Não difere muito da corrente acima citada, mas enquanto aquela tem um foco na *cauda dandi* e no lado ativo da obrigação (de quem faz a atribuição), esta corrente tem o foco na *causa retinendi*, que é voltada ao lado passivo da obrigação, o lado de quem recebeu a atribuição. O fundamento da *condictio* seria a falta de legitimação para manter determinado bem no patrimônio. É a falta de uma *causa retinendi* para aquisição da propriedade de um bem que justifica sua restituição. Essa causa seria um fato objetivo, a existência de uma causa que legitime a aquisição patrimonial, causa essa que se refere a um negócio jurídico que justifique a aquisição patrimonial.²⁹⁸

²⁹⁵ No mesmo sentido, PFLÜGER, H. H., *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München: Duncker & Humblot, 1937, pág. 110 e ss; TRAMPENDACH, Fridrich, *Die condictio incerti*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftungs für Rechtsgeschichte*, V. 17, 1896, pág. 97-157, especialmente pág. 114 e PERNICE, Alfred, *Labeo – Römisches Priovat recht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, V. III, Halle: Weisenhauses, 1892, pág. 245 e ss. Os dois últimos citados por HEINE, Sonjia, *Condictio sine datione...* pág. 28, nota 28.

²⁹⁶ DONATUTI, Guido, *Le causae delle conditiones...* pág. 98.

²⁹⁷ DONATUTI, Guido, *Le causae delle conditiones...* pág. 105.

²⁹⁸ Nesse sentido, SCHWARZ, LUBTOW e SANFILIPPO (cf. nota 268), bem como SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur...* pág. 289 e BETTI, Emilio, *Sul valore dogmático della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, V. 28, 1915, pág. 3-96, especialmente pág. 62, citado por HEINE, Sonjia, *Condictio sine datione...* pag. 28.

No fundo, ambas correntes são muito parecidas, mas nossa opinião segue com a primeira corrente, da *causa-subjetiva*. Porém, para compreender melhor essas posições, que apesar de serem sobre o direito romano clássico, influenciam e influenciaram diretamente nosso direito atual, teremos que desenvolver melhor o conceito da *datio*, que é umbilicalmente ligado às *condictiones*.

2. 6 - A centralidade da *datio* para as *condictiones* que tutelam uma *obligatio ex re*

Se uma coisa é certa nessa *selva selvaggia* é que no período clássico as *condictiones* (excepcionando as derivadas de obrigações *ex verbis* ou *ex litteris*) só eram aplicadas quando havia uma *datio*.

A *datio* é transmissão de um bem ou de um outro direito real. DE FRANCISCI²⁹⁹ aponta ainda que o significado exato e técnico de *dare* é o de fazer que outro possa *habere*³⁰⁰ o bem. Também chamado nas fontes como *habere licere* ou *rem accipientis facere*. Como coloca BETTI, *dare* “è il puro e semplice contegno passivo del possessore della cosa che non si oppone alla vindicatio altrui”³⁰¹.

Assim, mostra-se fundamental para a aplicação da *condictio* que tenha havido uma transferência de propriedade, uma atribuição patrimonial e que esta tenha se dado sem *causa* ou – caso a *causa* deixe de existir depois do ato translativo – que o adquirente retenha o bem recebido sem *causa*.

Como vimos anteriormente, a limitação Proculiana sobre o conceito de contrato é que viu somente no mútuo um contrato *ex re*, sendo que os juristas da escola sabiniana consideravam todas obrigações *ex re* também como *negotium contractum*, aliás, um tipo que era ilimitado e aberto.

A centralidade da matéria era a atribuição, por meio da *datio* (que se efetivava por algum dos seguintes modos de aquisição de propriedade, *mancipatio*, *traditio* ou *in iure cessio*) de algum bem ou direito real. A causa que justificava a atribuição, que nada mais era do que o acordo entre as partes sobre aquela atribuição, é que diria se o negócio era uma doação, um mútuo, uma prestação de garantia, ou diversas outras formas de negócios,

²⁹⁹ DE FRANCISCI, Pietro, *Il trasferimento della proprietà, storia e critica de una dottrina*, Padova: Litotipo, 1924, pag. 123

³⁰⁰ Que significa a senhoria, o *dominium* de fato de uma coisa.

³⁰¹ *L. c. p.*, pag. 82, citado por DE FRANCISCI, Pietro, *Il trasferimento della proprietà...* pag. 123.

inclusive os negócios fiduciários nos quais se transmitia algum bem para que o adquirente fizesse determinado uso da coisa ou que o restituísse em determinadas circunstâncias, etc.

Ainda sentimos isso nos contratos reais como mútuo e doação³⁰², nos quais a atribuição da propriedade é elemento de existência mesmo do negócio.

OTTO LENEL, tratando da *condictio causa data causa non secuta* chama a atenção para a diferenciação entre a *datio ob causam* e *ob rem*, dizendo que a primeira se refere à causa pretérita e a segunda ao Zweck³⁰³, “ao fim da prestação que for fundamental para a sua natureza econômica”³⁰⁴.

No entanto, não nos parece um critério muito apropriado falar em causa pretérita enquanto motivo e causa futura como fim (Zweck), pois como lembra muito bem ASTRID STADLER³⁰⁵, citando KEGEL, KLINKE e WESTERMANN, não existe diferença alguma entre o fato de alguém comprar um pão porque estava com fome (motivo) ou para satisfazer sua fome (fim).

Uma passagem de PAULO (D. 12, 6, 65) esclarece muito bem o problema ao tratar das diferentes formas de *datio*, dizendo em quais casos caberia a *condictio*. O jurisconsulto afirma que a transferência se dá ou “(i) *ob transactionen* aut (ii) *ob causam* aut (iii) *propter condicionem* aut (iv) *ob rem* aut (v) *indebitum*”³⁰⁶.

Quando trata da *datio ob causam*, afirma “*quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse*”. Evidencia-se, assim, o sentido da *datio ob causam*, que pode ser considerada como um verdadeiro motivo, o qual não se protege com a *condictio*.

Já a *datio ob rem* é a transferência feita aguardando-se que determinado ato seja feito pela parte que recebe e cabe sua repetição quando assim for de acordo com o bom e o justo,

³⁰² Sobre o assunto cf. PENTEADO, Luciano Camargo, *Doação com encargo e causa contratual*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2013, pág. 311-315, que se posiciona pela natureza real da doação em nosso código civil e traz a discussão doutrinária sobre o assunto.

³⁰³ No mesmo sentido WEISS, Egon, *Institutionen des römischen Privatrechts*, 2ª ed., Basiléia: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1949, pág. 404.

³⁰⁴ LENEL, Otto, *Die lehre von Voraussetzung...* pág. 235.

³⁰⁵ STADLER, Astrid, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion: eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und USamerikanischen Rechts*, Tübingen: Mohr, 1996, pág. 10.

³⁰⁶ Paulo afirma que a *condictio* cabia somente nos casos: (i), se fosse caso de fraude, (iii), (iv) e (v).

ou seja, de acordo com as características do caso concreto. *In verbis*: “*Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.*”

No entanto, como aponta COUTO E SILVA, o significado de causa passou a abranger indiferentemente o termo *res* e *causa*, e os juristas posteriores a Diocleciano já não faziam a distinção.³⁰⁷

Assim, os problemas referentes à perda de *causa* podem ser de três espécies, conforme KASER³⁰⁸: por falta da causa ao tempo da transmissão; por a causa jurídica estar inicialmente pendente e depois se ter resolvido em favor de quem recebe, como doação condicional na qual a condição não se cumpriu (D. 12, 4, 9, pr.); ou ainda por causa jurídica inicialmente existente ter cessado mais tarde, como emitir um certificado de dívida após ela ter sido paga (C. 4, 9, 2).

Nesse diapasão, de acordo com as espécies acima de *dationes*, o direito pós-clássico deu nomes a certos tipos de *condictiones*, de acordo com suas aplicações³⁰⁹. Chamou-se de *condictio indebiti* a ação para restituição do que foi prestado para pagar dívida inexistente³¹⁰, decorrente de uma *datio indebitum*.

Havia, também, a *condictio causa data causa non secuta*, conhecida também por *condictio ob causam datorum*³¹¹ (um propósito que se põe, mas não se realiza), que se aplicava em casos decorrente de *dationes ob rem* nos quais se fazia uma atribuição de propriedade aguardando-se uma contraprestação ou com certa finalidade, como quando se entrega dinheiro a título de dote, mas o matrimônio não se realiza³¹². Em sentido parecido, havia a *condictio ob causam finitam* usada para casos em que a *causa* deixava de existir,

³⁰⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo*, 4ª reimpressão, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 46.

³⁰⁸ KASER, Max, *Direito Privado Romano...* pág. 273.

³⁰⁹ O direito romano concebeu, também, *condictiones ob turpem causam* (D. 12.5; C. 4.7) contra negócios imorais, *ob iniustem causam* (D. 12.5; C. 4.9) contra negócios ilícitos, além da *condictio furtiva*. Para um explicação resumida de cada tipo, cf. MARRONE, Matteo, *Istituzione di Diritto Romano...* pág. 493-496.

³¹⁰ Há uma grande discussão se o erro fazia parte do suporte fático da *condictio indebiti* durante o período clássico, GUARINO (*Diritto Privato Romano*, 12ª ed., Napoli: Jovene, 2001, pág. 969) segue a linha de SOLAZZI (*Le condictiones il l'errore*, 1949, mencionado por GUARINO à pág. 969) e afasta o erro do suporte fático das *condictiones*, com exceção de obrigação derivada de *fideicommissi*; já SCHULZ e WEISS reconhecem a disputa sobre o tema, mas acham difícil negar a importância do erro tendo em vista o disposto nas fontes – GAIO III, 91; Ulpiano D. 12. 6, 8, 1; Paulo D. L 17,53.

³¹¹ Importante notar que os nomes conferidos às *condictiones* foram elaborados no período pós-clássico e, portanto, não diferenciavam mais a *datio ob rem* e *ob causam*. Daí o nome *condictio ob causam datorum*, mas, em verdade, é uma *condictio ob rem*.

³¹² SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano clásico...* pág. 590.

e.g., a retenção de coisa entregue a título de *arrha* depois que o comprador paga o preço (ULPIANO contra JULIANO, D. XIX, 1, 11, 6) ou no caso de emissão de um certificado de dívida depois dela ser paga (Diocletian. C. IV 9,2)³¹³.

Como leciona SACCOCCIO, ULPIANO teria separado os casos de *condictiones* contratuais e não contratuais. Nesta última categoria, fora o caso do furto, entravam as *dationes* de um indébito. Mas neste primeiro momento, o indébito era entendido de maneira extensiva, como *datio* ou promessa “*priva di causa giustificatrice sai al momento della stipula, sai privata della causa in un momento successivo a questa per i non venire in essere della controprestazione integrante de causa stessa (condictio causa data causa non secuta)*”.³¹⁴

Somente os justinianeus teriam entendido o indébito de maneira restrita à falta de causa ao tempo da atribuição (indébito genético), criando, no entanto, as categorias acima citadas para os demais casos.

Dessa maneira, é importante tratar do sentido de *causa* como justificação (*Rechtsfertigungsgrund*) da atribuição patrimonial. Mas para compreender tal atribuição precisamos explicar brevemente a transmissão patrimonial em si, pois se as *condictiones* se aplicavam somente em casos onde havia uma *datio* ou uma promessa unilateral (sendo a *stipulatio* a principal), temos que ter muito claro como e quando se dá a transferência patrimonial, assim como qual é a função das *condictiones* dentro do processo de transmissão patrimonial. Tal discussão é importantíssima para se compreender o papel da causa.

³¹³ WEISS, Egon, *Institutionen des römischen Privatrechts...* pág. 405.

³¹⁴ SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur...* pág. 547.

CAPÍTULO 3 - A *DATIO* E PROCESSO DE TRANSMISSÃO PATRIMONIAL: UM PANORAMA.

O conceito de obrigação como processo obteve grande difusão no Brasil por meio da obra de CLOVIS DO COUTO E SILVA³¹⁵, mas é extraído, na verdade, do direito romano e já era largamente difundido na Alemanha na época em que ele apresentou sua tese de doutorado, em 1964. OERTMANN tratou do assunto em sua monografia sobre a base do negócio, publicada em 1921, e aponta como um dos responsáveis pela sistematização do conceito a obra de STAMPE³¹⁶, de 1904.

Como coloca COUTO E SILVA:

*obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em seu favor. O adimplir determina o afastamento, a liberação e na etimologia da palavra solutio surpreende-se vigorosamente essa idéia (solutio, solvere, tem o significado de cortar as cadeias, libertar-se).*³¹⁷

A diferença entre obrigar-se e adimplir é mesmo ontológica, tal como já notado por GAIO³¹⁸ e, por isso, o processo obrigacional deve ser analisado em dois planos: o plano do direito obrigacional, do nascimento e desenvolvimento da obrigação; e o plano dos direitos reais, a fase do adimplemento.

OERTMANN, no mesmo sentido, afirma que o processo de transmissão patrimonial se dá por meio de uma série de etapas de desenvolvimento (*entwicklungsstufen*): o nascimento e o adimplemento, sendo que entre eles pode haver garantia, ampliação, alteração, etc.³¹⁹ O adimplemento se põe, assim, como a *causa finallis* da obrigação. Toda obrigação tende ao adimplemento e ele lhe dá unidade.

A separação de planos (*trennungsprinzip*) acima apontada decorre do direito romano clássico, o qual concebeu que para transferência de direitos de domínio *inter vivos* não bastava o *consensu*. Exigia-se, ainda, a *mancipatio*, a *in iure cessio* ou a *traditio*³²⁰, os

³¹⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo...*

³¹⁶ STAMPE, Ernst, *Das causa-Problem des Zivilrechts, eine rechtspolitische Studie am §365 BGB*, Greifswald: Abel, 1904.

³¹⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo...*pág. 43.

³¹⁸ Inst. 3. 91

³¹⁹ OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung 1921, §2., pág. 8.

³²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo...* pág. 43.

que o direito comum chamou de *modus acquirendi*. Ou seja, a obrigação nasce e se desenvolve no plano dos direitos obrigacionais, mas seu adimplemento se dá no plano dos direitos reais, pois somente neste último plano é que se dá a transferência de domínio³²¹.

3.1 - A Separação de Planos: A causalidade e a abstração entre os planos

A separação de planos se dá até hoje nos sistemas jurídicos que seguiram a tradição romana³²². Tal concepção deriva do fato da propriedade ter efeito *erga omnes* e, portanto, não ser passível de ser transmitida *solo consensu*, sendo necessárias certas formalidades.

Como bem elucidou VANZELLA³²³ em sua obra sobre o tema:

Basicamente, determina-se, por meio desse princípio, que toda e qualquer declaração de vontade que interfira no 'caráter de propriedade' de um direito subjetivo patrimonial tenha eficácia apenas pessoal, ou obrigacional, isto é, relativa, inter partes; salvo naquelas situações nas quais o ordenamento jurídico, em satisfação daquela necessidade econômico-social de efeitos contratuais absolutos, permitiu que aquela eficácia se realizasse, a ponto expandir, perante terceiros, as qualidades e os interesses pessoais dos envolvidos com o mesmo direito subjetivo patrimonial

A propriedade só era transmitida em Roma por certos modos, os chamados *modus acquirendi*, as já mencionadas *mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio*. Mas qual era a relação entre os *modus* e as relações obrigacionais, os chamados *titulus*?³²⁴

Em verdade, ao menos no que diz respeito ao período do direito arcaico ao clássico, é provável que sequer houvesse a concepção de *transmissão* da propriedade³²⁵, no sentido

³²¹ Com exceção dos negócios dispositivos de crédito, os quais se adimplem no plano obrigacional. Mas pode-se dizer que a transferência de propriedade só se dá no plano dos direitos reais, sendo a transferência de titularidade de direitos pertencente ao plano obrigacional.

³²² Mesmo no sistema francês, no qual o próprio contrato transfere a propriedade, entende-se que há uma tradição ficta, ou seja, o título transfere a propriedade ou, sob outra ótica, se torna um *modus acquirendi* (cf. ORLANDO GOMES, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 270). Visão essa que remonta ao trabalho de GRÓCIO (cf. FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereinigungslehre*, Leipzig: Werner Scholl, 1924, pág. 4.)

³²³ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo, *O contrato e os Direitos Reais*, São Paulo: RT, 2012, pág. 225

³²⁴ A chamada doutrina do *títulos e modus* é medieval, sendo sido desenvolvida com base na doutrina causal da tradição, isto é, a tradição, para ser eficaz necessitava de uma justa causa, sendo esta o título (compra e venda, doação, mutuo, etc.) cf. CRISTAS, Assunção, GOUVEIA, Mariana França, NEVES, Vitor Pereira, *A Transmissão da propriedade e Contrato*, Coimbra: Almedina, 2001, pág. 63-64. Embora, como ensina FELGENTRAEGER (*Fridrich Carl v. Savigny...*), mesmo se considerando causal a tradição, muito se discutiu ao longo do direito comum seus elementos e requisitos, não sendo possível falar de uma única posição sobre o tema, como veremos adiante.

³²⁵ Conforme as teses de LONGO (Bulletino dell'istituto di diritto romano, XIV, pág. 127 e ss) e de DE FRANCISCI (*Il trasferimento della proprietà, storia e critica de una dottrina*, Padova: Litotipo, 1924) que ampliaram para o período clássico as constatações de JHERING e WINDSCHEID sobre o período arcaico. Nega a generalização da tese de De Francischi, VOCI, Pasquale, *Modi di Acquisto della proprietà*, Milão: Giuffrè, 1952, pág. 1-7.

de uma sucessão singular, na qual o mesmo direito sobre uma coisa se transmitia a um terceiro. Como os próprios rituais da *mancipatio* e da *in iure cessio* demonstram³²⁶, era o adquirente quem, colocando as mãos sobre o objeto o reivindicava e o alienante simplesmente silenciava, como se estivesse renunciando ao bem. *Mutatis mutandis*, o mesmo se dava com a *in iure cessio*. Já na *traditio*³²⁷ a entrega da coisa sinalizava a renúncia da senhoria sobre o bem, juntamente com a vontade de privar-se dela fixada na *causa* da tradição (*solutio*, *donatio*, etc.). Assim, não havia uma transferência de direito de propriedade, mas sim criação de uma nova senhoria sobre o bem.³²⁸

O mesmo se dava no direito germânico, com o instituto da “*Sala*” (do gótico *Saljan*, que no inglês é *Sell, to Sell*), que é negócio jurídico sem efeitos reais, mas que criava, ao adquirente, um *ius ad rem*³²⁹ sobre a coisa. Era visto pelo lado ativo (alienante) como *ius resignare*, ou seja, também uma espécie de renúncia sobre o referido bem. O efeito real, *erga omnes*, se dava pela *vestitura*.³³⁰

A referida origem histórica reforça a separação de planos, pois mesmo que as partes tivessem acordado sobre, por exemplo, a venda de um escravo por meio de uma *stipulatio* ou mesmo pela *emptio venditio*, era necessário que houvesse a criação de uma nova senhoria sobre o escravo por meio da *mancipatio*, que era uma espécie de reivindicação simulada. São objetos completamente diferentes o do contrato de compra e venda ou da *stipulatio* e da *mancipatio*.

Retomando a relação entre *titulus* e *modus*, no direito romano clássico, a *mancipatio* e a *in iure cessio* eram independentes dos *titulus*, ou seja, para a transferência de uma *res Mancipi* e de qualquer outro bem por meio da *in iure cessio*, era irrelevante o negócio obrigacional para fins de transmitir a propriedade (ou criar uma nova propriedade ao adquirente). A falta do *titulus* gerava apenas o nascimento da *condictio*, ou a *exceptio doli*, todas operantes no plano da eficácia. Atualmente, seriam denominadas como negócios jurídicos abstratos³³¹.

³²⁶ DE FRANCISCI, Pietro, *Il trasferimento della proprietà...* pág. 129-130.

³²⁷ DE FRANCISCI, Pietro, *Il trasferimento della proprietà...* pág. 139-161.

³²⁸ DE FRANCISCI, Pietro, *Il trasferimento della proprietà...* pág. 125-126.

³²⁹ FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savigny...* pág. 2.

³³⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XI, ... §1244 b).

³³¹ cf. JUNQUEIRA, Antonio, *Negócio Jurídico- existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 141. No mesmo sentido, MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano...* págs. 305/307.

A abstração externa era decorrência das solenidades que envolviam tais negócios, “*dando-se mais importância à forma do que ao fundo*”³³². Além do mais, eram negócios tipicamente dispositivos³³³, nos quais se reivindicava o bem perante o pretor e testemunhas (*mancipatio*) ou perante o “juiz” (*in iure cessio*). A transferência, ou melhor, a criação da nova senhoria do adquirente operava-se imediatamente à celebração do ritual/procedimento. A qual título se deu a transferência (para adimplir uma venda, para doar, etc.) era irrelevante para sua validade.

Já na relação dos negócios obrigacionais com a *traditio*, modo de aquisição de coisas corporais e *nec mancipi*, há muita disputa. A *traditio* é modo de transferência de propriedade por meio da transmissão da posse³³⁴. No entanto, não devemos confundir a *traditio* com a simples transmissão da posse, esta chamada de *nuda traditio*³³⁵, pois para se transferir a propriedade é necessária a vontade de transferi-la³³⁶. Daí a afirmação de muitos romanistas³³⁷ de que a tradição, no direito romano clássico, é verdadeiro negócio jurídico, mas de direito das coisas, um *dingliches Rechtsgeschäft*. Seria equivalente à *Übereignung* (acordo de transmissão + transferência da posse) do Direito tedesco.

3. 1. 1 - A *traditio*

A *traditio* romana sofreu grande alteração no período pós-clássico e justiniano, passando a se referir a mera entrega. Mas o enfoque aqui é no direito clássico e, para esse período, os elementos principais para que se dê a transferência de propriedade por meio da *traditio* são a entrega da posse do bem e a *iusta causa*, como salienta PFLÜGER, “*Solange es eine Wissenschaft des Römischen Rechts gibt, bis in das neunzehnte Jahrhundert hinein, hat man [...] zur Übertragung des Eigentums die zwei Dinge gefordert, erstens die Übergabe und zweitens eine iusta causa*”³³⁸

³³² MARKY, Thomas, *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ªed., São Paulo, 1995, pág. 41.

³³³ Sobre negócio dispositivo, cf. VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo, *O contratato e os direitos reais...*, pág. 257.

³³⁴ Admitia-se, como se faz hodiernamente, os meios de transmissão simbólica de posse, ou por meio do constituto possério, etc.

³³⁵ Cf. D. 41.1.31. pr –*Paulus libro 31 ad edictum*: “*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*”

³³⁶ D. 41.1.9.3 *Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum* - Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.

³³⁷ JÖRS, Paul, KUNKEL, Wolfgang, WENGER, Leopold, *Römisches Recht...*, §62; KASER, Max, *Direito Privado Romano* ...pág. 150; WEISS, Egon, *Institutionen des römischen Privatrechts...* pág. 405.

³³⁸ PFLÜGER, H. H., *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums...* pág. 22

MOREIRA ALVES³³⁹ enumera os requisitos da *traditio* da seguinte maneira: a) a transferência da posse; b) que a coisa seja suscetível de *traditio*; c) a intenção do *tradens* e do *accipiens* de, respectivamente, transferir e adquirir a propriedade; e d) a existência de causa jurídica (*iusta causa*).³⁴⁰

O ponto de disputa sobre a *traditio* gira entorno da *iusta causa*, ou da denominada *causa traditionis*, pois tal ponto é fundamental para saber se a *traditio* era abstrata ou causal.

São, na verdade, três correntes doutrinárias³⁴¹ sobre o tema. A primeira, conhecida como clássica, é ligada à doutrina do *títulos e modus* medieval, sustentando uma relação de causalidade entre a *traditio* e o negócio jurídico antecedente que a justifica. Para essa concepção, a *causa traditionis* é exatamente o negócio jurídico que justifica a tradição, sendo que a invalidade do título invalida também ela.

Praticamente durante toda fase medieval e moderna, a doutrina entendia a *causa traditionis* nessa concepção, como o negócio jurídico obrigacional, o *titulus*³⁴². PAUL JÖRS aponta que tal doutrina é proveniente de juristas da época do humanismo, especialmente JOHANN APEL (1486–1536) e que SAVIGNY foi o responsável por se opor a tal argumento, o que levou o BGB a adotar a abstração da *Übereignung*.³⁴³

APEL, que teria sido o primeiro jurista a lecionar na Alemanha a doutrina do *títulos e modus*, sustentava que a *traditio* tinha uma causa eficiente próxima, que era a transferência de posse, e uma causa remota, o negócio obrigacional.³⁴⁴ GRÓCIO afirmava que a tradição (da posse) seria apenas uma externalização do que já existia no título³⁴⁵.

³³⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano...* pág. 307/308. Todos os romanistas consultados sobre o tema colocam basicamente os mesmos requisitos para a *traditio*, entre eles JÖRS, WEISS, KASER, SCHULZ, EUGENE PETIT, MATTEO MARRONE.

³⁴⁰ *Zur Lehre vom Erwerb des Eigentums...* pag. 22.

³⁴¹ Cf. CRISTAS, Assunção, GOUVEIA, Mariana França, NEVES, Vitor Pereira, *A Transmissão da propriedade e Contrato...* pág. 75-80.

³⁴² MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág. 310.

³⁴³ cf. JÖRS, Paul, KUNKEL, Wolfgang, WENGER, Leopold, *Römisches Recht...*, pág. 160). No mesmo sentido também, FELGENTRAEGER (*Fridrich Carl v. Savigny...*, pág. 3) sobre o papel importante Johann APEL. Cf. também sobre o desenvolvimento da teoria de SAVIGNY que vislumbrou o acordo de transmissão (*einigung*) como negócio jurídico independente do negócio obrigacional: RANIERI, Filippo, *Brevi note sulla origine della nozione di negozio reale ed astratto* in *Legal History review*, V. 38, t. 3, 1970, pág. 315/342; HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savigny für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen BGB*, 1983, pág. 150 ss. (este último mencionado por por WIELING, Hans Josef, *Sachenrecht*, v. 1, *Sachen, Besitz und rechte an beweglichen Sachen*, 2ª ed., Heidelberg: Springer, 2006, pág. 31).

³⁴⁴ FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savigny...*, pág. 6/7.

³⁴⁵ FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savigny...*, Pag 4.

Com base nessa interpretação do direito comum é que o Código Civil Austríaco³⁴⁶ e o Código Civil Brasileiro³⁴⁷ adotaram a exigência de haver um título válido para que a tradição transfira a propriedade, formando uma relação de causalidade entre o negócio obrigacional e a *traditio*, vista, via de regra, como mera entrega. Daí à conclusão que chegou o legislador do *Code Civil* de dispensar a entrega fática é um pequeno passo, até porque é permitido entre nós os constituto possessório para simbolizar a entrega.

Mas não foi essa a única interpretação sobre a *causa traditionis* e o significado de título e modo. Juristas como DONELLUS sustentavam que para a tradição (transmissão da propriedade), bastava a entrega do bem e um acordo entre as partes sobre a alienação e a aquisição da propriedade, pressupondo, claro o poder de disposição do alienante. Essa teria sido a doutrina predominante na virada do século XVI para o XVII e que seguia o disposto na Glosa de ACCURSIO.³⁴⁸ A teoria de SAVIGNY, na qual sustenta que a *traditio* é um contrato de direito das coisas abstrato, isto é, cuja validade da sua causa é irrelevante para validade e eficácia da transmissão, é fortemente baseada em DONELLUS.³⁴⁹ Essa é a chamada teoria abstrata da tradição.

Outros juristas, como STRUVE, ao defender uma posição próxima de DONELLUS, sustentava que para a transmissão da propriedade era necessário que as partes estivessem de acordo sobre a causa da transmissão de propriedade (*donatio- causa donandi/ solutio- causa solvendi, mutuum* ou contratos inominados-*causa credendi*), não importando se a causa fosse realmente válida ou existente. Bastaria uma *causa putativa* para a transferência ser eficaz.³⁵⁰ E essa é a chamada teoria da *causa putativa*.³⁵¹

³⁴⁶ §424 do ABGB - Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Vertrage. EGON WEISS é claro ao dizer que a escolha feita pelo código austríaco foi feita com base numa interpretação equivocada do direito romano: “Die abstrakte einigung als Grundlage des Eigentumserwerbes ist dem römischen Recht der traditio unbekannt, daran hat die spätere Gesetzgebung, z.B.. das ABGB. von 1811, §424 festgehalten und zum Teil über das römische Recht hinausgehend einen gültigen Titel verlangt; dies beruht, wie eben bemerkt, auf einem Mißverständnis des römischen Rechtes.” (Institutionen des römischen Privatrechts... pág.176).

³⁴⁷ Cf. CLOVIS BEVILAQUA, *Código civil dos estados unidos do Brasil, comentado*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959, mantendo-se tal exigência até hoje (art. 1268, §2).

³⁴⁸ FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savigny...*, pág. 8.

³⁴⁹ FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savigny...*, pág. 38.

³⁵⁰ FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savigny...*, Pag 11.

³⁵¹ Vale mencionar algumas teorias menos difundidas, que defendem que não seria necessário o acordo das partes para transmissão da propriedade, mas bastaria a vontade do alienante de transmitir a propriedade enquanto ao adquirente bastava tomar a posse do bem (PEROZZI); ou, em sentido inverso, bastaria a vontade do adquirente de receber a propriedade do bem, cuja posse lhe fora entregue (BREMER, DE FRANCISCI e LANGE). Cf. VOICI, Pasquale, *Modo di acquisto...*pág. 39.

Foi com HEINECCIUS e BÖHMER que a doutrina de APEL e GRÓCIO se difundem mais no direito comum e influenciam Christian WOLF para concepção da títulos e modos como *possibilitas* (Möglichkeit) e *actualitas* (Wirklichkeit), considerando a *traditio* a mera entrega que perfeioa, torna real o título, que incarna a *possibilitas* legal (a liberdade contratual). Assim, para esses juristas o título era o contrato, e a tradição entrega da posse, que é resultado e adimplemento do título.³⁵² Foi essa doutrina que foi positivada nas codificações do século XVIII e no, de certa maneira, em nosso código civil.

Gustav HUGO, que influenciou SAVIGNY, defendia que a relação entre título e modo era a mesma entre o crédito e o adimplemento³⁵³, tendo junto com GLÜCK construído a teoria mais aceita entre os juristas no início do século XIX, tornando-se, assim, o embrião da ideia de processo de transmissão patrimonial ou da obrigação como processo, embora fossem contra o direito vigente de então, que era causalista³⁵⁴.

Em relação ao direito romano, como afirma SCHULZ, diante da divergência das fontes, principalmente a o fragmento de JULIANO (D. 41. 1. 36) e ULPIANO (D. 12. 1. 18), nunca haverá um consenso sobre o tema³⁵⁵. Todavia, grande parte dos romanistas sustenta ser equivocada a concepção causalista da tradição, isto é, que vê no negócio jurídico subjacente a *causa traditionis*³⁵⁶. A corrente majoritária³⁵⁷ defende que a *causa traditionis* não poderia ser o *titulus*, pois, se assim fosse, seria inconcebível o conceito da *condictio indebiti* ou da *condictio ob turpem vel iniustam causa*.

Explica-se: se a *condictio* só cabia em casos onde houvesse transmissão de domínio, é exigência lógica entender que o pagamento de uma dívida inexistente transmitia

³⁵² FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savigny...*, Pág. 17.

³⁵³ FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savigny...*, pág. 23.

³⁵⁴ FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savigny...*, pág. 24.

³⁵⁵ A bibliografia sobre o tema é imensa e sua análise demandaria uma tese por si só, fugindo do escopo do presente trabalho, mas cf. especificamente sobre a tradição e a justa causa as monografias de KASER, Max, *Zur iusta causa traditionis...*; VOICI, Pasquale, *Modo di acquisto...*; LANGE, Heinrich, *Das Kausale Element im Tatbestand der Klassischen Eigentumstradition*, Leipzig: Theodor Weicher, 1930; DE FRANCISCI, Pietro, *Il trasferimento della proprietà...*; FUCHS, Johannes Georg, *Iusta Causa Traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basileia: Helbing & Lichtenhahn, 1952; o já citado FELGENTRAEGER, *Fridrich Carl v. Savigny...*; EHRHARDT, Arnold, *Iusta causa traditionis, eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Leipzig: Walter de Gruyter, 1930; HOENTINK, H. R., *Iusta causa traditionis et iusta causa tradendi*, in *Legal History Review*, v. 29, t. 2, 1958, pág. 230-242; PFLÜGER, H. H., *Zur Lehre vom Erwerbe...*

³⁵⁶ Nesse sentido: MATTEO MARRONE, *Istituzioni...*; W.W. BUCKLAND, *A Text Book of Roman Law...* pág. 228-229 e EGON WEISS, SCHULZ, JÖRS-KUNKEL-WENGER e MOREIRA ALVES (cf. citações supra).

³⁵⁷ Embora assim entenda diferente RODRIGUEZ-ROSADO, Bruno, *Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs*, Frankfurt: Peter Lang, 2009, pág. 37.

propriedade, pois o remédio utilizado para reaver o pagamento indevido era a *condictio indebiti*; se a transferência de determinado bem se dava *ob turpem causam*³⁵⁸, o remédio era também uma *condictio*, ou seja, se entendia que a propriedade se transferia mesmo tendo um título ilícito (e.g., A pagar R\$100 ao B para não matar o C).

Dessa maneira, fica claro que a validade do negócio jurídico obrigacional nada tinha a ver com a validade da transmissão em si³⁵⁹, portanto, a *causa traditionis* não poderia ser o título, o negócio jurídico obrigacional. Esta *causa*, então, deveria ter outro significado.

Considerando que um dos requisitos da *traditio* era o acordo sobre a transmissão da propriedade, essa vertente da doutrina entende que a *causa traditionis* seria o motivo/finalidade da transmissão. O fato de B querer transferir domínio de um bem e A querer adquiri-lo não basta para que se dê a transferência, é preciso que estejam de acordo sobre o motivo/finalidade dessa transmissão: seja para doar (*causa donandi*), seja para fazer um empréstimo (*causa credendi*), seja para solver (*causa solvendi*), seja para dar em garantia (*causa cavendi*), entre outros. Se não há acordo sobre o motivo/finalidade da tradição, ela não gera efeitos³⁶⁰. Assim, basta que no momento da tradição as partes estivessem de acordo sobre a causa dela, não importando se essa causa realmente existia ou se era válida, tornando a *traditio* verdadeiro negócio externamente abstrato.³⁶¹ Era uma causa putativa.

Corroborando essa tese, EGON WEISS afirma que “*Das Verhältnis der traditio zum obligatorischen Rechtsgeschäft ist mithin das gleiche wie bei der mancipatio, z.B. zur*

³⁵⁸ A *condictio ob turpem causam* é apenas uma variedade da *condictio ob rem* (ou *condictio ob causam datorum*), ou seja, decorrente de uma *datio ob rem*, uma transferência feita com um propósito, um fim, só que neste caso, a finalidade é contra os costumes. Cf. PAUL JÖRS, WOLFGANG KUNKEL e LEOPOLD WENGER, *Römisches Recht*, 4ª ed. revista por HEINRICH HONSELL, THEO MAYER-MALY e WALTER SELB, Springer: Berlim, Heidelberg, Nova Iorque, Londres, Paris, Tokio, 1986, pág. 354.

³⁵⁹ Em sentido contrário, sustentando a causalidade da tradição e negando que ela tenha sido um negócio jurídico de direito das coisas no direito clássico, LANGE, Heinrich, *Das Kausale Element...* pág. 97-99, embora assumia que tenha ganhado esse caráter no direito pós-clássico, mas sem a abstração. KASER, Max *Justa causa traditionis*, 94-97, também compartilha da visão de que não havia um negócio jurídico de direito das coisas, vez o elemento da vontade de transmitir a propriedade estaria na própria causa, a relação jurídica que tem por objeto a transmissão da propriedade.

³⁶⁰ Tal ponto é controvertido, pois, como salienta EUGENE PETIT, as fontes divergem. JULIANO (D. 41.1.36) defende que o dissenso sobre a causa é irrelevante para a transferência de domínio, sendo que ULPIANO (D. 12.1.18) entende que o consenso sobre a causa é essencial (cf. PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires: Albatros, 1958, pág. 268).

³⁶¹ Cf. MARRONE, Matteo, *Istituzioni ...* pág. 314.; SCHULZ parece compartilhar dessa ideia, todavia não o diz expressamente e afirma, ainda, que as fontes não são claras a respeito do tema e que, por isso, dificilmente haverá uma *communis opinio doctorum* (cf. *Derecho Romano clásico...* pág. 336).

emptio. [...] Dahin liegt eine der wichtigsten Eigentümlichkeiten des römischen Rechts und der ihm folgenden mitteleuropäischen Gesetzgebungen.”³⁶²

Como aponta SCHANBACHER³⁶³ com precisão, o acordo (ou *animus*, se adotarmos a posição de JULIANO) sobre a transmissão da propriedade é uma abstração da definição de finalidade da atribuição patrimonial. Colocando em outras palavras, a *traditio* é um contrato de disposição, no qual as partes concordam em dar e receber a propriedade de um bem por conta de uma finalidade, a causa. O acordo de transmissão é uma abstração desse contrato, separando-se o elemento sobre a mera transmissão da propriedade da sua finalidade, quando, na realidade, tal separação não existe, o acordo é único. Essa é, no fundo, a mesma visão de *iusta causa* para a doutrina da causa putativa.

A *iusta causa traditionis*, seria, portanto, não o negócio jurídico principal obrigacional, o título, mas a finalidade da tradição mesma. Muitas vezes serão a mesma coisa, como no caso do mútuo, ou doação, por exemplo. Mas não necessariamente, pois pode-se transmitir a propriedade, por exemplo, com finalidade de celebrar um negócio jurídico no futuro (e.g., pagar adiantado por um livro que não chegou à livraria), que mesmo não existindo e não vindo a existir, nada afetará a transmissão da propriedade.

A *traditio* seria internamente causal, portanto, no sentido de que seria necessário haver um acordo sobre sua finalidade, seu propósito, mas era abstrata no sentido de ter sua validade separada do negócio obrigacional. A tradição era típico contrato de disposição, podendo ser representado pela seguinte fórmula: *traditio* = (finalidade lícita da transmissão + acordo de transmissão) + entrega/ato simbólico da entrega.³⁶⁴

³⁶² *Institutionen des römischen Privatrechts...* pág.176.

³⁶³ SCHANBACHER, Dietmar, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung*, in *Legal History Review*, v. 60, t. 1, 1992, pág. 1/27, citada aqui a pág. 23. Embora o autor considere a causa *traditionis* o título, o negócio jurídico subjacente. Diz ainda que a única diferença entre *causa traditionis* e a *stipulationis* é que na primeira, para que ocorra a transmissão de propriedade, é necessário que as partes estejam de acordo sobre a finalidade da transmissão (um forte indício da causalidade interna da *traditio*), enquanto que na *stipulatio* não há necessidade desse acordo para sua formação e obrigatoriedade. Mas, como veremos adiante, a finalidade terá efeito na eficácia da *stipulatio*.

³⁶⁴ É verdade que parte da doutrina, como Clovis do COUTO E SILVA, sustentam ser a tradição ato-fato jurídico, um ato real. (*obrigação como processo...* pág. 58; no mesmo sentido, GOMES, Orlando, *Direitos reais...* pág. 207), no entanto toda essa discussão se reduz a uma questão terminológica de se considerar a tradição apenas como entrega ou chamar o negócio jurídico de atribuição dispositivo de direito das coisas, aperfeiçoado pela entrega, de tradição. Adotei neste trabalho essa última opção, até porque mais condizente com as fontes romanas, que separavam a *traditio* da *nuda traditio*. Fora isso, o termo é empregado nos dois sentidos em nosso código civil (tradição no depósito, por exemplo, em contradição com a tradição do art. 1.226) e, dessa maneira, não vejo problema em adotar qualquer das duas concepções.

3.2 - Os negócios jurídicos obrigacionais bilaterais e os negócios jurídicos de atribuição

A explicações supra apenas reforçam a tese da rígida separação dos planos (título + modo, o chamado “*trennungsprinzip*”) no direito romano, mostrando, também, que ele adotou o princípio da abstração entre os planos (*abstraktionsprinzip*). Tais princípios são fundamentais para se compreender o direito privado, pois sua influência nas trocas patrimoniais é enorme.³⁶⁵

A separação de planos impõe, também, uma divisão dos negócios jurídicos em dois grupos muito distintos entre si: os negócios obrigacionais bilaterais e os negócios de atribuição.

Os primeiros têm no próprio tipo contratual ou no contrato *in concreto* analisado obrigações fixadas para ambas as partes, isto é, são sinalagmáticos não só economicamente, mas juridicamente. Celebra-se, ao mesmo tempo, obrigações para ambas as partes envolvidas.

Já os negócios de atribuição têm por característica comum serem unilaterais, somente uma das partes presta e faz uma atribuição patrimonial. Não sendo caso de doação, o sinalagma existirá necessariamente, mas apenas no sentido econômico. Juridicamente, a contraprestação, ou a contrapartida do agravamento patrimonial sofrido pelo atribuinte está em outro negócio jurídico.

Somos acostumados a pensar o negócio jurídico, e mais especificamente o contrato, como o instrumento *par excellence* de trocas econômicas. Mas nos sistemas que seguiram a tradição romana nesse aspecto, o contrato obrigacional, não é o responsável pela circulação de riqueza, os negócios responsáveis pela circulação são a tradição, a cessão de crédito, o acordo de transmissão + o registro (antes a *mancipatio* ou *in iure cessio*).

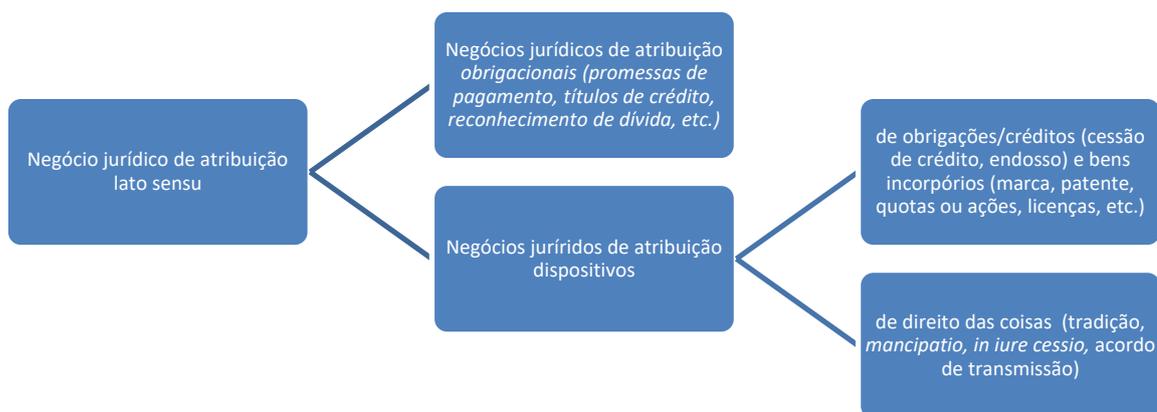
Como bem explica VANZELLA:

Contratos obrigacionais são, assim, atribuições patrimoniais correlatas a aumentos do passivo patrimonial, isto é, a obrigações; contratos de disposição, atribuições patrimoniais correlatas a diminuição do ativo patrimonial, isto é, transmissões, que são espécies das disposições. As atribuições patrimoniais chamam-se, no primeiro caso, créditos, ou aquisições contratuais originárias; no segundo, sucessões (intervivos), ou aquisições contratuais derivadas, ou ainda, aquisições em sentido estrito.

³⁶⁵ Precisa-se dizer, é claro, que tal divisão tem sua importância acentuada nos casos que envolvam transmissão de bens, sendo de menor relevância se pensarmos em obrigações meramente de fazer ou não-fazer.

As denominações dos contratos de atribuição patrimonial aludem, destarte, somente ao agravamento patrimonial de um dos contratantes, deixando de se referir à correlata atribuição patrimonial que beneficia o outro contratante.³⁶⁶

Nessa perspectiva, negócio de atribuição é um gênero do qual o negócio dispositivo é espécie. Podemos melhor sintetizar a matéria com o gráfico abaixo:



É por meio dos negócios jurídicos de atribuição dispositivos que se dão as transmissões patrimoniais, que se dá a circulação de riquezas. Nesses negócios ninguém se obriga a nada, não há acerto de condutas, há apenas atribuição, instantânea, de posições jurídicas. O que os une aos negócios jurídicos de atribuição obrigacionais é o fato de serem negócios jurídicos de prestação unilateral, de gerarem um *agravamento patrimonial* e o fato de todos eles terem sua eficácia dependente de uma causa externa que os justifique.³⁶⁷

São negócios também, via de regra, externamente abstratos (no Brasil, são abstratos apenas os negócios dispositivos de crédito e de bens incorpóreos de modo geral), pois para sua existência e validade bastam os elementos de seu suporte fático (vontade de transmitir + acordo sobre a finalidade da atribuição/ *causa putativa* + atribuição na forma legal).

³⁶⁶ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo, *O contrato e os direitos reais...* pág. 257-258.

³⁶⁷ Conforme VON TUHR, Andreas, *Der allgemeine Teile des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, v.2, t.1, Leipzig: Duncker & Humblot, 1957, pág. 251-253, a necessidade da causa para esses tipos de negócios se justifica pelo impacto social e efeitos sobre terceiros que esses tipos de negócios geram. Para uma síntese da concepção de VON TUHR, cf. VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo, *O contrato e os direitos reais...* pág. 258-260.

Importante salientar que há muita confusão sobre o tema da abstração e, por isso, faz-se uma pequena digressão a respeito do assunto, para que fiquem esclarecidas as premissas tomadas por este trabalho.

3.3 - A abstração: negócios jurídicos abstratos e o princípio da abstração entre planos: abstração/causalidade interna e externa

Ao tratar sobre o tema da abstração é preciso advertir ao leitor que são dois os significados do termo, de regra confundidos.

Uma coisa é falar que determinado negócio jurídico é abstrato ou causal no sentido de que nele se menciona ou não a sua causa. Muito diferente é falar que determinado negócio jurídico é abstrato ou causal no sentido de ter sua validade dependente ou não de outro negócio jurídico, normalmente um negócio jurídico econômico, um título.

Ao primeiro sentido atribui-se a denominação de negócio internamente abstrato/causal, ao segundo sentido, de negócio externamente abstrato/causal.³⁶⁸ O melhor seria designar como abstrato apenas a abstração interna, pois mais adequada a terminologia. A abstração externa, designa, na verdade, a autonomia/independência do negócio jurídico transitivo³⁶⁹, e não uma abstração.

Sendo o negócio jurídico de atribuição um negócio distinto do negócio obrigacional, normalmente não há porque a validade de um intervir na validade do outro, toda trama resolver-se-ia no plano da eficácia. A abstração é a regra e consequência inegável da separação de planos.

Entendemos que somente a lei é que pode determinar a causalidade interna ou externa de um negócio jurídico, vinculando sua validade a de outro negócio ou forçando as partes a mencionar a causa no negócio, interferindo, assim, diretamente na liberdade contratual e no direito de terceiros. É princípio basilar do Estado de Direito a liberdade contratual e a autonomia privada e, somente por meio da lei é que ela pode ser limitada.

³⁶⁸ KLINKE, Ulrich, *Causa und Genetisch Synallagma, zur Struktur der Zuwendungsgeschäft*, Berlim: Duncker & Humblot, 1983, pág. 82, utiliza essa terminologia, mas aqui a adotamos em sentido um pouco diverso do autor. DIEZ-PICASO fala em abstração formal para designar a abstração interna. (*Fundamentos del Derecho Patrimonial*, v. 2, 6ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2008, pág. 1033).

³⁶⁹ Manter-se-á, entretanto, o uso do termo “abstrato” ao longo do trabalho, vez que já consagrada sua terminologia.

Lembrando, ainda, que toda regra limitadora de direitos deve ser interpretada restritivamente.

É claro que, quando lidamos com direitos reais ou outros direitos oponíveis *erga omnes* não é somente o interesse das partes que está em jogo, mas de toda sociedade. Daí o regime do *numerus clausus* dos direitos reais.³⁷⁰ Mas, ao contrário do que defendem alguns juristas patricios por inegável influência francesa ou italiana³⁷¹, não há nenhuma proibição entre nós de se celebrar negócios internamente abstratos. Já a abstração externa é claramente excluída por disposição legal no que diz respeito à tradição de coisas móveis em nosso sistema, que impôs o regime de causalidade entre a tradição e o título. Posição essa que a doutrina e jurisprudência estende aos imóveis, embora sem um embasamento legal claro e com grandes limitações.

Mas o importante é frisar que as partes podem livremente criar negócios internamente abstratos, salvo disposição legal ao contrário, e que, aceito o princípio da separação de planos, a abstração externa é a sua decorrência lógica. Somente a lei é que cabe impor a causalidade e não o contrário - como a doutrina parece sempre sugerir, no sentido de que somente a lei pode impor a abstração. É a causalidade externa e não a abstração que coloca em risco terceiros, vez que em razão dela, um título nulo deverá anular todos os demais títulos em toda cadeia de transmissões. Esse poder não pode ser conferido às partes, somente a lei o pode criar.

Importante não confundir também a abstração externa com venda a *non domino*. Uma situação nada tem a ver com outra. Pelo fato do direito alemão ter regra específica dizendo que o acordo de transmissão registrado, mesmo quando feito por não proprietário, transmite a propriedade – regra parecida com o disposto em nosso art. 1268 – fez com que muitos vissem isso como efeito da abstração. Mas na verdade reflete apenas o princípio de

³⁷⁰ Sobre o assunto cf. VANZELA, Rafael Domingos Faiardo, *O contrato e os direitos reais...* 247/250.

³⁷¹ Não há como entender, a título de exemplo, a posição do saudoso professor JUNQUEIRA ao sustentar que às partes não cabem criar negócios abstratos não previstos no ordenamento, usando com base as lições de Cariota FERRARA. Mas como ele mesmo reconhece em nota de rodapé, no ordenamento italiano e francês, a causa é requisito de validade do negócio jurídico. Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Negócio Jurídico...* pág. 146-147, nota 216. Não sendo entre nós a causa um requisito de validade do contrato, não há porque limitar a autonomia privada. Aliás, prova maior de que não existe essa limitação é proliferação do reconhecimento de dívida ou da confissão de dívida, que não é contrato típico, nem exige forma especial, não havendo qualquer impedimento para que seja abstrata. O que não se pode criar são títulos de crédito, mas estes não sinonimos de negócios abstratos, embora muito os sejam. O motivo pelo qual os títulos de crédito são taxativos não tem a ver com o fato de serem abstratos, mas com o fato de serem autônomos, podendo circular sem ter qualquer vinculação com o negócio subjacente por meio do endosso.

que o registro gera uma presunção absoluta. Ou seja, a abstração externa nada altera o requisito essencial do negócio dispositivo, que é o poder de dispor.

No direito romano (e ainda hoje no direito alemão, brasileiro, austríaco e suíço) adotou-se o princípio da separação de planos (*trennungsprinzip*), ou seja, a transmissão de propriedade válida e eficaz de coisas se dá por *titulos* (negócio jurídico de direito obrigacional) + *modus* (negócio jurídico de direitos reais). Mas somente no direito alemão manteve-se o princípio da abstração absoluta³⁷² entre os planos, ou seja, a existência e validade da transmissão de propriedade não depende da existência ou validade do título. Apenas a eficácia da transmissão será dependente do título, mas sobre isso trataremos mais adiante.

Mas é importante deixar claro que não existe diferença entre o negócio internamente abstrato no direito romano, no direito alemão ou no direito brasileiro. O conceito é o mesmo. A *stipulatio* não é diferente, no sentido de ser internamente abstrata, do reconhecimento de dívida atual. Uma coisa é negócio jurídico internamente abstrato, outra coisa é o princípio da abstração entre os planos, que institui a abstração externa.

Negócio jurídico abstrato não é também apenas o negócio formal, cujo elemento categorial inderrogável é a forma³⁷³, como sustenta ENZO ROPPO:

*É claro que o fenômeno da abstração da causa joga a favor dos terceiros e da segurança das suas aquisições, e constitui, por isso, um factor de certeza e rapidez das contratações e das trocas. Ele expõe por outro lado a riscos particulares a parte interessada (a quem é negado defender-se com a excepção por falta de causa): também por isto, os negócios abstratos são rodeados de especiais cautelas de forma, destinados a pôr de sobreaviso que os leva a cabo.*³⁷⁴

Assim, nos parece equivocada a posição do Professor JUNQUEIRA DE AZEVEDO³⁷⁵ ao dizer que existem negócios absolutamente abstratos e negócios relativamente abstratos, afirmando que nos últimos a falta de *causa* gera efeitos entre as partes e nos últimos não, pois o que existe são sistemas jurídicos que adotam o princípio da abstração entre planos de forma absoluta ou relativa, mas não negócios absolutamente abstratos e relativamente abstratos.

³⁷² i.e., para todos os tipos de bens: imóveis, móveis, corpóreos ou incorpóreos.

³⁷³ JUNQUEIRA, Antonio, *Negócio Jurídico...* pág. 140.

³⁷⁴ ROPPO, Enzo, *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Coimbra: Almedina, 2009, pág. 202.

³⁷⁵ *Negócio Jurídico...* pág. 142.

Diz o civilista que no direito brasileiro há somente negócios relativamente abstratos, assim, cita como exemplo o caso do cheque sem causa que não circulou para terceiros, dizendo que o pagamento poderia ser impedido. Ora, trata-se aqui de verdadeira *exceptio doli*, de exceção decorrente do enriquecimento sem causa ou mesmo da exceção do contrato não cumprido – como apontado no capítulo sobre as *condictiones*.

O ilustre Professor das Arcadas dá o exemplo da *einigung* (o acordo de transmissão) como negócio jurídico abstrato absoluto, sustentando que “*a falta de causa é inteiramente irrelevante para a validade e a eficácia*” desses negócios. Diz, no entanto, que “*a falta de causa, embora não influenciando diretamente sobre o negócio, poderá ter efeitos indiretos, através da possibilidade, que abre, de ação por enriquecimento-sem-causa*”.³⁷⁶

No entanto, como vimos, a referida ação de enriquecimento ataca a eficácia do negócio jurídico de atribuição. Mas vejamos agora a diferença entre a abstração interna e externa de modo mais analítico.

3. 3. 1 – Abstração/causalidade interna

Negócio abstrato é um negócio jurídico do qual a causa se abstrai. Não se trata de negócio jurídico sem causa, esta apenas não precisa ser mencionada e integrar o suporte fático do negócio. Como escreveu O. BÄHR em *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, obra de 1855, considerada a *magna opus* sobre o tema da abstração: “*nascem a dívida e a obrigação, sem que se pense em (abstraindo-se de) qualquer relação jurídica subjacente ou sobrejacente.*”³⁷⁷

O próprio conceito filosófico de abstração cabe como uma luva para se falar de negócios abstratos. Ensina MARIO FERREIRA DOS SANTOS que por meio da abstração pensamos a parte o que não pode ser dado à parte. Abstrair é dissociar o que não permite ser desassociado.³⁷⁸ Assim é o negócio abstrato: não é negócio sem causa, mas apenas negócio cuja causa é abstraída.

³⁷⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Negócio Jurídico...* pág. 142-143. Em sua obra posterior, *Negócio Jurídico e declaração negocial – noções gerais e formação da declaração negocial*, Tese no Concurso para Cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pág. 121/129, o Autor parece ter modificado um pouco sua visão, reconhecendo a causa como fator de eficácia do negócio.

³⁷⁷ Citado em PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. III, 4ªed. São Paulo: RT, 1983, pág. 111.

³⁷⁸ SANTOS, Mario Ferreira dos, *Filosofia e Cosmovisão*, 3ª ed., São Paulo: Logos, 1956, pág. 57/59.

Podemos ter negócios abstratos dispositivos, como, por exemplo, numa cessão de crédito ou na própria tradição no direito alemão (que é acordo de transmissão + entrega da posse). Podemos ter negócios obrigacionais abstratos também, como na promessa de pagamento, no reconhecimento de dívida, isso sem se falar nos títulos de crédito, que por conta da carturalidade são também dotados de autonomia.

Negócio internamente abstrato, enfim, é apenas o negócio jurídico de atribuição, dispositivo ou obrigacional, no qual uma parte dá algo ou promete dar algo sem dizer a finalidade do ato, sem mencionar a causa³⁷⁹. A promete pagar R\$1.000,00 ao B; A cede as quotas da empresa X ao B. Se o ordenamento jurídico não proíbe essas formas de negócios, eles são permitidos e tem sua validade e eficácia reconhecidas pelo ordenamento, até por conta da liberdade contratual e do princípio da autonomia privada. Nada impede, no entanto, que se mencione a causa nesses negócios, que não deixarão de ser negócios de atribuição, negócios unilaterais. Problemas referentes à causa desses negócios podem influir no plano da eficácia dos negócios de atribuição, que é exatamente o que ocorre no direito alemão pela ação de enriquecimento injustificado e no direito romano pelas *conditiones*.

Mas tem-se que frisar que o crédito abstrato não é crédito para o qual não tenha havido *causa*, como já dito. É crédito em que se abstraiu da causa. “*Quem entrega nota promissória deve ter, para chegar a isso, tomado de empréstimo, ou doado*”, etc.. Tal exigência é apodíctica!

A causa abstraída do negócio jurídico abstrato, apesar de não ser elemento de seu suporte fático ou requisito para sua validade, é fator de sua eficácia, ao menos relativa.

Imagine-se uma nota promissória dada em pagamento por serviços de, *e.g.*, construção a serem realizados. O prestador de serviços não cumpre o contrato e não termina a obra. Conseguiria ele executar as notas promissórias que recebeu? Claro que não, pois o devedor (contratante dos serviços) poderia arguir a *causa debendi* em embargos à execução, demonstrando que tais títulos foram dados em pagamento por um serviço que não foi cumprido.

³⁷⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira, *Negócio Jurídico e declaração negocial...* pág. 125, nota 65, percebe a distinção da abstração interna e externa.

Ou seja, as notas tornaram-se ineficazes perante o emitente, pois nasce para ele exceção decorrente do contrato não cumprido. Sua razão de ser, seu único motivo de existir, o contrato de prestação de serviços, foi rescindido. Sua causa desapareceu.

Se pensarmos em um caso de negócio jurídico dispositivo, por exemplo, no caso em que A cede suas ações da empresa X ao B pensando que estava obrigado a fazê-lo por conta de um acordo de acionistas, que, por sua vez, fora decretado nulo pouco tempo depois. Poderá, então, requerer a restituição das quotas com base no pagamento indevido, que é uma ação que ataca a eficácia do negócio de atribuição, nesse caso, a cessão, no sentido de ser uma espécie de resilição do contrato³⁸⁰. Resilição que, como em qualquer outro caso, tem efeito apenas *ex nunc* e pessoal. Daí ter o credor apenas uma ação reipersecutória, de natureza pessoal, mas não real. A titularidade das quotas transmitiu-se válida e eficazmente e também válida e eficaz será uma possível cessão das quotas por B ao C, de boa-fé.

3. 3. 2 – Negócio jurídico externamente abstrato e o princípio da abstração entre os planos obrigacionais e reais³⁸¹

A abstração externa, todavia, é algo bem diferente. Ela diz respeito a saber se o ordenamento jurídico permite que um vício de validade do negócio jurídico principal, do título, torne inválido, também, o negócio jurídico de atribuição. Aqui está o princípio da causalidade/abstração de planos, que se refere, basicamente, aos efeitos da invalidade do negócio obrigacional principal sobre a validade do negócio de atribuição (sobre sua eficácia terá sempre influência).

E essa causalidade entre planos pode ser adotada de maneira geral e irrestrita, envolvendo todos tipos de bens e negócios ou apenas para determinados tipos. A principal diferença prática se dá quando há circulação dos bens para terceiros, sendo que a abstração entre planos é uma forma de proteger os terceiros adquirentes, enquanto o princípio da causalidade busca tutelar mais a parte titular do bem.

³⁸⁰ Como já apontara de certo modo VOIGT, *Conditiones ob causam*, pág. 316, citado por SCHÄFER, Frank L., *Das Bereicherungsgesetz in Europa...* pág. 189.

³⁸¹ A obra referência sobre o assunto, inclusive com estudo de direito comparado é STADLER, Astrid, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion...* cf. também CRISTAS, Assunção, GOUVEIA, Mariana França, NEVES, Vitor Pereira, *A Transmissão da propriedade e Contrato...* RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb...*

Como bem aponta OLIVEIRA ASCENSÃO: “A *abstração* [princípio da abstração entre plano] *só se justifica perante conjunturas de circulação. Não tem sentido perguntar se um título em si é abstrato ou causal. A abstração e causalidade só surgem quando intervêm pessoas estranhas à relação original*”.³⁸²

Pensemos em um exemplo simples para compreendermos a função da abstração, considerando o direito alemão: “A”, vende um quadro ao “B”, sob coação. Realizada a impugnação (*anfechtung*) da venda por conta da coação – impugnação tem efeitos *ex tunc*, §142 BGB – a propriedade de B continua intacta, pois a *Übereinigung* (acordo de transmissão + entrega) é interna e externamente abstrata e, assim, a impugnação da venda não influencia a transmissão da propriedade. Desse modo, como “A” perdeu a propriedade, não há espaço para *ação petitória*, restando a *condictio* (*Leistungskondiktio*) para reaver o bem de B, que é uma *ação in personam*, mas que admite também alcançar bem determinado (*condictio certa rei* ou *ação reipersecutória*³⁸³). Como a venda (a causa) da atribuição foi impugnada, na visão positivada no BGB, B passa a reter o quadro injustificadamente. Mas se B tivesse vendido o quadro para C, terceiro de boa-fé, A não teria mais como reaver o bem, mas somente o valor correspondente, também com base no enriquecimento injustificado (§812, BGB).

Se considerarmos situação parecida no direito brasileiro, mas envolvendo simulação (como a simulação é nula, seu efeito se igual ao da impugnação do BGB), caso B ainda estivesse com o quadro, caberia ao interessado anular a venda por meio de ação de nulidade e usar ação reivindicatória para reaver o quadro (em verdade implícita já no pedido de nulidade e de restituição ao *status quo ante*), pois, se nula a venda, não houve transmissão de propriedade, vez que a tradição depende de negócio jurídico válido para ter validade (art. 1.268, §2º). Todavia, se obtém o mesmo efeito: reaver o bem perdido. Mas se B tivesse vendido o quadro para C, de boa-fé, caberia, em tese, a reivindicatória e C teria que devolver o bem, respondendo B pela evicção.

Como diz PONTES DE MIRANDA, “A *promessa abstrata é incólume a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente*”³⁸⁴. Assim sendo,

³⁸² OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito Civil: Teoria Geral*, v. 3: *Relações e Situações jurídicas*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 136

³⁸³ Cf. Art. 167, I, 21) da Lei de registros públicos.

³⁸⁴ MIRANDA, Pontes, *Tratado de Direito Privado*, T. III...pág. 114.

qualquer vício na constituição de um crédito não pode afetar a validade e eficácia da, e.g., cessão deste crédito, senão por disposição legal. Como bem assevera:

*é válida e eficaz a cessão, ainda que a causa não exista, seja ilícita ou não se realize. [...] O efeito translativo, a imediata transferência do crédito ao cessionário, é independente do fim que se colimou, cedendo-se o crédito. Vale, é eficaz, a transferência, ainda que se venha decretar a nulidade, ou a anulação, ou a ineficácia do negócio jurídico subjacente.*³⁸⁵

3. 4. - Negócios jurídicos obrigacionais bilaterais; Negócios jurídicos de atribuição; e o processo de deslocamento patrimonial.

Por conta do princípio da separação de planos e dentro do conceito do processo de transmissão patrimonial, a transmissão patrimonial se dá por, no mínimo, dois atos distintos: um obrigacional e outro de adimplemento (podendo ser real ou obrigacional). Vimos, também, que o direito romano clássico considerava tanto o *titulus* (negócio obrigacional) quanto o *modus* (negócio dispositivo + ato real) como negócios jurídicos. É claro que essa denominação não é romana, mas fruto de uma análise sistemática das fontes, pela qual se verificou que:

*[O] negócio jurídico é um ato ou uma pluralidade de atos entre si relacionados, dos quais ao menos um ato é uma declaração de vontade ou atuação de vontade dirigida à produção de um determinado efeito jurídico. A esse respeito entendemos por declaração de vontade um ato dirigido a manifestar a outros – ou a outra pessoa determinada – uma determinada vontade do autor de produzir um efeito jurídico, e por simples atuação de vontade um ato sem caráter de declaração, mas que igualmente está destinado a produzir um efeito jurídico.*³⁸⁶

Mas, apesar dos *titulus* e *modus* serem espécies do gênero negócios jurídicos, são espécies bem distintas entre si. Deixemos de lado, por enquanto, o conceito de negócios obrigacionais/ negócios de atribuição, para utilizar o conceito desenvolvido por OERTMANN de negócios jurídicos econômicos e negócios jurídicos específicos (ou negócios puros), mais apropriado para entender o processo de transmissão patrimonial e a função das *condictiones*.

Para ilustrar melhor a influência dos princípios da abstração e da separação de planos dentro do processo de transmissão patrimonial, bem como para facilitar a visualização dos diferentes tipos de negócios, pensemos no seguinte exemplo, muito comum no cotidiano:

³⁸⁵ MIRANDA, Pontes, *Tratado de Direito Civil*, T. XXIII, 3ª ed. São Paulo: RT, 1984, pág. 269-270.

³⁸⁶ LARENZ, Karl, *Derecho civil (Parte general)*, Trad. em espanhol e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pág. 427 e 428.

“A” quer vender um carro para B. B, então, entrega para A um cheque como sinal (arras). B pede dinheiro emprestado a C para comprar o carro, o qual aceita desde que o veículo lhe seja alienado fiduciariamente. A, recebendo o preço de B, transfere o veículo a ele, o qual se torna novo proprietário do veículo e, ato contínuo, registra a alienação fiduciária junto ao órgão de trânsito e ao Registro de Títulos e Documentos. Quitado o empréstimo, C, então, cancela o registro da alienação fiduciária no certificado do veículo junto ao órgão de trânsito e se torna o proprietário do carro.

Note-se que a simples venda de um carro pode envolver diversos negócios jurídicos e a venda vai se desenvolvendo numa sequência, em um processo, que tem por finalidade transferir um bem mediante preço.

Podemos perceber que os negócios jurídicos celebrados só podem ser compreendidos se tivermos em vista a finalidade econômica principal, que é a transferência do carro mediante preço, ou seja, a compra e venda. Ela é a justificativa econômica das arras, do mútuo e da alienação fiduciária.

Na linguagem de STAMPE³⁸⁷, no exemplo supra, a compra e venda seria o que ele denomina de negócio principal ou negócio de transferência patrimonial (*Hauptgeschäft /Güterverschiebungsgeschäft*), enquanto que os outros negócios (o mútuo, o arras, a alienação fiduciária) seriam negócios acessórios (*Hilfsgeschäft*). Afirma que o negócio principal era a causa, a justificativa jurídica de todos os outros. STAMPE, assim, enfatiza a relação de dependência econômica entre os diferentes negócios.

OERTMANN, apesar de reconhecer a imensa contribuição de STAMPE para o tema, constrói distinção baseada na dependência/independência jurídica entre os negócios, e não na dependência/independência econômica, dizendo ser ela mais precisa. Sua distinção é entre os negócios jurídicos econômicos (*Wirtschaftsgeschäft*) e os negócios jurídicos específicos.³⁸⁸

³⁸⁷ OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage...* pág. 7.

³⁸⁸ Valioso ainda trazer a distinção que fez Astrid STADLER (*Gestaltungsfreiheit und verkehrsschutz durch abstraktion...* pág. 18-20) entre acessoriedade e causalidade. Sustenta ela que o negócio jurídico é causal ou abstrato, mas seria impróprio chamar um negócio jurídico de acessório ou principal. Acessório seria somente um direito, os direitos de garantia, tal como a hipoteca, ou a fiança, por exemplo, que sem o direito principal (o garantido) não podem se formar. Sua existência seria diretamente ligada ao direito principal. Embora tanto a acessoriedade quanto a causalidade sejam formas de dependência, na primeira a dependência se daria no plano mesmo da existência, enquanto na segunda a dependência se dá no plano da validade e eficácia. Assim, importante manter essa distinção ao pensar-se no processo de transmissão patrimonial.

3. 4. 1 - Negócios jurídicos econômicos: negócios intransitivos

O negócio jurídico econômico caracteriza-se por ter sua finalidade econômica e sua validade jurídica em si próprio, não se cogita de se procurar em outro negócio jurídico sua justificação, sua *causa*. São negócios que, nas palavras de OERTMANN³⁸⁹, buscam de um modo ou de outro alcançar os seguintes resultados econômicos: troca de bens, estabelecer uma liberalidade, uma permissão de uso, uma sociedade, etc.

São, como diz o autor, negócios reconhecidos pela ordem jurídica e não criados por ela, o direito confere apenas força vinculativa, força obrigatória, criando uma relação obrigacional que concede às partes tutela jurisdicional para obter as prestações prometidas.

Quando falamos em negócio jurídico ou de contratos, quase que instantaneamente pensamos nesses tipos de negócios. Muitas conceituações de negócios jurídicos são feitas com base nele. KELSEN, por exemplo, toma o contrato como o exemplo de negócio jurídico típico e constrói sua definição de negócio jurídico com base na definição desse contrato e afirma:

Num contrato as partes contratantes acordam em que devem conduzir-se de determinada maneira, uma em face da outra. Este dever-ser é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial. Mas também é o seu sentido objetivo. Quer dizer: este ato é um fato produtor de Direito [...] Na medida que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial. [...] O fato contratual consiste nas declarações de vontade concordantes de dois ou vários indivíduos, as quais vão dirigidas a uma determinada conduta destes.³⁹⁰

Tal citação serve apenas para mostrar como a ideia de negócio jurídico, de modo geral, é tratada como sinônimo de contrato *fonte de obrigações*, na qual as partes se obrigam a seguir determinada conduta, determinado dever-ser. E negócio jurídico aqui, nem se precisa dizer, é mencionado tendo em vista sua principal espécie, o contrato. Praticamente todos os exemplos de negócios jurídicos são de contratos obrigacionais, criadores de relação jurídica.

³⁸⁹ OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage...* pág. 5.

³⁹⁰ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Machado, 7ªed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, pág. 284/286.

Todos os negócios obrigacionais bilaterais sinalagmáticos são econômicos (para usar a terminologia de OERTMANN), pois todos prevêm uma prestação e uma contraprestação e cada uma delas justifica a outra. São contratos nos quais as partes envolvidas têm vantagens e desvantagens, a comutatividade é inerente ao tipo contratual. O vendedor que celebra uma compra e venda para vender um bem, tem seu patrimônio passivo aumentado no momento da celebração do contrato (no sentido de ter uma dívida), mas, em contrapartida, tem direito a um preço (tem crédito), restabelecendo o equilíbrio em seu patrimônio. O comprador tem seu patrimônio acrescido (pela criação de um crédito = direito ao bem que comprou), mas ao mesmo tempo tem ele diminuído por conta do pagamento do preço que prometeu (dívida).

Mas o mais importante a se guardar para o fim deste trabalho é que nesses tipos de negócio, não há uma causa de justificação que lhe seja externa. A justificação do negócio, suficiente para lhe conferir validade e eficácia jurídica, é-lhe inerente.

Por isso, propomos aqui uma outra definição que, acreditamos, poder facilitar a compreensão desse tipo de negócio³⁹¹ para os fins deste trabalho. Podemos dizer que os chamados negócios econômicos, por terem sua causa e sua finalidade econômica dentro de sua estrutura, são como os verbos intransitivos, negócios jurídicos de predicação completa. Negócio intransitivo “*é o que não exige nenhum complemento, ou seja, é o que tem sentido completo*”³⁹², tal como o verbo intransitivo.

A frase “*o pássaro voou*” não precisa de nenhum complemento para fazer sentido, mas nada nos impede de predicar o verbo *voar* e dizer, *e.g.*, que “*o pássaro voou para o sul*”. Da mesma maneira, podemos dizer que “*Tício e Caio celebraram uma compra e*

³⁹¹ Trata-se apenas de uma definição estipulativa. Sobre essa espécie de definição transcrevo uma nota de rodapé de ALCIDES TOMASETTI JUNIOR (in *O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo*, Responsabilidade Civil, v. II, Doutrinas Essenciais, organizadores Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo: RT, 2010, pág. 68) na qual explica o termo: “*Definição estipulativa é procedimento lógico que consiste em propor, para um termo já em uso, um significado novo. Dada a natureza prescritiva da definição por estipulação, ela não pode ser considerada verdadeira ou falsa, mas apenas oportuna ou inoportuna relativamente aos fins que se pretendem no momento de fixá-la. Uma espécie de definição estipulativa é a redefinição ou definição explicativa, pela qual vem precisado o significado de um termo, reduzindo-se-lhe o campo de incerteza, ou – sempre sem ditanciá-lo de seu próprio significado léxico – demarcando-lhe o respectivo emprego a um dentre vários significados para os quais já estar a ser usado (cf. Norberto Bobbio, Teoria della norma giuridica, Turim, G. Giappicheli Ed., 1958, ppág. 16-17; Mario Jori e Ama Pintore, Manuale di Teoria Generale del Diritto, Turim, G. Giappicheli Ed., 1988, pág. 4)*”. Dessa maneira, a terminologia que propomos apenas nos parece mais adequada para trabalhar o problema da causa.

³⁹² Definição de NAPOLEÃO MENDES DE ALMEIDA do verbo intransitivo, in *Gramática Latina: curso único e completo*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 19.

venda”, de modo que não necessitamos de nenhum outro complemento para dar sentido ao ato, pois a compra e venda possui um sentido próprio (transferir o domínio de algo em troca de preço), todavia, nada nos proíbe de dizer que “*Tício e Caio celebraram uma compra e venda em cumprimento a um contrato preliminar*”.

Assim, via de regra, uma compra e venda, *e.g.*, não ensejará uma perquirição de um outro negócio que lhe atribua sentido, ela é um fim em si mesmo, sua causa, sua justificativa de existir é-lhe inerente. Mas nada impede que as partes utilizem a compra e venda apenas como parte do processo obrigacional, tal como acontece quando há a celebração de um compromisso de compra e venda, caso em que a compra e venda, se torna, ao mesmo tempo negócio de adimplemento e negócio gerador de obrigação, a celebração da compra e venda se dá *causa solvendi* e *causa credendi*. No entanto, nesses casos, estaremos fora já do âmbito das *condictiones* ou da teoria da causa. Tais casos seriam tutelados já pela teoria da base do negócio³⁹³ ou da frustração do fim do contrato³⁹⁴, pois a causa já lhes é inerente.

3. 4. 2 - Negócios jurídicos específicos: negócios transitivos

Na terminologia de OERTMANN, os negócios jurídicos específicos (ou negócios jurídicos puros) estabelecem resultados jurídicos determinados e restritos. Por exemplo, o acordo de transmissão, a cessão de crédito, a renúncia, as obrigações abstratas (títulos de crédito) etc. Esse conceito engloba tanto os negócios jurídicos de atribuição obrigacionais quanto os dispositivos, quando internamente abstratos.

Diferentemente dos negócios econômicos – os quais a ordem jurídica apenas reconhece –, os negócios específicos (negócios de atribuição internamente abstratos) são criações jurídicas, tal como a *stipulatio* ou a *mancipatio* em Roma. Seus efeitos jurídicos não são concebidos e estabelecidos por si só, mas sempre em relação a um resultado econômico, que não pode ser conhecido observando-se apenas esses negócios.

São mecanismos jurídicos criados pela técnica e que fazem parte do processo de transmissão patrimonial, mas são incapazes de criar um por si só. Eles atuam sempre nas

³⁹³ LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* Trad. de Carlos Fernández Rodríguez, Granada: Editorial Comares, 2002, pág. 73; OERTMANN, Paul, *Geschäftsgrundlage...* pág. 19.

³⁹⁴ Sobre o tema cf. COGO, Rodrigo Barreto, *A frustração do fim do contrato, o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

etapas de desenvolvimento da obrigação, seja na sua criação (a tradição por conta de um mútuo, por exemplo), seja na fase do desenvolvimento da obrigação (tradição feita para garantir o mútuo, por exemplo – alienação fiduciária) e, mais constantemente, na fase do adimplemento³⁹⁵. São negócios jurídicos de atribuição internamente abstratos, também denominados de negócios jurídicos de prestação pela doutrina alemã, sistema no qual se adotou o conceito da tradição apenas como acordo de transmissão + entrega ou acordo de transmissão + registro, isto é, internamente abstratos.

Aclara-se, assim, que são uma divisão artificial do processo de transmissão patrimonial, artificialidade essa oriunda da técnica jurídica que abstrai o acordo de transmissão do negócio jurídico de atribuição patrimonial que é formado por finalidade (causa) + acordo de transmissão.

Em contraposição aos negócios jurídicos obrigacionais bilaterais, os negócios de atribuição geram efeitos imediatos, neles não se estabelece nenhum dever de conduta, nenhuma vinculação, nenhuma relação obrigacional. Nenhuma das partes envolvidas se obriga a nada. Se A celebra cessão de crédito com B, A não fica *obrigado* a transferir o crédito, pois a própria celebração do contrato de cessão transfere o crédito por si mesmo. A não é devedor de B, ou vice-versa.

O mesmo acontece com os negócios jurídicos de atribuição obrigacionais, como o reconhecimento de dívida e a obrigação cambiária, pois, apesar de não terem um efeito imediato na transferência de um bem, como nos negócios dispositivos, também transferem posições jurídicas e:

*se desligam juridicamente de suas finalidades jurídicas mais próximas e, portanto, só podem se realizar adequadamente quando se leva em consideração uma relação jurídica causal situada fora dos mesmos, devendo servir para sua garantia ou cumprimento.[...] são negócios criados pelo ordenamento jurídico mediante um artificioso fracionamento do processo econômico total; em todo caso, é claro que esses negócios se parecem com os negócios de prestação.*³⁹⁶

Podemos chamar esses negócios de negócios jurídicos transitivos para facilitar sua compreensão, pois, tal como os verbos transitivos, são negócios de predicação incompleta,

³⁹⁵ Por conta disso, se diz muitas vezes que esses tipos de negócios são de adimplemento, em contraposição aos negócios obrigacionais. Mas essa definição é, no mínimo, incompleta, pois como vimos, um mesmo negócio pode servir para adimplir, ou para criar obrigação, ou para atuar em alguma fase de seu desenvolvimento. Além disso, via de regra, esses negócios geram efeitos jurídicos imediatamente, tal como a cessão de crédito, por exemplo. Não se estabelece um “Soll”, uma conduta a ser seguida. (cf. OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage...* pág. 7).

³⁹⁶ LARENZ, Karl, *Base del negocio...* pág. 75.

ou seja, precisam de algo a mais para adquirirem sentido. Não basta dizermos “*João perdeu*” ou “*Maria segurou*”, pois tais frases não possuem sentido em si mesmas, necessitam de um complemento.

O mesmo se passa com os negócios jurídicos transitivos, pois dizer que “*Caio cedeu um crédito de 100 reais a Tício*” não possuiu sentido completo, da mesma maneira que “*Caio assinou documento no qual reconhece que deve 100 reais a Tício*”. Se *Caio* cedeu um crédito, cedeu, necessariamente, para pagar uma dívida (*causa solvendi*), ou para doar (*causa donandi*), ou para garantir (*causa cavendi*, tal como ocorre na cessão fiduciária), ou para emprestar (*causa credendi*), ou até para simbolizar a celebração de um negócio jurídico (arras), ou para qualquer outra finalidade.³⁹⁷ Desse modo, nos negócios transitivos a causa que os justifica e lhes dá sentido é exterior a eles, pois eles sozinhos não possuem sentido próprio.

Veja-se, no negócio jurídico intransitivo há comutatividade inerente, pois ele envolve sempre duas prestações (duas perdas patrimoniais e dois ganhos patrimoniais), já nos negócios transitivos não há comutatividade. Apenas uma das partes presta (dispõe de algo), ou apenas uma das partes promete prestar, apenas uma delas sacrifica seu patrimônio. A contraprestação, quando existe, é externa ao suporte fático desses negócios.

Disso se vê também que nas relações jurídicas de natureza econômica entre particulares é a comutatividade que dá o sentido, o guia, o tom a toda relação, ao ponto de não ter realmente sentido os negócios jurídicos de atribuição por si só. Eles, em si, nada dizem. Daí a necessidade de um elemento externo para lhes atribuir sentido e eficácia.

3. 4. 3 - A peculiaridade dos contratos reais

Importante fazer uma ressalva a respeito dos chamados contratos reais.

Como é cediço, o contrato real é aquele que tem como elemento de seu suporte fático a transmissão de um bem e não apenas as declarações de vontade. São eles o mútuo,

³⁹⁷ A clássica tripartição das causas de atribuição entre *causa donandi*, *solvendi* e *credendi*, não pode ser mais aceita, uma vez que há diversos tipos de causas de atribuição, como a com escopo de garantia, de arras e, até mesmo, de dote. Para abrangê-las todas, teria que se fazer uma interpretação muito ampla da *causa credendi*, o que esvaziaria o seu conceito (cf. WINDSCHEID *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...* pág. 89 e OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage ...* pág. 9).

a doação³⁹⁸, o comodato e o depósito. Em alguns deles, se transfere somente a posse de um bem, como no comodato e no depósito, enquanto que nos outros se transfere o domínio. Aqui nos interessa somente os que envolvem transmissão de domínio, ou seja, o mútuo e a doação³⁹⁹.

Pelo fato do mútuo e da doação terem como elemento de seu suporte fático a transmissão de propriedade, eles entram no mundo jurídico apenas quando ocorre a disposição de um bem. Desse modo, são também negócios dispositivos, pois a tradição (ou a cessão, ou o registro) são parte de seu suporte fático. Só diferem dos negócios dispositivos puros porque a causa da transmissão já está contida neles: emprestar, doar.

No direito romano clássico, eram *obligationes ex re*, nascidas das *dationes* e tutelados sempre pela *condictio*. Eram típicos casos de *datio ob rem*, que por serem muito usuais, tornaram-se típicos.

Todavia, poderiam ter, como em qualquer outro negócio, características peculiares e particulares, por exemplo, se A empresta dinheiro a B para que este quite uma dívida; ou empresta um objeto de valor para que B o venda e, assim, quite um dívida⁴⁰⁰; ou se empresta para que B fizesse uma viagem de exploração⁴⁰¹, para que B fizesse determinado investimento. O direito romano solucionava tais casos pela *condictio causa data causa non secuta*. Do mesmo modo, nos casos que não envolvessem doação pura, o remédio para reaver o que foi doado era também a *condictio* no caso da quebra do encargo.

³⁹⁸. No direito brasileiro há discussão acerca da natureza jurídica da doação, não sendo pacífica sua classificação como contrato real, mas a letra da lei não nos parece ter outro sentido: “art. 538 Doação é o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. Muito diferente do disposto no art. 481 “pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio [...]”. No direito alemão, o §516 do BGB é mais claro ainda quanto ao caráter real da doação, iniciando sua redação dizendo que a “doação é uma transferência”.

³⁹⁹ Que são, aliás, os casos de *obligationes ex re* do direito clássico. O comodato e o depósito eram tutelados com ações *in factum* concedidas pelo pretor e não sei encaixavam no sistema obrigacional romano clássico. Somente do direito justiniano foi incorporador aos contratos reais, junto do mútuo.

⁴⁰⁰ Ulpiano D. 19. 5. 19: pr. Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteris. Si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuum, tutius est ita agere, ut labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

⁴⁰¹ Ulpiano D. 12. 4. 5: Si pecuniam ideo acceperis, ut capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceris, an condici possit, videndum: et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam. Nam si ita se res habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectum, iam fecisti, ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti.

Como nesses contratos o negócio dispositivo (a tradição, por exemplo) é ao mesmo tempo o negócio obrigacional (por exemplo, o mútuo), suas finalidades podem se confundir⁴⁰².

LARENZ⁴⁰³ coloca que há dois casos de *condictio* por falta de realização do resultado proposto. O primeiro é relativo a uma atribuição feita em virtude de um negócio jurídico que não existe no momento, mas se espera sua celebração, como, por exemplo, se paga antecipadamente por uma mercadoria, na expectativa de que o vendedor fosse aceitar a proposta de venda, mas este não aceita (ou seja, não há causa, pois o contrato de compra e venda que justificaria a transmissão de propriedade não se formou).

O segundo se dá em certos casos em que a *condictio* nasce mesmo havendo uma causa (um negócio jurídico causal/intransitivo), são casos de *causa donandi* ou *causa credendi*⁴⁰⁴, e.g., uma doação feita por conta de um dote ou um empréstimo para determinada viagem de exploração. Se o matrimônio ou a viagem não se realizam, o que foi dado está sujeito repetição, mesmo havendo uma causa (título), pois, como dito acima, há casos de contratos reais nos quais o resultado buscado pelo negócio causal se mistura com o resultado buscado pela prestação.

Essa constatação sobre o uso da *condictio* mesmo quando há um mútuo ou doação, é significativa, pois mostra bem que o fundamento da *condictio* não é apenas uma falta de causa de justificação da atribuição patrimonial no sentido de ter um título, ou melhor, mostra bem que a causa de justificação patrimonial nada mais é do que o acordo sobre a finalidade que embasou a atribuição. Rompido o acordo, inadimplente o adquirente ou não realizado o efeito esperado, cabe a repetição. Isso ficará mais claro quando analisarmos a questão da causa.

⁴⁰² Cf. LARENZ, Karl, *Base del negocio...* pág. 80, o qual corrobora lição de LOCHER (*Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, ArchZPr. Band 121), que se harmonizam com a tese de WINDSCHEID (*Die Lehre ...* Capítulo 7).

⁴⁰³ Cf. LARENZ, Karl, *Base del negocio...* pág. 79/80.

⁴⁰⁴ No sentido amplo do termo. Vale lembrar que LARENZ adota a teoria da causa-objetiva da ação de enriquecimento oriunda de um atribuição, na qual entende a causa como sendo o negócio jurídico principal, econômico.

CAPÍTULO 4 - A CAUSA

4.1 - O problema da causa⁴⁰⁵

É interessante notar como a doutrina sobre a teoria da causa, de modo geral atrelada ao campo contratual, se olvida de tratar sobre um dos principais temas no qual se operacionaliza a questão da causa, que é no enriquecimento sem causa. Normalmente não se estuda a matéria em conjunto. Há livros sobre a causa dos contratos ou das obrigações e livros sobre o enriquecimento sem causa, sem que exista uma “conversa” entre eles. Há autores, como ASCARELLI⁴⁰⁶ que separam como se fossem coisas completamente distintas a causa do contrato e causa das atribuições patrimoniais, olvidando-se que as atribuições patrimoniais são também contratos. Não se buscará aqui fazer um estudo minucioso do tema, mas apenas tecer alguns comentários sobre esse assunto, cheio de mal-entendidos históricos⁴⁰⁷ e suficiente para que se possa dar o suporte necessário à doutrina aqui defendida a respeito das *condictiones*.

Mais uma vez partimos das lições do Professor JUNQUEIRA, que em sua obra *negócio jurídico e declaração negocial*⁴⁰⁸ elaborou um relevante capítulo sobre o assunto. Inspirando-se em suas lições, tomo a liberdade de desenvolver-las e propor-lhe modificações a partir de breves apontamentos já supracitados.

Embora não seja exagero dizer que no direito romano clássico toda questão envolvendo a causa estava ligada ao tema das *condictiones* e da *traditio*, como reconhece

⁴⁰⁵ Trataremos da causa aqui apenas no sentido que nos interessa, deixando de analisá-la sob o aspecto filosófico, seja no sentido de causalidade, seja no sentido das quatro causas aristotélicas. Para nós interessa a causa no sentido de causa do contrato ou do negócio jurídico e a chamada causa da atribuição patrimonial.

⁴⁰⁶ ASCARELLI, Tulio, *Teoria geral dos títulos de crédito*, 2ª ed., trad. por Nicolau Nazo, São Paulo: Saraiva, 1969, pág. 67).

⁴⁰⁷ Sobre maior aprofundamento sobre o tema, sem que necessariamente este autor concorde com as conclusões, cf. PENTEADO, Luciano Camargo, *Doação com encargo...* CAPITANT, Henri, *La causa de las obligaciones*, trad. por Eugenio Tarragato y Contreras, Madri: Gongora, 1928; e somente sobre a parte histórica cf. CHEVRIER, Georges, *Essai sur l'histoire della cause dans les obligations, Droit savant du moyen-age – Ancien droit français*, Paris: Sirey, 1929; AZEVEDO, Antonio Junqueira, *Negócio Jurídico e declaração negocial – noções gerais e formação da declaração negocial*, Tese no Concurso para Cátedra de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, pág. 121/129.

⁴⁰⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*, Tese de Titularidade para Catedra de Direito Civil da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

PENTEADO⁴⁰⁹ e COUTO E SILVA⁴¹⁰, no período medieval os juristas alteram um pouco o foco da questão.

É na causa da estipulação principalmente que a doutrina se baseou para construir a teoria da causa do contrato, “*c’est à la causa stipulationis, telle que les postglossateurs l’ont entendue, que domat et les auteurs postérieurs ont emprunté leur idée de la causa de la conventio.*”⁴¹¹

E como afirma GORLA:

*Según Savigny, el moderno pacto nudo, la promesa (aceptada) hecha serio et deliberato animo, no sería otra cosa que la stipulatio romana, transformada gradualmente por el desuso en que cayeron sus formas en un esquema contractual no formal. Este pacto tendría el mismo alcance y la misma función que la stipulatio romana: es decir, sería el esquema general de una promesa aceptada (convención) mediante el cual se nos podría obligar a hacer alguna cosa (lícita) para alcanzar algún fin (lícito). Su contenido, con tal que fuera lícito sería irrelevante, de la misma manera que es irrelevante dentro del esquema del contrato formal; y para que mereciera la sanción jurídica no se requeriría ni una forma, ni la res, ni una contra-obligación u outro requisito objetivo semejante. La sola conventio, serio et deliberato animo, bastaría.*⁴¹²

Como já estava difundida a ideia do contrato como consenso, tendo como centro o acordo e a vontade das partes, os juristas medievais vão tratar a questão da causa mais como requisito de acionabilidade de um pacto ou de eficácia de uma promessa, embora o resultado prático continue o mesmo do direito romano.

Os pactos que não são juridicamente tutelados são chamados de *pacta nuda* e os pactos tidos por vinculantes de *pacta vestita*. Lembrando que o pacto, vestido ou não, é negócio de prestação unilateral, ao modelo da estipulação. Assim, para os glosadores, era necessária uma vestimenta ao puro consenso das partes para que seu acordo fosse passível de ser acionado em juízo.⁴¹³ De acordo com SÖLLNER⁴¹⁴, para AZO um pacto poderia ser vestido de 6 maneiras e, assim, se tornar juridicamente exigível:

1. *re*, isto é, pela atribuição de uma coisa em um contrato real;
2. *Verbis*, isto é, pela *Stipulatio*;

⁴⁰⁹ PENTEADO, Luciano Camargo, *Doação com encargo...* pág. 53/54 e 60.

⁴¹⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo...* pág. 44/46.

⁴¹¹ MEYERS, Eduard M., *Les Théories Médiévales concernant la causa de la stipulation et la cause de la donation.* In *Legal History Review*, v. 14, 1933, pág. 368.

⁴¹² GORLA, Gino, *El contrato, problemas fundamentales tratados segun el método comparativo y casuístico*, trad. de Jose Ferrandis Vilella, t. I, Barcelona: Bosch, 1959, pág. 94/95.

⁴¹³ SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im konditionen- und vertragsrechts des mittelalters bei den glossatoren, kommentatoren, und kanonisten in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistisches Abteilung*, V. 77, 1960, pág. 217.

⁴¹⁴ SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im konditionen...* pag. 217.

3. *Consenso* nos casos dos contratos consensuais típicos;
4. *Litteris*, por meio de uma promessa formal escrita;
5. *Cohaerentia contractus* por meio de um pacto acessório em algum outro contrato acionável;
6. *Interventu rei*, por meio da realização da prestação nos casos dos contratos inominados.

Saliente-se que o tema da obrigatoriedade dos pactos era tratado por ACCURSIUS, por exemplo, dentro do campo das *condictiones* e dos contratos inominados, quando, por exemplo, reconhecia a obrigatoriedade do mero acordo somente nos casos de *datio vel factum*, ou seja, quando uma das partes já havia realizada uma prestação, seja com uma atribuição patrimonial (*datio*), seja com um fazer (*factum*)⁴¹⁵, dando ensejo, assim, ao nascimento das *condictiones* para restituição do que se prestou em caso de inadimplemento.

Fora desses casos, o mero pacto não gerava obrigação. A não ser, é claro, se houvesse ocorrido alguma contratação formal, como a *stipulatio* ou qualquer outro contrato previsto no direito romano (compra e venda, locação, mútuo, etc.). Em tais casos não se cogitava de uma causa para reconhecer obrigatoriedade dos pactos, até porque não eram pactos, mas contratos.

Mas como explica SÖLLNER, a doutrina da *vestimenta* era mais um meio didático do que prático e não era baseado nas fontes. Para os primeiros glosadores a causa da *stipulatio* era basicamente a mesma dos contratos inominados. A diferença é que, por ser negócio formal, era acionável desde sua formação pela *condictio*. Todavia, o devedor tinha a *exceptio doli* para afastar a cobrança do credor, caso demonstrasse que a promessa não tinha causa. Não é um entendimento muito distante do que ocorre hoje com, por exemplo, um reconhecimento de dívida ou uma nota promissória (que não circulou). O credor até pode executar o reconhecimento de dívida ou a nota promissória, mas poderá ter seu título desconstituído se o devedor provar em embargos à execução, por exemplo, que deu as notas promissórias em pagamento por um serviço que não foi executado.

Todavia, os glosadores e comentadores tardios pensaram se tratar de doutrinas extraídas diretamente das fontes romanas e passaram a considerar a *vestimenta* como causa. Aqui é que se introduz a noção de causa do contrato pela primeira vez, mas limitada ao caso dos contratos formais, normalmente documentados em papel nessa época. A *stipulatio* não

⁴¹⁵ Gl. *Causa in D.* 2, 14, 7, 2, citado por SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im kondiktionen...* pag. 218

era mais verbal, mas transcrita num documento. O que se passou a exigir, alterando-se o entendimento anterior que, é que no documento onde se faz a estipulação deveria estar contida a causa da estipulação, discutindo-se a validade de uma estipulação internamente abstrata. Nesse sentido, afirma SÖLLNER:

*Während man in der Frühzeit der Glossatorenschule den causa- Begriff des Vertragsrechts inhaltlich aus D 2,14, 7 zu entwickeln versuchte (causa naturalis), ließ die Accursische Glosse diese Stelle bewußt außer Betracht. Sie setzte die causa bei den Urkundengeschäften — ausgehend von C 4, 30,13 — gleich mit der iusta causa traditionis und interpretierte sie demgemäß als vorausgehende Obligation. Damit, daß man die ausdrückliche Angabe der causa verlangte, machte man den Bestand der Stipulation abhängig vom Bestand der causa. Das eigentlich verpflichtende Moment war nicht mehr die Stipulationsform, sondern die der Stipulation zugrunde liegende causa. Praktisch war damit die Stipulation zu einer Beweisurkunde geworden, die Beweis erbringen sollte für die causa, d. h. die der Urkundenerrichtung zugrunde liegende Obligation.*⁴¹⁶

Os comentadores, no entanto, principalmente BALDO, ampliaram o papel da causa a todos contratos, igualando o conceito de *causa à ratio*⁴¹⁷. Conforme PENTEADO⁴¹⁸, BALDO aplicou a teoria da *vestimenta* aos *nuda pacta* canônicos, diferenciando os pactos com causa dos pactos sem causa. Na formulação do discípulo de BÁRTOLO, a acionalabilidade de uma *stipulatio* e de um *pactum nudum* canônico dependia da presença de uma causa *extrinsica*, enquanto que nos contratos consensuais (compra e venda, locação, etc.) a causa era *intrínseca*.⁴¹⁹ Embora trabalhando com os conceitos de causa *finalis* e *impulsiva*, os comentadores não deixaram de fato de ver nelas ainda um *negotium*

⁴¹⁶ SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im kondiktionen...* pag. 228.

⁴¹⁷ “Berti relata brevemente a longa história da palavra ‘razão’ empregada no sentido subjetivo moderno. O grego *noûs* – uma das faculdades da alma – passou ao latim sob o nome de *intellectus* por tradução de Boécio. Pelo monge beneditino Notker (séc. X-XI) *intellectus* foi vertido para o alemão por *Vernunft*. Até aí os termos referiam-se à faculdade da alma de apreender os princípios e os conceitos, capacidade de inteligir (compreender, apreender). Mas a partir de Kant e Baumgarten, *Vernunft* foi usada no lugar de *ratio* e, portanto, tomada por *razão*. Há uma diferença entre *razão* e *intelecto*, pois o *intelecto* é a capacidade de apreender os princípios (entender), pontos de partida da ciência, mas não a ciência mesma, enquanto a *razão* é a faculdade de fazer uso dos conceitos apreendidos. Essa *razão* subjetiva (faculdade) também se associou profundamente com *rationatio* (o exercício do raciocínio e especialmente do cálculo). Ainda segundo Berti, até Espinosa a faculdade mais elevada da alma era justamente o *intelecto* (*noûs*, *intellectus*), ao passo que a partir de Kant a faculdade mais elevada confundiu-se com *razão*. De toda sorte, tornou-se comum o uso de *razão* para essa faculdade da alma, e perdeu-se o sentido objetivo de *razão*, *ratio*. Para reencontrarmos o uso objetivo do termo temos que usar a expressão composta *razão de ser*, ou examinar seu uso na matemática: *razão entre as unidades e as quantidades*, ou a *proporção*. Por isso, é possível que em textos latinos a *ratio* equivalha a *sentido*, ou seja, algo objetivo e próprio de alguma coisa, como na expressão *ratio legis*” (LOPES, José Reinaldo Lima, *O Oráculo de Delfos: Conselho de Estado no Brasil-Império*, São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 49-50).

⁴¹⁸ PENTEADO, Luciano Camargo, *Doação com encargo...* pág. 75.

⁴¹⁹ SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im kondiktionen...* pag. 239-240. Tal concepção, no entanto, não quer dizer que na estipulação, por exemplo, a causa seja externa, isto é, um outro negócio jurídico. Causa *extrinsica* na teoria medieval das 4 causas aristotélicas é o gênero que engloba as causas eficientes e a causa final. As causas intrínsecas são as causas formais e materiais. É nesse sentido que se deve interpretar as palavras de BALDUS (SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im kondiktionen...* pag. 249-250).

antecedens, em consonância maior com o direito romano⁴²⁰, mas mudaram o foco da matéria. Não estavam mais preocupados em extrair tais conceitos das fontes romanas, mas em formular seu próprio sistema. A teoria da causa é criação medieval.⁴²¹ Leia-se:

*Die causa erscheint als ein der Stipulation zugrunde liegender vernünftiger Grund. Ist ein solcher nicht vorhanden, so ist die Form der Stipulation mißbräuchlich benutzt worden. Die causa-Theorie wird nun also nicht mehr allein auf die Texte des Corpus Iuris gestützt, sondern zusätzlich mit rationalen Erwägungen begründet.*⁴²²

Como se percebe, os comentadores não aceitaram a doutrina canônica do pacto nu, a causa para eles era um requisito de acionabilidade do pacto. Para estipulação, no entanto, a causa entra mais como requisito do próprio documento da estipulação⁴²³, no sentido de *causa-traditionis*. Uma espécie de limitação do negócio jurídico abstrato. Mas a estipulação continua sendo acionável, mesmo sem causa. A causa entraria na discussão da *causa debendi*.

De qualquer maneira, o que é imperioso destacar é o fato de toda discussão, até esse momento, se limitar à causa da *stipulatio* ou das diversas *dationes* dentro dos contratos inonimados, inclusive da doação, ou dos *pactos* (promessas). Ora, todos são casos de negócios jurídicos de atribuição, de negócios transitivos como dissemos. São contratos de atribuição patrimonial, onde só uma parte presta ou promete prestar. Não se discute, em nenhum momento a causa dos contratos consensuais e sinalagmáticos, como a compra e venda, ou a locação, etc. A única menção de BALDO sobre o assunto diz respeito à causa intrínseca de tais negócios:

⁴²⁰ SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im konditionen...* pag. 251.

⁴²¹ Nesse sentido, aponta com exatidão a Prof. Judith MARTINS-COSTA: “A teoria da causa, construção medieval assentada de um lado na interpretação das concepções romanas, de outro na ótica peculiar ao Direito canônico, é sistematizada no final do século XVII por Domat, que bem percebeu a originalidade do Direito francês, embasado, neste particular, de um modo muito claro, numa dupla influência: a da jurisprudência, atentando às razões ditadas pela prática, e a da doutrina, questionando acerca da razão dos elementos naturais da obrigação e inserindo aí a causa, revestida de conotações morais, duplicidade de vias ou de perspectivas que, inobstante a supremacia das soluções doutrinárias, ainda hoje é perceptível na França, pois, enquanto a doutrina refere que a busca da causa há de dar-se nas obrigações, consoante a sistemática do CC, a jurisprudência, 'reiterando a tradição canônica, concede amplo espaço ao exame da causa do contrato, dos móveis: anula os contratos quando tenham sido ilícitos ou imorais os móveis que determinaram as partes’”(A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro in Revista da Ajuris, n. 45, março/89, pág. 219).

⁴²² SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im konditionen...* pag. 252.

⁴²³ É com base nessa discussão sobre a necessidade da causa constar no documento da estipulação que a doutrina francesa do séc. XVII e XVIII irá incluir a causa como requisito de validade dos contratos, todavia, em sentido completamente diverso.

*...stipulatio est contractus aliunde tamen causandus, quod non est in aliis contractibus specificatis, ut in locatione, emptione et venditione etc., qui sunt causa sui ipsius.*⁴²⁴

Mesmo ainda para GRÓCIO, em sua introdução ao direito civil holandês, se requer a *causa razoável* somente para os contratos ou promessas expressas, isto é, unilaterais. Como bem observa GORLA:

*No se requiere – segun Grozio - para validez de los contratos pertenecientes a segunda categoria, o sea pra los contratos típicos u ‘obligations by operation or force of law’. Según Grozio, como observa Lee, para esta última classe de contratos que llevan em sí mismos uma ‘causa jurídica’ no es necesario averiguar si existe una causa razonable*⁴²⁵

Ou seja, tais contratos são inteligíveis e acionáveis sem se indagar sobre uma causa extrínseca, i.e., uma causa final ou eficiente. A causa material e formal lhe basta para lhe tornar inteligível, obrigatório e tutelável juridicamente. Discorrer sobre a causa nesses tipos de contrato é desperdício de tempo⁴²⁶, “*la cause d’une obligation née d’un contrat synallagmatique n’est ainsi autre chose qu’une partie du contrat-même*”, afirma MEYERS⁴²⁷.

4. 2 - Causa ou condição?

No entanto, notamos já dois sentidos aparentemente diversos do termo causa. Para acionabilidade dos pactos atípicos, a causa era vista como o fato de se executar uma prestação. Ou seja, o contrato atípico firmado pelas partes passaria a ser vinculante somente depois de uma das partes ter adimplido sua obrigação. Somente depois de prestar poderia exigir da outra a contraprestação pela *actio preascriptis verbis*, ou pedir a restituição do que prestou pelo *condictio*.

E nesse sentido, a *causa* deixa de ser aquele *quid* que produz, para ser aquele *quid* que permite realizar. Em linguagem filosófica, a causa deixa de ser tratada no sentido de

⁴²⁴ BALDUS Nr. 23 ao C 4, 30,13, citado por SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im kondiktionen...* pag. 236.

⁴²⁵ GORLA, Gino, *El contrato...* pág. 68

⁴²⁶ Em sentido contrário, SILVA, Luis Renato Ferreira da, *Reciprocidade e contrato, a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pág. 98-99, atribuí à causa os institutos da resolução por inadimplemento contratual, a exceção do contrato não cumprido e mesmo do adimplemento substancial e o desequilíbrio superveniente das prestações, trabalhando com o conceito de sinalagma genético e funcional. Todavia, mesmo na sua tese (uma aplicação da teoria de CAPITANT ao direito brasileiro), a causa entra como um fundamento distante e não direto dos referidos institutos. Não há porque misturar os institutos tão bem estabelecidos e consagrados com o da causa.

⁴²⁷ MEYERS, Eduard M., *Les Théories Médiévales...* pág. 390.

causa direta, para ser tratada como *causa indireta*, deixando, assim, de ser *causa* no sentido filosófico mais estrito do termo, para se parecer mais com *condição*⁴²⁸. Tal confusão é fonte de inúmeras outras, as quais permanecem até hoje na doutrina, inclusive filosófica.

De acordo com o filósofo Mário Ferreira dos SANTOS, citando o entendimento clássico do termo, “*a causa é o que determina necessariamente a produção de uma coisa, a qual dela depende real e essencialmente; é o que infunde ser à coisa, é o ser que flui na própria coisa; enquanto a condição é o que é necessário apenas à ação da causa*”.⁴²⁹ Essa causa é o *quid* necessário para a própria inteligibilidade do ser causado, é um *quid* ôntico.

Outro sentido de causa mencionado pelos medievais é a causa da estipulação⁴³⁰. Na estipulação a causa é um outro negócio jurídico, que não afeta sua acionabilidade. A causa atingiria a eficácia da estipulação, com a possibilidade do devedor fazer uso da *exceptio doli*. Nesse sentido, a causa é verdadeira do ponto de vista filosófico, pois a estipulação em si é negócios transitivo. A mera estipulação não tem sentido por si mesma, depende necessariamente de um complemento externo.

Há, portanto, dois sentidos distintos do termo: um de causa em sentido próprio, discutido pelos medievais nos casos de *stipulatio* e que se assemelha à causa da *condictio*⁴³¹ e outro no sentido de causa como condição de vinculação de um pacto, a *causa-civilis* ou *vestimenta*.

4.3 - A causa *condictiones* e *causa civilis*: uma falsa distinção entre causa de atribuição patrimonial e causa do contrato

⁴²⁸ Confira o termo CAUSA in: SANTOS, Mário Ferreira dos, *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*, São Paulo: Matese, 1964, Pág. 263/284. “*Considera-se condição (de conditio, ditio cum, dito, ordem) toda e qualquer circunstância, cuja ausência não permitiria que uma coisa fosse o que ela é. É condição, para que alguém escreva agora, haver luz. Mas vê-se, desde logo, que se pode distinguir a idéia de condição da de causa. A causa é uma condição, mas uma condição com um diferente específico: a de ser sine qua non, isto é, sem a qual (sine qua) a coisa não (non) se produziria, pois é conexionada com aquela, ou seja, dela depende real e essencialmente.*”

⁴²⁹ Confira o termo CAUSA in: SANTOS, Mário Ferreira dos, *Dicionário de Filosofia...* Pág. 263/284.]

⁴³⁰ Falava-se de causa da estipulação também no sentido de limitar a sua abstração, fazendo-se constar no documento comprobatório da estipulação a sua causa (pagamento, em garantia, etc.), impondo-se, em alguns locais, a pena de nulidade à estipulação sem causa determinada. Para uma maior discussão sobre a aceitação de promessas abstratas cf. a exposição de CHEVRIER (*Essai sur l'histoire...*), que ao longo de sua obra histórica trata especificamente desse ponto.

⁴³¹ Lembrando que a *condictio certa pecúnia* ou *certa rei* era ação que tutelava a *stipulatio* de um *certum*. Portanto, quando falamos da *stipulatio* nos referimos especificamente a *stipulatio certi*, isto é, na qual o promitente se obrigava a pagar determinada quantia ou a transferir a propriedade de um bem (ou constituir determinado direito real – a um *dare*).

Todavia, ao olhar-se com mais atenção a esses dois sentidos de causa (*causa-vestimenta*, *causa-stipulatio*), percebe-se que se tratam da mesma coisa. Basta-se mudar o foco de análise da *causa-vestimenta*.

Devido ainda ao ranço proculiano e Justiniano de considerar-se contrato somente os contratos geradores de obrigação, os medievais também ignoraram que as *dationes*, as transmissões de propriedade são também contratos. Como explica BIROCHI sobre a conceituação medieval do contrato:

*Juntos aos juristas medievais a passagem de Labeão [D 50,16,19 – que definia como contrato somente os contratos sinalagmáticos] suscitava alguns problemas porque fazia referência só às obrigações bilaterais; a esse respeito a doutrina medieval havia aplicado flexivelmente àquela definição as categorias do proprium e improprium e até mesmo, pelo menos a partir da segunda metade do século XIII, do improprissimum, referindo-se respectivamente aos contratos bilaterais, unilaterais e aos distratos.*⁴³²

Os medievais fizeram sua sistematização da matéria contratual por dois caminhos diferentes, um focado no papel da *conventio*, sobre o qual se construiu a teoria das *vestimentas*, ou seja, do elemento necessário a tornar a *conventio* obrigatória, outro caminho foi traçado aos contratos nominados típicos, voltada a “*prospectar no interior dos tipos contratuais singulares, aplicando a cada um deles a invenção extraordinária da teoria dos elementos substanciais, naturais e acidentais do contrato...*”⁴³³ Isto é, tratava separadamente os contratos transitivos e os contratos intransitivos e estes últimos eram “mais contrato” do que os primeiros, chamados de contratos impróprios.

Mas se tirarmos o foco dos pactos e o recolocarmos nas atribuições, a causa volta a ter o sentido filosófico clássico, que é aplicado à estipulação, e deixa de ser uma condição de acionabilidade. Nos contratos inominados, por exemplo, quando se diz que o pacto se torna obrigatório com a prestação de uma das partes, nada mais é do que dizer que a parte que fez uma prestação objetivando uma contraprestação é tutelada, no caso de inadimplemento, pela *condictio causa data causa non secuta*, por perda superveniente da causa, para reaver o que prestou, ou pela *actio prescripti verbis* para exigir a contraprestação.

⁴³² BIROCCI, Ítalo, *Causa e Definição de Contrato na Doutrina do séc. XVI*, trad. por José Reinaldo de Lima Lopes in Revista Direito GV n.º 3, Jan-Jun 2006, pág. 69.

⁴³³ BIROCCI, Ítalo, *Causa e Definição de Contrato...* pag. 69.

E, nessa toada, pode-se dizer que há uma certa unidade no estudo e compreensão sobre o alcance da teoria da causa até o século XV⁴³⁴, que não mudou essencialmente o uso clássico da *condictio*. Até aqui a *causa condictiones* é o centro do debate.

4. 4 - A gênese da confusão e a deturpação da teoria da causa

É a partir do humanismo e depois do jusracionalismo que a matéria se altera radicalmente. Como explica CHEVRIER:

*Commencée dès le XVI siècle, cette transformation provoquée par la jurisprudence fut achevée tardivement par la doctrine. Le XVI siècle libéra des dernières entraves romaines; la causa s'étendit à tous les contrats synallagmatiques. Le nom de Dumoulin reste lié à cet développement. Mais les auteurs n'ont fait encore que tirer toutes les conséquences des idées Bartolistes, ils n'ont pas amorcé de synthèse nouvelle. L'œuvre de la jurisprudence fut plus fecunde, la cause y apparut tantôt comme renforçant la nullité pour illicéité de l'objet; bref, elle fut, à tout propôs, utilisée dans un but équitable. Cette extension grandissante la fit pénétrer dans tous les contrats, si bien que la doctrine aurait pu se borner à constater les résultats de de travail jurisprudentiel antérieur.*⁴³⁵

Hermann VULTEJUS, jurista alemão de Marburg, numa tentativa de refundar a dogmática contratual para romper com o direito romano, sustentava que todo contrato tinha uma causa remota (a *conventio*) e uma causa próxima (constituída pelo *ius* que conferia obrigatoriedade à *conventio*), e, partindo de tal premissa, definia contrato como *conventio cum causa*⁴³⁶, adotando o sentido de causa-condição de acionabilidade.

A partir de então, e dentro de um contexto que buscava tornar obrigatório o simples acordo de vontade (seja pela influência canônica, seja pela tentativa de impor os direitos nacionais para afastar o direito romano e, conseqüentemente, as pretensões imperiais, seja também pela influência do direito mercantil⁴³⁷), a causa passa a ser tratada em conjunto com a ideia de contrato de maneira geral e irrestrita. O jusracionalismo apenas contribuiu e reforçou as generalizações, como explica GORLA:

La influencia del Derecho natural y de las correlativas tendencias a las generalizaciones y a las racionalizaciones, así como de las tendencias a sustituir la realidad por ideales, lo que es por lo que se desea, tendencias operantes todavía hoy en el civil law, ha sido una influencia verdaderamente nefasta tanto para la

⁴³⁴ Embora, como adverte BIROCCHI (*Causa e Definição de Contrato...* pág. 72), os juristas medievais não chegaram a unificar a causa da estipulação com a problemática da causa justificativa dos pactos.

⁴³⁵ CHEVRIER, Georges, *Essai sur l'histoire della cause...* pág. 218.

⁴³⁶ Sobre a doutrina de Vultejus cf. BIROCCHI, Ítalo, *Causa e Definição de Contrato...* pág. 65-88.

⁴³⁷ Cf. TOMASETTI JR., Alcides, *Execução do Contrato Preliminar...* pág. 77-80;

*interpretación del Derecho actual como para su recto entendimiento desde el punto de vista histórico.*⁴³⁸

É atribuído a Jean DOMAT, jurista francês do século XVII, a responsabilidade pela primeira sistematização dessa nova visão da causa, generalizada⁴³⁹, enquanto *quid* necessário para o nascimento da obrigação. DOMAT adotará de maneira ampliada e irrestrita, por exemplo, a discussão acerca da nulidade da estipulação sem causa, alegando que toda obrigação sem causa é nula. O que é, sem sombra de dúvida, uma descontextualização da doutrina medieval acerca da causa da estipulação.

Os glosadores e pós-glosadores, discutiam se uma estipulação feita sem mencionar-se a causa era ou não válida. Mas é preciso ter em conta que durante a idade média a estipulação não era mais como em Roma. A *stipulatio* se transformara, na verdade, em apenas uma cláusula a ser aposta em documentos públicos ou particulares para expressar a vontade das partes de obrigar-se. Assim, em qualquer pacto, para ser vinculante, precisava constar o eurema *promittere, convenire, stipulatio ou promisso*⁴⁴⁰. Essa era a *vestimenta*. E como leciona CAPITANT:

*Transplantada la estipulacion a un médio completamente diferente de aquel en que había nacido, perdió su carácter esencial de acto abstracto. Para los glosadores, em efecto, toda obligación contractual es un pacto, y la estipulación, según ellos, no es más que un pacto de género especial[...] ahora bien: considerando la estipulación como una variedad del pacto, los glosadores tuvieron naturalmente que preguntarse, si era preciso para su validez que se hiciera mención de la causa de la promesa. Em efecto, em todos los demás contratos esta causa se menciona, y una promesa sin causa presenta, como hemos dicho, algo anormal. Además, a la estipulacion se la colocaba ordinariamente entre los actos de préstamo, y debia parecer extraño que una escritura hiciera mención de la estipulacion sin hablar al mismo tempo del préstamo. Semejante acto seria incompleto, irregular.*⁴⁴¹

A discussão sobre o assunto chegou à conclusão já mencionada, de que numa estipulação feita sem mencionar-se a causa, poder-se-ia opor a *exceptio* pelo demandado-promitente, o que inverteria o ônus da prova, cabendo ao demandante provar a *causa debendi*. Mas, como aponta CAPITANT, esse entendimento não foi pacificamente aceito entre muitos juristas, que entendiam ser requisito de validade da estipulação a menção da causa⁴⁴², sendo que no séc. XVI essa visão era a predominante entre os juristas franceses.

⁴³⁸ GORLA, Gino, *El Contrato...* pág. 73.

⁴³⁹ GUAJARDO-FAJARDO, José Luis Arjona, *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Universidad de Sevilla: Sevilla, 1999, pág. 42/55; CHEVRIER, Georges, *Essai sur la histoire de la cause...* pág. 247. GORLA, Gino, *El contrato...* pág. 80, nota 1, sustenta e, a nosso ver, com razão que a visão de causa sustentada por DOMAT era já difundida em seu tempo. Não fora ele o criador da teoria. De qualquer modo, é fato incontroverso que ele se tornou o principal expoente.

⁴⁴⁰ CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones...* pag. 130-131.

⁴⁴¹ CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones...* pag. 132.

⁴⁴² CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones...* pag. 133 e 141-142.

Mas DOMAT amplia essa discussão, que era na verdade apenas uma restrição à abstração interna da *stipulatio* romana, e afirma que “*Dans les conventions où quelqu'un se trouve obligé sans aucune cause, l'obligation est nulle, et il en est de même si la cause vient à cesser.*” E ainda, falando sobre o mútuo, DOMAT afirma que apenas aparentemente somente o devedor está obrigado, pois sua obrigação de restituir o que recebeu foi precedida pela prestação do credor: “*Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre; et l'obligation serait nulle si, dans la vérité, elle était sans cause.*”⁴⁴³

DOMAT, dessa maneira, amplia a questão da causa para os contratos sinalagmáticos, dizendo que neles a causa da obrigação do vendedor é a prestação do comprador. E imputa sanção de nulidade às convenções (gênero da qual os contratos são espécie) sem causa. POTHIER cai também no mesmo erro:

*Tout engagement, dit-il, doit avoir une causé honnête. Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre lui donne, ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle. Mais lorsqu'un engagement n'a aucune cause, ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté, est une cause fausse, l'engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul.*⁴⁴⁴

Daqui nasceu a tremenda confusão que elevou a causa a requisito de validade dos contratos – a todos tipos de contratos -, no *Code Civil*. O que se entendia por nulo era apenas a estipulação que não mencionasse expressamente a causa no documento.

A busca jusracionalista pelas sistematizações de *ordens naturels* também colaborou para a confusão, quando se tentou unificar o conceito de contrato, tratando todos os tipos contratuais como se fossem a mesma coisa e buscando uma causa em todos eles. O romano jamais questionou a causa da compra e venda e da locação, por exemplo. Mas o pior e mais grave foi ter feita a causa requisito de validade dos contratos.

Nesse sentido, CAMPOS sustenta que no direito francês anterior ao *Code Civil* o domínio das *condictiones* foi reduzido progressivamente, à medida que outro movimento se formava no sentido de subverter totalmente os princípios tradicionais: “*A teoria da nulidade da falta de causa passa a abarcar a maior parte do campo das tradicionais condictiones.*”

⁴⁴³ Citações feitas por CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones...*pag. 163-164.

⁴⁴⁴ Citação feita por CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones...*pag. 167.

Estas pareciam um expediente ultrapassado numa época em que formalismo declinava, formalismo contra o qual pretendiam reagir as condictiones.”⁴⁴⁵

Acrescente-se a isso, a também inovadora (e confusa) teoria adotada pelo *Code Civil* sobre a transmissão de propriedade, que reconheceu ao negócio obrigacional o poder de influir nos direitos reais. Como vimos, os modos de aquisição de propriedade eram intimamente ligados ao problema da causa e das *condictiones*. No fundo, o que o legislador francês fez foi incluir no plano da validade os problemas relativos à causa, que passaram a ser tutelados pela *acion en nullité*⁴⁴⁶. Como o próprio negócio obrigacional era também translativo da propriedade, os vícios do primeiro atingiam a transmissão da propriedade em si, tutelando mais o titular do direito do que o tráfego e os terceiros adquirentes⁴⁴⁷. Mas não faz sentido algum, por exemplo, inserir no campo da validade, os casos de desaparecimento posterior da causa, pois a validade deve ser averiguada no momento da formação do contrato.

A própria redação dos artigos do código é extremamente mal elaborada, como bem apontou WINDSCHEID⁴⁴⁸, o que colaborou ainda mais para a difusão da confusão doutrinária.⁴⁴⁹

Mas, como bem ressaltou MEYERS, “*La theorie moderne de la cause de l'obligation et du contrat s'attache a celle de la causa stipulationis des auteurs médiévaux. [...] Par ces deux auteurs [DOMAT e GRÓCIO] les lois du corpus iuris concernant les stipulations ont été acceptées comme des règles concernant la convention en general.*”⁴⁵⁰

A *Stipulatio*, devido a sua imensa importância e uso na prática jurídica, era vista como a convenção *par excellence*, e foi utilizada largamente desde os tempos romanos como principal forma contratual. TOMASETTI JR afirma, que a *stipulatio* romana, prescindindo da formalidade de enunciar-se certas palavras (inicialmente apenas oralmente, posteriormente postas por escrito), era:

⁴⁴⁵ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite, *A subsidiariedade da obrigação...* Pag. 123-124. Para detalhes sobre a doutrina na causa no chamado direito antigo cf. CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones...* pág. 124-160. CHEVRIER, Georges, *Essai sur la histoire de la causa...* pag. 187-252.

⁴⁴⁶ Cf. WINDSCHEID, Berhard, *Die Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf: Buddeus, 1847, pág. 271 e 297-322 onde faz uma crítica detalhada do código francês.

⁴⁴⁷ Cf. o Capítulo 5.3.2

⁴⁴⁸ WINDSCHEID, Berhard, *Die Lehre des Code Napoleon...* pág. 297 e ss.

⁴⁴⁹ Para as discussões logo nos primeiros 40 anos do código, cf. WINDSCHEID, Berhard, *Die Lehre des Code Napoleon...* pág. 297 e ss. Um resumo mais atual, cf. CAMPOS, Diogo José Paredes Leite, *A subsidiariedade...* pág. 232-247 e PENTEADO, Luciano de Camargo, *A doação com encargo...* pág. 102-108.

⁴⁵⁰ MEYERS, Eduard M., *Les Théories Médiévales concernant la causa...* pág. 392.

um contrato altamente simples e difundido, que apresenta o mesmo esquema do contrato moderno, o qual, em seus mínimos termos, consiste numa oferta seguida de aceitação. É esse, precisamente, o esquema da stipulatio, que se revela, então, não como um tipo de contrato, mas como o contrato em geral, suscetível de qualquer conteúdo. (Grifosdo autor)⁴⁵¹

A *stipulatio* era, assim, o principal contrato romano e por séculos permaneceu como o arquétipo de uma obrigação contratual.

E foi com base em textos romanos sobre a causa da estipulação ou a causa dos contratos inominados (*obligationes ex re*, baseadas na *datio*, inclusive as doações modais) que DOMAT justificava sua teoria da causa dos contratos.⁴⁵²

Todavia, dentro dos contratos sinalagmáticos (isto é, aos contratos nos quais no próprio tipo ou no caso concreto há prestação e contraprestação convencionadas juntamente) a teoria da causa em nada contribui, ao contrário, cria apenas confusões. CAPITANT⁴⁵³ constrói sua difundida teoria de que a causa dos contratos seria o próprio sinalagma, no sentido de que a causa nos contratos sinalagmáticos seria não a contraprestação, mas o seu cumprimento, tentando fundamentar a resolução contratual por inadimplemento, o desequilíbrio das prestações, a exceção do contrato não cumprido, enfim, praticamente todas as matérias contratuais presentes no plano da eficácia, especialmente toda matéria sobre resolução (*lato sensu*) contratual, na sua teoria da causa.

Além de ser um exercício que beira a inutilidade, pois busca fundamentar apenas indiretamente, quase que filosoficamente, tais institutos no sinalagma (vez que já existe tratamento dogmático específico sobre o tema), ter-se-ia que se chegar ao absurdo de se considerar no plano da validade os problemas de resolução contratual.

E nada é mais claro do que a diferença entre analisar o problema da causa na estipulação, ou numa nota promissória, por exemplo, do que analisar a causa num contrato de compra e venda: “*Cette idée de considérer la réalisation des obligations d’un contrat synallagmatique comme la cause du contrat u des prestations réciproques ne nous conduit pas hors la substance du contrat, comme c’était le cas avec la cause de la stipulation.*”⁴⁵⁴

⁴⁵¹ TOMASETTI JR., Alcides, *Execução do contrato preliminar...* pág. 55.

⁴⁵² MEYERS, Eduard M., *Les Théories Médiévales concernant la causa...* pág. 393.

⁴⁵³ Sobre a teoria de CAPITANT, cf. SILVA, Luis Renato Ferreira, *Reciprocidade e contrato...* pág. 72/73; PENTEADO, Luciano de Camargo, *Doação com encargo...* pág. 104/106; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister, *A teoria da causa...* onde há um bom resumo da visão francesa sobre a causa (antes da recente reforma do *code civil*).

⁴⁵⁴ MEYERS, Eduard M., *Les Théories Médiévales concernant la causa...* pág. 396.

4. 5 - Resgatando o sentido da causa

Adotando-se a concepção filosófica clássica de causa, muito se aclara sobre o tema e afasta-se a concepção de causa como condição de vinculação jurídica ou sua redução ao sinalagma, que nada mais é do que o princípio da vedação ao enriquecimento injusto (que é apenas um princípio, impossível de tornar-se uma regra jurídica de aplicação direta).

Muito se aclara, também, sobre as *condictiones* romanas. Os romanistas nos ensinam que tais ações eram concedidas no período clássico (fora do caso do furto) quando havia uma *datio*, uma *stipulatio* ou uma *expensilatio*, enfim, uma atribuição patrimonial - no primeiro caso um contrato dispositivo, nos dois últimos um contrato de atribuição obrigacional. Na Roma clássica, os negócios dispositivos eram feitos somente por três modos: pela *mancipatio*, pela *in iure cessio*, pela *traditio*. Contratos de modo geral, eram também constituídos pela *stipulatio*, o principal contrato romano.

São todos casos de contratos unilaterais, onde só uma parte presta, ou seja, apenas se transmitia ou se prometia uma prestação, sem, contudo, aparecer necessariamente o porquê, a finalidade, a *causa*.

Por exemplo, Tício transmite por *mancipatio* um terreno para Caio por 100 sestércios. Mas por quê? Ele doou o terreno? Doou especificamente para um fim? Deu em garantia? Deu em dação em pagamento de dívida? Impossível saber, embora seja ontologicamente necessário que exista um motivo, uma razão que justifique essa transmissão.

Essa razão é a causa, o que determina necessariamente a transmissão, a atribuição. Esta depende real e essencialmente da causa! Sem ela o negócio não tem sequer um sentido, não é compreensível. Fica claro, assim, que a *causa* é ontológica nos casos de contratos transitivos. É nesse sentido que fala PAULO (D. 41. 1. 31) de *praecedere* da *iusta causa* seguida da *traditio* e CUJÁCIO do *intellectu praecedere* da *causa stipulationis*.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ Cf. SCHANBACHER, Dietmar, *Zur bedeutung der Leistungszweckbestimmung...* pág. 3.

Assim, é impossível que alguém disponha de um bem sem um propósito para isso, pois é imperioso que o faça ou para solver, doar, emprestar, garantir, etc., de modo que tal propósito não é um motivo psicológico, mas uma exigência mesmo apodítica⁴⁵⁶.

Nessa toada, percebe-se que há uma diferença ontológica entre os negócios transitivos e intransitivos e que somente no caso dos primeiros faz sentido falar-se de *causa*.

Somente nesses tipos de contratos é que se discutia a *causa civilis* como necessidade para nascer a obrigatoriedade dos pactos. É na discussão sobre a *stipulatio* que surge essa questão, a qual é típico negócio jurídico transitivo, de atribuição e de prestação unilateral.

A chamada *causa da atribuição patrimonial*, ligada aos *modus acquirendi* e ao enriquecimento sem causa, é exatamente a mesma causa dos contratos. Aliás, a atribuição patrimonial é também, na imensa maioria das vezes, um contrato.⁴⁵⁷

Somente sob esta ótica faz sentido a teoria da causa para o direito privado, até porque somente sob esta ótica estar-se-ia falando de uma causa verdadeira, no sentido filosófico do termo, tal como já exposto supra: “*a causa é o que determina necessariamente a produção de uma coisa, a qual dela depende real e essencialmente; é o que infunde ser à coisa, é o ser que flui na própria coisa*”⁴⁵⁸.

Unicamente nos casos dos negócios jurídicos acima mencionados é que faz sentido falar-se de uma causa que os determine necessariamente, da qual eles dependam real e essencialmente e da qual recebem seu ser. O que é, *e.g.*, uma nota promissória sozinha, desacompanhada de qualquer outro fato ou negócio que a justifique? Sem essa finalidade necessária, no entanto, o negócio jurídico se torna apenas um fantasma, uma sombra, “*sem carne e osso, apenas um sacrifício patrimonial in abstracto, algo que com certeza não se quer – mas se quis – se quis de fato [wirkliche], mas não verdadeiramente [eigentliche]*”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ OERTMANN (*Die Geschäftsgrundlage...* pág. 17) afirma que a causa nesses negócios seria um *essenciale negotii*.

⁴⁵⁷ Pode-se dar também um ato-fato jurídico, como nos casos em que aquisição da propriedade do bem se dá pela simples transmissão de posse. Nesses casos, o acordo entre as partes sobre a finalidade da transmissão desse bem não pode ser considerado um contrato de atribuição patrimonial, vez que ela se dá por elemento fático, mas esse acordo não deixa de ser um contrato.

⁴⁵⁸ Confirma o termo CAUSA *in*: SANTOS, Mário Ferreira dos, *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*, São Paulo: Matese, 1964, Pág. 263/284

⁴⁵⁹ WINDSCHEID, B., *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...* pág. 88.

Já não se pode dizer o mesmo sobre um contrato de compra e venda, por exemplo, pois nele, a única causa do ato de se obrigar a transferir algo é a contraprestação esperada. Ambas obrigações formam o tipo contratual compra e venda. Ou seja, nunca haverá uma compra e venda ‘fantasma’, como no caso do exemplo da nota promissória acima citado.

Dessa maneira, a *causa* se mostra como um mecanismo para corrigir as distorções que os negócios jurídicos abstratos/transitivos possam criar devido a sua independência e falta de comutatividade inerente, em outras palavras, devido à sua artificialidade. A causa é o que torna um negócio jurídico artificial em substancial.

No entanto, a artificialidade de tais negócios não é sem motivo, pois, quando dotada de independência pela ordem jurídica, busca trazer segurança de tráfego ao proteger terceiros de boa-fé, mas o direito não pode ignorar a finalidade econômica (comprar ou vender algo, doar, emprestar, etc.) que os justifica. Daí a importância da causa para manter um equilíbrio entre a segurança jurídica e a finalidade econômica almejada pelas partes, evitando-se, assim, que o direito se torne um fim em si mesmo.

A guinada da *causa* para o campo contratual generalizadamente é fruto, ao que tudo indica, de puro equívoco dos redatores do código civil francês, o qual adotaram a posição de DOMAT sem nenhuma grande discussão⁴⁶⁰, estendendo tal teoria para diversos países que adotaram o código francês. Não que a teoria da causa não se aplique aos contratos, mas, como explicado, ela não se aplica a todos os contratos! Ela não tem campo de aplicação dentro dos contratos sinalagmáticos, não pode ter necessariamente. Quando tem é porque perdeu-se o significado verdadeiro do termo tratando por causa o objeto do contrato, ou quando as prestações ferem os bons costumes, os chamados motivos ilícitos, como faz a doutrina causalista francesa. Aplicação essa que caberia mais ao campo do abuso de direito do que da causa.

Maior prova do erro da aplicação da teoria da causa aos contratos sinalagmáticos, principalmente ao considera-la no plano da validade, é a verdadeira guerra doutrinária e confusões sem fim que daí surgiram. Assim como se sabe da qualidade da árvore pelos seus frutos, pode-se saber da qualidade de uma teoria por seus efeitos.

⁴⁶⁰ SEFERIADES, Styl. P., *Étude Critique sur la Théorie de la Cause*, Paris: Arthur Rousseau, 1897; BEVILAQUA, Clóvis, *Do enriquecimento ilegítimo...*, pags. 4-5.

Mas determinado o campo de aplicação da causa, limitado aos contratos de atribuição, tem-se que indagar sobre o que ela realmente consiste, tendo em vista que a causa contratual, aparentemente, se assemelha à causa das *condictiones*, pois, como vimos, a causa era historicamente tratada dentro do âmbito da estipulação ou das *dationes*. Ambos casos eram tutelados pela *condictio*, desde o direito clássico.

Confundem-se, portanto, as matérias. E isso é um indicador muito forte sobre a natureza da *condictio*, que como sustento, é essencialmente contratual e nada tem a ver com o enriquecimento sem causa.

4. 6 - Causa contratual e enriquecimento sem causa

A causa, cuja ausência dá ensejo ao nascimento da pretensão de enriquecimento injustificado no direito alemão, é a mesma causa contratual que se discutiu no trecho anterior. Ela não se confunde necessariamente com o título, o negócio jurídico econômico subjacente ao contrato de atribuição, mas ela é parte integrante do contrato de atribuição mesmo.⁴⁶¹

O contrato de atribuição não se consubstancia somente no acordo de transmissão de um bem ou qualquer acréscimo patrimonial, é sua parte integrante também o acordo sobre a finalidade da transmissão, ou, no mínimo, o *animus* do atribuinte. Essa é a causa da atribuição patrimonial, que é exatamente a mesma causa que os alemães consideram para aplicação da *leistungskondition*, dos enriquecimentos oriundos de uma prestação.

A causa contratual, quando bem analisada, é a mesma causa da atribuição patrimonial, que é a mesma causa do enriquecimento sem causa.

Toda confusão adveio de não se ver nas *condictiones* típicas ações de tutela contratual, devido ao limitado conceito de contrato adotado pela doutrina ao longo dos séculos, bem como de se ter expandido demasiadamente o conceito de causa para os contratos sinalagmáticos.

Um dos principais usos da *condictio* no direito romano clássico⁴⁶² era na cobrança de uma *stipulatio certa*, que como vimos é o contrato *par excellence* do direito romano

⁴⁶¹ Em sentido oposto, cf. KLINKE, Ulrich, *Causa und Genetisch Synallagma...* pág. 81. Não atentou o autor que o acordo de transmissão é abstraído do negócio jurídico de atribuição patrimonial e não do negócio jurídico principal, do título.

⁴⁶² Como bem advertiu um dos maiores romanistas do século XX, Fritz SCHULZ (*Principles of roman law...* capítulo IV) os romanos não eram afeitos à abstrações e definições claras. Daí, não tome o leitor que

clássico até o direito intermédio. Pouco importa se a causa da *stipulatio* era mencionada ou não pelo estipulante, cabia a *condictio*. Mencionar ou não a causa na estipulação era uma opção das partes que nada interferia na aplicação da *condictio*. Por exemplo, se Tício fizesse uma estipulação de pagar 100 sestércios ao Caio para pagamento de um mútuo, ou se o fizesse sem mencionar o mútuo na fórmula ou no documento, a ação para cobrança permaneceria sendo a *condictio certa pecúnia* (ou também conhecida como *actio certa credita pecunia*), que seria cabível no vencimento da dívida.

Outro uso principal da *condictio* era na cobrança de mútuo (sem estipulação) e também nos casos de doação. Ambos casos de *obligationes ex re*, originadas de *dationes*, mas que tinham causa explícita, não eram abstratos. O fato do direito romano tutelar os casos de doação com encargo e os mútuos interessados (feitos para determinadas finalidades específicas – comprar determinado escravo, fazer uma viagem de exploração, etc. – seriam *dationes ob rem*) pela *condictio* mostra bem que o fator que dava ensejo à concessão da *condictio* era o acordo entre as partes, um contrato. Não é sem razão que, com exceção da *indebiti solutio*, todos outros casos de *obligationes ex re* foram incorporados à doutrina dos contratos inominados que se tornavam obrigatórios mediante um *datio vel factum*, tendo a doação e o mútuo mantido uma certa independência conceitual, devido ao seu largo uso.

Ou seja, nesses casos, o que faz nascer a *condictio* é o inadimplemento de um contrato ou mesmo a quebra ou frustração de um negócio jurídico não econômico (nos casos de não cumprimento de um encargo, por exemplo) e isso é inegável em todos casos de aplicação da *condictio* clássica, que hoje foram incorporados ao esquema contratual, principalmente a doação, o mútuo, e diversos contratos inominados, hoje passíveis de serem regulados como contratos bilaterais.

O único caso que historicamente permanecera fora do esquema contratual de modo geral foi a *condictio indebiti*, que serviu de base, junto com diversas ações pretorianas, para inspirar o conceito de enriquecimento injusto como fonte obrigacional.

nossas posições a respeito do direito romano são absolutas, são baseadas nos principais e mais usuais casos. As exceções e suas análises demandariam uma tese à parte, que fugiria muito do escopo do presente trabalho, mas podem ser encontradas nas monografias citadas.

Mas como vimos na evolução do direito alemão, onde a matéria foi intensamente debatida e discutida, a causa da *condictio indebiti* é também lastreada no acordo entre as partes, uma vez consagrada a doutrina da teoria da causa-subjetiva.

Apesar de VON CAEMMERER já ter classificado a *condictio* derivada de uma atribuição patrimonial como uma ação de *resilição de uma prestação fracassada*⁴⁶³, a doutrina não chegou a desenvolver o conceito até suas finais consequências, como bem apontou WOLFF⁴⁶⁴, o qual sustenta que se os juristas entendessem a seriedade da função de resilição da *Leistungskondition*, teriam que inevitavelmente abandonar o conceito de enriquecimento para esses casos.

A pergunta que se deve responder é: Por que determinadas atribuições patrimoniais são consideradas sem causa ou injustificadas?

Os juristas que ainda sustentam a definição objetiva de causa⁴⁶⁵, sustentam que a causa é o negócio jurídico principal, obrigacional, existente ou ainda a vir a existir e que é por disposição legal, como uma espécie de complemento da teoria da abstração, que se consideram injustificadas essas atribuições.

Mas a maior parte da doutrina atual adotou o conceito subjetivo de causa. E a causa para essa doutrina corresponde com a visão propugnada por este trabalho, que seria a finalidade da atribuição patrimonial, parte integrante desta.

Como aponta Guangyu FU⁴⁶⁶ e Menezes LEITÃO, doutrina da causa subjetiva moderna, hoje amplamente difundida e aceita, teria sido desenvolvida por KÖTTER e KREß.

Discute-se⁴⁶⁷, no entanto, qual a natureza dessa definição de finalidade, tendo autores que alegam ser necessário haver um acordo entre as partes para essa definição e outros que sustentam ser unilateral a fixação da finalidade pelo prestante, devendo a

⁴⁶³ VON CAEMMERER, Ernst, *Bereicherung und Unerlaubte Handlung...* pág. 342.

⁴⁶⁴ WOLFF, Lutz-Christian, *Zuwendungsrisiko und Restitutionsinteresse, Struktur und Rückabwicklung von Zuwendungen, dargestellt am Beispiel von Synallagma und Leistungskondition*, Berlim: Duncker & Humblot, 1998, pág. 191.

⁴⁶⁵ Cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, V. 2, t. 2, 13ª ed. Munique: Beck, 1994, pág. 137, nota 18.

⁴⁶⁶ FU, Guangyu, *Das Causa Problem...* pág.140; LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa ...* pág. 630.

⁴⁶⁷ Para detalhes e indicações bibliográficas cf. LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem Causa ...* pág. 640-641.

manifestação de vontade do atribuinte ser interpretada de maneira objetiva, de acordo com a horizonte de um destinatário objetivo. Ressalta-se que o acordo sobre a transmissão do bem deve existir (i.e., ambas as partes devem estar em consenso sobre isso), e para isso cada uma tem, necessariamente, uma finalidade em conta, mas para maior parte da doutrina é a vontade do atribuinte que prepondera sobre a do adquirente no que diz respeito à finalidade da atribuição, vez que é ele quem sofre o agravamento patrimonial.

É controverso também a natureza de manifestação de vontade, se é uma simples vontade existente no plano da realidade natural, ou se é um ato quase-negocial, ou um válido negócio jurídico unilateral.

A posição dominante, segundo LEITÃO, é de que a finalidade da atribuição é negócio jurídico. Isto é, depende da vontade do atribuinte, vontade essa interpretada de maneira objetiva, do ponto de vista do adquirente (homem médio).

Assim, respondendo à pergunta acima: porque a finalidade da atribuição fixada pelas partes, ou mesmo somente pelo atribuinte, foi fracassada. Retomou-se, assim, de certa maneira, a visão de WINDSCHEID e ERXLEBEN sobre a causa e a pressuposição⁴⁶⁸.

A profecia de WINDSCHEID, de que a pressuposição “*despejada pela porta, sempre acaba entrando de novo pela janela*”⁴⁶⁹ foi cumprida. A pressuposição de WINDSCHEID era exatamente assim. Era a finalidade essencial estipulada pelo atribuinte que deveria poder ser conhecida (ou mesmo acordada) com a parte adquirente.

Essa finalidade é a causa no sentido filosófico clássico do tempo, aquela fundamental para o ser da coisa.

A pergunta que fica a respeito da causa do enriquecimento injustificado é: considerando que a doutrina dominante considera, bem como a realidade da vida demonstrou, a causa no sentido subjetivo, isto é, um negócio jurídico entre as partes, para o estabelecimento de uma finalidade da atribuição, quanto tempo demorará ainda para se perceber que estamos dentro de um típico caso de negócio jurídico, onde o enriquecimento injusto não interfere nem influencia em nada diretamente!?

⁴⁶⁸ Cf. nesse sentido SCHÄFER, Frank L., *Die Bereicherungsrecht im Europa...* pág. 221; FU, Guangyu, *Das Causa Problem...* pág.140. SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung...* pág. 200-202.

⁴⁶⁹ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, V. 78, 1892, pág. 197.

A *condictio* nada mais é do que a ação de resilição de negócio jurídico de atribuição patrimonial. E a causa nada mais é do que a finalidade da transmissão de um ativo patrimonial. A causa (finalidade) + o acordo de transmissão ou a causa (finalidade) + a promessa unilateral de fazer uma transmissão formam o contrato de atribuição patrimonial, sendo complementados por outros atos a depender do tipo de bens (e.g., entrega, no caso de coisas móveis, e registro, no caso de imóveis).

E a *condictio* nasce quando há um inadimplemento, ou a frustração, ou a impossibilidade jurídica ou fática de realização dessa finalidade do contrato, isto é, quando perde a causa. A *condictio indebiti*, por exemplo, nada mais é do que resilição do negócio jurídico de atribuição feito em pagamento de uma dívida inexistente, vez que é impossível atingir seu objeto, isto é, a liberação da dívida.

Mas vejamos com mais atenção o que é essa finalidade, a partir da teoria da pressuposição de WINDSCHEID, que é o grande doutrinador do assunto.

CAPÍTULO 5 - A PRESSUPOSIÇÃO: UMA TEORIA DAS *CONDICTIONES*

5.1 - Alguns esclarecimentos: Pressuposição x *Rebus sic stantibus* x Base do Negócio

A teoria da pressuposição foi desenvolvida por WINDSCHEID pela primeira vez em sua obra sobre o regime de nulidade do *Code Civil*, publicada em 1847⁴⁷⁰, especificamente num capítulo reservado ao tema das *cause des obligations*, quando ainda lecionava na Basileia, Suíça. Três anos depois, em 1850, ainda em Basileia, WINDSCHEID publicou sua monografia sobre a doutrina romana da pressuposição⁴⁷¹.

Sua teoria teve grande aceitação em seu tempo, chegando a ser parcialmente acolhida no projeto de código civil alemão elaborado por KÜBELS, mas foi excluída durante a segunda comissão revisora devido, principalmente, às críticas de LENEL.⁴⁷²

Como ele mesmo diz logo no prefácio de sua monografia, a doutrina da pressuposição é uma doutrina sobre as *condictiones* romanas e decorreu de sua constatação de que o fundamento da *condictio indebiti* e da *condictio ob causam datorum*, e, em geral, daquelas *condictio sine causa*, é uma autolimitação da vontade.

No entanto, o que a doutrina, principalmente do século XX, absorveu da teoria de WINDSCHEID foi bem diferente do que ele propôs, principalmente se levarmos em conta a *pressupposizione* adotada pelos italianos atualmente.⁴⁷³

A primeira impressão que se tem da teoria da pressuposição ao se consultar a doutrina é de que se trata de uma teoria extremamente voluntarista, a respeito das alterações de circunstâncias e seus efeitos no contrato, que valoriza os motivos subjetivos do declarante, sua vontade psicológica e que seria perigosa para a segurança do tráfego. Ela é tratada, via de regra, apenas como uma preparação da base do negócio, mas carregada de subjetivismo

⁴⁷⁰ WINDSCHEID, Bernhard, *Zur Lehre des Code Napoleon...*

⁴⁷¹ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...*

⁴⁷² LENEL, Otto, *Die Lehre von der Voraussetzung...* pág. 213/239.

⁴⁷³ A doutrina italiana adota a pressuposição para tutelar casos de frustração do fim do contrato, cf. COGO, Rodrigo Barreto, *A frustração do fim do contrato, o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*, São Paulo: Renovar, 2012, pág. 144/162.

LEHMANN, por exemplo, entende que a teoria da pressuposição é em parte correta, se a pressuposição não for meramente unilateral, como ele entende a teoria windscheidiana, e, logo em seguida, cita a base do negócio⁴⁷⁴ de OERTMANN como uma leitura mais adequada da pressuposição, pois na visão oertmaniana ela deveria ser conhecida e não repelida pela outra parte.⁴⁷⁵

BARRETO COGO também parece ver na pressuposição apenas uma teoria cujo único mérito foi servir de base para ser “lapidada” pelos futuros juristas:

*Mesmo assim, o legado deixado pela teoria da pressuposição foi servir de base para os novos trabalhos que sucederam nessa matéria, os quais procuravam “lapidar” os estudos de WINDSCHEID de forma a torná-los mais objetivos, a fim de afastar as críticas fundadas na insegurança jurídica.*⁴⁷⁶

Constantemente a pressuposição é ligada ao conceito da cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, FLUME relaciona a base do negócio com a pressuposição e afirma que “*nem a pressuposição, nem a base do negócio, nem a reserva virtual, etc., conseguiram superar a doutrina da Cláusula*”⁴⁷⁷.

OERTMANN, o criador da teoria da base do negócio e genro de WINDSCHEID, afirma ter tomado a teoria da pressuposição como fundamento para sua base do negócio, diz que os críticos da teoria da pressuposição consideram que o fundamento dela seria a cláusula *rebus sic stantibus* e diz que “*considera um dos problemas decisivos de sua tese [de WINDSCHEID] não ter tentado nenhuma vez sequer separar sua teoria dessa origem [rebus s.s.]*”⁴⁷⁸

Na mesma toada, PONTES DE MIRANDA assevera que:

*[aceitar] a teoria da pressuposição seria abrir portas ao que está na mente do outro figurante, ou o que não está nítido na mente dos dois, para se atender a alguns casos que não justificariam quebrarem-se as linhas retas dos princípios. No fundo, o mesmo mal das chamadas teorias da cláusula rebus sic stantibus.*⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Sobre o tema da Base do Negócio, cf. a excelente descrição da doutrina alemã elaborada por COGO, Rodrigo Barreto, *A frustração do fim do contrato...* pág. 63/139.

⁴⁷⁵ LEHMANN, Heinrich, *Algemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, T. I, 2ª ed., Berlin und Leipzig, Walter de Gruyte, 1922, pág. 188.

⁴⁷⁶ COGO, Rodrigo B., *A frustração do fim do contrato...* pág. 78.

⁴⁷⁷ FLUME, Werner, *Algemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, T. II, *Das Rechtsgeschäft*, 2ª ed., Springer: Berlin-Heidelberg-New York, 1975, pág. 526.

⁴⁷⁸ *Die Geschäftsgrundlage...* pág. 1.

⁴⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXV, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pág. 221

No entanto, como demonstramos acima, a *condictiones* não tem e nem nunca tiveram a ver com a doutrina da *clausula rebus sic stantibus*.

Eis o cerne da teoria de WINDSCHEID: demonstrar que as *condictiones* do direito romano tinham como fundamento uma espécie de autolimitação da vontade, uma espécie até então não identificada pela ciência jurídica, mas que se diferencia das condições, do termo e do encargo, a qual é chamada de pressuposição. Note o leitor que ele não diz estar construindo algo novo, pelo contrário, diz ter descoberto esse conceito com base nos casos trazidos pelas escrituras.

WINDSCHEID examina uma imensidão de casos nos quais os romanos aplicaram a *condictio*⁴⁸⁰ e a *actio praescriptis verbis* (uma ação mais nova do que a *condictio*, mas que não a excluiu e tinha função parecida⁴⁸¹) e são poucos os casos que não estejam relacionados com as essas ações, mas nos quais o autor vislumbra a pressuposição. Dessa maneira, de modo geral, onde WINDSCHEID vislumbra um vício de pressuposição, o direito romano já dava um remédio para sanar as consequências desse vício, principalmente por meio da *condictio* e, posteriormente, também por meio da *actio praescriptis verbis*.

Assim, fica claro já que não há de se falar de risco à segurança jurídica, pois WINDSCHEID não estava propondo nada novo, nada que já não vinha sendo aplica há séculos. Sua doutrina da pressuposição busca apenas tentar explicar e analisar o fundamento das *condictiones sine causa*.

Ao contrário do que se pensa, a teoria da pressuposição está mais preocupada em proteger a pessoa que faz uma atribuição patrimonial sob a pressuposição de que um propósito será alcançado, do que proteger alguém prejudicado pela alteração das circunstâncias.

Nessa toada, a teoria da pressuposição e a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* não são semelhantes entre si dentro da dogmática e não possuem funções semelhantes. OERTMANN estava correto ao dizer que WINDSCHEID não tentou nenhuma vez separar sua teoria da doutrina da Cláusula, mas não o fez por um motivo simples: sua teoria não se

⁴⁸⁰ Também mencionada nas fontes como *repetere, condicere, repetitio, repetere condicione, repetere per condictionem; restituere, reddere, reddi oportere, reddi tibi postulare potes, reddi consequens esse praecipimus, recipere, agero potera, ages dari tibi oportere, exceptio doli*. cf. WINDSCHEID, B., *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...* pág. 59/62.

⁴⁸¹ WINDSCHEID, B., *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...* §98.

prestava para a mesma função que a teoria da Cláusula. A pressuposição não deve ser aplicada em casos de contratos obrigacionais bilaterais de prestação continuada e de longa duração, senão na forma da *condictio indebiti*, pois esses contratos são todos obrigacionais bilaterais, negócios jurídicos intransitivos (econômicos).

Da mesma maneira, o campo de aplicação da pressuposição não se confunde com o da teoria da base do negócio de OERTMANN⁴⁸². Este autor deixa claro em sua tese que a sua teoria se aplica somente aos que ele chama de negócios jurídicos econômicos (negócios jurídicos intransitivos/obrigacionais bilaterais), sendo que até hoje a doutrina sobre a base do negócio se manteve nesse tipo de negócio, como salienta LARENZ:

Desde que WINDSCHEID tentou demonstrar que o fundamento das conditiones do Direito romano é a falta de pressuposição – no sentido de sua doutrina – as relações entre a base do negócio e a causa no sentido do §812 do código civil tem sido examinadas repetidamente. Locher tentou apoiar legalmente a falta ou desaparecimento da base do negócio na condictio por não realização do resultado perseguido por uma prestação. [...] A uma união íntima da teoria da base do negócio com as conditiones se opõe, sem duvida, a circunstância, energicamente posta em relevo por OERTMANN, de que a conditiones se referem somente aos negócios de prestação, não aos negócios constitutivos de obrigação, porque esses, só excepcionalmente devem ser considerados como uma prestação.⁴⁸³

Continua ainda LARENZ:

A base do negócio não pode levar em conta nunca os negócios de prestação, tanto nos negócios dispositivos como nos obrigatórios, devido ao fato destes estarem sujeitos a repetição por falta de causa. Não fosse assim, se quebraria toda a regulação, cuidadosamente meditada, das conditiones e se levaria em conta de modo especial um ponto de vista que, ainda que secundariamente, já é tomado em consideração. Desse modo, não é de todo acertada a opinião de Oertmann de que a teoria da base do negócio se aplica principalmente aos negócios causais; se a leva em conta, tão-somente, em relação aos mesmos. Nos negócios de prestação a substitui a condictio por falta de causa ou por não consecução do resultado perseguido pela prestação.⁴⁸⁴

Nessa toada, considerando que a teoria da pressuposição era umbilicalmente ligada às *conditiones*, percebe-se que seu campo de aplicação era completamente diferente do campo de aplicação da base do negócio e da cláusula *rebus sic stantibus*, não há como usá-la para solucionar o famoso caso das janelas alugadas para assistir a coroação do rei.⁴⁸⁵

⁴⁸² Apesar de OERTMANN entender que o campo de aplicação principal da pressuposição é no campo dos negócios obrigacionais. (*Die Geschäftsgrundlage...* pág. 19).

⁴⁸³ *Base del negocio jurídico...* pág. 73.

⁴⁸⁴ *Base del negocio jurídico...* pág. 75/76.

⁴⁸⁵ Caso no qual se celebra contrato de locação de janelas para assistir o desfile de coroação do Rei, mas este muda de percurso, tornando inócuo o fim para o qual o contrato foi celebrado.

WINDSCHEID deixa claro que a aplicação da pressuposição aos negócios bilaterais se restringe ao pagamento de dívida inexistente. *In verbis*:

*Contudo, é necessário ainda fazer-se uma distinção. Pode-se para este fim [fazer uma prestação com o propósito de obter outra] celebrar-se um contrato bilateral. Neste caso uma parte troca a obrigação que assumiu pela obrigação da outra parte; ela da uma em troca da outra. Mas ela não dá sua obrigação sob a pressuposição de que a outra parte se obrigará.[...] quando se presta por conta de um contrato bilateral, a prestação não se dá com o propósito de obter uma contraprestação, mas apenas com o propósito de adimplir a obrigação.*⁴⁸⁶

Desse modo, dentro de uma relação obrigacional bilateral, a prestação é feita sob a pressuposição, e somente esta, de que ela solverá a dívida. Daí o conceito de *condictio indebiti*, pois toda *solutio* pressupõe uma *obligatio*. Quem paga dívida pensando estar obrigado, na verdade não paga (pagar pressupõe a ideia de solver).

De qualquer maneira, nos parece que a teoria da pressuposição não foi concebida para os mesmos fins que a teoria da base do negócio e de qualquer outra teoria que, como afirma FLUME, não conseguiram superar a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*.⁴⁸⁷

5. 2 - A pressuposição como autolimitação da vontade: uma condição não desenvolvida.

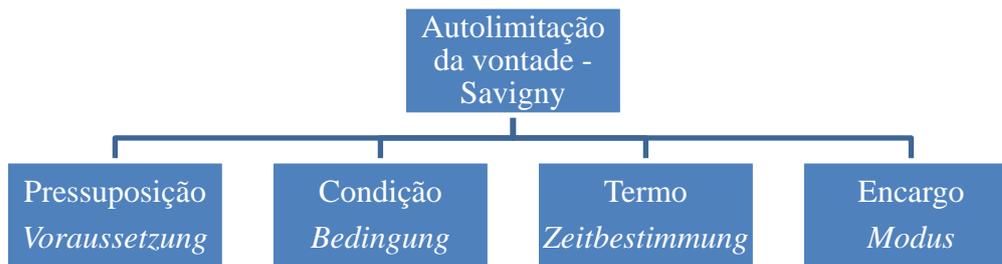
Tomando o famoso conceito de condição desenvolvido por SAVIGNI (espécie do gênero autolimitação da vontade⁴⁸⁸), WINDSCHEID desenvolve o conceito da pressuposição (*Voraussetzung*), como se fosse mais uma espécie do gênero “autolimitação da vontade”, estando ao lado da condição, do termo e do encargo (*modus*).

Veja-se um pequeno esquema para ilustrar o conceito de WINDSCHEID:

⁴⁸⁶ WINDSCHEID, B., *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...* pág. 88.

⁴⁸⁷ FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil...* T. II., 2ª ed., pág. 526.

⁴⁸⁸ SAVIGNY, F.C., *System...* V. III, §144: “*Der Umfang des Willens kann modifiziert werden durch Beschränkungen, die er sich selbst giebt. Diese mögliche Selbstbeschränkungen sind: bedingung, Zeit, Modus.*”



O autor coloca, como se vê, a pressuposição como um elemento negocial, ao lado da condição, do termo e do encargo, ou seja, é elemento inserido pela vontade das partes, como uma se fosse uma cláusula contratual e que integra o negócio jurídico.⁴⁸⁹ Afirma, ainda, que a pressuposição deveria substituir o encargo dentro dessa classificação, pois seria um conceito mais amplo do mesmo.

Quem declara sob pressuposição, não declara menos de quem declara sob condição. Quem declara sob condição, afirma WINDSHEID, declara que a eficácia de determinada relação jurídica será dependente de determinado “estado de coisas”, tal como na pressuposição. A diferença é que a eficácia do negócio jurídico não depende da pressuposição da mesma maneira que depende da implementação da condição.

Explica-se: se A doa uma moto a B sob a condição de que ele passe no vestibular, mas ele não consegue passar, então, não houve doação, mas somente uma promessa de doação ou um direito expectativo à doação, e B jamais chegou a ser proprietário da moto; se A faz doação de uma moto a B sob a condição resolutiva de que ele seja proprietário dela até se casar, assim que se implementar a condição, a propriedade da moto voltará ao patrimônio de A. Se ele não devolver, A terá ação petítória para reaver a moto.

Já quando, na festa de noivado de sua filha, A doa um carro a ela como presente de casamento, mas o casamento não se realiza por conta de uma separação do casal, A não fez a doação sob a condição suspensiva de sua filha se casar, pois ele quis que ela fosse proprietária do carro desde o momento em que o entregou a ela, podendo usá-lo, vendê-lo, etc., desde o momento que o recebeu. A não quis subordinar o efeito da doação (a transmissão da propriedade do veículo) à realização do casamento. Nessa toada, fica clara a diferença entre os efeitos do que WINDSCHEID chama de pressuposição e condição suspensiva em sua visão.

⁴⁸⁹ É uma *accidentale negotii*, na linguagem do Direito Comum (cf. OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage...* pág. 17).

Já a diferença entre pressuposição e a condição resolutiva é mais tênue. Note-se que a doação do exemplo acima não foi também sob condição resolutiva de que a filha perderia a propriedade se não se casasse. A condição resolutiva deve ser aceita expressamente por ambas as partes, o que não ocorreu nesse exemplo, pois nada foi dito a respeito da possibilidade do casamento não se realizar. Mesmo se fosse admitida a figura da condição resolutiva tácita, não nos parece que o doador (e o beneficiário também) quis vincular os efeitos da doação (transmissão da propriedade) ao casamento, de modo que a propriedade voltaria ao seu patrimônio se não fossem realizadas as núpcias.

A exigência da condição resolutiva ser sempre expressa é sábia, pois seu efeito é muito drástico, uma vez que, implementada a condição, todos os efeitos que o negócio gerou devem ser “apagados”⁴⁹⁰. Entender pela possibilidade de se conceber uma condição resolutiva tácita traria grande insegurança ao tráfico.

Nessa toada, não haveria ação petitória para retomar o carro, pois A não é mais proprietário dele, mas haveria direito à *condictio*⁴⁹¹, na qual WINDSCHEID vislumbrou o conceito de pressuposição.

Por isso se diz que a pressuposição é uma condição não desenvolvida – *unentwickelte Bedingung*⁴⁹² –, pois se desenvolvida fosse (se fosse condição) sua implementação geraria a eficácia do negócio somente após a implementação da condição – caso da condição suspensiva; ou sua implementação geraria a ineficácia do negócio – condição resolutiva – com efeito *ex tunc*, ou mesmo *ex nunc* (se assim quiseram as partes),

⁴⁹⁰ Cf. §§158, (2), e 159 do BGB; Art. 128 do Código Civil de 2002 (art. 119 do Código de 1916). Cf. também MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, v.1, Rio de Janeiro, Forense, 1995, nota de rodapé 51, pág. 164, onde afirma que a condição aposta à negócio obrigacional não afetava a transmissão da propriedade (a ineficácia do *titulus* não afetava o *modus*), mas se aposta ao negócio translativo, a propriedade voltava ao patrimônio do alienante e este teria direito real sobre o bem. Consideramos que a doação, por ser contrato real, é, ao mesmo tempo, negócio obrigacional e translativo de domínio, e, por isso, a condição aposta a um afeta inevitavelmente o outro. Daí a conclusão que chegamos do doador ter ação petitória para reaver o bem doado após o implemento da condição resolutiva, a qual chegamos analisando os exemplos trazidos por WINDSCHEID do direito romano (cf. WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* ... §94). O assunto será melhor abordado adiante.

⁴⁹¹ Parece-nos ser essa também a solução adotada pelo ordenamento brasileiro, que estebele no art. 546: “A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.” Esse sem efeito não nos parece que justificaria uma retroatividade dessa ineficácia, mas apenas configuraria uma ineficácia *ex nunc*. Se doa-se um fogão para os noivos e o casamento não se realiza, não se terá direito real sobre o fogão, como se a propriedade do fogão tivesse caráter resolúvel, a pretensão volta-se para o patrimônio dos donatários.

⁴⁹² WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* ... pág.1.

mas em ambos os casos ocorreria uma transmissão de patrimônio *ipso iure*, quando o caso envolvesse contrato de atribuição.

Dessa maneira, afirma WINDSCHEID, se a pressuposição se mostre falsa, não se complementa, ou deixe de existir, a relação jurídica existe não sem a vontade do declarante, mas contra sua verdadeira vontade, devendo, portanto, perder seus efeitos. Nas palavras de WINDSCHEID: “*Es bestehe mit seinem WIRKLICHEN⁴⁹³ Willen, aber gegen seinen EIGENTLICHEN⁴⁹⁴ Willen*”.⁴⁹⁵

A diferença entre uma real (*wirkliche*) e uma verdadeira (*eigentliche*) declaração de vontade é melhor demonstrada quando WINDSCHEID diferencia a pressuposição do erro. O autor coloca que a nulidade de um negócio jurídico por erro se dá não pelo erro em si, mas porque a declaração de vontade não corresponde à realidade⁴⁹⁶ (não foi uma *wirkliche erklärung*). *Mutatis mutandis*, o mesmo deve se aplicar à pressuposição: a ineficácia do negócio jurídico por vício de pressuposição, não se dá pelo vício em si, mas pelo fato de uma vontade ter sido declarada, a qual, sem o vício, não teria sido. Uma vontade que apesar ter sido real (*wirkliche*), não se mostrou verdadeira (*eigentliche*).

Assim, pode-se dizer que:

*in difetto di volontà, non può concepirsi la sussistenza dell'effetto giuridico. Non è sufficiente a produrre l'effetto giuridico la sola manifestazione di volontà non riflettente l'effettivo volere del soggetto. Se questi avesse conosciuto anticipatamente lo stato dei rapporti, non avrebbe posto in essere il negozio, oppure lo avrebbe stipulato altrimenti.*⁴⁹⁷

⁴⁹³ Podemos traduzir o termo *wirklich* por real ou por factual, o que corresponde à realidade, aos fatos. Assim, no contexto utilizado por WINDSCHEID, uma declaração real é aquela que corresponde aos fatos, como quando alguém transfere ouro a outrem e o adquirente recebe como se ouro fosse e, de fato, o que se transferiu foi ouro. Mas se fosse algo apenas parecido com ouro, a declaração deixaria de ser *real*, pois não corresponderia aos fatos. Tais vícios na declaração são tutelados pela figura do erro e pelos vícios de vontade de modo geral.

⁴⁹⁴ A tradução mais precisa de *eigentlich* seria por *verdade*, aqui, utilizada mais com o significado de originariamente, como quando, por exemplo, dizemos “Na verdade eu gostaria de ir às 10h e já são 11h”. Assim, no contexto da pressuposição, uma declaração verdadeira é aquela que, além de corresponder aos fatos (como na declaração *real*), corresponde, também, à vontade original do declarante, o que ele sempre buscou originariamente ao fazer a declaração. Usando o exemplo da transferência do ouro, havendo um acordo de vontade sobre a transferência do ouro e sendo o objeto ouro mesmo, a declaração foi real, mas se para as partes a transmissão se deu para pagar uma dívida e essa dívida é inexistente, então a declaração não correspondeu à verdadeira vontade, não correspondeu ao que se quis originariamente, que era adimplir a dívida.

⁴⁹⁵ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*...pág.2.

⁴⁹⁶ Tal concepção parece ser adotada por nosso Código Civil: art. 144 – O erro não prejudica a validade do negócio quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la em conformidade da vontade real do manifestante.

⁴⁹⁷ GIRINO, Franco, *Presupposizione*, Novissimo Digesto Italiano, pag. 776.

Nesse diapasão, percebe-se que, ao contrário do que parece numa primeira análise, a diferença entre pressuposição e condição não está no fato daquela ser tácita e esta expressa⁴⁹⁸, pois ambas podem ser tanto expressas quanto tácitas⁴⁹⁹, mas no fato da primeira gerar uma eficácia/ineficácia com efeitos *ex tunc* e a última gerar a ineficácia (nunca a eficácia) com efeitos *sui generis*⁵⁰⁰. A pressuposição é menos do que a condição, mas mais do que mero motivo.

No entanto, devido às críticas de LENEL, muitos autores tendem a confundir pressuposição com os motivos subjetivos, tal como parece ter acontecido com ENNECCERUS, que trata a pressuposição como espécie de motivo e a confunde-a com uma condição tácita: *“Ya el derecho común admitia que el error em el motivo no debía tomarse em cuenta. Sin embargo, según la teoria de la presuposición, em determinadas circunstancias procederá tomar en consideración como “condicion no explicitada”*”⁵⁰¹.

A doutrina nacional também parece não ter compreendido muito bem a distinção entre pressuposição e motivos. ORLANDO GOMES, por exemplo, ao tratar da pressuposição, afirma que *“Os motivos subjetivos do agente são juridicamente irrelevantes, mas não se pode desconhecer que integram o conteúdo do ato, em certos casos, por serem a única ou principal causa determinante”*⁵⁰².

No entanto, WINDSHEID é claro ao repudiar o reconhecimento dos motivos, defendendo, inclusive, que não há exceção para sua aplicação. Os motivos só passam a ser relevantes, se elevados ao *status* de pressuposição⁵⁰³:

Daß nun nicht jeder Irrende sich darauf berufen könne, er habe nicht seine eigentlichen Willen erklärt, bezweifelt Niemand. Aber man behauptet, in Ausnahmefällen könne er es allerdings. Meine Meinung ist, daß es solche ausnahmefälle nicht gebe. Der Irrende als solcher, meine ich, hat dieses Recht nie;

⁴⁹⁸ Como deixa claro o autor, à pág. 8.

⁴⁹⁹ Acreditamos que um exemplo de pressuposição expressa são os “considerandos” dos contratos ou qualquer cláusula que estabeleça a obrigação do adquirente restituir o bem prestado em “determinado estado de coisas”. Já a ideia de condição tácita não existe se aposta aos negócios translativos de domínio, mas é aceita em negócios obrigacionais.

⁵⁰⁰ WINDSHEID não faz essa distinção com base na eficácia, diz que a condição atua na existência do negócio enquanto que a pressuposição atua apenas na eficácia. No entanto, a atual divisão de planos não nos permite mais enxergar, *e.g.*, o negócio sob condição suspensiva como inexistente. Assim, fizemos essa adaptação, a qual cremos ser a mais correta dentro da atual dogmática.

⁵⁰¹ ENNECCERUS, Ludwig, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, AT, Band II, traduzido por Blas Perez Gonzales y Jose Alguer, atualizada por Eduardo Valenti Fiol, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1981, pág. 411.

⁵⁰² GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 366.

⁵⁰³ *“Es ist bekannt, daß das römische recht dem s.g. Irrtume im Beweggrund Einfluß auf den Bestand der Willenserklärung nicht einräumt. Wenn der Beweggrund nicht zur Voraussetzung erhoben worden ist”*. WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*... pág. 4.

*er hat es nur dann, WENN AUS SEINER WILLENSERKLÄRUNG ERKANNT WERDEN KANN, daß hinter dem erklärten Willen ein anderer, der eigentliche, stand, d.h. eben, wenn in seiner Willenserklärung der Beweggrund als Voraussetzung hervorgetreten ist.*⁵⁰⁴

Fica claro, assim, que WINDSHEID nunca defendeu a relevância dos motivos para o suporte fático da declaração negocial, descartando até a mesmo a ideia de motivo relevante. Se, no caso concreto, a diferenciação se torna difícil, é outra história. O que não se pode afirmar é que a teoria da pressuposição defendia a inclusão dos motivos subjetivos no suporte fático da declaração de vontade. Com certeza, ela não o fez.

O outro aspecto dos pressupostos, senão o mais importante, está ligado ao conceito das *condictiones* romanas. Tal fato é constatado logo no prefácio da monografia de WINDSCHEID, na qual declara sua convicção de que o fundamento das *condictiones* é uma forma de autolimitação da vontade:

*Der Ausgangspunkt der vorliegenden Schrift war die dem Verfasser sich aufdrängende Ueberzeugung, daß der Grund der *condictio indebiti* und *condictio ob causam datorum*, und so überhaupt derjenigen *condictio sine causa*, Von welcher jene *Conditionen* nur Formen sind, eine *Selbstbeschränkung des Willens* sei, auf welchem das *Haben des Beklagten* beruht.*⁵⁰⁵

WINDSCHEID, após analisar as fontes romanas, constatou que as *condictiones* eram formas de “autolimitação da vontade”, cuja fonte era o vício da pressuposição. Não se implementando os pressupostos, caberia ao prejudicado uma *exceptio doli* contra uma ação derivada de sua declaração de vontade e/ou uma *condictio* para reaver o que perdeu indevidamente.

É nesse aspecto que LENEL⁵⁰⁶ dedica a maior parte de suas críticas a respeito da teoria da pressuposição, pois entende que aceitar a teoria de WINDSHEID seria negar todo o conceito das *condictiones*, pois não é um vício na pressuposição que dá origem a uma *condictio*, mas uma finalidade deturpada – “*Nicht also jede falsche Voraussetzung, sondern nur ein vereitelter Zweck begründet die condictio*”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...* pág. 5.

⁵⁰⁵ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...*, (Vorwort). Em outro ponto, reforça a importância das *condictiones* para sua tese: “*So wird die Lehre von der Voraussetzung, wie sie auf der einen Seite in die Lehre von der Selbstbeschränkungen des Willens gehört, auf der anderen Seite durch die Eigenthümlichkeit der in ihr enthaltenen Selbstbeschränkung in die Lehre Von Haben ohne Grund gewiesen*” (pág. 3).

⁵⁰⁶ Sobre o LENEL e suas contribuições ao tema durante a elaboração do BGB cf. SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung...* pág. 98-119.

⁵⁰⁷ LENEL, Otto, *Die Lehre von der Voraussetzung...* pág. 228.

A principal diferença entre a visão de LENEL e de WINDSCHEID é que para o primeiro somente determinadas finalidades econômicas poderiam ser consideradas para o cabimento da *condictio*, tais finalidades deveriam ser taxativas em sua visão, e não qualquer pressuposto. WINDSCHEID no entanto, é muito claro ao não considerar qualquer motivo como pressuposição, somente a finalidade essencial, a primeira, deveria ser considerada. É exatamente o mesmo sentido de causa clássico que desenvolvemos no capítulo anterior.

E isso, nos casos em que não há um acordo expresso entre as partes sobre a pressuposição, pois quando a pressuposição vinha expressa, não havia discussão.

De qualquer forma, ambos autores adotam uma teoria da causa-subjetiva, apenas discutem alguns critérios para sua fixação. Ambos concordam também a finalidade não necessita de um acordo de ambas as partes, bastando a finalidade do atribuinte. No entanto, as críticas de LENEL, como ressalta SCHEEL⁵⁰⁸, são feitas como uma tentativa de proteção do tráfego econômico, que hipoteticamente seria gravemente afetado pela pressuposição. As críticas não se voltam contra os argumentos de WINDSCHEID em si.

Mas é fato que elas foram decisivas para que não se adotasse a pressuposição no BGB, o que fez com que a teoria de WINDSCHEID perdesse seu prestígio, ao menos até a releitura de OERTMANN.

5. 3 - Pressuposição, condição e encargo

Se é possível sistematizar as diferenças entre condição e a pressuposição de WINDSCHEID, diríamos que é necessário fazer a distinção por partes, primeiro tomando em conta a condição suspensiva e depois a condição resolutiva, lembrando que estamos tratando aqui somente sobre os negócios jurídicos de atribuição patrimonial.

Vale ressaltar também que em determinados casos, por exemplo, no pagamento, é impossível se falar de uma condição, pois a parte que paga não paga sob condição de que ocorra a *solutio*. As partes tem a *solutio* como algo certo e imediato, não um evento futuro e incerto.

Assim, a comparação só faz sentido, em verdade, nos casos de *causa data causa non secuta*, isto é, nos casos de atribuição patrimonial feita tendo em vista evento futuro,

⁵⁰⁸ SCHEEL, Johannes, *Entwicklung...* pág. 115.

uma contraprestação, a realização de determinada tarefa ou ocorrência de determinado fato que seja incerto.

Quanto à condição suspensiva, sua diferença com a pressuposição é grande, pois na primeira, a alienação do domínio se dá somente após o implemento da condição, ou, em se tratando de uma promessa abstrata (reconhecimento de dívida, por exemplo), o promitente fica obrigado somente se implementada a condição⁵⁰⁹. Já na alienação ou na promessa abstrata sob pressuposição, conforme a visão de WINDSCHEID, os efeitos são imediatos, transmite-se a propriedade, obriga-se, no momento da celebração do negócio.

Quanto à condição resolutiva, sua diferença reside no efeito que produz no negócio jurídico ao qual foi apostado. Implementada a condição resolutiva, opera-se uma ineficácia *ex tunc* que apaga todos os efeitos que o negócio produziu, quando possível.

SAVIGNY⁵¹⁰ afirma que a condição resolutiva quando implementada apaga todos os efeitos do negócio, “*como se ele nunca tivesse existido*”. A propriedade, então volta por si própria ao patrimônio do alienante, sem uma nova tradição, e todas as alienações feitas com a coisa (que até então eram válidas), são, “*num piscar de olhos, destruídas*”.⁵¹¹

Leciona⁵¹² ainda, que existem outras duas figuras que alcançam praticamente a mesma finalidade da condição resolutiva, mas que não devem se confundir com ela: a condição suspensiva inversa, ou seja, colocar como condição suspensiva o inverso do fato que se quer, aplicando-se para o caso o mesmo que se aplica às condições suspensivas; ou estabelecer uma espécie de pacto acessório pelo qual, cumprida determinada condição, o adquirente deve restituir o que recebeu ao alienante. Neste último caso, a propriedade do bem não transmite-se *ipso iure* e mantêm-se a validade de todas as eventuais alienações que o bem possa ter sofrido. É nesse pacto que, nos parece, WINDSCHEID vislumbra uma hipótese de pressuposição expressa, que não seria nada diferente de uma cláusula contratual.

⁵⁰⁹ Não negamos, é claro, que esses negócios podem existir e ser válidos antes do implemento da condição, pois são passíveis de serem transmitidos, penhorados, etc., sob a forma de direitos expectativos.

⁵¹⁰ *System...* V. III, pág. 154.

⁵¹¹ MOREIRA ALVES afirma que no direito anterior à Justiniano, a condição resolutiva aposta aos negócios translativos só tinha eficácia real, i.e., o alienante recupera *ipso iure* o domínio, em casos restritos, mas no direito justinianeu essa eficácia foi amplamente reconhecida. *Direito Romano*, v.1, Rio de Janeiro, Forense, 1995, nota de rodapé 51, pág. 164. Sobre a doutrina brasileira, que diverge sobre o tema da retroatividade das condições, cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus, *As condições no Direito Civil*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, especialmente pág. 123-132, onde traz o estado atual da doutrina.

⁵¹² *System...* V. III, pág. 155.

Assim, um dos modos para diferenciarmos uma condição resolutiva da pressuposição é analisar se o implemento da condição/pressuposição tem efeito imediato e transmite domínio (condição resolutiva) ou se apenas confere ao alienante um direito à restituição (pressuposição). Identifica-se uma ou outra por meio da vontade das partes, deve-se analisar qual foi a intenção buscada por elas, principalmente a do alienante. Mas aqui há um elemento que facilita a identificação: não há condição resolutiva tácita⁵¹³, esta deve sempre ser expressa e aceita por ambas as partes⁵¹⁴. Mas se mesmo assim não for clara a intenção das partes quanto aos efeitos da condição resolutiva (se opera *ipso iure* ou se é apenas pressuposição), acreditamos que o juiz deveria optar pela pressuposição⁵¹⁵ (tendo em vista a vontade do alienante), pois é a medida menos drástica e que tem menor potencial de atingir terceiros. E exatamente pela alta probabilidade da condição resolutiva atingir patrimônios de terceiros, esta deve estar sempre explícita e clara.

É verdade que as partes podem restringir os efeitos da condição, tornando-os *ex nunc*, mas mesmo nesses casos, a transmissão da propriedade se daria *ipso iure*, caso ainda estivesse com o adquirente. Já o vício na pressuposição apenas concede a ação de repetição.

Por conta desses efeitos distintos e mais brandos que WINDSCHEID diz que a pressuposição é uma condição não desenvolvida, que, como vimos, nada tem a ver com o fato de uma ser expressa e outra tácita, como parece num primeiro instante. Na verdade, WINDSCHEID chama de condição apenas as “condições” que possuem efeito *ex tunc* e *erga omnes*, por conta de vontade expressa das duas partes, enquanto que a pressuposição concede apenas o direito a restituição do bem, nada transmite-se por conta da “implementação” ou não da pressuposição.

⁵¹³ O disposto no art. 474 do CC, se refere à cláusula resolutiva tácita, com referência aos contratos obrigacionais apenas.

⁵¹⁴ Pelos mesmos motivos pelos quais não se deve aceitar condições suspensivas tácitas em negócios jurídicos de disposição. Aliás, sobre a condição resolutiva, assevera VENOSA que “A cláusula resolutiva, por ser limitação ao direito, deve constar do Registro Público porque, se assim não for, terceiros não serão obrigadas a respeitá-la” (*Direito Civil: Parte Geral*, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, pág. 489).

⁵¹⁵ Como fez o aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, AC 42143, Rel. Oliveira Lima, RT 181/718, citado pelo Professor MALUF (*As condições no Direito Civil...* pág.118-119). Julgando um caso de testamento no qual o testador deixou toda sua parte disponível da herança para sua filha, “sob a condição dela pagar” uma pensão vitalícia à sua mãe, o tribunal entendeu que não se tratava de uma condição mas de um encargo e que a herdeira-legatária não precisava provar a implementação da condição para receber o legado, vez que deveria receber o legado, para com suas rendas da a pensão à sua mãe.

Devemos lembrar que à época de WINDSCHEID a condição em sentido estrito pertencia ao plano da existência do negócio jurídico⁵¹⁶, por isso o entendimento de SAVIGNY sobre a força da condição resolutiva. Assim, a distinção de WINDSCHEID era de maior importância à época, porque a pressuposição afetava somente a eficácia do negócio jurídico e não sua existência, embora WINDSCHEID tenha ele próprio sido o principal expoente da doutrina que, corrigindo seu mestre, sustentava ser a condição matéria de eficácia do negócio jurídico⁵¹⁷. A pressuposição, quando expressa, seria igual ao *pacto* de restituição mencionado por SAVIGNY, no entanto, WINDSCHEID amplia o escopo desse “pacto”, que deixa ser algo estritamente bilateral, e passa a admitir como um “pacto” unilateral nos casos nos quais a finalidade essencial da parte (que faz a prestação) foi frustrada.

Naquela época, de maneira nenhuma a promessa de doação *dotis causa* era vista como doação sob condição. Aliás, esse é o exemplo de SAVIGNY de uma condição falsa, pois seu efeito não é *ex tunc*⁵¹⁸. Provavelmente porque, devido ao princípio da abstração, a ineficácia da promessa não pode atingir o ato translativo, impedindo a transmissão *ipso iure* da propriedade. Assim, condição no conceito de então era apenas aquela aposta aos negócios translativos, de forma expressa, e que tivesse efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Não sendo esses os termos, ou não sendo possível a transmissão *ipso iure* (caso em que se transfere dinheiro) a questão era resolvida pela *condictio* (principalmente no mútuo), se não houvesse pacto expresso no contrato prevendo a restituição do bem.

Desse modo, é de se pensar se o conceito de pressuposição ainda pode ser sustentado, ou se foi abrangido em parte pela atual condição, hoje reconhecidamente dentro do plano da eficácia e cujos efeitos são mais maleáveis de acordo com a vontade das partes.⁵¹⁹

⁵¹⁶ “Condição (*conditio*) significa uma aposição feita em uma declaração de vontade que torna a existência da relação jurídica totalmente [*willkürliche Weise*] dependente de um acontecimento futuro e incerto” (*System...* V. III, pág. 121.) O autor afirma, nessa toada, que dificilmente haverá condição em contratos bilaterais (nota a).

⁵¹⁷ GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel*, São Paulo: RT, 1979, pág. 76.

⁵¹⁸ *System...* V. III, pág. 123.

⁵¹⁹ Cf. VENOSA, Silvio, *Direito Civil: Parte Geral...* pág. 491/493. ASCENSÃO afirma que “a preferência, quer pela teoria da retroatividade [dos efeitos da condição], quer pela teoria da irretroatividade, é acadêmica, porquanto o que se deve examinar é o estado do direito durante a condição. De fato, é difícil a fixação de regra geral. Em cada caso, deve ser examinada a espécie da condição.” (*Direito Civil: Teoria Geral*, v. 2: *Ações e Fatos Jurídicos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010).

OLIVEIRA ASCENSÃO é da opinião de que a condição, via de regra, tem efeitos *ex tunc e erga omnes*, só não é assim por vontade das partes ou pelas peculiaridades do caso⁵²⁰. Aí a dificuldade que se encontra em se distinguir a condição resolutiva do encargo enfrentada pelo autor⁵²¹, pois como defendia WINDSCHEID, a pressuposição tem os efeitos parecidos com o do encargo (mas não se restringe às liberalidades), tal como é hoje, de certa maneira, a condição resolutiva com efeito *ex nunc e inter partes*.

WINDSCHEID defende que a figura do encargo deveria ser extinta e substituída pela pressuposição, igualando, portanto, as figuras jurídicas. Realmente, o encargo (se retirada a exigência de ser aposto somente em negócios de liberalidade) se adapta melhor à questão da causa e da pressuposição, pois não é limitado a eventos futuros, podendo abarcar causas pretéritas e presentes, além de ser bem mais maleável do que a condição.

Como bem coloca OLIVEIRA ASCENSÃO, ao discorrer sobre a necessidade de se distinguir encargo da condição resolutiva, vez que esta última tem efeitos retroativos que podem atingir terceiros, esclarece que:

O critério básico de distinção [entre encargo e condição resolutiva] tem sempre de fundar-se na intenção do autor da liberalidade [...] O regime mais rigoroso da condição significa que nesta a verificação do fato futuro e incerto é pressuposto da própria liberalidade, no sentido que sem esse evento a atribuição não se faria. Nos casos de modo, mesmo sujeito a resolução, não há tanto uma essencialidade do objeto prosseguido, quanto uma reação contra o não cumprimento do encargo. Admite-se a resolução porque o encargo não foi cumprido, mais que pela essencialidade do objetivo. E o modo tem eficácia apenas inter partes, enquanto pelo contrário é a essencialidade do objetivo que explica que a condição tenha eficácia erga omnes.⁵²²

A pressuposição, seria, portanto, um tipo de encargo, mais amplo e não necessariamente restrito a uma ação do adquirente, podendo ser qualquer finalidade (nos termos acima expostos) esperada com a atribuição, como, por exemplo, no caso da atribuição feita em pagamento de dívida inexistente. Sendo a *solutio* a finalidade da atribuição, não sendo ela cumprida ou alcançada, nasce a pretensão à resilição da atribuição patrimonial.

⁵²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: Teoria Geral*, v. 2: *Ações e Fatos Jurídicos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 296.

⁵²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: Teoria Geral*, v. 2... pág. 304-305. No mesmo sentido, citando diversos doutrinadores nacionais e estrangeiros cf. GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade Resolúvel...* pág. 190/193.

⁵²² ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: Teoria Geral*, v. 2... pág. 305.

O encargo nada mais é do que uma das hipóteses de finalidade que podem ser fixadas na atribuição, daí a sugestão de WINDSCHEID de se extinguir a figura do encargo para substituí-la pela pressuposição, mais abrangente.

Além do mais, se a condição em sentido estrito é um elemento sem o qual a atribuição não seria feita e, por isso tem efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, devendo sempre ser expressa. A partir do momento que se reconhece a maleabilidade dos efeitos da condição, passa-se a reconhecer que a condição é um acontecimento futuro e incerto sem o qual a atribuição não seria feita, cujos efeitos são escolhidos pelas partes. Se o efeito for o *ex tunc* e *erga omnes*, a condição deve ser expressa, até porque influenciará o patrimônio das duas partes de modo negativo (quando se presta o alienante perde a propriedade, mas implementada a condição, o adquirente também irá perdê-la, *ipso iure*) e tem efeitos sobre terceiros, mas se o efeito buscado foi *ex nunc e inter partes* e de, portanto, não se transmitir a propriedade *ipso iure*, não há porque não se aceitar uma condição tácita, quando o “estado das coisas” for fundamental para atribuição, em outras palavras, quando esse “estado das coisas” for a causa do negócio de atribuição, tal como propõe WINDSHEID.

Assim, por exemplo, na doação *dotis causa* e quando o casamento não se realiza, no mútuo feito com propósito específico (D. 19.5.19), como no mútuo feito em consideração a uma viagem de exploração e essa não se realiza por uma impossibilidade superveniente (D. 12.4.5), ou por inumeráveis atos de disposição ou de obrigações abstratas feitos aguardando-se determinada contraprestação, como, por exemplo, quando se paga antecipadamente por uma mercadoria, na expectativa de que o vendedor fosse aceitar a proposta de venda, mas este não aceita.

Todavia, nos parece que em termos dogmáticos, o problema da causa, da pressuposição, é melhor resolvido pela figura da finalidade da atribuição patrimonial, sendo que essa finalidade pode ser expressamente tratada, cabendo, nesse caso, todo tipo de ajuste, ou implicitamente. Mas nesse último caso, somente a finalidade essencial, nos termos propostos por WINDSCHEID e por mim no capítulo sobre a causa, é que devem ser consideradas.

Essa finalidade da atribuição é um regramento da eficácia jurídica da atribuição mesma, uma limitação dessa eficácia. Ela é, portanto, não uma autolimitação da vontade, mas sim dos efeitos do ato.

5. 4 - Conclusão sobre a pressuposição e sua contribuição.

WINDSCHEID não chegou a negar a visão vigente de seu tempo de que as *conditiones* tenham seu fundamento no enriquecimento injustificado, mas coloca a seguinte questão: por que esses enriquecimentos são considerados injustificados pelo direito? Porque não corresponde à *verdadeira vontade* (*eigentliche*) do declarante (alienante ou de quem assume obrigação abstrata). Essa *verdadeira vontade* é que pode vir a ser a pressuposição, quando reconhecível pela outra parte.

Afirma então que:

Quando alguém, que enriquece um outro por meio de um negócio jurídico, inclui em sua declaração que o enriquecido, em caso de determinado “estado das coisas” – do passado, presente ou futuro, positivo ou negativo – deve restituir o que enriqueceu, ou que pode retirar a eficácia do negócio, então, sem dúvida, declarou sob pressuposição.⁵²³

Mas, sem dúvida, todo e qualquer negócio jurídico é feito com um propósito em mente para determinado “estado das coisas”, com uma intenção. Sendo assim, a pressuposição se confunde com a intenção do declarante?

Assumindo-se que uma declaração foi feita com uma finalidade, pode-se reconhecer que a declaração foi feita sob pressuposição de que essa finalidade⁵²⁴ seria alcançada? WINDSCHEID responde que não. A intenção por si só não é pressuposição.

Querer algo por conta de uma determinada intenção não é o mesmo que querer algo sob a pressuposição de que um propósito será alcançado. A intenção se desliga da declaração de vontade assim que ela é feita e seus destinos não se misturam, pois, nesse sentido, intenção equivale aos motivos⁵²⁵.

Qual seria então a intenção do “querer algo sob a pressuposição de que uma finalidade seja alcançada”? Deve-se descartar a intenção mais fundamental, que é a intenção de transferir propriedade, pois sem essa intenção não estaremos mais no âmbito das *conditiones*.

Tudo tem um propósito, tudo é feito com uma finalidade, ou várias até, mas sempre há uma que é fundamental, imprescindível, pois nenhum negócio jurídico é feito sem

⁵²³ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre...* §57.

⁵²⁴ A palavra usada por WINDSCHEID é *Absicht*.

⁵²⁵ ULPiano D. 12.4.3§7.

nenhuma intenção ou sem nenhuma finalidade. Essa vontade fundamental se desliga do negócio, mas seus destinos seguem juntos, sem uma influir na validade da outra, mas na sua eficácia.

A atribuição pode ser feita sob quatro tipos de pressuposição: (i) de que o adquirente irá fazer algo; (ii) de que o declarante (a parte que presta) irá fazer algo; (iii) de um acontecimento independente da vontade das partes irá se verificar; (iv) de que ocorrerá uma relação dependente, em simultâneo, de atuações do autor da prestação e do destinatário ou de atuações de um deles e de fatores estranhos à sua vontade.⁵²⁶

A teoria da pressuposição de WINDSHEID é uma teoria sobre as *condictiones* e se aplicava somente, por óbvio, nos casos em que se aplicavam as *condictiones*, isto é, nos casos do que chamamos de negócios de atribuição patrimonial. Ela se aplicava dentro dos contratos sinalagmáticos somente de maneira restrita.

Dentro de uma relação obrigacional, a finalidade das prestações não pode ser outra senão a de solver a relação obrigacional, ou seja, dentro da relação obrigacional⁵²⁷ não se presta sob a pressuposição de se obter uma contraprestação, mas apenas sob a pressuposição de que a dívida será adimplida. Assevera que:

Assim, a actio praescriptis verbis não é um impedimento para a conditio. O que impede a conditio é que entre as partes tenha-se celebrado um contrato bilateral, do qual se origina diretamente, para as duas partes, uma obrigação acionável judicialmente [klagbare]. Sendo este o caso, nenhuma parte que efetuou sua prestação pode reclamar que prestou sob a pressuposição de impor uma obrigação a outra parte; sua prestação não é mais uma prestação de que ela pudesse se abster, ela [quem presta] apenas adimpliu sua obrigação ao prestar.⁵²⁸

Isso porque se pressupõe que nas obrigações bilaterais há uma relação de equivalência, de comutatividade inerente, enquanto nos contratos de prestação unilaterais essa comutatividade não existe, necessitando sempre de um complemento. Sem ele o negócio se torna uma “sombra”. Por isso a sugestão que fizemos de nomear os negócios jurídicos de atribuição como negócios jurídicos transitivos, pois são negócios que objetivamente precisam de um complemento para serem concebidos e terem sentido.

⁵²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, pág. 978.

⁵²⁷ Todavia, o autor faz uma ressalva a respeito dos contratos bilaterais. Afirma que o direito romano tutelava por meio da *actio praescriptis verbis* e a *conditio ob causam datorum* (*conditio ob rem*) casos em que, por exemplo, se fez uma prestação, mas o contrato era inválido (assim é até hoje no direito alemão, anula-se o negócio pela impugnação e requer-se a restituição com base no §812).

⁵²⁸ WINDSCHEID, B., *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...* pág. 162.

Mas quando uma prestação é feita sem que exista um contrato bilateral, sempre haverá uma finalidade de se obter uma contraprestação, caso contrário, teremos uma doação pura. Todavia, não é toda finalidade desse tipo que integra o negócio e se eleva à pressuposição, ela não pode ser meramente subjetiva, como no caso de uma doação feita na expectativa de se obter uma vantagem em troca (D. 12.4.3. §7). Essa finalidade precisa estar clara e ser ao menos conhecida ou “reconhecível” pela outra parte.

É claro, no entanto, que não se reduz a isso. Essas exigências sobre a finalidade servem para os casos de pressuposição tácita, mas qualquer “estado das coisas” pode ser pressuposição desde que expresso e, portanto, aceito pela outra parte.

WINDSCHEID faz uma observação interessante em determinado trecho de sua obra ao afirmar que:

*a teoria não consegue formular uma regra que consiga responder satisfatoriamente para todos os casos da vida. A teoria pode apenas mencionar quais os casos foram dadas respostas satisfatórias e, mostrando porque foram satisfatórias, apontar caminhos que podem ser aplicados em outros casos. Assim, consegue ela, as vezes, encontrar aspectos gerais de aplicação.*⁵²⁹

A pressuposição é um desses aspectos gerais sobre o qual comenta WINDSCHEID, conceito extraído do uso das *conditiones* por meio de análise de vários casos do *Corpus iuris Civilis*. Todavia, a doutrina cometeu sério equívoco ao expandir artificialmente o campo de aplicação desse “aspecto geral” encontrado por ele, talvez pela avidez de solucionar os problemas emergidos das convulsões econômico-sociais do séc. XX e do apogeu do contrato liberal (contrato promessa).

De qualquer forma, deve-se ressaltar a incompatibilidade da teoria de pressuposição com qualquer outra teoria derivada –por mais que tentem negar– da cláusula *rebus sic stantibus*, entre elas, a teoria da base do negócio. Seus objetos são distintos e não devem ser confundidos.

É sempre problemática, também, a relação entre a pressuposição e o motivo, tão criticada por LENEL⁵³⁰ e por outros autores. Não se nega que é possível misturar a causa com o motivo no caso prático. Sem dúvida é uma área em que há grande espaço para o julgador exercer seu juízo de equidade, principalmente nos casos de prestação feita sob

⁵²⁹ *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung...* §59.

⁵³⁰ SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung...* pag. 95-97, explica que boa parte da crítica de Lenel à pressuposição foi voltada à forma pela qual a teoria foi positivada no projeto de Kubel, que era diferente da proposta original de Windscheid, pois se aplicava também aos contratos sinalagmáticos.

pressuposição de uma contraprestação a se realizar (casos da *condictio causa data causa non secuta / condictio ob causam datorum*), mas assim já advertiu PAULO (D. 12. 6. 65. §4 – cf. supra) que *Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem*.

Assim, tal como advertiu WINDSCHEID, nunca haverá uma regra universal que seja satisfatória para todos os casos, mas as *condictiones* (ou a pressuposição) foram largamente utilizadas e ainda o são no direito alemão, exercendo função importantíssima nas transmissões patrimoniais. Como já dito na primeira parte, WINDSCHEID subdivide os casos de enriquecimento oriundos de ato voluntário do empobrecido em 3 grupos.

No primeiro grupo, a própria lei proíbe o efeito da manifestação da vontade (enriquecimentos *ex iniusta causa*), como no caso da *condictio furtiva* e *ex turpi causa*⁵³¹. No segundo grupo, a lei permite ao empobrecido revogar sua manifestação de vontade e obter de volta o que foi atribuído, como nos casos de revogação de doação por ingratidão, por exemplo. Já no terceiro grupo, WINDSCHEID insere os casos em que o requisito está apenas na vontade da parte empobrecida – casos em que a própria vontade se autolimita. Esses são os casos da pressuposição, que é estudada tanto no capítulo do enriquecimento⁵³² quanto nos capítulos sobre negócio jurídico⁵³³ de suas pandectas.

A pressuposição entraria ao lado da condição, do termo e do encargo. Seria uma figura mais ampla que o encargo e não limitada aos casos de doação. Por isso WINDSCHEID a qualifica como uma *condição não desenvolvida*.

Resumidamente, podemos dizer que a teoria da pressuposição consiste em dois pontos: (i) transformar qualquer “condição” que não seja aquela dotada de eficácia *ex tunc* e *erga omnes*, de efeito real, e o *pacto adjecto* de restituição sob condição suspensiva, em pressuposição; (ii) e incluir a *causa* no conceito de pressuposição.

Ao fazer isso, WINDSCHEID reforçou a natureza subjetiva da causa, inserindo-a como elemento negocial. Ele não chegou a negar que as *condictiones* tenham seu fundamento no enriquecimento injustificado, mas apresentou as seguintes questões: por que esses enriquecimentos são considerados injustificados pelo direito? Por que são sem causa?

⁵³¹ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch...* B.2 pág. 540.

⁵³² WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch...* B.2 §§423, 426-428.

⁵³³ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch...* B.1. §§97-100.

Por que não correspondem à verdadeira vontade (*eigentliche*) da parte que fez a atribuição patrimonial. Essa verdadeira vontade é que pode vir a ser a pressuposição.⁵³⁴

Realmente, como aponta MENEZES CORDEIRO⁵³⁵, WINDSCHEID assenta seu sistema civil na vontade humana e a teoria da pressuposição é o melhor exemplo disso. Todavia, as considerações desse autor para justificar a inclusão do conceito de causa dentro da declaração de vontade nos parecem muito bem fundamentadas e querendo ou não, por meio da doutrina moderna da causa-subjetiva, voltou a ser aplicada na Alemanha.

A teoria de WINDSCHEID ajuda a compreender a natureza negocial do problema da causa, demonstrando que ela nada tem a ver com enriquecimento injusto, mas sim com contratos e negócios jurídicos.

⁵³⁴ WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre...* §57.

⁵³⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé...* pág. 978.

CONCLUSÃO DA SEGUNDA PARTE: UMA TEORIA DAS *CONDICTIONES*?

Ao longo da segunda parte deste trabalho analisamos as *condictiones* e seus mecanismos no direito romano afim de demonstrar sua relação umbilical com os negócios jurídicos de atribuição patrimonial. Desde a Roma clássica, a ação tutelava os casos dos contratos verbais e escritos (todas promessas unilaterais), assim como os casos de *dationes* (contratos dispositivos, também unilaterais). Seu requisito principal é que houvesse uma atribuição patrimonial unilateral cuja causa estivesse ausente.

A causa cuja ausência abria espaço para a *condictio* é a mesma causa da *traditio*, se considerarmos a doutrina da *causa traditionis* putativa ou a *causa stipulationis*. É o que determina se essa causa existe ou não é o acordo celebrado entre as partes, mas na sua ausência ou incompletude é a vontade do atribuinte, por ser ele quem sofre o agravamento patrimonial.

Um acordo mínimo sempre existirá, pois é necessário, ao menos, que se acorde sobre a atribuição patrimonial em si. Mas é o acordo substancial que determinará se a aquisição patrimonial será mantida e legítima. A vontade aqui referida é somente aquela essencial, necessária, e isso somente é apreciável no caso concreto.

Por exemplo, no caso de uma doação na qual um padrinho doa um carro a seu afilhado, esperando que ele se case logo, ou que entre em curso superior, etc., existe já uma causa da atribuição patrimonial: a doação. Neste caso, a atribuição patrimonial é suficiente para manter a eficácia da doação, mesmo que o rapaz não se case ou não entre na faculdade, porque o doador não quis limitar a doação somente se ocorrer tais e tais fatos.

Mas o caso seria diferente se o mesmo padrinho estivesse doando o carro a seu afilhado como presente de casamento (a se realizar dentro de algum tempo). Não se trata mais de doação pura, mas de doação nupcial. Não ocorrendo o casamento, cabe a restituição, pois frustrou-se a finalidade essencial do negócio.

Na prática, no entanto, tudo será uma questão de identificar essa vontade ou o acordo entre as partes. Todavia, não se tratando de liberalidade pura, há que se presumir que houve, necessariamente, outra causa para a transmissão.

Assim, por exemplo, se dá no caso do pagamento indevido, *e.g.*, no qual A dá R\$100,00 em pagamento ao B para quitar sua dívida, sem que ambas as partes soubessem que a dívida já tinha sido paga por C. Trata-se de contrato no qual as partes convencionaram sobre a transferência dos R\$100,00 para que A fosse liberado da dívida. Como a dívida já estava quitada, o efeito liberatório não ocorreu, frustrando-se o acordo celebrado entre as partes, que se mostrou ser impossível.

O estudo histórico-dogmático feito nesta parte do trabalho nos demonstra que existiu um motivo muito claro para que a *solutio indebiti* e os demais casos de *obligationes ex re* (com exceção do mútuo) tenham sido classificados como não-contratuais pelos juristas romanos do final do período clássico e pós-clássico. O motivo é o próprio conceito de contrato adotado por parte deles, o conceito Proculiano.

*Senonché, per ciò che riguarda poi la categoria del contractus, si produceva col prevalere di questa dottrina Proculiana una conseguenza ancor più grave, la quale peraltro non è forse stata da loro sentita. Limitare la categoria del contractus re solamente ai negozi che entrano sotto la figura del credere, importa naturalmente – a nostra impressione – alterare non solo la categoria del contractus re, ma anche il concetto generale di contractus. E se di fronte alla teoria Sabiniana ci è facile vedere come il negotium contractum non sia altro che il negozio produttivo di obligatio, ci è difficile invece di fronte alla teoria Proculiana fissare qual'è l'elemento comune ai contractu re, a quelli formali e a quelli consensuali.*⁵³⁶ (Grifamos)

A ênfase no aspecto consensual e obrigacional dos contratos foi ganhando corpo ainda no período clássico, mas dominando o espectro jurídico já ao tempo de Justiniano, no sentido de que as obrigações contratuais seriam aquelas “contraídas” pelo consenso das partes, isto é, ambas as partes deveriam voluntariamente criar um vínculo obrigacional. Se não houvesse essa vontade de criar uma obrigação, não se tratava de contrato. Muito menos no caso em que as partes queriam romper uma obrigação.

Essa é uma visão limitada do contrato, que o vê apenas como fonte de obrigações. E foi com base nessa interpretação que DOMAT e POTHIER estabeleceram a convenção como gênero, sendo contrato apenas a convenção produtiva de obrigação (fonte), visão essa positivada pelo *Code Civil* de Napoleão em seu art. 1.101:

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers un ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.
⁵³⁷

E nesse sentido, muito bem explica o Professor TOMASETTI JR:

⁵³⁶ DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma*.... Pág. 400.

⁵³⁷ BESSONE, Darcy, *Do contrato, teoria geral*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, pág. 9.

Dentre outras causas, com o baralhamento de conceitos na doutrina italiana, pela importação da formidável polémica instaurada na França sobre a eficácia do contrato, no fundo, parece que ainda pesava muito o pensamento romano e romanístico que situava o contractus como a principal 'fonte' (isto é, ato jurídico lato sensu constitutivo, não transmissivo nem modificativo) da 'obrigação' (isto é, do iuris in vulum quo adstringimur alicui soluenda rei iustinianeu, o qual designa a 'obrigação' no sentido de relação jurídica obrigacional). O fato é que ainda hoje a dogmática, demasiado desatenta ao âmbito operativo do contrato – a mais importante de todas as instituições organizadoras da sociedade pelos próprios consócios –, ensina nos manuais e tratados que 'o contrato é a mais importante fonte das obrigações'. E por aí fica...⁵³⁸

O Código Civil Italiano de 1942, já fazendo uso da teoria do negócio jurídico, adota concepção muito mais apurada do contrato, leia-se: “Art. 1321 – *Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

Esse artigo engloba dentro do conceito de contrato não somente o acordo das partes voltado à criação de um vínculo obrigacional, mas também os acordos voltados a modificação ou extinção de relações jurídicas reais ou obrigacionais.

No mesmo sentido, sustenta Darcy BESSONE: “*Afigura-nos inaceitável a definição francesa, ou clássica, porque, ao que nos parece, não há razão para se excluírem do domínio do contrato as convenções modificativas ou extintivas de obrigações, nem as relativas aos direitos reais.*”⁵³⁹

Nessa perspectiva, e considerando a teoria do negócio jurídico, não se justifica mais a categorização do pagamento indevido (ou dos casos tutelados pelas *condictiones sine causa*) fora do âmbito contratual.

As *condictiones* nada mais são do que formas de resilição de negócios jurídicos, especialmente dos negócios jurídicos de atribuição patrimonial. Atacam a eficácia do negócios de atribuição patrimonial.

A causa é definida pelo acordo das partes, especialmente pelo *animus* da parte atribuinte, que deve ser justo, isto é, de acordo com o direito⁵⁴⁰. É baseando-se nesse *animus* que se deve apurar a eficácia ou não do negócio. A matéria é puramente e essencialmente

⁵³⁸ TOMASETTI JR., Alcides, *A parte contratual*, em ADAMEK, Marcelo Viera von. (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos; liber amicorum Prof. Dr. Erasmo Valadão Azevedo e Novaes França*, São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pág. 756.

⁵³⁹ BESSONE, Darcy, *Do contrato...* pág. 10.

⁵⁴⁰ Sendo contrário ao direito, abria espaço a *condictio ob turpem vel iniustam causa*, que não deixa de ser uma espécie de rescisão-sanção.

contratual, mas deve-se apurar caso-a-caso, pois é impossível delimitar qualquer regra geral sobre o tema. Lembrando que essa interpretação não trará e nem é passível de trazer qualquer insegurança jurídica, pois trata-se apenas de uma reclassificação dogmática de institutos já positivados.

Como bem colocou JANSEN em artigo recente, muito se discutiu sobre o lugar das *conditiones* dentro do direito do enriquecimento injusto, mas seu papel dentro do sistema de direito civil foi negligenciado.⁵⁴¹

Por conta dos nossos vícios históricos concernentes ao conceito de contrato como fonte de obrigação, nos limitamos, inconscientemente, a discutir somente a resolução desses tipos de negócios jurídicos. Desvencilhando-nos desse vício, aclara-se o uso das *conditiones* como forma de resilição dos contratos, especialmente dos contratos de atribuição e disposição, que são de modificação (*e.g.*, transferências) ou extinção (adimplementos, renúncias, etc.) de relações jurídicas.

O lugar mais adequado⁵⁴² das *conditiones sine causa* nos parece ser, portanto, dentro do capítulo da extinção dos contratos – posição que não é tão distinta da adotada pelo Código Civil Brasileiro de 1916 ao inserir o pagamento indevido junto ao capítulo da extinção das obrigações. É que não se trata, sempre, de extinção de obrigações, vez que muitos dos contratos de atribuição patrimonial não são obrigacionais.

Para os casos envolvendo negócios jurídicos de atribuição obrigacionais, o tema é passível de ser tratado até no campo do inadimplemento (*condictio causa data causa non secuta* e *ob causam finitam*), ou mesmo dentro do pagamento. Isso quando a matéria não é tratada junto dos próprios tipos contratuais, como no caso da doação em nosso código civil, onde foi inserida a *conditio ob dotis causa*⁵⁴³.

A respeito do tema, JANSEN é categórico ao afirmar que não se pode mais posicionar as *conditiones* como relações obrigacionais ao lado das contratuais e delituais. Seu regramento deveria ser junto do pagamento e da resolução de contratos frustrados:

⁵⁴¹ JANSEN, Nils, *Gesetzliche Schuldverhältnisse...* pág. 161.

⁵⁴² Os casos de *condictio ob iniustam* ou *turpem causa* são hoje, via de regra, tutelados no plano da validade, como forma de invalidez-sanção.

⁵⁴³ Art. 546. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

Als „eigenständige Ausgleichsansprüche“ neben den vertraglichen und deliktischen Schuldverhältnissen lassen diese Konditionen sich heute kaum mehr verstehen; vielmehr bilden sie Rückabwicklungsschuldverhältnisse, die ihren teleologischen Ort im allgemeinen Schuldrecht finden. Funktional gehören sie in den Kontext der Regeln über die Erfüllung und über die Rückabwicklung gescheiterter Verträge.⁵⁴⁴

Um ponto relevante a se considerar para o tema das *condictiones* e da sua interpretação histórica é que *a datio* também refere-se a um negócio jurídico, um contrato. Daí devemos reconsiderar, dogmaticamente, o instituto das *condictiones sine causa*.

Com as atuais ferramentas teóricas do direito, principalmente a teoria do negócio jurídico, pode-se concluir que a *solutio indebiti* teria permanecido fora do campo contratual/negocial, dando ensejo para a fundação de uma nova categoria de fonte obrigacional, isto é, o enriquecimento injusto?

Praticamente todas *condictiones* romanas foram incorporadas aos contratos e negócios jurídicos, ou inseridas como requisitos de validade de negócios jurídicos (*condictio ob turpem causam* – objeto ilícito do contrato). Somente uma delas, a *condictio indebiti*, que depois desdobrou-se em várias outras, permaneceu fora do campo contratual. E isso se deu por uma confusão, por um apego ao conceito Proculiano de contrato e pelo fato de já decadente ciência jurídica Bizantina não ter se atentado que nas atribuições e, principalmente, nas disposições contratuais também há o elemento volitivo no suporte fático – inclusive na *solutio indebiti*, pois é seu pressuposto que a atribuição indevida seja feita de maneira voluntária.

Todo problema está na limitação, quase que inconsciente dos juristas, do conceito de contrato aos contratos sinalagmáticos geradores de obrigações, um resquício ainda da visão Proculiana que nos assombra até os dias de hoje. Tomemos o exemplo da cessão de crédito. Ninguém questiona tratar-se de um contrato, mas que diferença há entre a cessão de crédito (negócio de transmissão de bens incorpóreos) para a tradição (negócio de transmissão de coisas móveis), senão o objeto da prestação? Por que considerar apenas o primeiro como contrato e o segundo não?

Toda essa imprecisão histórica, iniciada com a visão nada sistemática e até ilógica dos juristas Proculianos, adotada por GAIO e repassada aos Bizantinos – que alargaram o conceito para abarcar todas as obrigações baseadas no consenso –, deixou de fora a *indebiti solutio* do campo contratual. Entretanto, nesse caso, não havia consenso sobre o obrigar-se.

⁵⁴⁴ JANSEN, Nils, *Gesetzliche Schuldverhältnisse...* pág. 160.

Note-se que o consenso não era analisado da mesma forma que na teoria do negócio jurídico, onde a vontade entra como elemento do suporte fático dos atos jurídicos, mas não necessariamente a vontade de obrigar-se. Tal vontade não existe, por exemplo, na cessão de crédito. A vontade nela é apenas de transmitir um bem incorpóreo, não de obrigar-se.

A *condictio*, pode-se dizer, era o meio processual para atacar a eficácia dos negócios jurídicos de atribuição patrimonial por falta/quebra de causa. Nada mais era do que uma resilição contratual⁵⁴⁵. Tanto é que a maioria dos casos tradicionalmente tutelados pelas *condictiones* foram trazidos para o campo contratual, ficando de fora somente a *condictio indebiti*, o pagamento indevido entre nós.

A questão da causa, como vimos ao longo desta parte do trabalho, era restrita aos negócios jurídicos transitivos e fora imprudentemente alargada para os negócios intransitivos pelos juristas franceses, por influência de JEAN DOMAT. Além disso, a causa nada mais é do que o acordo das partes ou a finalidade estabelecida pela parte atribuinte. Só essa finalidade, que é considerada pela doutrina majoritária como verdadeiro negócio jurídico, pode caracterizar a ausência, a quebra ou a ilegitimidade de causa para o adquirente permanecer com o bem, tornando ineficaz o negócio jurídico de atribuição.

O negócio de atribuição patrimonial é composto por um acordo de transmissão ou por uma assunção de obrigação unilateral + finalidade. Não são atos distintos, mas um ato só, no qual se atribui para determinada finalidade. O acordo de transmissão é uma abstração do negócio de atribuição.

Para fins de nascimento da *condictio* pouco importa se o negócio é internamente abstrato ou não, o essencial é que seja negócio de atribuição unilateral e que o ordenamento jurídico não considere a causa como elemento de validade dos contratos, pois nesses casos o problema da finalidade fracassada se resolveria pela ação de nulidade.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ Nesse sentido, além do já citado JANSEN, cf. VON CAEMMERER, Ernst, *Bereicherung und Unerlaubte Handlung...* pág. 342; WOLFF, Lutz-Christian, *Zuwendungsrisiko und Restitutionsinteresse...* pág. 191. THOMALE, Chris, *Leistungs als Freiheit, Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, pág. 415/417, sustenta posição intermediária sem necessariamente inserir o problema no campo contratual ou negocial, mas dizendo que por conta do princípio da autonomia privada tutelada pela lei, é a própria lei que determina a ineficácia de atribuições patrimoniais feitas em prejuízo da vontade da parte atribuinte, como se isso fosse violar sua autonomia privada. No entanto, tal argumento não se sustenta, pois poderia ser aplicado para qualquer caso de negócio jurídico.

⁵⁴⁶ Posição que se deve repudiar com ênfase, pois como afirma Pontes de Miranda “*Toda validade se liga ao momento em que se faz jurídico o suporte fático*” (*Tratado de Direito Privado*, t. IV, §306, 1). As causas de invalidação sempre se dão na formação do contrato. Daí o erro em inserir a causa como requisito de validade do contrato, pois somente em alguns casos o vício de causa é contemporâneo à sua formação.

Nesse sentido, o que então determina que uma atribuição ou enriquecimento seja injusto, injustificado ou sem causa, dando ensejo à sua resilição?

Tirando os casos que a própria lei impede determinadas relações, impondo-lhes inclusive a nulidade, como nas situações de negócios contra os costumes ou criminosos, é a própria vontade das partes – principalmente da parte que sofre o agravamento patrimonial – que irá tornar justificado/com causaa atribuição patrimonial Trata-se, em suma, do cumprimento da finalidade acordada ou imposta pelo atribuinte.

Essa pergunta fez com que WINDSCHEID desenvolvesse sua teoria da pressuposição, responsável por vislumbrar nas *condictiones* o elemento volitivo e negocial supracitado. Embora rechaçada pela 2ª comissão do BGB, pode-se dizer que em termos gerais sua teoria vigora no direito alemão, que adotou a visão subjetiva da causa na área do enriquecimento injustificado.

De toda forma, fica explícito que as *condictiones* não tem nada a ver com enriquecimento injusto, senão numa relação indireta sem qualquer valor dogmático diretamente aplicável. Sua função é contratual, mais especificamente de resilição contratual. E isso fica evidente quando pensamos no processo de atribuição patrimonial como um todo.

Assim, parece ter sido demonstrado que o enriquecimento sem causa *strictu sensu* pertence, em verdade, ao campo dos contratos. Seu maior expoente, a *condictio indebiti* positivada entre nós como pagamento indevido não pertence, portanto, ao gênero do enriquecimento injusto. Deste modo, as *condictiones sine causa* devem ser consideradas ações de resilição de negócios jurídicos de atribuição, esse é seu verdadeiro papel no direito civil.

TERCEIRA PARTE - AS *CONDICTIONES* E O DIREITO BRASILEIRO

CAPÍTULO 6. AS *CONDICTIONES* E O ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CODIFICADO

Quando o ano de 1900 chega ao fim, havia já aproximadamente cem anos que os códigos civis austríaco (1812) e prussiano (1794) vigoravam em seus respectivos impérios, positivando cada um à sua maneira a *actio de in rem verso* como principal ação de enriquecimento e reservando às *condictio* herdadas do direito romano uma posição lateral no regramento jurídico da matéria; nenhum deles, no entanto, possuía uma ação específica e expressa contra o enriquecimento injusto, nem este era considerado uma fonte de obrigações como os contratos ou atos ilícitos, por exemplo.

Cem anos haviam se passado também desde que o Código Civil napoleônico (1808) previra a causa como um dos requisitos de validade da atribuição patrimonial, buscando solucionar pela ação *en nullité* os problemas relacionados à causa contratual; os demais casos historicamente apontados como de enriquecimento injusto recebiam cada um respostas específicas, tanto reais como obrigacionais, do *Code Civil*, que não procurou reduzi-las e condensá-las a uma cláusula geral de enriquecimento injustificado.

Mas ao final do século já se popularizara enormemente a fatídica tradução francesa da obra de ZACHARIE feita por AUBRY E RAU (1839-1844), que, buscando suprimir o que julgavam ser lacuna problemática do código civil francês – a ausência de uma ação geral de enriquecimento –, não se vexou em reformar o pensamento do autor alemão para dele extrair uma ação geral de enriquecimento sem causa. Com suporte em AUBRY E RAU, consolidou-se na França uma forte jurisprudência sobre o enriquecimento injusto como espécie de fonte obrigacional a que os magistrados, por exigência da equidade, apelavam para suprir as lacunas do Código napoleônico na adjudicação daqueles conflitos originados pelo acréscimo patrimonial auferido por um indivíduo à custa do decréscimo patrimonial suportado – e contestado - por outro. *L'arrêt Boudier*, de 1892, posteriormente apurado pelo *arrêt Clayette* de 1914, foi o grande marco dessa jurisprudência, que se valia da *actio in rem verso* como revestimento da pretensão gerada pelo enriquecimento injusto e não da *condictio*, mantida somente como pagamento indevido dentro dos quase-contratos.

O código civil e a jurisprudência italiana, por sua vez, seguiram, no século XIX, *pari passu* o caminho de seus equivalentes franceses, profundamente influenciados que foram em toda a história moderna pelo direito civil da França.

Na Alemanha do final do século XIX, estava já positivada a virada radical na teoria do enriquecimento injustificado e das *condictiones* promovida pelo *System* de SAVIGNY, para quem as *condictio* consistiam em ações de enriquecimento injustificado com cerne não na equidade, mas na restituição da atribuição patrimonial sem fundamento, teoria que contava, em maior ou menor medida, com a adesão de boa parte da doutrina germânica já na metade do século XIX.

O dia primeiro de janeiro de 1900 trouxe consigo a entrada em vigor do BGB, aprovado pelo *Reichstag* do império quatro anos antes. Após dois esboços de código civil descartados pelas comissões redatoras (com a teoria da pressuposição de Windscheid sendo acolhida pelo primeiro e abandonada a partir do segundo), o esboço final do código alemão tomou forma com uma cláusula geral de enriquecimento injusto que positivava em lei a concepção de SAVIGNY acerca do instituto, isto é, a ideia de que o enriquecimento injusto, em suma, consiste no acréscimo patrimonial que, sem fundamento, experimenta um indivíduo à custa do empobrecimento patrimonial de outro, gerando ao primeiro o dever de restituir ao segundo o acréscimo auferido nos estritos limites do auferido. Este é o § 812 do BGB.

Para essa brevíssima recomposição histórica do desenvolvimento legislativo e doutrinário da teoria das *condictiones* e do enriquecimento injustificado na Europa dos séculos XVIII e XIX (França e Alemanha, em especial), realizada em profundidade e detalhamento na primeira parte deste trabalho, a escolha do ano de 1900 como marco temporal nada tem de fortuita ou aleatória, nem se deve apenas ao fato de ser o ano que encerra o século XIX, período de grandes viradas teóricas e práticas na teoria romana e medieval das *condictiones* e do enriquecimento injusto. Sua razão de ser é também a grande importância que a data guarda para a história do direito civil brasileiro, na medida em que pode ser considerada como o ano de gênese para a codificação civil em nosso país; como o ano em que veio à luz o nosso primeiro projeto de codificação a se tornar bem-sucedido.

Em outubro de 1900, Clóvis BEVILÁQUA entregou ao Congresso Nacional o seu Projeto de Código Civil, que, profundamente baseado no Esboço de Código Civil de Augusto

TEIXEIRA DE FREITAS, viria a se tornar a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 2016 – O Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

Até o presente momento, este trabalho cuidou de apresentar e analisar – e criticar quando pareceu oportuno – a *condictio*, o enriquecimento injustificado e o desenvolvimento de suas teorias e práticas tal como se sucedeu na Europa, desde o direito romano até os ordenamentos civis modernos, em especial os de França e Alemanha, lar das grandes discussões teóricas e aplicações práticas das *condictiones* e do instituto do enriquecimento injusto ou enriquecimento sem causa.

O presente capítulo, no entanto, será inteiramente dedicado às *condictiones* e ao enriquecimento injustificado no direito civil brasileiro codificado. O objetivo é estudar como as discussões apontadas acima repercutiram em nosso direito e não tanto estudar suas aplicações na prática jurídica

O intuito deste capítulo é, pois, recuperar a gênese e o desenvolvimento histórico do enriquecimento injusto e da *condictiones* em nosso país para responder a questões fundamentais como: qual o estatuto do enriquecimento injusto (em sentido genérico) enquanto fonte obrigacional no direito civil brasileiro? Quais as críticas e contribuições dos principais doutrinadores brasileiros que se debruçaram sobre o tema a respeito de se ter positivada no Código Civil a categoria do enriquecimento injusto enquanto fato jurídico obrigacional? A partir do exposto nas duas primeiras partes deste trabalho, como o direito civil brasileiro codificado - e a doutrina que se seguiu - recepcionou todas as transformações na teoria das *condictiones* e do enriquecimento injusto ocorridas ao longo do século anterior no continente europeu?

Na tentativa de responder a essas questões, além da breve retomada do debate europeu sobre o tema no século XIX com que abrimos o capítulo, e da análise cuidadosa dos dispositivos dos Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002 pertinentes à matéria, o levantamento, exposição e análise da melhor doutrina pátria que os acompanhou, comentou, elucidou e criticou no tocante não apenas à figura central do enriquecimento injusto, como também à de conceitos e institutos conexos (como o pagamento indevido, por exemplo) faz-se evidentemente imprescindível.

6.1 - O Código Civil de 1916 e a posição da doutrina

Um fato da história do direito civil brasileiro que não se pode contestar é a profunda e extensa influência que este sofreu do direito civil alemão, de modo que, das bases da teoria geral do direito privado até as últimas disposições do direito das sucessões, nada em nosso direito civil passou imune a esta influência, que, antes de se dar no plano da positividade legislativa codificada de conceitos, normas ou institutos, se dava já na recepção do pensamento jurídico alemão pela doutrina civilista brasileira.

Como nos lembra Otávio Luiz RODRIGUES JUNIOR, Clóvis BEVILAQUA – e a Escola de Recife como um todo – foi, dentre os grandes juristas brasileiros, um dos que mais contribuiu para essa recepção, operacionalizada pelo contato direto com fontes do direito civil alemão e pela profunda atenção e reverência dedicada à obra de “*doutrinadores clássicos do século XIX, cuja importância transcende suas épocas e, até por uma questão histórica, permanecem como elementos de conexão com a cultura jurídica universal.*”⁵⁴⁷ Dois dos principais doutrinadores clássicos que formariam, nas palavras de Otávio Luiz Rodrigues Junior, a “primeira camada” de influência histórica do direito civil alemão no Brasil, estão justamente SAVIGNY e WINDSCHEID.

Naturalmente, o BGB, mesmo antes de entrar em vigência, contribuiu formidavelmente para a influência germânica do Direito alemão no Brasil, ao oferecer aos doutrinadores brasileiros do século XX não apenas uma fonte inesgotável de estudos comparados acerca dos principais fatos e categorias jurídicas de direito civil, como também um modelo pronto e acabado de codificação bem sistematizada e intelectualmente sofisticada. Bem o poderia confirmar o próprio BEVILAQUA, que, na composição de seu Projeto de Código Civil, valeu-se do código alemão para extrair a lógica e o fundamento de diversos institutos tanto da parte geral quanto da parte especial, mais acentuadamente, no caso desta última, em relação aos livros de direitos reais e obrigacionais; isto quando não

⁵⁴⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. RT, v. 938, pág. 79-155, dez. 2013, citação da pag. 50 da edição digital do artigo.

importou artigos inteiros, tão grande lhe fora a influência do BGB na construção do seu Projeto de Código Civil.⁵⁴⁸

Considerando as notórias e decisivas influências do BGB e da doutrina alemã do século XIX, SAVIGNY e WINDSCHEID em especial, sobre o pensamento e a obra de Clóvis BEVILAQUA, é um fato verdadeiramente digno de nota que algo como uma cláusula geral de enriquecimento injusto não tenha encontrado vez no Código Civil de 1916.

Não é o caso apenas de que a cláusula geral do § 812 do BGB tenha sido recusada em sua forma positivada para dar lugar a alguma das variantes críticas que se lhe apresentaram como alternativa, a exemplo da teoria da pressuposição de WINDSCHEID, que, dividindo os enriquecimentos injustos em duas categorias distintas – a dos enriquecimentos derivados e a dos não derivados de ato de vontade do empobrecido -, chegara até a ser acolhida pela primeira comissão de trabalhos empenhada na codificação do direito alemão. Mais intransigente do que isso, o Código Civil de 1916 rejeitou terminantemente o enriquecimento injusto enquanto fato jurídico gerador de obrigações como o contrato ou o ato ilícito, este sim merecedor de uma cláusula genérica a ensejar o surgimento de vínculos obrigacionais.

Mas se nesta matéria Clóvis BEVILAQUA se distanciou enormemente da doutrina alemã do século XIX e não se permitiu seduzir pelo canto da sereia do § 812 do BGB, foi para, no mesmo ato, se aproximar de outra das grandes influências que se lhe exerceram na elaboração do Projeto de Código Civil, aquela que lhe permitiu terminar o trabalho em tempo recorde. Trata-se do Esboço de Código Civil de Augusto TEIXEIRA DE FREITAS.

6. 1. 1 - Teixeira de Freitas

Muito antes de Clóvis BEVILAQUA, a recepção do direito civil alemão no território brasileiro já era fato na metade do século XIX, graças a TEIXEIRA DE FREITAS, que, também por meio do acesso direto aos autores germânicos, pôde conhecer em profundidade a obra e o pensamento do movimento pandectista e, em especial, a de SAVIGNY.⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ Sobre a influência do BGB alemão sobre o Código Civil brasileiro de 1916, confira dois excelentes artigos de MARQUES, Cláudia Lima de Souza, *Cem anos de Código Civil alemão. O BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916*, in Revista dos Tribunais, v. 741, pág. 11-37, jul. 1997 e RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*, in Revista dos Tribunais, v. 938, pág. 79-155, dez. 2013.

⁵⁴⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *A influência do BGB...*pág. 83.

TEIXEIRA DE FREITAS, no entanto, se supõe que não se deixou impressionar e convencer pela virada na teoria das *condictiones* e do enriquecimento injusto promovida por Savigny, que acreditara ter encontrado o fundamento comum subjacente a todas as *condictiones*, isto é, o de servirem elas à supressão e correção de qualquer incremento patrimonial que, produzido às custas de uma correlativa redução patrimonial, não fosse justificado ou perdesse a sua justificação original.

No ano de 1860, TEIXEIRA DE FREITAS, contratado um ano antes por Dom Pedro II para elaborar o projeto de código civil para o Império do Brasil, entregou os primeiros dois fascículos da empreitada, que denominou de Esboço de Código Civil (os demais fascículos do Esboço seguiram-se nos anos subsequentes).

No Esboço de Teixeira, as obrigações nas relações civis, regradas na Seção III do projeto, eram taxativamente derivadas de: contratos; atos lícitos que não contratos (fiança, gestão oficiosa e emprego útil – *verwendungsklage* dos códigos austríacos e prussianos, de certa forma)⁵⁵⁰; atos involuntários (danos causados sem discernimento e danos causados por erro); fatos que não atos (evicção, vícios redibitórios e detenção) e detenção.

Embora possa padecer das “excessivas minúcias” e do defeito de que “*procurando traduzir as relações de direito civil em todas as suas infinitas variedades por um preceito legal, foi mais longe do que convinha a uma obra legislativa*”, apontados por Clóvis BEVILAQUA como ressalvas ao gênio do Esboço⁵⁵¹, tal classificação possui a inegável

⁵⁵⁰ O esboço não é muito claro a respeito, mas pelo Código Civil Argentino de 1869 que fora imensamente influenciado pelo projeto de Teixeira de Freitas, o emprego útil fora regulado junto à gestão de negócios, vez que, diferentemente do nosso Código Civil de 1916, a gestão não tinha como pressuposto que o gestor agisse no interesse alheio. Parece ser a visão da gestão de negócios *utiles* do direito comum em conjunto com a *Versionsklage* do ALR. Leia-se o art. 2302: “*Aunque el negocio hubiese sido útilmente emprendido, el dueño sólo responderá hasta la concurrencia de la utilidad al fin del negocio, si no ratificó la gestión, cuando el gestor creyó hacer un negocio propio; o cuando hizo un negocio que era común a él y otro, teniendo sólo en mira su propio interés; o si el dueño del negocio fuese menor o incapaz y su representante legal no ratificara la gestión; o cuando hubiese emprendido la gestión del negocio por gratitud como un servicio remuneratorio.* Art. 2.306. *Cuando alguno sin ser gestor de negocios ni mandatario hiciese gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos a aquellos en cuya utilidad se convirtieron.*

Art. 2.309. *Júzgase útil todo empleo de dinero que aumentó el precio de cualquiera cosa de otro, o de que le resultó una ventaja, o mejora en sus bienes, aunque después llegase a cesar la utilidad.*

Art. 2.310. *Si los bienes mejorados por el empleo útil del dinero se hallasen en el dominio de un tercero, a quien se le hubiesen transmitido a título oneroso, el dueño del dinero empleado no tendrá acción contra el adquirente de esos bienes; pero si la transmisión fue a título gratuito, podrá demandarlos del que los tiene hasta el valor correspondiente al tiempo de la adquisición.*

⁵⁵¹ BEVILAQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Bevilaqua*. 3ª ed, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. v. 1. pág. 13-14.

virtude de não ter abarcado uma categoria de enriquecimento injusto como fonte obrigacional.

Talvez explique a impassibilidade de TEIXEIRA DE FREITAS ante a teoria de SAVIGNY acerca das *condictiones* e do enriquecimento injusto o fato de ser o autor do Esboço, antes e além de germanista, também um grande romanista, que compreendia perfeitamente que as *condictiones* tal como reconstruídas por SAVIGNY, pouco ou nada tinham a ver, em seu fundamento, com as *condictiones* legadas pelas fontes romanas.

Para TEIXEIRA DE FREITAS, a vedação ao locupletamento injustificado de um patrimônio à custa do patrimônio alheio era um princípio exigido pela equidade natural, pela “boa razão”, pois, em suas próprias palavras, “*será sempre contra a boa razão que alguém se-locuplete com o alheio*”.⁵⁵² Mas a partir disso, pode se supor, não se poderia inferir a necessidade de um certo fato jurídico denominado “enriquecimento injusto”, apto a configurar uma fonte autônoma e específica de obrigações.

Ao contrário, ele trata da *condictio indebiti* como caso de anulação por erro, vendo nas causas de nulidade sempre um ato ilícito na sua concepção, e equiparando-a à ação reivindicatória. Sustenta que a reinvidicação é a ação própria para restituição de coisa indevidamente entregue e a *condictio* para restituição de quantia indevidamente paga. Afirma expressamente que:

*se a nulidade é alegada por ação, quase sempre essa ação, ou é uma reivindicatória, ou uma condictio indebiti para o fim de reclamar-se a restituição da coisa indevidamente entregue, ou da quantia indevidamente paga; ação tem seu fundamento na nulidade do ato aparentemente voluntário, e que é cumulada com a ação de nulidade.*⁵⁵³

Afastou-se, assim, da doutrina de SAVIGNY, tanto no que diz respeito à *condictio*, quanto a *actio de in rem verso*.

⁵⁵² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto in CORREA TELLES, José Homem, *Doutrina das Acções – acomodada ao foro do Brazil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1880, Nota 531 ao § 105. pág. 234.

⁵⁵³ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Código Civil, Esboço*, Brasília: Ministério da Justiça, 1952, comentários ao art. 445, pág. 442/443.

6. 1. 2 - Bevilaqua e a codificação

Clóvis BEVILAQUA compartilhava das mesmas opiniões a respeito da teoria das *condictiones* e do enriquecimento injusto. Quanto às primeiras, acreditava que, se havia um fundamento comum a todas as espécies de *condictio*, se algo lhes dava unidade, era o fato de se insurgirem contra a aquisição patrimonial não lastreada por um título justo, isto é, de não se ampararem em fato tido como juridicamente idôneo à aquisição da posse ou propriedade de determinado bem. Nesse sentido, afirmou que:

Em todos estes casos [condictio indebiti, condictio causa data causa non secuta, condictio sine causa em sentido estrito, condictio ab finitam causam, condictio furtiva, condictio ab turpem causam e condictio possessionis] não existe um título justo, uma razão jurídica servindo de base à aquisição, e por isso o direito não à protege, não a defende. Ao contrário, arma o prejudicado pelo enriquecimento injusto de um acção contra o favorecido por elle. A ausência de causa em direito romano (sine causa) quer dizer – ausência de um título juridicamente reconhecido de base à aquisição. A questão da causa referia-se, em direito romano, não à teoria das obrigações, pois que estas até se contraíam sem causa, porém à da propriedade e da posse, porque ninguém podia exercer direitos de propriedade ou de possuidor sem um título, sem uma razão a que a lei reconhecesse valor.⁵⁵⁴

Adotou, assim, a visão da causa-objetiva, muito em voga ao seu tempo nos juristas alemães, embora remetesse a questão aos direitos reais. Mas BEVILAQUA acreditava que as fontes romanas não haviam feito um bom trabalho na classificação e sistematização das *condictiones*, e isto deu abertura e encorajamento para diversas teorias modernas desvirtuarem o objeto original da *condictio*, reconstruindo-a como ação geral de enriquecimento.⁵⁵⁵

Quanto ao enriquecimento injusto enquanto gênero, isto é, enquanto fonte obrigacional, Clóvis BEVILAQUA enxergava nas iniciativas de positivação da categoria em uma única cláusula geral, a exemplo do § 812 do BGB, o mérito do empenho sistematizador. Sua opinião era de que “*este último systema [o do Código Civil alemão a que ele aproxima do Código suíço] tem a vantagem de tentar reunir, numa construção jurídica, certo numero de phenomenos que têm, visivelmente, muitas relações de similhaça*”.

Mas as grandes críticas e objeções da doutrina europeia à construção jurídica do enriquecimento injusto, expostas na primeira parte deste trabalho, não lhe eram estranhas.

⁵⁵⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 2ªed. Bahia: Livraria Magalhães, 1910. pag. 149.

⁵⁵⁵ Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações...* pag. 149, “*Mas os romanos se tinham a respeito das condictiones sine causa idéas justas, não nos offerecem um bom critério classificatorio, visto como a exposição systematica do direito civil era feita entre eles por methodo differente do que conquistou a preferencia dos modernos*”.

BEVILAQUA estava muito bem familiarizado com o debate alemão que precedeu a cláusula geral de enriquecimento no BGB, e dá mostras disso reproduzindo as críticas que mencionavam a falta de um “*princípio de unidade, que organiza, em um todo homogêneo, os casos diferentes, que as necessidades da vida apresentam e que a equidade patrocina*” e a impossibilidade de “*numa formula geral, compreender todos os casos de enriquecimento antijurídico*”, ou seja, as críticas, em resumo, de autores como ENDEMANN e, principalmente, WINDSCHEID, cuja teoria da pressuposição também era rejeitada por BEVILAQUA, que a esse respeito afirmava:

O grande romanista [Windscheid] queria dar, à construção jurídica elasticidade suficiente para adapta-la à variedade dos casos, porém a crítica fez ver que as subtilezas psicológicas em que se estribava o mestre, tornavam mais obscura e fluctuante a doutrina, de modo que, a aceita a teoria das pressuposições pelo Projecto do código civil alemão, desapareceu, em seguida, e foi substituída pela doutrina consagrada no art. 812, do código civil.⁵⁵⁶

Conhecedor avalizado das *condictiones* romanas, da moderna teoria da *condictio* desenvolvida na Alemanha, da teoria do enriquecimento injusto de SAVIGNY, da cláusula geral de enriquecimento do § 812 do BGB e das críticas que se lhe haviam sido e continuavam a ser feitas, Clóvis BEVILAQUA pôde formar uma opinião própria e segura a respeito do enriquecimento injusto como fonte de obrigações.

E sua opinião era a de que, com efeito, estavam corretos os críticos da teoria de SAVIGNY e da cláusula geral do BGB. Enriquecimento injusto teria seu valor e conveniência apenas enquanto teoria doutrinária desenvolvida para explicar a razão de ser de certas normas de direitos reais ou obrigacionais, como a percepção de frutos pelo possuidor de boa-fé ou a restituição ao doador do bem doado quando não cumprido o encargo pelo donatário. Mas, sobretudo em razão de ser profundamente artificial a generalização de tantos fatos diversos na essência que opera, não poderia jamais o enriquecimento injusto, *per se*, figurar como um fato jurídico gerador de obrigações civis do mesmo modo que o contrato ou o ato ilícito. Não caberia, portanto, a um código civil normatizar uma categoria eminentemente descritiva.

Sintetizando a sua posição, Clóvis Bevilaqua argumentou ao lado daqueles doutrinadores alemães que haviam criticado - e continuavam a criticar - a cláusula geral de enriquecimento do §812 do BGB, escrevendo que:

⁵⁵⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações...* pag. 152.

Parecendo oferecer menor largueza de ideias, os códigos que deixam à doutrina a elaboração da teoria do enriquecimento injurídico, e apenas se ocupam do pagamento indevido como solução, feita por erro, de uma obrigação que não existe, ao contrário atendem a todos os casos possíveis de conditiones sine causa, não forçam a natureza das coisas, tentando dar, aos fenômenos, a generalização que não possuem, e os deixam manifestar-se no momento oportuno, no lugar próprio, e com as suas feições peculiares.⁵⁵⁷

Por mais que variemos a hipóteses, veremos que o direito e a equidade se podem plenamente satisfazer, sem criarmos nos códigos civis mais esta figura de causa geradora de obrigação, ou seja, esta relação obrigacional abstrata e genérica.⁵⁵⁸

Com esses dois parágrafos, BEVILAQUA responde àqueles que argumentavam que a falta de uma figura como a do enriquecimento injusto positivada no ordenamento jurídico deixava a descoberto todos os casos de locupletamento de um indivíduo à custa de patrimônio alheio aos quais não se reconhecia a juridicidade, isto é, tidos como iníquos e contrários ao direito.

A este argumento BEVILAQUA responde, com correção, que os casos tipicamente reputados como casos de enriquecimento injusto, em especial aqueles sobre os quais as *conditiones* romanas se aplicavam, não ficavam desprotegidos pelo ordenamento jurídico sem a figura do enriquecimento injusto, sintetizada numa fórmula geral ou não, como causa geradora de obrigações. Tampouco receberiam apenas respostas casuísticas, *ad hoc*, incongruentes e assistemáticas. Para BEVILAQUA, cada um dos casos conhecidos pela designação geral de *conditiones sine causa*, tidos também como casos de enriquecimento injusto, pertence invariavelmente ao domínio de alguma relação jurídica real ou obrigacional maior e mais abrangente, cujas regras próprias já dão conta de ordenar ao sujeito titular de um patrimônio locupletado a restituição daquilo que, sem fundamento juridicamente reconhecido, auferiu à custa do patrimônio alheio.

Assim é que casos de doações com encargo não cumprido, exemplos de aplicação da *condictio causa data causa non secuta*, geram o dever de restituição da coisa recebida, ou seu valor equivalente, não por configurarem um enriquecimento injusto por parte dos donatários, mas pelas próprias normas elementares de direito contratual que incidem sobre essa modalidade de contrato.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ Cf. BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das obrigações...* pag. 154.

⁵⁵⁸ Cf. BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das obrigações...* pag. 156.

⁵⁵⁹ Cf. BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das obrigações...* pag. 155. A obrigação de restituir o bem ou seu valor equivalente nesta hipótese, segundo Bevilaqua, “*resulta da condição resolutiva tácita que nelles se supppõe, quando não é claramente expressa pelas partes*”. A ideia de uma condição resolutiva tácita, pode remontar à

Da mesma maneira, os casos de titulares de direitos resolvidos por advento da condição resolutória que pretendem preservar a situação jurídica atual, casos aos quais se aplicaria a *condictio ab finitam causam*, exigem a restituição por ser da própria natureza da condição resolutiva, uma vez verificada, a restituição das partes ao estado anterior. Se o direito resolvido decorrer de rescisão contratual, então “*no próprio facto da rescisão e não em qualquer outro facto jurídico, devemos encontrar a causa da obrigação de restituir. Restitue-se porque desapareceu a obrigação que mandava entregar*”⁵⁶⁰.

Merece especial atenção a análise e construção que BEVILAQUA faz a respeito dos casos de enriquecimento sem causa, isto é, os casos de enriquecimento injusto decorrentes de uma atribuição patrimonial voluntária, mas indevida, por parte de um sujeito a outro, dos quais cuidava no direito romano a *condictio indebiti*.

Descartada a hipótese de pagamento de dívida alheia por interesse pessoal na sua solução, se um sujeito realiza uma atribuição patrimonial voluntária a outro, é por uma de duas razões: ou está com isso praticando mera liberalidade, o que caracteriza a atribuição um contrato típico de doação, ou acredita estar, mediante essa atribuição, solvendo uma obrigação pré-constituída que julga existir e a ela estar vinculado. *Tertium non datur*. Pode ocorrer, porém, de que o sujeito esteja equivocado, que esta dívida não seja real, mas aparente, meramente putativa. Se pagar essa dívida putativa, ele estará então realizando o pagamento daquilo que não deve, ou seja, estará realizando um pagamento indevido e terá, portanto, direito à restituição do que pagou. Mas o fundamento desta pretensão a restituição a que faz jus o solvente putativo decorre não do enriquecimento injusto que experimentou o acipiente, mas da anulação do ato jurídico do pagamento em razão de erro essencial, tal como previra TEIXEIRA DE FREITAS.

Clóvis BEVILAQUA, reproduzindo o conceito de FUBINI, define o erro como “*o estado da mente que, por defeito do conhecimento do verdadeiro estado de coisas, impede uma real manifestação da vontade*”.⁵⁶¹ Tal “*defeito do conhecimento do verdadeiro estado de coisas*” caracterizaria o estado do sujeito que realiza uma atribuição patrimonial sem causa, isto é, um pagamento indevido, que seria, portanto, inválido e sujeito à anulação.

doutrina de WINDSCHEID, como exposto acima. Mas, no contrato de doação com encargo parece-nos uma explicação desmedida para dar conta de um fenômeno jurídico que pode ser explicado de maneira mais simples pela eficácia da rescisão contratual implicada no descumprimento voluntário do encargo, ato a que se obrigou o donatário ao receber o bem doado em seu patrimônio.

⁵⁶⁰ Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações...* pag. 156.

⁵⁶¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2ª ed., Campinas: Servanda Editora, 2015. pag. 272.

Como efeito da anulação e da desconstituição dos efeitos do pagamento, é que o acipiente estaria obrigado à restituição do bem recebido em pagamento ou de seu valor equivalente se o bem já não se puder mais restituir.

Se alguém, induzido em erro, quer de fato quer de direito, se julgar em dívida para com outrem, sua obrigação é meramente putativa, não real. Persistindo seu equívoco, até efetuar o pagamento, e, só então, verificando o engano em que laborara, terá o direito de repetir o que pagou. O erro é fundamento da anulação do pagamento.⁵⁶² (grifamos)

Em artigo sugestivamente intitulado “*Do enriquecimento ilegítimo – lugar que se lhe deve assignar nos Codigos Civis*”, o grande civilista percebe que os problemas de enriquecimento sem causa seriam questões de pagamento indevido, pertencentes e regrados no domínio do cumprimento das obrigações, e que este seria o “*lugar que se lhe deve assignar nos Codigos Civis*”.

O que a doutrina alemã vem descobrindo nos últimos 20 anos, embora sem ainda ter se chegado a essa constatação, já estava bem fixado na mente brilhante de BEVILAQUA.

Somada essa percepção à de que os demais casos apontados como de enriquecimento injusto encontram soluções apropriadas nos domínios das relações jurídicas reais ou obrigacionais em que se inserem, Clóvis BEVILAQUA extrai a conclusão de que uma categoria obrigacional como a do enriquecimento injusto, positivada ou não numa cláusula geral, é absolutamente despropositada e não cumpre função no ordenamento que outras disposições não possam cumprir mais satisfatoriamente ao rigor sistemático e às exigências da equidade.

E conclui sua exposição de forma irretocável:

E, se assim é, se não se pode, numa formula geral, indicar quando o enriquecimento é injusto ou sem causa; se aqui fala mais alto a equidade para reestabelecer o equilíbrio dos interesses e dar satisfação aos reclamos da verdadeira justiça; e se, finalmente, os casos que escapam às aplicações diversas das regras especiais relativas às variadas relações de direito, entram no círculo da restituição do pagamento indevidamente recebido, contentemo-nos com esta ideia, que é clara, segura e exacta.⁵⁶³

Como não poderia deixar de ser, a razão teórica do BEVILAQUA doutrinador conduziu a razão prática do BEVILAQUA codificador, de modo que, a despeito das grandes

⁵⁶² Cf. BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das obrigações...* pag. 157.

⁵⁶³ BEVILAQUA, Clóvis, *Do enriquecimento ilegítimo – lugar que se lhe deve assignar nos Codigos Civis*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, n. 11, pág. 3/13, 1903, pág. 13.

influências, nacionais e estrangeiras, que se lhe exerceram na elaboração do Projeto de Código Civil, foi a sua própria obra doutrinária a pedra sobre a qual se edificou o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Assim, a doutrina de Clóvis BEVILAQUA transportou-se ao primeiro Código Civil brasileiro e tornou-se lei a partir de primeiro de janeiro de 1917.

No que interessa ao tema do presente trabalho, isso significou, primeiro e acima de tudo, a preterição do enriquecimento injusto, seja na fórmula de cláusula geral seja em disposição fragmentadas, tanto como relação específica de direito como fato jurídico ensejador de obrigações, as quais se constituíam exclusivamente por força de contratos, atos unilaterais de vontade ou atos ilícitos.

Quanto ao enriquecimento sem causa, este foi assimilado pelo conceito de pagamento indevido, que, por sua vez, acabou de fato subordinado ao capítulo do Código Civil reservado ao pagamento das obrigações e recebeu, no artigo 964, uma formulação sintética, porém precisa, tanto em relação ao suporte fático estabelecido pelo antecedente normativo, quanto ao respectivo preceito, fixado pelo consequente normativo, que, dispensando a necessidade de invalidação do pagamento, previa a obrigação de restituição como consequência imediata do pagamento indevido.

Embora entendesse se tratar um pagamento indevido de uma forma de enriquecimento ilegítimo, desvencilhou-se também toda e qualquer relação do pagamento indevido com enriquecimento injusto, adotando o código a teoria da repetição, de uma pretensão voltada ao exato objeto dado em pagamento, pouco importante o enriquecimento ou não da parte adquirente. Não há entre nós, nem nunca houve, disposição correspondente ao § 818 do BGB que limitava a obrigação de restituição somente ao enriquecimento existente ao tempo da propositura da ação.

Segundo o dispositivo do art. 964 do CC de 16, “*todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir*”, incumbindo a mesma obrigação àquele que recebe o pagamento de dívida submetida a condição antes que esta advenha.

Como se demonstrou, ao não positivar o enriquecimento injusto como fonte de obrigações ou mesmo relação jurídica autônoma, o Código de BEVILAQUA fez-se, admiravelmente original em relação ao BGB alemão.

Mas ao tratar do pagamento indevido apenas como um caso especial de pagamento – pagamento de obrigações putativas -, o Código Civil brasileiro de 1916 fez-se também original em relação à outra grande codificação do século XIX: o Code Civil francês. O Código napoleônico, com efeito, coloca o pagamento indevido entre os ditos quase-contratos, categoria de fatos jurídicos não ilícitos e não consensuais, que, não obstante, produzem uma relação obrigacional. Originariamente francesa, mas adotada e reproduzida por diversos códigos modernos, tributários do direito civil francês, esta categoria obrigacional era criticada por Clovis BEVILAQUA por se tratar de “uma teoria equivocada” e “*expressão incorreta com que os modernos procuram traduzir a idéia que os romanos exprimiam pelas palavras obligationes quase ex contractu*”⁵⁶⁴.

Mas não apenas por desconhecer a figura dos quase-contratos e alocar o pagamento indevido como caso especial de pagamento foi que o Código Civil brasileiro de 1916 se distanciou do Code Civil francês nessa matéria. Diferença ainda mais radical entre um e outro era a de que o Código napoleônico introduzia a causa como um dos requisitos de validade das obrigações derivadas dos atos de vontade (contratos e declarações unilaterais). A causa como elemento complementar e sua ausência ou ilicitude como hipótese de invalidação da obrigação era o que deixava os franceses à vontade para dispensar em seu ordenamento figuras tais como a *condictio* enquanto modalidades de ação geral de enriquecimento injusto, ou ao menos de ação de enriquecimento sem causa, pois que estas atacavam tradicionalmente apenas eficácia da atribuição patrimonial, e tornavam-se obsoletas na medida em que se poderia aplicar no lugar, sobre os mesmos casos, com maior rigor e segurança, a ação geral de *nullité* do ato jurídico.

Clóvis BEVILAQUA censurava com duras palavras tanto esta concepção de causa como fundamento de validade da obrigação, a que chamava de “*idéa errônea*”, como o próprio Código napoleônico, por ter conferido “*força de lei a um equívoco lamentável*”.⁵⁶⁵

Os demais casos clássicos de enriquecimento injusto, os que não envolviam atribuição patrimonial voluntário, foram regrados nas seções do Código disciplinadoras das relações jurídicas a que mais adequadamente se subordinavam. Assim, a construção, plantação ou melhorias em terreno alheio e a percepção dos respectivos frutos se submetiam às disposições referentes à posse, a venda a *non domino* era um problema de eficácia do

⁵⁶⁴ Cf. BEVILAQUA, Clóvis, *Direito das obrigações...* pags. 149/150 e 151.

⁵⁶⁵ BEVILAQUA, Clóvis, *Do enriquecimento ilegítimo...*, pags. 4/5.

contrato de compra e venda, a gestão de negócios fora positivada com suas características clássicas, figurava em um capítulo próprio e se exigia como requisito a gestão de coisa alheia no interesse alheio – afastando-se assim da concepção de TEIXEIRA DE FREITAS –, a solidariedade entre os sócios regia-se pelas disposições comuns ao contrato de sociedade, etc.

6. 1. 3 - A Defesa de Jorge Americano

A doutrina de Clóvis BEVILÁQUA e as opções do Código Civil de 1916 no sentido de preterir a construção francesa dos quase-contratos como fundamento do pagamento indevido, dispondo-o, em vez disso, como um caso especial de pagamento; de rejeitar a causa como elemento de validade das obrigações e, enfim, de não reconhecer o enriquecimento injusto como fonte obrigacional, foram muito bem recebidas e elogiadas por juristas como Jorge AMERICANO, professor da Universidade de São Paulo.

Na clássica monografia que dedicou ao tema, intitulada “*Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*”, AMERICANO endossou e reproduziu em larga medida as lições e as razões de Clóvis BEVILÁQUA sobre o enriquecimento injusto, escrevendo a este respeito que:

Bem conforme à doutrina, portanto, está o nosso Código, quando desconhece uma doutrina dos quase contractos, e considera o enriquecimento sem causa legítima, não como figura especial de obrigação, nem mesmo causa geradora, de vez que não se subordina a um princípio unificador, e prefere regular cada uma das formas que reveste o enriquecimento sem causa, em seu lugar próprio, como faz com o pagamento indevido. Assim como aborda o pagamento indevido sob o título geral – Do pagamento -, subordina o facto do que retém o preço da coisa alheia sem causa, à theoria dos actos ilícitos; regula o não cumprimento do encargo como causa rescisória da doação, etc.⁵⁶⁶

Apesar de pertencer à classe de civilistas brasileiros do século XX fortemente ligados à Escola Francesa de Direito Civil⁵⁶⁷, Jorge AMERICANO era crítico do que chamava de “*defeituoso systema francez*” de regramento jurídico do enriquecimento sem causa legítima. Sua crítica incidia principalmente sobre o pagamento indevido como fonte obrigacional autônoma, a figura do quase-contrato, o que, em seu entender, resultava de uma compreensão equivocada a respeito da natureza do pagamento. AMERICANO não negava que o pagamento seja um negócio jurídico autônomo; mas negava que pelo simples fato de deter

⁵⁶⁶ AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*: Dos institutos de direito em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado. São Paulo: Livraria Academica, 1933. pág 20.

⁵⁶⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, *A influência do BGB...* pág. 121.

autonomia no plano da validade, o pagamento detenha também autonomia de fonte obrigacional, isto é, que seja um fato jurídico constitutivo de relações jurídicas obrigacionais.

Justificando o Código Civil de 1916 por, na contramão do que haviam feito os códigos civis francês, suíço e alemão, considerar e regular o enriquecimento sem causa como um problema de pagamento indevido, opção que – frise-se – acreditava ter sido uma opção legislativa dogmaticamente acertada, Jorge AMERICANO ponderou que:

É em virtude da existência de uma obrigação anterior que o pagamento transfere a propriedade da coisa dada em solução. A preexistência da obrigação dá ao pagamento os contornos de simples acto de administração. Assim sendo, toda a matéria do pagamento deve subordinar-se ao mesmo título do Código, quer se trate do que se pagou devidamente, quer se trate do indevido.

*O pagamento tem validade abstrata, pela pressuposição de uma causa anterior. Essa pressuposição não consente em que seja considerado um contracto, nem mesmo quasi contracto, mas prestação em virtude de obrigação preexistente.*⁵⁶⁸

A expressão “*causa anterior*” deve ser lida e interpretada com cautela no excerto acima e no vocabulário dos civilistas que, assim como AMERICANO, censuram o equívoco histórico do Direito Civil francês de reputar a causa como elemento de validade do negócio jurídico. No excerto, “*causa anterior*”, não se refere à noção subjetiva de causa (equivalente genericamente a motivos, propósitos do ato jurídico ou do sujeito que o realizou), mas a uma noção objetiva e de apreensão mais simples. A expressão, conforme ali utilizada, assume claramente o mesmo significado de “relação jurídica obrigacional preexistente” ou, ainda, “obrigação preexistente”. Dessa forma, ao afirmar que “*o pagamento tem validade abstrata, pela pressuposição de uma causa anterior*”, Jorge AMERICANO joga luz sobre o fato crucial de que é a existência de uma relação jurídica obrigacional, verdadeira ou putativa, o que faz com certa atribuição patrimonial seja um pagamento, possuindo este ato jurídico, por sua vez, requisitos de validade próprios e autônomos em relação aos requisitos de validade do ato jurídico gerador do vínculo obrigacional que lhe é pressuposto.⁵⁶⁹

Quanto ao regramento das demais hipóteses historicamente apontadas como casos de enriquecimento sem causa ou enriquecimento injusto, a posição de AMERICANO era a

⁵⁶⁸ AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa...*pág. 19 e 20.

⁵⁶⁹ Jorge AMERICANO tenta esclarecer o sentido de causa nas discussões a respeito do enriquecimento sem causa: “*A causa determinante do acto jurídico é coisa diversa de sua causa jurídica. Aquella é o móvel da vontade, como esta é a razão jurídica do acto. Alguem se determina a doar, por motivo de gratidão, ou de remuneração, ou tendo em vista um fim, ahi temos a causa determinante da doação. Alguem doa, ou promete, no acto da doação ou da promessa temos a causa jurídica da propriedade, ou do direito a exigir a entrega da coisa prometida. A causa determinante é subjectiva, e a sua incorporação objectiva é que gera a causa jurídica do negocio*” AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento...*pág. 106.

mesma - e assentava-se sobre os mesmos fundamentos – que a de Clóvis BEVILÁQUA: essa figura obrigacional, construída a partir de uma cláusula geral ou induzida a partir de múltiplas disposições particulares, afigurava-se, além de assistemática porque irreduzível a um denominador comum, positivamente supérflua na medida em que uma rápida análise do Código Civil de 1916 bastava para demonstrar que todos os casos de acréscimo patrimonial injusto eram devidamente sancionados – gerando ao beneficiário o dever de restituir o auferido injustamente às custas do patrimônio de outrem - por disposições específicas dos direitos obrigacionais e reais (tais como as concernentes a nulidade ou anulação do negócio jurídico, gestão de negócios, obrigações solidárias e disciplina do direito de regresso; posse, percepção de frutos, servidões etc.).

O enriquecimento injusto ou sem causa, como fonte obrigacional autônoma, forçosamente invadiria e sobreporia todas estas áreas do Direito Civil cujas respectivas disciplinas já se encontravam muito bem assentadas no ordenamento. Além do mais – e este é um ponto chave de seu argumento -, se é possível afirmar que, subjacente a todas essas disposições particulares, encontra-se a vedação geral ao enriquecimento injusto, é somente na medida em que tal vedação configura um princípio informativo do ordenamento civil, menos um princípio autônomo do que um dentre os muitos desdobramentos do princípio geral da equidade, um princípio que, por possuir “*extensão bastante para informar todo o systema legislativo*”⁵⁷⁰, atuou desde sempre como fonte do direito; nunca enquanto categoria obrigacional *per se*, que, se existisse, seria não apenas redundante, posto que todas as obrigações dela derivadas já surgiriam e regular-se-iam a partir de outros fatos jurídicos reais ou obrigacionais, mais específicos e satisfatórios, mas também perniciosamente assistemática e antidogmática.

Assim resumiu Jorge AMERICANO o seu próprio pensamento acerca da matéria:

Ora, falam os autores em uma teoria do enriquecimento sem causa. Mas até aqui temos visto que todo o caso de locupletamento apontado como injusto encontra sempre a sua disciplina em um texto legal. Por consequência, a condenação do locupletamento reveste apenas uma formula de synthese usual ou principio, sem systematização doutrinaria como instituto que se coordene para exprimir as varias resultantes da combinação da equidade, com vários outros princípios informativos da legislação. Não organiza particularmente um instituto, nem da sua influencia generalizada se pode induzir um princípio fixo menos genérico e portanto mais preciso que a equidade, que informa a todo o direito. Nessa acepção, ampla demais, a questão do locupletamento abrange até o illicito, tanto civil como criminal. Já não é o principio particular suppostamente informativo de um certo instituto de direito, mas é a própria razão do direito, que rege as pessoas,

⁵⁷⁰ AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento...* pág. 07.

*que protege o patrimônio, que define as consequências dos factos jurídicos, determinando o limite das actividades humanas. Não é em semelhante terreno que se buscará uma theoria do não locupletamento, sob risco de, para abranger em toda a extensão as actividades relativas ao patrimônio, vir a compreender grande parte do direito das cousas, como das obrigações. Da extrema latitude de compreensão talvez pudesse resultar uma organização systematica genérica, mas certamente ficariam mal definidas dentro dessa extensão todas as hypotheses casuísticas cuja ocorrência solicita a systematização.*⁵⁷¹

A respeito da posição doutrinária de Jorge AMERICANO no tema das *condictiones* e do enriquecimento sem injusto, Teresa de Abreu Paiva NEGREIROS comentou que “*reforçando a posição de Clovis Bevilacqua*”, o autor “*em sua obra sobre o assunto, dá a impressão de se ter dedicado ao tema com o propósito de se opor a todas as críticas que se pudessem formular acerca do tratamento dado à matéria pelo Código Civil*”⁵⁷².

A precisão histórica na apresentação e análise das *condictiones* romanas, o rigor dogmático que permeia a obra e a valiosa introdução sobre a natureza e a função dos princípios gerais de direito no ordenamento jurídico falseiam a impressão de que o propósito da monografia de Americano fosse meramente opor-se a todas as críticas que se pudessem formular ao Código Civil de 1916 no (não) regramento do enriquecimento injusto, em vez de suprir uma lacuna na doutrina nacional que carecia de estudos específicos e aprofundados sobre o tema, tais como aqueles que abundavam na Europa. No entanto, AMERICANO de fato responde - sem ter sido jamais treplicado satisfatoriamente, segundo nos parece, por nenhuma das muitas obras posteriores que propugnariam pela figura do enriquecimento sem justa causa como fonte obrigacional – a muitas das objeções que se faziam e se poderiam fazer, a esse respeito, ao Código de Bevilacqua.

Merece destaque a resposta oferecida por AMERICANO a uma certa visão que, recuperando em grande medida a interpretação restitutória das *condictiones*, alicerçava o enriquecimento sem causa, enquanto fonte obrigacional autônoma, não apenas conveniente como positivamente necessária, na chamada “teoria do risco”, desenvolvida no campo da responsabilidade civil. Em linhas generalíssimas, essa visão constrói-se da seguinte maneira: “*aquele que cria os riscos deve suportá-lo. Assim, pela mesma razão, quem cria o lucro – quem lhe dá causa – deve aproveitar-se dele*”⁵⁷³. Assim, consistindo no simetricamente oposto da teoria da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa como fonte

⁵⁷¹ AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento...* pág. 97-98.

⁵⁷² NEGREIROS, Teresa de Abreu Paiva, *Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como princípio geral de Direito*, Revista da Ordem dos Advogados, v. 55, n.3, dez. 1995. pag. 781.

⁵⁷³ NEGREIROS, Teresa de Abreu Paiva, *Enriquecimento sem causa...* pág. 790.

obrigacional formular-se-ia da seguinte maneira: “*aquelle que, por acção ou omissão não intencional crear vantagem, ou causar um enriquecimento a outrem, fica com direito a reaver o indébito*”⁵⁷⁴. Examinando essa fórmula, AMERICANO demonstra que ela nada mais é do que uma forma alternativa de expressar outro fato jurídico já devidamente positivado no Código de 1916: o pagamento indevido.

*Si comprehendermos no involuntário, tambem aquillo que provem do erro da vontade, cahiremos, pura e symplesmente na systematisação do pagamento indevido, tal qual consta no nosso Codigo. E no pagamento indevido se exhaure tal formula. Uma comparação objectiva dos patrimonios, combinada tambem ao estudo objectivo da causa (obrigação preexistente) e ao estudo subjectivo das intenções, é a sythematização doutrinaria do pagamento indevido, e nada mais.*⁵⁷⁵

6. 1. 4 - O ataque da doutrina à falta de tipificação do enriquecimento sem causa como fonte obrigacional

Não obstante a defesa de AMERICANO da posição adotada pelo Código; e não obstante a clareza e a fundamentação sólida com que o próprio BEVILAQUA, conforme já exposto neste capítulo, justificava doutrinariamente as opções normativas de seu anteprojeto relativas a essa matéria, as ideias comungadas por ambos acerca da desnecessidade e inconveniência de se tipificar e reger no ordenamento positivo a figura do enriquecimento injusto e do enriquecimento sem causa não conseguiram em nenhum momento da vigência do Código de 1916 fixar-se como posição dominante na doutrina civilista brasileira. Ao contrário, como assinala Teresa NEGREIROS, defender o Código nesta matéria era posição doutrinária minoritária; a posição antagonista, propugnadora da expressa disposição normativa da vedação ao enriquecimento injusto, fez-se a dominante.⁵⁷⁶

O fato de a doutrina majoritária ter reprovado a ausência de disposição expressa no Código prevendo o enriquecimento injusto como fonte obrigacional e a respectiva obrigação de restituir o injustamente auferido às custas de outrem, é, em certo sentido, plenamente

⁵⁷⁴ AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento...* pág. 103.

⁵⁷⁵ AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento...* pág. 103.

⁵⁷⁶ Cf. NEGREIROS, Teresa de Abreu Paiva, *Enriquecimento sem causa...*, pág. 785-786: “*a discussão em torno da enunciação expressa, sistemática e geral do princípio divide-se em duas correntes diametralmente opostas: a primeira, contrária à expressa disposição legal do princípio, alega não ser ele necessário, tampouco reduzível a uma formulação abrangente de todos os casos legais dos quais é induzido; a segunda, majoritária, postula a positivação do princípio, recorrendo à respectiva teoria geral para provar que a alegada prescindibilidade parte de duas premissas falsas: a) a de que todos os casos já se encontram regulamentados e b) a de que o enriquecimento sem causa não possui autonomia dogmática, ora subordinando-se à doutrina da responsabilidade civil, ora aos preceitos que regulam as nulidades. Por isso a sua aplicação jurisprudencial, hoje tão largamente disseminada, deve, segundo esta corrente, fortalecer-se como o recurso, então tornado possível, a uma norma expressa que o consagre*”.

compreensível. Basta lembrar que o Código Civil de 1916, ao negar espaço no ordenamento positivo brasileiro à vedação ao locupletamento injusto, fez-se, de súbito, radicalmente original em relação a sua grande matriz, isto é, o Direito Civil Europeu, que, tanto pela via codificada (Suíça, Alemanha) quanto pela via jurisprudencial (França, Itália) veio a reconhecer o enriquecimento injusto como fato ou relação jurídica obrigacional.

O grande estranhamento e a genuína desconfiança com que a doutrina pátria recebeu tal excepcionalidade foi consignado por José Geraldo do Valle FERREIRA, professor da Faculdade de Direito de Minas Gerais, que, em sua monografia sobre o enriquecimento sem causa, afirmou:

Causa estranheza, entretanto, o fato de o Código não ter registrado uma regra, então acolhida francamente pelas legislações modernas.

Numa época em que eram frequentes os apelos e referências à ciência alemã, observa-se com surpresa que nem mesmo os trabalhos de elaboração do Código germânico, notáveis neste particular, provocaram qualquer curiosidade entre os juristas brasileiros, ao discutirem o projeto do nosso. Neste, não se encontra qualquer referência ao enriquecimento sem causa.

Além do mais, como se não bastassem os exemplos suíço e alemão, cujas legislações formularam o princípio, quando foi elaborada a lei civil brasileira a jurisprudência universal podia fornecer notável contribuição a um exame mais completo daquela doutrina, já estudada, de resto, pelos autores europeus.⁵⁷⁷

Mas se por um lado Valle FERREIRA censurava o Código pela ausência de menção explícita ao enriquecimento sem causa, também não deixava de reconhecer, por outro lado, que, por detrás desta ausência, havia uma justificativa racional aceitável. O Código de 1916 pôde perfeitamente preterir a positivação da ação de enriquecimento na medida em que não acolhia a teoria da abstração como a regra operacional de seu sistema de transmissão patrimonial. Conforme estipulava a norma extraída do artigo 622, parágrafo único do Código (“*não transfere o domínio a tradição quando tiver por título um ato nulo*”) a validade do ato de transferência da propriedade, pressupunha a validade do ato jurídico criador da obrigação que lhe antecedia e servia de causa jurídica. Logo, invalidade do ato obrigacional implicava, *ipso facto*, a invalidade do ato translativo da propriedade, que, anulado ou declarado nulo junto com aquele, reconfigurava-se e reduzia-se a mero ato translativo de posse. Nesse contexto, instituir uma ação de enriquecimento seria empenho desnecessário, pois, para reaver o objeto da prestação “sem causa” ou “injusta”, o “empobrecido” poderia simplesmente se valer de ação reivindicatória contra o “enriquecido”, uma vez que, nessa

⁵⁷⁷ VALLE FERREIRA, José Geraldo do. *Enriquecimento sem causa*, Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949. pag. 83-84.

circunstância, o dito objeto jamais haveria sido efetivamente desintegrado de seu patrimônio; logo, não se configuraria um dos pressupostos fundamentais, pacífico na doutrina do enriquecimento sem causa, para o cabimento da ação de enriquecimento (em especial, a *condictio*): a inexistência da *vindicatio* em benefício do prejudicado.

Sendo assim, Valle FERREIRA, a despeito de suas reservas quanto à deflexão dos códigos civis europeus representada pela ausência em nosso ordenamento do enriquecimento sem causa entre as categorias obrigacionais, vê-se forçado a admitir que:

Organizado de tal maneira, o Código brasileiro poderia efetivamente prescindir de uma ação pessoal de enriquecimento, cujo campo de aplicação ficou reduzido.

Esta concepção legislativa devia, por isso mesmo, dissolver o princípio do enriquecimento sem causa, decompondo-o em várias categorias legais. Foi o que aconteceu: a regulamentação a propósito de benfeitorias, melhoramentos, acessão e outras figuras constituem positivamente casos de enriquecimento, mas são resultantes de aquisições que se aperfeiçoaram por disposição de lei.

O princípio do enriquecimento sem causa, em seu estrito sentido e em sua função particular, raramente iria ser invocado, assim mesmo para compor situações excepcionais.⁵⁷⁸

A despeito de reconhecer que o Código, no conjunto de sua obra, especialmente em função de suas normas referentes à transmissão patrimonial, podia se permitir obliterar a ação de enriquecimento sem isso provocasse transtornos práticos ou dogmáticos graves, o professor da Faculdade de Minas Gerais enxergava um papel importante para esta ação. Em seu entender, a ação de enriquecimento “desempenha exatamente a mesma função” que as *condictiones* romanas. Mas sua tese, alinhando-se com a doutrina alemã da segunda metade do século XIX e início do século XX, vai além: não apenas era o caso que a categoria obrigacional e a ação de enriquecimento constituíam a roupagem moderna das *condictiones*, mas também que a própria *condictio* fora ação de enriquecimento.

É assim que se pode dizer que pela condictio, não se questionava a transferência da propriedade, mas o que se demandava era a repetição do enriquecimento injusto, alcançado por um patrimônio à custa de uma pessoa.

E, para que não restassem dúvidas acerca de sua posição, arremata taxativamente:

As coisas entendidas dêsse modo, facilmente se chega à conclusão de que a condictio foi verdadeira ação de enriquecimento.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ VALLE FERREIRA, José Geraldo do, *Enriquecimento sem causa...* pag. 89-90.

⁵⁷⁹ VALLE FERREIRA, José Geraldo do, *Enriquecimento sem causa...* pag. 67.

Tal interpretação da *condictio*, em nosso entender incorreta pelas razões já apresentadas no decorrer desta obra, não era opinião corrente mesmo entre os doutrinadores luso-brasileiros que, escrevendo durante a vigência do Código de 1916, defendiam a teoria do enriquecimento como categoria obrigacional (os que a rejeitavam – Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Jorge AMERICANO – assim o faziam, em larga medida, por rejeitarem previamente a visão da *condictio* como ação de enriquecimento). Teresa de Abreu Paiva Negreiros, por exemplo, mais cautelosa que Valle Ferreira, prefere referir-se à *condictio* apenas como “do ponto de vista histórico, o embrião do princípio [da vedação ao enriquecimento injusto]”, e às suas múltiplas espécies como “meios técnicos de aplicação da equidade a situações casuisticamente definidas”⁵⁸⁰.

Agostinho ALVIM, influente defensor e propugnador da aplicação da teoria do enriquecimento sem causa e crítico de sua ausência no Código de 1916, se referia à ação de enriquecimento como “*actio de in rem verso*”⁵⁸¹, parecendo, dessa forma, enxergar o antecedente da ação de enriquecimento nessa ação romana e não nas *condictiones*, às quais não se refere como ações de enriquecimento, e sim ações mais relacionadas à repetição do indébito, “*correspondendo cada uma delas a uma hipótese diferente, mas unificadas por um elemento comum que é a ausência de justa causa*”⁵⁸².

Apesar das divergências acerca do estatuto da *condictio* no Direito Romano e da fundamentação do enriquecimento sem causa residir nesta ou em outra ação, e apesar de o Código não ter acolhido a ação de enriquecimento, na medida em que o enriquecimento sem causa adquirira o status de categoria obrigacional consolidada em todos os maiores e mais importantes ordenamentos civis do mundo, e que os tribunais brasileiros estivessem a prolatar com frequência decisões fundamentadas no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa - algumas delas notavelmente equivocadas⁵⁸³ -, sem deixar de lado ainda a

⁵⁸⁰ NEGREIROS, Teresa de Abreu Paiva, *Enriquecimento sem causa...* pág. 769 e 770.

⁵⁸¹ ARRUDA ALVIM, Agostinho de, *Do enriquecimento sem causa*. RT, n. 259, maio 1957. pág.12.

⁵⁸² ARRUDA ALVIM, Agostinho de, *Do enriquecimento sem causa...* pág. 7.

⁵⁸³ Em sua monografia, Valle Ferreira menciona uma decisão proferida pelo Tribunal de Minas Gerais em 1924, relativa ao caso de um comerciante que vendeu mercadorias para outro, recebendo no ato da tradição apenas uma parcela do valor integral ajustado. Posteriormente, o comprador negou-se a completar o pagamento. O vendedor ajuizou ação de enriquecimento, alegando que o vendedor, recebendo as mercadorias sem pagar integralmente por elas, obtivera um enriquecimento injusto às suas expensas. Como a primeira instância julgasse improcedente o pedido em razão da falta de documento por escrito provando a transação, o Tribunal mineiro reformou a decisão, por entender, naquele caso, estarem presentes todos os requisitos de cabimento da ação de enriquecimento, em especial, a perda da *vindicatio* pelo autor, uma vez que as mercadorias já haviam sido retransmitidas a terceiro de boa-fé. Tal solução, conforme registrado por voto vencido no julgamento, embora pudesse ser reputada equânime, era incorreta, pois, desconsiderava o caráter de subsidiariedade desde

circunstância de que a ação de enriquecimento era enxergada como imperativo da Moral⁵⁸⁴ ou consequência lógico-indutiva necessária que emergia de outras normas do Código Civil⁵⁸⁵, os civilistas foram motivados a fixar e examinar os elementos constitutivos do enriquecimento sem causa, oferecendo com isso uma contribuição importante para que a teoria do enriquecimento pudesse futuramente ser recebida pelo ordenamento brasileiro, como veio a ser.

Simpático à construção unitária do enriquecimento sem causa realizada pela cláusula geral do § 812 do BGB, os requisitos que Valle FERREIRA elenca como necessários para a estrita configuração do enriquecimento sem causa são sem dúvida muito próximos aos fixados pela lei e doutrina germânica para os casos de enriquecimentos oriundos de prestação: (i) uma atribuição patrimonial válida que resulte no (ii) enriquecimento patrimonial de um indivíduo e no(iii)empobrecimento de outro, devendo existir (iii)correlação entre o enriquecimento de um e o empobrecimento do outro, além da (iv) ausência de causa jurídica lastreando a atribuição patrimonial.⁵⁸⁶

À exceção do requisito da atribuição patrimonial válida - provavelmente porque restrito ao enriquecimento sem causa e não aplicável, obviamente, aos casos de enriquecimento que não envolvem atribuição patrimonial voluntária -, os mesmos requisitos foram distinguidos por ALVIM⁵⁸⁷, requisitos que, como nota Teresa de Abreu Paiva NEGREIROS, a despeito de pequenas variações no modo de formulá-los e das divergência acerca dos desdobramentos de cada um deles, formavam um ponto de convergência entre os doutrinadores, com ela própria a endossar a mesma lista de requisitos.⁵⁸⁸

O requisito da validade da atribuição patrimonial, que, frise-se, faz sentido apenas nas hipóteses de atribuição voluntária - não oferece maiores dificuldades, uma vez que, sendo a atribuição inválida, a *vindicatio* não desaparece, e a ação anulatória ou de nulidade,

sempre imputado à ação de enriquecimento. Assim, “a ação própria era a de pedir o preço da venda. Não estava, portanto, a apelante desprovida de meios diretos para fazer valer os seus direitos. Se por culpa sua se colocou em condições de não ter elementos para demanda-los, não se pode queixar da lei de que não se lembrou ao fazer o negócio. Certo está ele (o comprador) na obrigação de pagar, como salvo está o direito da vendedora de cobrar judicialmente o seu preço, mas daí não se segue que pelo fato da vendedora não poder provar a dívida, se possa mudar o título da obrigação para enriquecimento ilícito”. VALLE FERREIRA, José Geraldo do, *Enriquecimento sem causa...* pag. 109-110.

⁵⁸⁴ ARRUDA ALVIM, Agostinho de, *Do enriquecimento sem causa...* pág. 11.

⁵⁸⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da, *Enriquecimento sem causa*, in Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Coord. CARVALHO SANTOS, J.M, v. 20, Rio de Janeiro: Bolshoi, sem data, pág.239.

⁵⁸⁶ VALLE FERREIRA, José Geraldo do, *Enriquecimento sem causa...* pág. 126.

⁵⁸⁷ ARRUDA ALVIM, Agostinho de, *Do enriquecimento sem causa...* pág. 18.

⁵⁸⁸ NEGREIROS, Teresa de Abreu Paiva, *Enriquecimento sem causa...* pág. 792-793.

por sua própria eficácia de fazer as partes retornarem ao seu estado anterior ao ato, reveste adequadamente a pretensão do prejudicado.

A partir dos requisitos de enriquecimento, empobrecimento e correlação, no entanto, surge uma importante discussão, da qual logicamente não participavam aqueles que, como TEIXEIRA DE FREITAS, BEVILAQUA e Jorge AMERICANO, recusavam a figura do enriquecimento sem causa como categoria obrigacional. Essa discussão diz respeito à restituição devida pelo enriquecido ao empobrecido, a saber se esta é determinada pelo fato do enriquecimento ou do empobrecimento, quando estes não coincidem simetricamente. Em outras palavras, a restituição devida seria o *quantum* desfalcado do patrimônio empobrecido ou o *quantum* incrementado ao patrimônio do enriquecido?

Valle FERREIRA manifesta-se em favor da segunda alternativa. Assinalando e valendo-se do argumento de não haver divergência na doutrina de sua época quanto à necessidade do enriquecimento ser atual ao tempo da ação de enriquecimento para justificar seu cabimento, razão que apoia a ênfase no fato do enriquecido e não do empobrecido, o autor afirmou acerca do enriquecimento que:

*Elemento indispensável, já se vê, é o enriquecimento, requisito de dupla importância pois, ao mesmo tempo que fundamenta o direito de repetição da perda sofrida, fornece a medida para o cálculo da restituição devida pelo aumento de riqueza.*⁵⁸⁹

E ainda:

*Normalmente, o patrimônio do enriquecido não pode sofrer desfalques, motivo por que a aquisição sem causa vai devolvida no estado em que se encontra. Em resumo: o incremento é que deve ser restituído, sem prejuízo para os demais elementos do patrimônio enriquecido.*⁵⁹⁰

Agostinho ALVIM, por sua vez, vê esta alternativa como correta, mas incompleta. O incremento patrimonial auferido pelo beneficiário do enriquecimento deveria ser a medida da restituição desde que fosse igual ou inferior ao correspondente prejuízo suportado pelo prejudicado; se fosse maior, a medida adequada passaria a ser, então, o decréscimo patrimonial deste último. A razão é o interessante argumento de que “*de outra maneira, o empobrecido passaria a enriquecido, recebendo além do necessário para o reequilíbrio de seu patrimônio*”.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ VALLE FERREIRA, José Geraldo do. *Enriquecimento sem causa...* pag. 130.

⁵⁹⁰ VALLE FERREIRA, José Geraldo do. *Enriquecimento sem causa...* pag. 134.

⁵⁹¹ ARRUDA ALVIM, Agostinho de, *Do enriquecimento sem causa...* pág. 19.

Arnoldo Medeiros da FONSECA segue o mesmo entendimento, que sintetiza em fórmula prática: entre o incremento ao patrimônio do enriquecido e a redução do patrimônio do empobrecido, a cifra mais baixa determinará o valor da restituição devida. Isso por força da equidade, pois que:

*de uma parte, seria injusto obrigar o enriquecido a restituir mais do que o aumento verificado em seu patrimônio, porque, na hipótese, não se lhe imputa nenhum ato culposos de sua parte. Por outro lado, se se permitisse ao prejudicado reclamar todo o enriquecimento obtido, ainda que fosse menor o valor de seu prejuízo, assim se consagraria um novo enriquecimento sem causa que o justificasse.*⁵⁹²

Um quinto requisito, de capital relevância prática e dogmática, frequentemente apontado como imprescindível para configuração da ação de enriquecimento, é a subsidiariedade da ação. Embora pudesse haver certa variação de autor para autor quanto a todas as implicações da subsidiariedade da ação, ponto pacífico era o de que só seria o caso de uma ação de enriquecimento quando não fosse o caso de nenhuma outra ação regular; ou seja, a ação de enriquecimento seria admitida se, e apenas se, restar como único meio ao alcance do autor para obter o seu intento, satisfazer a sua demanda. Mediante a subsidiariedade da ação, evitar-se-ia, no dizer de Valle FERREIRA, que fosse “*perturbada a economia das instituições existentes*” e que “*se transforme a ação de enriquecimento em uma espécie de action passe-partout, atropelando as regras do direito positivo*”⁵⁹³.

O empenho dos doutrinadores brasileiros que ao longo do século XX propugnaram e enrobusteceram a teoria do enriquecimento no pensamento jurídico brasileiro viria a ser recompensado com a aprovação da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que, revogando o Código de 1916 e instituindo um novo em seu lugar, positivou em nosso ordenamento o enriquecimento sem causa como ato unilateral fonte de obrigações civis.

6. 2 - O Código Civil de 2002 e a posição da doutrina e da jurisprudência

Positivado o enriquecimento sem causa dentro do título reservado aos atos unilaterais, a doutrina de modo geral, infelizmente, não conseguiu fazer uma análise crítica original e sistemática do instituto, se limitando, muitas vezes a importar soluções estrangeiras.

⁵⁹² FONSECA, Arnoldo Medeiros da, *Enriquecimento sem causa...* pág. 242.

⁵⁹³ VALLE FERREIRA, José Geraldo do, *Enriquecimento sem causa...* pág. 165 e 166.

O título reservado pelo Código Civil atual aos atos unilaterais (Título VII do Livro I da Parte Especial) é certamente um dos pontos de maior afastamento em relação ao Código anterior. Afastamento sobretudo sistemático.

Não é que o Código anterior desconhecesse a gestão de negócios e o pagamento indevido; ao contrário, não somente os conhecia como também lhes estabelecia suportes fáticos e imputava-lhes efeitos próximos aos do atual. O Código anterior apenas não os considerava espécies do mesmo gênero, não os reputava fontes de obrigação próprias e independentes, muito menos sistematicamente subordináveis a uma mesma categoria dogmática, e, conseqüentemente, a um mesmo título do Código, sobretudo se a categoria e o título em questão fossem os mesmos reservados à promessa de recompensa.

Em resumo, o Código de 1916 conhecia os fatos e regravava as conseqüências do pagamento indevido e da gestão de negócios, mas lhes assinalava domínios próprios e distintos; sem lhes colocá-los sob um mesmo gênero.

Além de sistemático, o afastamento do Código atual em relação ao Código anterior provocado por essa inovação no livro do direito das obrigações foi também de ordem material, pois, na categoria dos atos unilaterais, foi tipificado o enriquecimento sem causa, a grande inovação do código.

Segundo Cláudio MICHELON JR., o que explica a modificação sistemática - e material - trazida pelo Código de 2002 nesta matéria, isto é, o que explica a positivação do enriquecimento sem causa e a remoção da gestão de negócios e do pagamento indevido do lugar que lhes assinalava o Código de Bevilacqua, para que os três compusessem uma mesma categoria obrigacional, a dos atos unilaterais, é que o Código atual, ao contrário do anterior, recepcionou o chamado princípio jurídico da conservação estática dos patrimônios. O autor formula o princípio da seguinte maneira:

*o valor dos bens e direitos atribuídos a alguém e dos bens e direitos gerados a partir desses bens e direitos já atribuídos deve permanecer, em princípio, no patrimônio desse alguém.*⁵⁹⁴

⁵⁹⁴ MICHELON JR., Claudio, *Direito Restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios*. São Paulo: RT, 2007. pág. 29.

A fórmula expressa a concepção segundo a qual o imperativo do equilíbrio nas relações jurídicas patrimoniais é o fundamento das regras que disciplinam a gestão de negócios, o pagamento indevido e, especialmente, o enriquecimento sem causa.

De acordo com essa concepção, de ênfase material e objetiva, a saída de valores – “bens e direitos” – de um patrimônio em direção a outro, gerando, quando isoladamente considerada, um desfalque no patrimônio do primeiro, deve ser compensada por outro fluxo de valores, de mesma intensidade, mas movendo-se na mesma direção e em sentido contrário, ou seja, saindo do segundo patrimônio em direção ao primeiro. Desse modo, não apenas a somatória do valor dos patrimônios permanece constante, como o valor individual de cada patrimônio também permanece constante. O princípio da conservação estática dos patrimônios constatar-se-ia violado toda vez que a análise objetiva dos patrimônios envolvidos em uma certa atribuição indicasse ter havido variação negativa no valor total de um patrimônio e variação positiva no do outro, demonstrando, assim, ter sido injustificada aquela atribuição.

A conservação estática dos patrimônios, no entanto, não nos parece ser justificativa suficiente para a reunião da gestão de negócios, do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa sob um mesmo gênero obrigacional, muito menos da promessa de recompensa. Em verdade, não há um fundamento comum que possibilite a unificação dogmática das figuras jurídicas, muito menos sob argumento de constituírem atos unilaterais, pois como vimos a figura do pagamento indevido não é decorrente de um ato unilateral.⁵⁹⁵

Primeiramente porque MICHELON, após afirmar categoricamente que a conservação estática dos patrimônios não é um princípio decorrente de outros princípios⁵⁹⁶, não explica se o princípio da conservação estática é apriorístico e axiomático (o que não parece ser o caso, já que há tantos e tão diversos exemplos de fatos jurídicos que acarretam ou derivam de desequilíbrios patrimoniais e foram desde sempre chancelados pela ordem jurídica - sendo a prescrição ou a usucapião grandes exemplos – que parece difícil aceitar como genuíno princípio algo que comporte tantas e tamanhas exceções), e, portanto, do princípio se deduzem as três categorias obrigacionais mencionadas, ou se delas se extrai

⁵⁹⁵ Mesmo aceitando-se que o pagamento indevido seja uma forma de enriquecimento injusto, mais precisamente de enriquecimento sem causa, fato é que os enriquecimentos oriundos de prestação não são atos unilaterais, pois pressupõe um negócio jurídico entre as partes.

⁵⁹⁶ MICHELON JR., Claudio, *Direito Restituitório...*, pág. 29.

indutivamente o referido princípio. Há apenas uma referência não desenvolvida à noção de justiça corretiva aristotélica, que fundamentaria, sem que fique exatamente claro como, o princípio da conservação estática dos patrimônios.⁵⁹⁷

Mas ainda que se reconhecesse a existência do princípio no sistema jurídico brasileiro e que, de uma forma ou de outra, indutiva ou dedutivamente fosse possível conectá-lo a essas três figuras obrigacionais, isso ainda não explicaria satisfatoriamente a unificação da gestão de negócios, do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa sob um mesmo gênero obrigacional, o dos atos unilaterais. Tal explicação não passaria de racionalização *ex post facto*, e seria comprometida por uma grande falha. Afinal, não se pode esquecer que o Código atribui ao gênero dos atos unilaterais uma quarta espécie, a da promessa de recompensa. Na mais benevolente das hipóteses, a promessa de recompensa é indiferente ao princípio da conservação estática dos patrimônios; na menos benevolente, caracteriza-se como uma clara exceção ao princípio. Se anuncio publicamente que recompensarei com determinada quantia em dinheiro quem primeiro resolver certo problema matemático, não poderei me desobrigar de recompensar a quem de fato o resolva alegando que a solução do problema não me agregou valor patrimonial, nem na forma de bens nem na de direitos, e que, dessa forma, pagar a recompensa violaria o princípio da conservação estática dos patrimônios.

O mais correto, segundo nos parece, é admitir que a positivação do enriquecimento sem causa junto com a atribuição de eficácia obrigacional ao pagamento indevido, com o consequente deslocamento deste fato jurídico de seu domínio próprio – o de caso e problema específico relativo ao adimplemento das obrigações, isto é, o pagamento feito por erro do agente –, trouxeram os inevitáveis defeitos de sistematização já preditos por Clóvis BEVILAQUA e Jorge AMERICANO como razões que aconselhavam a assinalar o pagamento indevido como espécie de pagamento e a não positivar o enriquecimento sem causa. Defeitos estes agravados pela opção normativa de uni-los à promessa de recompensa e à gestão de negócios em um grande e único gênero obrigacional, o dos atos unilaterais.

É curioso notar que, além de artificial, essa tentativa malograda de sistematização, particularmente no tocante à alocação do enriquecimento sem causa na sistemática geral do direito obrigacional instituída pelo Código, foi, em larga medida, desnecessária.

⁵⁹⁷ MICHELON JR., Claudio. *Direito Restitutivo...*, pág. 183/184.

A acomodação lógica e sistemática no ordenamento da porvindoura ação de enriquecimento sem causa nunca foi motivo de preocupação da doutrina que a apregoava. Tampouco o enriquecimento sem causa era concebido como a espécie esquecida de algum gênero obrigacional concebido previamente, e que, por esta ausência permanecia incompleto, de modo que a positivação daquele viria a preencher a lacuna deste, e nisto residiria o motivo para a sua positivação.

Os argumentos dos propugnadores da ação de enriquecimento giravam em torno ou da alta conveniência de se ter disponível no ordenamento um instrumento para atacar os efeitos da atribuição patrimonial de efeitos viciosos sem ser preciso atacar-lhe a validade, ou de se atender a exigências da Moral, da equidade, ou de outros princípios gerais de direito – em suma, de se dar cumprimento ao mal compreendido preceito do *jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiolem*. À exceção dos que diziam ser a ação de enriquecimento o anverso logicamente necessário da regra de responsabilidade civil, todos os demais doutrinadores, não obstante a defesa que faziam da previsão positiva da ação em nosso ordenamento, reconheciam que os fundamentos da ação de enriquecimento eram mais remotos do que analogias ou raciocínios *a contrario sensu* feitos com base em outros fatos jurídicos ou categorias dogmáticas; reconheciam de certo modo, implícita ou explicitamente, a particularidade e excepcionalidade do enriquecimento sem causa enquanto fonte obrigacional.

Assim, além de mais correto em termos de sistematização, o Código seria também mais consoante à doutrina que defendeu, promoveu e reivindicou a ação de enriquecimento em nosso ordenamento, se houvesse positivado o enriquecimento como categoria obrigacional excepcional, uma fonte obrigacional *sui generis*, tal como fez o *Codice Civile* de 1942, sem subordiná-lo a um outro gênero.

Mas esse talvez tenha sido o único desvio significativo tomado pelo Código de 2002 em relação à doutrina que o precedeu no tocante à figura do enriquecimento sem causa. No mais, pode-se afirmar com segurança que atuar em consonância, ou, mais precisamente, recolher as orientações da doutrina pátria que o precedeu e normatizá-las foi ao que se limitou a fazer o Código atual em matéria de enriquecimento sem causa.

Naturalmente que a doutrina privilegiada neste sentido foi a de Agostinho ALVIM, a quem coube elaborar o livro de Direito das Obrigações do atual Código Civil. Assim como

ocorrera com Clóvis BEVILAQUA e sua codificação, mais uma vez o doutrinador – Agostinho ALVIM - se fez legislador e aproveitou a própria doutrina para construir as disposições normativas do Código Civil. Mas se naquela oportunidade a responsabilidade pela elaboração do anteprojeto de código civil coube a um crítico da ideia de enriquecimento sem causa como fonte obrigacional, o que resultou em sua preterição pelo Código de 1916, desta vez a responsabilidade pelo código, pelo Livro das Obrigações ao menos, coube a um entusiasta do enriquecimento enquanto categoria obrigacional autônoma, que o incluiu no corpo normativo como fonte de obrigações.

Segundo relata Miguel REALE em sua exposição de motivos para o novo Código Civil, deve-se ao próprio Agostinho ALVIM a:

alteração substancial no Título pertinente aos atos unilaterais, por entender-se que...entre as obrigações originárias da declaração unilateral da vontade devem figurar a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa.⁵⁹⁸

Verifica-se com facilidade a informação de Miguel REALE. As mesmas ideias que ALVIM possuía a respeito do enriquecimento sem causa enquanto, à época, apenas categoria obrigacional de direito civil hipotética, foram as que determinaram os elementos constitutivos e as consequências do enriquecimento sem causa enquanto fato jurídico positivo no Código Civil de 2002.

Giovanni Ettore NANNI, analisando exegeticamente o artigo 884 do Código Civil, segundo o qual “*aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido*”, leciona que os elementos que configuram o enriquecimento sem causa são: enriquecimento de um sujeito⁵⁹⁹, empobrecimento de outro⁶⁰⁰ (como elemento mais característico que obrigatório; nem absolutamente indispensável, nem dispensável em todos os casos, mas algo “*a ser ponderado conforme as circunstâncias específicas*”⁶⁰¹), nexos de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento (ou um fato que se ligue ao empobrecido)⁶⁰², e ausência de justa causa⁶⁰³ -

⁵⁹⁸ REALE, Miguel. *Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil*, doutor Miguel Reale, datada de 16 de janeiro de 1975. Revista da EMERJ, edição especial, parte 1, fev./jun. 2002, pág. 24.

⁵⁹⁹ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa...* pág. 255.

⁶⁰⁰ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa...* pág. 274.

⁶⁰¹ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa...* pág. 278.

⁶⁰² NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa...* pág. 279.

⁶⁰³ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa...* pág. 283.

os mesmos elementos, postos em termos muito similares, com que ALVIM, ainda na vigência do antigo Código, desenhava e tipificava a ação de enriquecimento.⁶⁰⁴

A obrigação do enriquecido de restituir exatamente aquilo com que se locupletou ou, em caso deste bem não mais existir, de restituir o seu valor à época da exigência, fixada pelo parágrafo único do artigo 884 do Código Civil, era por sua vez, opção já chancelada por Agostinho ALVIM para lidar com o problema do objeto da obrigação do sujeito passivo no enriquecimento sem causa. O autor do Livro das Obrigações do Código Civil fala em “*devolução por enriquecimento*” para o primeiro caso, e “*sub-rogação no preço*” para o segundo⁶⁰⁵, lembrando que, de um modo ou de outro, o enriquecimento teria de necessariamente subsistir ao tempo da ação.

O caráter necessariamente subsidiário da ação de enriquecimento também já era afirmado pelo autor antes de o artigo 886 do Código Civil positivá-lo, declarando não caber restituição com fundamento em enriquecimento sem causa se o prejudicado pelo fato do enriquecimento dispuser de outros meios legais (leia-se: ações) “*para se ressarcir do prejuízo sofrido*”⁶⁰⁶. Agostinho ALVIM atribui à subsidiariedade da ação de enriquecimento um sentido, implicações, e justificativas muito particulares:

Quando a lei não cogita do caso, nem de um modo nem de outro [isto é, nem justifica um enriquecimento nem o repudia prescrevendo remédio específico], e a figura do enriquecimento se aperfeiçoa, então é que surge a ação de enriquecimento, por isso mesmo de caráter subsidiário.

⁶⁰⁴ ARRUDA ALVIM, Agostinho de, *Do enriquecimento sem causa...* pág. 18. Acerca do elemento “empobrecimento” para a configuração do enriquecimento sem causa, Arruda Alvim também afirmava que nem sempre era necessário que o sujeito ativo da relação obrigacional sofresse uma diminuição patrimonial para que o enriquecimento auferido pelo sujeito ativo qualificasse um enriquecimento sem causa: “Mas, é certo que o empobrecimento, aqui ou ali, pode faltar, sem comprometer a figura do enriquecimento injustificado, ou, pelo menos, pode não existir no sentido de diminuição do patrimônio” (*Do enriquecimento sem causa...* pág. 29).

⁶⁰⁵ ARRUDA ALVIM, Agostinho de, *Do enriquecimento sem causa...* pág. 19.

⁶⁰⁶ O artigo 886 do Código Civil estabelece que “não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. A redação do artigo é problemática e trai o cuidado do artigo 884, que estabelece o dever de restituição em casos de enriquecimento “à custa de outrem”. O emprego dessa expressão abrangente faz com que, segundo defende o próprio Agostinho Alvim, a configuração do enriquecimento sem causa não ocorra somente mediante o empobrecimento patrimonial de outro sujeito que reclame, dessa forma, o ressarcimento de prejuízos sofridos. Dito de outro modo, o objeto da ação de enriquecimento, segundo o próprio autor do Livro das Obrigações do Código, não é sempre e necessariamente o ressarcimento de prejuízos; logo, a dicção do artigo, ao mencionar “prejuízos sofridos”, levanta dúvida acerca do caráter de subsidiariedade da ação ser aplicado a todos os casos de enriquecimento ou somente àqueles casos que envolvam um ato de empobrecimento, o que não concordamos, pois a noção de prejuízo é que deve ser amplamente interpretada.

Isto não quer dizer que se alguém dispor de outra ação, propuser a de enriquecimento, deva ser repellido.

*O que sobretudo se procura impedir é que, negado o caráter subsidiário, intente-se ação de enriquecimento, num caso em que o Direito comum não a admitiria.*⁶⁰⁷

Como se vê, Agostinho ALVIM, no exercício da posição de influência que lhe coube, foi o grande responsável por fazer as críticas doutrinárias à ausência de uma ação de enriquecimento aos moldes alemães ou suíços no Código Civil de 1916 culminarem na positivação do enriquecimento sem causa como fonte obrigacional no Código Civil de 2002.

6.2.1 - Enriquecimento sem causa como direito restitutivo

Cláudio MICHELON JR., escapando à tendência da doutrina pós Código de 2002, levou adiante a investigação dos fundamentos teóricos do enriquecimento sem causa e pretendeu encontrá-los no quadro maior do chamado direito restitutivo.

A tese dogmática de MICHELON é que o atual Código Civil, rompendo com a proeminência e centralidade do princípio da autonomia da vontade que orientou o Código de 1916 e todas as grandes codificações oitocentistas em matéria de direito das obrigações, recuperou a noção de que haveria certos fatos jurídicos que, embora não constituíssem contratos típicos, nem atos ilícitos, nem declarações de vontade *stricto sensu*, ainda assim possuiriam eficácia obrigacional, o que tornaria esses fatos fontes residuais de obrigações – as chamadas fontes restitutórias.

Se estes fatos não haviam sido até então reconhecidos como fontes de obrigações pelo ordenamento, era por força do império do paradigma da vontade que, dominando e enviesando a dogmática do século XIX e começo do século XX, remodelava e reconduzia essas fontes a manifestações de vontade, assimilando estes fatos em outras fontes – ou efeitos – de obrigações. No entanto, as fontes residuais, a despeito do que sobre elas afirmava a doutrina e da categoria normativa que lhes assinalavam os códigos, eram em si mesmas fontes de obrigações e reclamavam ser como tais disciplinadas.

A particularidade das fontes restitutórias residia no fato de que, examinadas de perto, eram todas atos lícitos, que, embora pudessem envolver uma manifestação de vontade, dela prescindiam para gerar seus respectivos vínculos obrigacionais. As únicas condições necessárias para tanto seriam, no âmbito das fontes restitutórias, puramente objetivas: um

⁶⁰⁷ ARRUDA ALVIM, Agostinho de, *Do enriquecimento sem causa...* pág. 33.

acréscimo patrimonial de um sujeito obtido à custa de outro, que geraria ao primeiro a obrigação de restituir o incremento ao segundo. O enriquecimento sem causa, neste quadro, seria “o instituto paradigmático do direito restitutivo”.

A respeito do Código Civil de 2002, MICHELON, sintetizando sua teoria, afirma que:

A reunião das três fontes clássicas do direito restitutivo (pagamento indevido, gestão de negócios e a vedação geral do enriquecimento sem causa) em um mesmo título é evidência de que o Código de 2002 se insere nessa tendência de ressystematização da teoria das fontes obrigacionais, na qual, ao lado das declarações de vontade e da responsabilidade civil, figuram as fontes restitutórias de obrigação.⁶⁰⁸

Apesar dos inegáveis méritos da teoria de Michelin - sendo que, na escassez de estudos a respeito, a própria investigação acerca das bases teóricas do enriquecimento sem causa e do pagamento indevido já é em si mesma uma grande contribuição dogmática -, assentar os fundamentos do enriquecimento sem causa na noção maior de direito restitutivo parece-nos uma explicação implausível, ou, ao menos, insuficiente.

MICHELON ignora o direito restitutivo canônico e suas origens, já apontadas no capítulo 2.1. Como demonstrado, o direito restitutivo canônico e depois desenvolvido por GRÓCIO não tem por fundamento direto o enriquecimento injusto, mas o *dominium*, a violação da propriedade ou de outro direito, mas sem levar em consideração as categorias civilísticas. Ao assentar a ideia de direito restitutivo no princípio fundamental da conservação estática dos patrimônios, o Autor não diz muito, pois tudo pode ser nele baseado, inclusive os contratos o eram.

Voltar-se ao direito restitutivo tal como concebido por MICHELON não é diferente de voltar-se ao princípio do *jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem*, o que também não diz nada em termos dogmáticos.

O próprio MICHELON admite que o direito restitutivo não se resume apenas ao enriquecimento sem causa, ao pagamento indevido e à gestão de negócios. Segundo o autor:

É necessário ter em mente que o conjunto de institutos e regras do direito restitutivo, em sua feição contemporânea, abrange mais institutos e regras do que aqueles que são referidos pela expressão “quase-contrato”, em seu sentido clássico. Além da gestão de negócios e do pagamento indevido, outros institutos, para além mesmo do direito das obrigações, podem ser considerados institutos de

⁶⁰⁸ MICHELON JR., Claudio. *Direito Restitutivo...* pág. 26.

*direito restitutivo, como, por exemplo, as regras sobre frutos, benfeitorias, acessões e sobre a aquisição de propriedade por especificação, tipicamente tratadas como aspectos de direitos reais.*⁶⁰⁹

Se MICHELON considera que a vedação ao enriquecimento sem causa enquanto princípio também integra a rede normativa do direito restitutivo – o que parece ser o caso – então, pelo raciocínio do autor, até mesmo os efeitos da anulação do negócio jurídico de fazer as partes retornarem ao estado anterior e do encerramento dos contratos por formas que não o adimplemento, também são consequências da noção mais ampla de direito restitutivo.⁶¹⁰

Mas se o direito restitutivo não se esgota nas três fontes obrigacionais – enriquecimento sem causa, pagamento indevido e gestão de negócios –, se aparentemente inúmeros outros fatos jurídicos são inspirados e encontram seus fundamentos no direito restitutivo, por que então somente o enriquecimento sem causa, o pagamento indevido e a gestão de negócios fazem jus à eficácia obrigacional autônoma? O que justifica que apenas esses três fatos jurídicos sejam considerados e regrados como fontes independentes de obrigações e não o sejam todos os demais que, assim como esses três, também enraízam-se nos preceitos do direito restitutivo? Porque o negócio jurídico anulado também não é uma fonte obrigacional autônoma? Por que também não o são, para citar os outros exemplos dados por MICHELON, a produção de frutos, a realização de benfeitorias, as acessões e a aquisição de propriedade por especificação?

MICHELON critica o Código de Bevilacqua por regular o pagamento indevido entre as formas de extinção das obrigações e não entre as fontes de obrigações⁶¹¹. Deveria, então, criticar o Código de 2002 por manter tantos fatos jurídicos que também se assentam sobre o direito restitutivo privados da eficácia obrigacional que lhes é dogmaticamente devida.

O autor, no entanto, declara expressamente que “*em um livro de dogmática jurídica as teses sobre história não oferecem premissas seguras para os argumentos que serão desenvolvidos*”.⁶¹² Despojado e ignorando todo aspecto histórico, sua tese a respeito do fundamento do enriquecimento e do pagamento indevido perde consistência.

⁶⁰⁹ MICHELON JR., Claudio, *Direito Restitutivo*...pág. 23.

⁶¹⁰ MICHELON JR., Claudio, *Direito Restitutivo*...pág. 176.

⁶¹¹ MICHELON JR., Claudio, *Direito Restitutivo*...pág. 21.

⁶¹² MICHELON JR., Claudio. *Direito Restitutivo*...pág. 18.

Em resumo, a teoria de MICHELON não oferece uma boa teoria do enriquecimento sem causa e do pagamento indevido como fonte obrigacional porque se limita apenas a assentar os fundamentos do enriquecimento sem causa na ideia de direito restitutivo, que por sua vez é categoria amorfa, sem oferecer explicações dogmáticas, e não somente históricas, do por que certos fatos jurídicos fundamentados no direito restitutivo são fontes de obrigações por si mesmas, a despeito das categorias que lhes reservem os códigos, como é o caso do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa, e outros fatos jurídicos igualmente assentados no direito restitutivo não são fontes de obrigações.

A tentativa de MICHELON de construir uma teoria para o enriquecimento sem causa, embora incompleta ao nosso ver, representa um feliz afastamento da doutrina contemporânea que se debruça sobre o enriquecimento sem causa tipificado no Código Civil de 2002. Em geral, as preocupações doutrinárias se voltaram a um problema mais prático, o de orientar a jurisprudência na correta aplicação dessa fonte obrigacional. Para tanto, além da análise do suporte fático do enriquecimento sem causa, e da delimitação do conteúdo da prestação do enriquecido, as monografias buscaram desenvolver tipologias que refinassem a suposta cláusula geral⁶¹³ de enriquecimento instituída pelo artigo 884 do Código Civil.

6. 2. 2 – Algumas posições doutrinárias

Giovanni Ettore NANNI opta por uma distinção tradicional cujo critério é o sujeito responsável pelo acréscimo patrimonial do enriquecido às custas do (geralmente) empobrecido. Divide, assim, todos os casos de enriquecimento entre o enriquecimento decorrente de um comportamento do enriquecido e o enriquecimento decorrente de um comportamento do empobrecido. Estes, por sua vez, subdividem-se em casos de enriquecimento imposto, enriquecimento que deriva de prestação alheia, e enriquecimento que decorre de comportamento altruístico. Essa tipologia salienta que, enquanto os enriquecimentos decorrentes de comportamentos do enriquecido se aproximam

⁶¹³ Nos dizeres de Judith Martins COSTA, “As cláusulas gerais, (...) constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.” (*O direito privado como um ‘sistema em construção’ – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, v. 753, pág. 24-48, jul. 1998, pág. 26/27).

sobremaneira do campo da responsabilidade civil, os que derivam do comportamento empobrecido aproximam-se do campo dos contratos.⁶¹⁴ Outro ponto importante de sua obra é o destaque que o autor atribui à diferenciação entre o instituto do enriquecimento sem causa como fonte obrigacional, do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa, que norteia vários institutos jurídicos.⁶¹⁵

Lucas HILDEBRAND fragmenta a cláusula geral do enriquecimento em três subcategorias - o enriquecimento oriundo de uma prestação patrimonial⁶¹⁶, o enriquecimento por intervenção⁶¹⁷ e o enriquecimento por despesas efetuadas por terceiro⁶¹⁸-, refinando os pressupostos gerais para a configuração do enriquecimento sem causa de acordo com cada categoria específica.

Maria Candida Amaral KROETZ⁶¹⁹, por exemplo, se volta a ideia de uma doutrina unitária sobre o enriquecimento, mais centrado no conceito de atribuição patrimonial e busca, inclusive, afastar a subsidiariedade da ação, amplamente baseada na doutrina portuguesa e alemã. No entanto, no que diz respeito ao objeto da restituição, sustenta ser devido o enriquecimento de fato recebido pelo enriquecido, afastando-se de uma concepção dinâmica de enriquecimento. Todavia, reinsere todos os casos historicamente tratados dentro do âmbito do enriquecimento, como benfeitorias, construção em terreno alheio, e até mesmo casos que nunca foram vistos como de enriquecimento, senão pela doutrina alemã, como as prestações feitas sob contratos inválidos. Até o desequilíbrio das prestações entra no âmbito do enriquecimento sem causa para a autora.

Já Menezes LEITÃO, julgando ser demasiadamente genérica a cláusula geral de enriquecimento do artigo 894 do Código Civil de 2002, de modo a inviabilizar uma abordagem dogmática unitária do enriquecimento sem causa, fixa uma tipologia que, baseada na doutrina alemã, divide o enriquecimento sem causa em quatro categorias: o enriquecimento por prestação, o enriquecimento por intervenção no patrimônio alheio, o

⁶¹⁴ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa...* pag. 318/327.

⁶¹⁵ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa...* pág. 192 e ss.

⁶¹⁶ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, *Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*. 2010. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, pág. 113-115.

⁶¹⁷ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, *Pressupostos da obrigação de restituir...*pág. 133-137.

⁶¹⁸ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, *Pressupostos da obrigação de restituir...*pág. 138-143.

⁶¹⁹ KROETZ, Maria Candida do Amaral, *Enriquecimento Sem Causa No Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e Recomposição Patrimonial*, Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Paraná, 2005. Págs. 67 e ss, 104 e ss, 162 e ss, e 180 e ss.

enriquecimento por despesas realizadas em benefício alheio, e o enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio, com cada categoria reclamando tratamento particular em relação às demais.⁶²⁰

Importante notar que o pagamento indevido é na maioria das vezes tratado quase que como um mero subcapítulo do enriquecimento sem causa.⁶²¹, embora seja reconhecida a distinção entre as figuras, quando não se defende uma unificação dogmática, se defende uma unificação principiológica.⁶²²

Tanto esforço teórico-analítico dispendido na busca pela tipologia mais adequada para o enriquecimento sem causa e o pagamento indevido foi gratuito. Na falta de uma teoria geral que antecederesse e desse suporte a essa categoria obrigacional no ordenamento brasileiro, o desenvolvimento de uma tipologia para o enriquecimento sem causa, segundo Menezes LEITÃO, foi uma necessidade operacional, imposta pelo fato de serem os pressupostos estipulados pela cláusula de enriquecimento do artigo 884 do Código Civil excessivamente amplos e genéricos, o que poderia levar a “*uma aplicação indiscriminada dessa cláusula geral, colocando em causa a aplicação de uma série de outras regras de Direito positivo*”.⁶²³

Para Lucas HILDEBRAND, a tipologia do enriquecimento sem causa serviria também para corrigir o problema que, igualmente suscitado pela amplitude e vagueza dos pressupostos de incidência da cláusula geral, seria o oposto de sua aplicação indiscriminada: a inefetividade prática do enriquecimento sem causa como fonte obrigacional. Analisando alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, o autor adverte que, como consequência do “*desconhecimento do real alcance da obrigação restitutória*”, os julgadores responsáveis por revelar a incidência da cláusula geral do enriquecimento sem causa nos casos concretos podem sentir “*a necessidade da procura por uma fonte tradicional para se condenar à obrigação*”.⁶²⁴

⁶²⁰ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro*. in Revista CEJ, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 2004, pág. 28.

⁶²¹ Principalmente por KROETZ, Maria Candida do Amaral, *Enriquecimento Sem Causa...* pág. 135/136.

⁶²² Como faz MICHELON JR, por exemplo, ao ligar o pagamento indevido e enriquecimento sem causa ao princípio da equivalência dos patrimônios e do direito restitutivo.

⁶²³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *O enriquecimento se causa...* pág 25.

⁶²⁴ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, *Pressupostos da obrigação de restituir...* pág.181.

A doutrina brasileira do enriquecimento sem causa, logo se vê, apesar da aprovação geral à recepção do enriquecimento sem causa no Código de 2002, deixou de perceber e tentar remediar os problemas sistemáticos e operacionais da cláusula de enriquecimento contida no artigo 884 do Código, cuja positivação abriu, com efeito, margens largas para conflitos antinômicos entre o enriquecimento sem causa e outras categorias obrigacionais, tais como o ato ilícito e o pagamento indevido.

6.3 - Considerações acerca do enriquecimento sem causa e do ato ilícito no Código de 2002.

Remetemos o leitor às nossas conclusões sobre a primeira parte desta tese, fundamental para compreender e interpretar nosso código sobre o enriquecimento sem causa. Mas fato é que depois de sua positivação, a doutrina é quase unânime⁶²⁵ ao classificar o enriquecimento sem causa como fonte obrigacional. Outro ponto tido por muitos como uma verdade inafastável, devido à influência portuguesa e alemã é de se considerar o pagamento indevido uma espécie submetida ao gênero do enriquecimento, o que é de se repudiar veementemente.

A doutrina da separação do instituto entre casos de enriquecimento oriundos de atribuição patrimonial e os demais é matéria que se impõe pela realidade das diversas pretensões. Um dos objetivos desta tese foi de demonstrar que os casos de enriquecimento oriundos de atribuição patrimonial, tradicionalmente o campo das *condictiones*, pertence ao campo contratual e não é uma fonte autônoma de obrigação, pois seu fundamento se encontra na frustração da finalidade da atribuição patrimonial, finalidade essa que é negocial (mesmo que unilateral em alguns casos).

Já os casos que não são originados de uma atribuição patrimonial são, de regra, fundamentados na violação de um direito, o que aproxima em muito a matéria da responsabilidade civil por ato ilícito. Portanto, é impossível fazer uma análise completa e dogmática do enriquecimento sem causa tal como positivado entre nós sem fazer um estudo aprofundado da responsabilidade civil por ato ilícito, o que fugiria em demasia do objeto do

⁶²⁵ À exceção da crítica bem fundamentada de José Roberto de Castro NEVES (*O enriquecimento sem causa...* pág. 1252/1253) que, seguindo opinião de PLANIOL, considera o enriquecimento sem causa entre nós como um tipo de ato ilícito, mas cuja indenização é limitada pelo enriquecimento, mesmo que o dano seja maior. (pág. 1254)

presente trabalho. Mas fato é que a doutrina, até o momento, tem escapado à sua missão nesse aspecto.

Assim, faremos apenas alguns comentários dogmáticos sobre o enriquecimento sem causa positivado em nosso Código.

Seu principal campo de atuação, entendemos, seria nos casos denominados como intervenção em patrimônio alheio, pois todas matérias de despesas, benfeitorias, aquisição de propriedade, etc., estão positivadas no livro dos direitos reais. As *condictiones*, quando não tratadas ao longo do código, como no capítulo da doação, por exemplo, é dogmaticamente afeita ao pagamento indevido, pois não se trata de ação de enriquecimento, como já demonstrado. Matérias relativas à restituição por resolução, rescisão, anulação, etc., também são dogmaticamente separadas do enriquecimento sem causa. Isso tudo é reforçado pela subsidiariedade da ação.

Restou, portanto, um campo restrito de aplicação do art. 884, que é muito interligado com o do ato ilícito, o do enriquecimento por intervenção. No que diz respeito a sua relação com o ato ilícito, o que podemos notar é que o legislador alterou a redação do antigo art. 159 e passou a exigir como pressuposto do ato ilícito o dano. Leia-se: “*Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

Enquanto o antigo artigo 159 dispensava a cumulação da violação de direito com o dano, falando em “*violar direito ou causar prejuízo*”, o atual artigo exige o dano como pressuposto da ilicitude. Pode-se dizer, que, ao fazer isso, o legislador de 2002 teria separado as pretensões voltadas a indenização de um ganho indevido, das de indenização de uma perda.

Mas tudo dependerá da conceituação de dano. Interpretando-se dano de maneira restrita afastar-se-ia o lucro indevido como objeto da pretensão, mas interpretando-se o dano de maneira ampla, considerando como dano aquilo que temos a menos do que deveríamos ter, como define SÃO TOMAS AQUINO, não haverá muito espaço para aplicação do enriquecimento sem causa.

No entanto, o art. 886 traz uma previsão interessante que vai além da subsidiariedade da ação: “Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.”

A lei, explicitamente, caracteriza o enriquecimento auferido pelo enriquecido como prejuízo. Isso não quer dizer que a lei está limitando os casos de enriquecimento aos casos de *subtractive enrichment*, mas sim considerando o enriquecimento uma forma de prejuízo, adotando, por assim dizer, o conceito amplo de dano. Afinal, por exemplo, deixar de receber royalties por uso de marca sem autorização, não deixa de ser um prejuízo claro ao titular da marca, por mais que a conduta do enriquecido não tenha lhe causado nenhuma diminuição patrimonial, fato é que ela deixou de lhe gerar um lucro. O que é uma forma clara de prejuízo.

Tal interpretação, apesar de ampliar, em tese, o campo de aplicação do art. 884, também o reduz, pois se a legislação civil adotou o conceito amplo de dano e de prejuízo, o operador do direito precisa recorrer-se primeiro ao ilícito para pleitear sua indenização, devido à subsidiariedade da ação de enriquecimento. Somente se faltar alguns dos pressupostos da ilicitude, poderá recorrer-se ao enriquecimento sem causa. Nesse aspecto, pode-se dizer que a ação de enriquecimento sem causa pode ser vista, nos dizeres de PAOLO GALLO, como uma verdadeira ação de super responsabilidade civil sem culpa: “*Ma poiché ai fini della configurazione di un obbligo di natura restitutoria non è necessaria la colpevolezza, la responsabilità da arricchimento può essere vista alla stregua di una super responsabilità civile senza colpa.*”⁶²⁶

Ela seria uma espécie de evolução da responsabilidade civil por ato ilícito, ainda, embora cada vez menos, ligada a ideia delitual, de penalizar uma conduta ilícita. Mas com a tendência cada vez maior à objetivação da responsabilidade civil e, adotando-se o conceito amplo de dano, sobra muito pouco para ação de enriquecimento. Como aponta PONTES DE MIRANDA, “*entre o dano derivado do ato ilícito e o enriquecimento injustificado há de comum serem diferenças do patrimônio de outrem, no momento a e no momento b: ali, mudança negativa, aqui, positiva.*”⁶²⁷

⁶²⁶ GALLO, Paolo, *Arricchimento senza causa...* pág. 449.

⁶²⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI, §3132.

6. 4 - O objeto da restituição

Normalmente, o elemento “enriquecimento” é posto pelas legislações como uma limitação do objeto a se restituir. Assim ocorre no direito alemão, no direito italiano e no direito português, onde a obrigação de restituir o indevidamente auferido é limitada ao enriquecimento.

A limitação ao enriquecimento é, por assim dizer, o ponto nodal das ações de locupletamento. Isto é, o enriquecido só se obriga a restituir o que ganhou indevidamente somente no limite do que se enriqueceu e do que ainda lhe resta em seu patrimônio ao tempo da propositura da ação. A doutrina brasileira sobre o tema, muito bem exposta por HILDEBRAND⁶²⁸, em sua maioria sustenta pela atualidade do enriquecimento, doutrina conhecida como enriquecimento patrimonial, a exceção de KROETZ, que sustenta ter o código adotado a doutrina do enriquecimento real⁶²⁹, isto é, não qualquer limitação à obrigação de restituir. O enriquecido deve restituir tudo o quanto recebeu indevidamente.

A doutrina do enriquecimento real, no entanto, foge à regra das atuais legislações bem como da história do instituto. O enriquecimento real, que nada mais é do que uma ação de repetição, é típico dos casos de *condictio*, não dos casos ligados à *actio de im rem verso*.

Como explica TRIMARCHI, a responsabilidade civil evoluiu do conceito de dano estático, isto é, de se ressarcir o valor do bem danificado, para um conceito patrimonial, de se ressarcir não só o valor do bem danificado, mas também de todo prejuízo patrimonial que o lesado sofreu por conta de não poder utilizar seu bem, incluídos danos emergentes e lucros cessantes. O mesmo teria se dado em relação ao enriquecimento sem causa, partindo inicialmente de um paradigma estático, mas evoluindo, tal como a responsabilidade civil, num sentido patrimonial e dinâmico.⁶³⁰

⁶²⁸ HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, *Pressupostos da obrigação de restituir...* pag. 40/44.

⁶²⁹ KROETZ, Maria Candida do Amaral, *Enriquecimento Sem Causa...* pág. 104 e ss.

⁶³⁰ “*In tal modo, si passò da una concezione del danno che faceva riferimento solo alla cosa, considerata staticamente, ad una concezione che faceva invece riferimento al patrimonio, considerato come unità dinamica, e quindi al titolare del patrimonio, che ne è l’elemento propulsore. Analogamente, dell’arricchimento possono darsi due concezioni: una che diremo ‘reale’ e una che diremo ‘patrimoniale’, delle quali la prima – sembra – ha preceduto storicamente la seconda. [...] La concezione patrimoniale dell’arricchimento si distingue da quella che abbiamo designato come ‘reale’ perché non fa riferimento alla cosa indebitamente conseguita e ai suoi surrogati, bensì all’intero patrimonio e alle ripercussioni che su di esso ha avuto il fatto produttivo dell’arricchimento, il quale viene in tal modo inteso come pari alla differenza fra la consistenza del patrimonio quale è in seguito al fatto produttivo dell’arricchimento e quella che avrebbe avuto se tale fatto non si fosse verificato. Ciò comporta che si debba tener conto anche delle eventuali*

No entanto, nosso código civil não trata do assunto e parece não ter adotado nenhuma posição específica a respeito da extensão do objeto da restituição, como o fez o código italiano, o alemão e o português. Ao contrário, o art. 884 determina a restituição do que foi auferido e com correção monetária. Assim, não existe nenhuma limitação legal ao objeto da restituição.

Entretanto, a redação do artigo tal como está o transforma em verdadeiro caso de repetição e não de enriquecimento, como diz seu título.

Exatamente por não ter tido nenhuma base teórica clara que o inspirou, o nosso código adotou posição assaz complicada e contraditória na regulamentação do enriquecimento. Toda doutrina que o inspirou se baseava principalmente na *actio de in rem verso* francesa, daí a adoção da subsidiariedade da ação. No entanto, ao se determinar a restituição do que foi auferido indevidamente, bem como a redação do art. 885, passa a impressão de que se estaria falando de uma espécie de *condictio sine causa*, que é, todavia, tratada dogmaticamente no capítulo do pagamento indevido, antes do enriquecimento sem causa.

Dessa maneira, é realmente muito complicado fazer uma análise dogmática do instituto nesse aspecto. De modo geral, por conta do peso histórico e do direito comparado, bem como de uma análise sistemática do instituto, faz mais sentido a interpretação de que o objeto da restituição é limitado pelo enriquecimento existente ao tempo da propositura da ação. Até porque o art. 884 prevê que “*aquele que se enriquecer*”, fica sujeito a restituir o “*indevidamente auferido*”, reforçando o caráter de enriquecimento da ação. Tal como a responsabilidade civil é dinâmica, seu irmão gêmeo, o enriquecimento injusto também deve ser.

Pode-se dizer que é da essência mesmo das ações de enriquecimento a sua natureza dinâmica, pois como afirma PONTES DE MIRANDA⁶³¹, “*O enriquecimento, em si, é fato ‘stricto sensu’, que concerne à relação material entre dois patrimônios*”, refletindo opinião parecida de VON TUHR⁶³².

diminuzioni patrimoniali (danni o spese) che siano state causate da, o siano collegate con il fatto produttivo dell'arricchimento; l'arricchimento risulterà dunque da un salto fra voci attive e voci passive.” TRIMARCHI, Pietro, *L'Arricchimento senza causa*, Milano: Giuffrè, 1962, pág. 117/119.

⁶³¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI... §3134. Cf. ainda §3147.

⁶³² VON TUHR, Andreas, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung...* pág. 13.

Portanto, a pretensão de ressarcimento do enriquecimento sem causa é de natureza dinâmica e não estática, não é ação de repetição. Essa parece ser a doutrina adotada pelo nosso Código, embora não expressamente.

6.5 - O erro no pagamento indevido e sua autonomia em face do enriquecimento sem causa

Sobre a caracterização do pagamento indevido como uma espécie de enriquecimento sem causa, muito já foi dito ao longo desta tese. Sobre a aplicação e pressupostos da *condictio indebiti* remetemos o leitor à obra de MICHELON JR.⁶³³, que fez excelente apresentação dogmática do instituto⁶³⁴. A Professora Judith MARTINS COSTA e Gustavo HAICAL escreveram excelente artigo⁶³⁵ sobre o tema, defendendo também a autonomia do pagamento indevido frente ao enriquecimento sem causa, tal como o faz NANNI⁶³⁶.

No entanto, fazemos uma ressalva a respeito do que os referidos autores sustentam a respeito do erro como requisito do pagamento indevido. Afirma MICHELON⁶³⁷, em posição compartilhada por Judith MARTINS COSTA e HAICAL:

Todavia, o pagamento indevido não é um instituto análogo ao negócio jurídico e, por essa razão, o conceito de erro no pagamento indevido não é o mesmo conceito de 'erro invalidante' dos negócios jurídicos. O pagamento indevido não é expressão da autonomia privada como é o negócio jurídico. [...] o erro no pagamento

⁶³³ MICHELON JR., Claudio, *Direito Restitutivo*... 127 e ss.

⁶³⁴ Cf. também o excelente texto do Prof. MALUF (*Pagamento indevido e enriquecimento sem causa*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 93, 1998, pág. 115/132) escrito ainda sob a égide do código de 1916. No entanto, nos distanciamos de sua posição que enxerga no pagamento indevido uma ação de enriquecimento, embora pode-se entender que ele se refira apenas ao enriquecimento como um princípio, vez que não havia enriquecimento sem causa como fonte obrigacional no código Bevilacqua. Cf. pág. 118/120 do texto onde o autor traz diversas posições doutrinárias a respeito do erro no pagamento, posições que não compartilhamos. Já em relação ao Código de 2002, defendem ser o pagamento indevido uma espécie de enriquecimento sem causa no sentido dogmático do termo, devendo ser interpretado em conjunto com o art. 884 e ss: NEVES, José Roberto de Castro, *O Enriquecimento sem causa como fonte de obrigações* in Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, Org. por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, V. I, São Paulo: RT, 2011, pág. 1250/1251; LEITÃO, Luís Manuel Teles, *O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro*... pág. 25; KROETZ, Maria Candida do Amaral, *Enriquecimento sem causa*... pág. 135/136; HILDEBRAND, Lucas, *Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa*... pág. 113/115, adota posição intermediária, defendendo que apenas os casos de indébito genético estariam abarcados pelo pagamento indevido, isto é, a *condictio indebiti*. Para ele a *condictio ob rem* ou *ob causa finita* seriam abarcadas pelo art. 884. No entanto, discordamos dessa posição, pois entendemos que todas *condictiones sine causa*, seja *indebiti*, *causa finita* ou *ob rem* são ações de repetição. Apesar do título do capítulo falar em pagamento, o art. 876 tem suporte fático mais amplo, pois determina a restituição de tudo que foi recebido indevidamente, não só o que foi recebido a título de pagamento, tal como exposto acima por PONTES DE MIRANDA e Jorge AMERICANO.

⁶³⁵ COSTA, Judith Martins; HAICAL, Gustavo, *Direito Restitutivo. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo*, in Revista dos Tribunais, v. 956, jun/2015, pág. 257/295.

⁶³⁶ NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*... pág. 339 e ss. onde traz diversas opiniões doutrinárias sobre o tema.

⁶³⁷ MICHELON JR., Claudio, *Direito Restitutivo*... pág. 146.

indevido é simplesmente uma forma de pré-excluir a gratuidade de uma prestação, já que, se a prestação foi praticada sem erro quanto à existência de uma dívida ou quanto à celebração de um contrato real, poder-se-ia inferir que houve ato de mera liberalidade do solvens.

Em verdade, nos parece que a distinção do erro invalidante para o erro do pagamento indevido não reside no fato do primeiro ser atrelado aos negócios jurídicos e tutela da vontade e o segundo ser apenas uma pré-exclusão da gratuidade. O erro no pagamento indevido não é termo técnico, mas expressão de linguagem que designa indiretamente a frustração da finalidade da atribuição patrimonial, mas que por questões históricas desde o tempo de Justiniano permaneceu atrelada a *condictio indebiti* como o termo erro.

Quando alguém pede a restituição de um pagamento feito com base numa dívida inexistente, não o pede por erro, mas sim porque a *solutio* não foi alcançada, vez que é impossível solver dívida inexistente. Ou seja, a atribuição feita com finalidade de pagamento foi frustrada, pois não se deu o pagamento. Esse é o cerne da pretensão, que não é limitada ao pagamento, mas a tudo que foi recebido indevidamente. O que torna determinada atribuição indevida é a frustração de sua finalidade. O erro no pagamento indevido, portanto, não se remete ao erro de objeto, pessoa, qualidade, enfim, assuntos relativos à formação do contrato e ao plano da validade do negócio, mas a sim ao erro quanto ao atingimento ou não da finalidade da atribuição, assunto que não diz respeito à formação do contrato, mas a sua execução.

O erro invalidante tutela uma manifestação de vontade irreal, destoada da realidade. O erro no pagamento indevido e nas *conditiones sine causa* de modo geral não tutela uma manifestação de vontade irreal, destoada da realidade fática, mas uma manifestação de vontade que não foi atingida; é um erro, por assim dizer, de execução do contrato, não de seu projeto.

Como leciona PONTES DE MIRANDA⁶³⁸:

Cumpre advertir que o erro sobre a dívida, no art. 965, não é erro que pudesse dar ensejo à ajuricidade ou à não-validade; erro do art. 965 é sobre o motivo jurídico da prestação; não é erro essencial, no sentido do art. 85.[...] Já vimos, antes, que nada se tem de inquirir quanto a ter havido, ou não erro de direito; só se tem de indagar se não existia o dever, e se o que prestou acreditava na existência dele. O erro sobre o direito seria quanto ao fato jurídico; ora, para o enriquecimento, basta inquirir-se se, no plano da eficácia, o que prestou errou.

⁶³⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI, §3144, 6.

Daí ser tal erro tutelado no plano da eficácia do negócio jurídico, embora o legislador de 2002 tenha insistido em inserir o motivo no plano da validade do negócio jurídico⁶³⁹, quando expressamente previsto como razão determinante do negócio.

No que diz respeito à autonomia do pagamento indevido do enriquecimento sem causa, a discussão se mistura com a da natureza das *condictiones*. Como visto, as *condictiones* nunca foram ação de enriquecimento, senão para uma parte da doutrina alemã do século XIX e início do séc. XX.

Os que sustentam ser a *condictio indebiti* ação de enriquecimento o fazem por puro transplante do direito alemão, cuja doutrina majoritária ainda classifica a *condictio indebiti* como uma forma de enriquecimento oriundo de uma atribuição patrimonial⁶⁴⁰, mas tendo todo apoio dogmático do código nesse sentido.

A doutrina da separação do instituto do enriquecimento é acertada, apenas ressaltou-se ao longo deste trabalho que o que é denominado como enriquecimento derivado de prestação, ou de atribuição patrimonial (campo das *condictiones*), não tem nada a ver com enriquecimento sem causa, mas com contratos. Principalmente se levarmos em conta o caráter patrimonial e dinâmico do enriquecimento, que não se confunde com a repetição do indevido.

O nosso código civil nunca se filiou à doutrina que via nas *condictiones* ações de locupletamento, nem o código de 1916, nem o código de 2002. O código atual não poderia ter sido mais claro do que foi nesse sentido: positivou o pagamento indevido em capítulo anterior ao enriquecimento sem causa, sem sequer mencionar o termo enriquecimento em sua redação.

A diferença da redação é muita clara:

Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir;

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido.

⁶³⁹ Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

⁶⁴⁰ Como por exemplo faz Menezes Leitão em seu artigo sobre o enriquecimento sem causa no direito brasileiro (*O enriquecimento sem causa...*).

No pagamento indevido não se fala em enriquecimento, nem se limita a obrigação a restituir o que foi indevidamente auferido. O artigo determina a restituição de tudo que foi recebido indevidamente.

Não há também qualquer previsão sobre a subsidiariedade do pagamento indevido. Só isso bastaria para não classificar o pagamento indevido como uma espécie de ação de enriquecimento.

O pagamento indevido é entre nós uma espécie de *condictio sine causa* e nada tem a ver com a ação de enriquecimento. Do ponto de vista prático, a principal implicação dogmática é a não aplicação do prazo trienal para os casos de pagamento indevido, como inadvertidamente tem feito a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

6. 6 - Do julgamento do STJ a respeito do enriquecimento sem causa e sua aplicação aos casos de nulidade

O Acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça a respeito do enriquecimento sem causa, seus pressupostos, fundamentos e prazo prescricional teve como voto condutor as razões do Ministro Marco Aurélio BELLIZZE, que ganhou por maioria de votos da Segunda Seção do STJ (REsp n. 1.360.969/RS, j. em 10/08/2016), alterando o entendimento da corte a respeito do tema. Seu entendimento tornou-se, no julgamento do REsp 1.551.956/SP (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 24/08/2016), unânime na Segunda Seção do STJ, vez que os ministros antes divergentes desistiram de manter sua posição para fins de pacificação jurisprudencial.

Da leitura do voto condutor fica evidente a influência da doutrina alemã, principalmente por meio do artigo do Prof. Menezes LEITÃO, muito citado ao longo do voto. O STJ adotou a teoria da separação do instituto do enriquecimento, tal como proposta por LEITÃO, sem, todavia, ter compreendido bem o seu significado. Leia-se trecho do voto:

*Veja-se que a locução "indevidamente auferido", constante do art. 884, admite interpretação ampla, no sentido de albergar não só o termo causa como **atribuição patrimonial** (simples deslocamento patrimonial), mas também no sentido de **causa negocial** (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de **enriquecimento por prestação**, demandaria um **exame subjetivo**, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que me parece mais adequada à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita). Percebe-se que a polissemia do termo causa, para a **doutrina da divisão do instituto**, permite uma acomodação maior dos casos concretos dentro das quatro categorias que exemplificativamente enuncia, a partir da vagueza e amplitude com que o **enriquecimento sem causa** veio a ser disposto no texto do novo Código Civil.*

Pode-se perceber que a e. Corte fez uma confusão com os termos atribuição patrimonial, causa negocial e, ao final, misturando o problema da causa no enriquecimento por prestação com a questão de nulidade de cláusula contratual.

Mais adiante, complementa:

Com essas considerações, mais aprofundadas, pelo menos do ponto de vista teórico, aproveito para reiterar a minha opção pela doutrina mais ampla do conceito de causa (teoria da divisão do instituto), e reconhecer, com isso, o interesse para o ajuizamento de demanda fundada no enriquecimento sem causa (lícita; enriquecimento por prestação), ainda que entre as partes tenha havido acordo de vontades anterior (causa negocial). Por conseguinte, pretensões dessa natureza (assim como todas aquelas decorrentes de atos unilaterais: promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) devem se sujeitar ao prazo prescricional trienal, conforme art. 206, § 3º, IV, do CC/2002. Acrescento, por oportuno, que, havendo, como no caso, pretensão de reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual, sua invalidação tem como consequência o desaparecimento da causa lícita do pagamento que foi efetuado a tal título, caracterizando, assim, o enriquecimento indevido daquele que o recebeu. Estar-se-á, nessas hipóteses, diante de enriquecimento sem causa derivado de pagamento indevido, tendo em vista que, por invalidação, no todo ou em parte, do negócio jurídico que o embasava, o pagamento perdeu a causa que o autorizava. Provavelmente em razão dessa lógica jurídica, é que os arts. 182 e 876 do CC/2002 disciplinam, respectivamente: Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente. Art. 876. Todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição. A respeito do tema, há julgados deste Tribunal que, levando em consideração o enriquecimento sem causa até mais como princípio do que como instituto, entendem que, diante da declaração judicial de ilegalidade de cláusula contratual, torna-se cabível a devolução ou compensação dos valores pagos a tal título, independentemente da comprovação de erro no pagamento.

O respectivo entendimento é claramente contrário à disposição legal do Código Civil, violando flagrantemente o art. 182 e todo regime de invalidades de negócios jurídicos, bem confronta abertamente a subsidiariedade da ação de enriquecimento, prevista no art. 886. Isso para não se falar na interpretação extremamente ampla do art. 206 §3º, IV.

O voto mesmo é contraditório, quando afirma que a jurisprudência reconhece o dever de devolução ou compensação como consequência da decretação de nulidade de cláusula ilegal, independentemente de comprovação de erro no pagamento.

Querer aplicar o enriquecimento sem causa como fundamento das ações de nulidade ou anulabilidade, como fez o STJ e como também sustenta KROETZ⁶⁴¹ na interpretação do

⁶⁴¹ KROETZ, Maria Candida do Amaral, *Enriquecimento Sem Causa...* pág. 162 e ss.

art. 182⁶⁴², é germanismo puro, sem qualquer embasamento dogmático entre nós. Na Alemanha o legislador fez uma opção clara de submeter os casos de nulidade ou impugnação ao regime do § 812. Lá se pleiteia a impugnação do negócio jurídico pelas causas legais cabíveis (erro, dolo, etc.), e se fundamenta o pedido de restituição ao *status quo ante* no §812. Entre nós, a restituição deriva da disposição legal expressa do art. 182, que nada tem a ver com enriquecimento⁶⁴³, mas é decorrência da decretação da invalidade, que é uma forma de sanção legal.

Como explica Marcos Bernardes de MELLO, apoiando-se nas posições de PONTES DE MIRANDA, CARVALHO SANTOS, Silvio RODRIGUES, Emilio BETTI, e outros:

*A invalidade, em seus diversos graus (=nulidade e anulabilidade), constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que implicam contrariedade a direito. [...]Não somente na área do direito civil, ao qual, em geral, erroneamente, porém, se costuma ligar e limitar o trato das invalidades, mas em toda a Teoria Jurídica (sede própria para seu estudo), a questão da invalidade dos atos jurídicos está diretamente relacionada com o problema de violação de normas jurídicas.*⁶⁴⁴

Nessa esteira, a disposição do art. 182 do Código Civil (sem paralelo no BGB alemão) que determina o retorno ao *status quo ante*, é uma consequência da invalidade como sanção. As partes não devem se recompor porque o título justificativo da atribuição patrimonial fora desconstituído, tornando-o sem causa, mas sim porque esse é o efeito direito da sentença que decreta a invalidade. Nesse sentido, afirma PONTES DE MIRANDA claramente em passagem que faremos uma citação longa devido a sua importância:

O que é de se estranhar é que juristas alemães, em sistema jurídico que possui a impugnação (Anfechtung), tenham o que se pagou para solver dívida anulável, como indebitum; é reduzir-se demasiado a eficácia constitutiva negativa da sentença. Além disso, a solução afasta-se da evolução da história do conceito de anulabilidade. O próprio nulo é, apenas não produz efeitos. O anulável é, com mais forte razão; produz efeitos, de modo que a sentença desconstitutiva, atacando o negócio jurídico, desfaz os efeitos. Ora, enquanto não se procede à anulação, com eficácia de coisa julgada, não se pode pensar em não ser devido o que, em virtude do negócio jurídico, se deve. O anulável irradia efeitos. Dívida, obrigação e exceção são efeitos. Causa, portanto, há e com a anulação acaba.

Porém não são os princípios do enriquecimento injustificado que se hão de aplicar em caso de anulação, ou de resolução, ou de rescisão. Presta-se, em restituição, o que se recebeu, e não só aquilo com que o receptor se enriqueceu.

⁶⁴² Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.

⁶⁴³ Senão num sentido de princípio, mas que nada quer dizer do ponto de vista dogmático. Afinal, quase tudo pode ser reduzido à vedação do enriquecimento sem causa num plano principiológico.

⁶⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes, *Teoria do fato jurídico*, v. 2, plano da validade, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 84 e nota 87.

A invocação dos princípios que regem a restituição por enriquecimento injustificado, em se tratando de resolução legal ou de resilição legal por impossibilidade sem culpa dos figurantes, é de repelir-se, ainda que seja a solução, de lege lata, de outros sistemas jurídicos. A situação não exclui a ação de enriquecimento injustificado, entenda-se; mas essa não é tão adequada quanto a ação de restituição em consequência da sentença constitutiva negativa, ou da sentença declarativa da resolução legal. Idem no caso de nulidade ou anulação, ou de resolução ou resilição legal por inadimplemento. Aqui, há ilicitude. Não se restitui somente o que entrou no patrimônio (= enriquecimento que perdurou).⁶⁴⁵

Logo, é de se repudiar com veemência o posicionamento do STJ ao aplicar o prazo do enriquecimento sem causa para casos de restituição por invalidade. Ainda mais quando se fala de abusividade de cláusula em contrato consumerista. Nesses casos a sanção legal ao fornecedor que utiliza cláusula abusiva é cristalina. Reconhecida a abusividade de uma cláusula e sua respectiva nulidade, deve-se restituir à parte lesada o que foi pago sob o comando da cláusula considerada nula, como efeito da nulidade dela, não com base no enriquecimento sem causa, até porque não há limitação alguma do objeto da pretensão ao enriquecimento.

O código civil é claro ao dizer que prescreve em três anos:

Art. 206, §3º, IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

Assim como foi claro também ao separar o enriquecimento sem causa do pagamento indevido, da gestão de negócios e da promessa de pagamento em capítulos separados do código. Querer aplicar o prazo do enriquecimento sem causa para todos os atos unilaterais, como sustenta o STJ, é um verdadeiro absurdo, sem qualquer embasamento legal. O STJ transformou o prazo de uma ação subsidiária e excepcional em regra geral aplicável toda vez que se vale do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa.

Vige o princípio de vedação ao enriquecimento, logo aplica-se o prazo prescricional do instituto. Nada mais equivocado. A subsidiariedade da ação fora fixada exatamente para se evitar essas situações esdrúxulas, como advertira VALLE FERREIRA, alegando que sem a esse requisito fundamental seria “*perturbada a economia das instituições existentes*” e que

⁶⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. XXVI... §3.136, 2. Os atualizadores da obra, Nelson NERY JR. e Ruy Rosado de AGUIAR JR, corroboram a posição de Pontes de Miranda ao separar as pretensões de restituição por invalidade ou resolução contratual das de enriquecimento, cf. nota de atualização §3135 B.

“se transforme a ação de enriquecimento em uma espécie de *action passe-partout*, atropelando as regras do direito positivo”⁶⁴⁶.

Os operadores de direito precisam se conscientizar do papel dogmático do enriquecimento sem causa, que é entre nós diminuto e excepcional, papel que foi reforçado pela positivação da subsidiariedade da ação. Isto é, cabendo qualquer outro remédio (invalidades, resolução contratual, ato ilícito, etc), não se aplica o enriquecimento sem causa, logo, não se aplica seu prazo prescricional.

Veja-se o absurdo lógico que se chega com o posicionamento do STJ: O prazo para se anular um negócio jurídico por erro, por exemplo, é de quatro anos. Mas, adotando-se a posição do STJ, o prazo para obter a restituição do que foi atribuído sob o negócio jurídico anulável é de 3 anos. Ou seja, chega-se ao absurdo de se contemplar que alguém consiga anular determinado negócio, mas não consiga executar a sentença na parte em que esta determina a restituição das partes ao *status quo ante*, pois essa pretensão prescreve antes da ação anulatória.

De todo modo, a recente alteração no entendimento do STJ foi feliz ao reconhecer a doutrina da separação do instituto do enriquecimento sem causa, mas extremamente infeliz ao, sem se ater ao nosso direito positivo, querer expandir o conceito de enriquecimento para institutos que não o adotaram, como o pagamento indevido, bem como ao se fazer uma interpretação ampla do enriquecimento para fins prescricionais, equiparando até a promessa de recompensa ao enriquecimento sem causa.

⁶⁴⁶ VALLE FERREIRA, José Geraldo do, *Enriquecimento sem causa...*pág. 165 e 166.

CONCLUSÃO DA TERCEIRA PARTE: CONSIDERAÇÕES FINAIS A RESPEITO DAS *CONDICTIONES* E DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Como bem salientou ZIMMERMANN, o campo de aplicação do enriquecimento sem causa deve ser estudado sistematicamente com a questão da distribuição dos riscos do contrato juntamente com a da transmissão da propriedade e com a definição do ato ilícito⁶⁴⁷.

Como vimos na primeira parte deste trabalho, o enriquecimento injusto pode ser dividido em dois grupos principais: os derivados de atribuições patrimoniais; e os demais, baseados na violação de um direito, causado (intervenção em patrimônio alheio) ou não (despesas feitas em coisa alheia) pelo enriquecido, gerando lucro indevido ao violador sem, necessariamente, causar dano ao empobrecido.

BEVILAQUA foi astuto ao não prever uma cláusula geral de enriquecimento, tratando os casos em seus respectivos lugares: construção em terreno alheio, benfeitorias, aquisições de propriedade por especificação, etc. – casos típicos de enriquecimento que desde a idade média foram positivados no Código dentro dos direitos reais. Casos de atribuição patrimonial foram tratados dentro dos casos dos contratos, como na doação, por exemplo, ou no encargo, ou mesmo na ação anulatória a depender do caso, restando o pagamento indevido inserido no trecho de pagamento e extinção das obrigações. Tal posição é parcialmente correta, pois a *condictio* não cuida apenas da extinção de obrigações, mas de contratos que não são obrigacionais também.

Aliás, é importante frisar que o indevido não constitui, necessariamente, o indébito genético, aquele que já era indevido ao tempo do pagamento, mas se refere ao indébito no sentido amplo, abarcando, assim, todas as *condictiones sine causa*, como aponta AMERICANO⁶⁴⁸:

A condictio sine cause é em direito romano uma generalização do princípio da condictio indebiti, aplicável toda vez que, havendo uma prestação sem causa, não houver lugar para a condictio indebiti. Tanto faz que a causa jamais tenha existido, como que a lei recusa existência legal, como que tenha cessado de existir, ou que se haja de exigir restituição daquilo com que alguém se enriqueceu à nossa custa, sem prestação anterior de nossa parte. Esta ação foi acolhida no nosso direito antigo, como se vê em CORRÊA TELLES, e em TEIXEIRA DE FREITAS, que

⁶⁴⁷ ZIMMERMANN, Reinhard, *Bereicherungsrecht in Europa...* pág. 26.

⁶⁴⁸ AMERICANO, Jorge, *Ensaio sobre o enriquecimento...* pág. 23.

exemplificam diversos casos tirados do direito romano. Passou ao Código Civil, onde encontra fundamento nos arts. 964, 965 e 969. [...] Vê-se, pois, que se verifica a conditio ob finitam causam quando se pagou por um razão que existia e que deixou de existir até como obrigação natural. Mas dos vários exemplos invocados, não se encontram na conditio ob finitam causam características que a extremem da conditio sine causa, ou da conditio indebiti.

O pagamento indevido era então uma espécie de remédio geral para os casos em que a doutrina alemã chama de enriquecimento oriundo de atribuição patrimonial. Corretamente, não há menção ao enriquecimento no código, pois a restituição se dá na coisa recebida ou no seu valor. Pouco importa o enriquecimento.

Note-se que o artigo fala em restituir o que foi recebido indevidamente, não limitando a restituição apenas aos casos de pagamento. Foi infeliz o legislador que tomou o uso mais frequente da pretensão e o colocou no título. Como advertira PONTES DE MIRANDA:

a repetição do que se doou, ou a repetição por extinção do crédito sine causa não é repetição de pagamento; não teria de haver causa solvendi. [...] Em geral, devemos falar de pretensão pelo enriquecimento injustificado, porque o conceito tem a abrangência que mais satisfaz as exigências do sistema jurídico. A expressão 'pagamento indevido' é demasiado estreita, posto que esa espécie – pretensão por enriquecimento oriundo de prestação de dívida inexistente – seja a mais frequente. Por outro lado, a expressão 'pagamento indevido' tem o inconveniente de aludir a 'pagamento', que é a prestação feita pelo devedor, e logo a não haver devedor ('indevido').⁶⁴⁹

O melhor seria denominar a pretensão como de repetição do indébito, sem fazer referência ao pagamento.

Já os demais casos de enriquecimento, quando não expressamente regulamentados no código, poderiam facilmente ser revolvidos recorrendo-se à cláusula geral do ato ilícito, que era diferente da atual. Leia-se:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Ou seja, pela redação do código, qualquer um que violar direito alheio – praticamente todos os casos de enriquecimento por intervenção ou emprego útil – fica obrigado a reparar o dano, o qual não equivale a prejuízo, podendo ser compreendido no seu sentido amplo que é também deixar de ganhar o que lhe pertence.⁶⁵⁰

⁶⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXVI...§3.135, 1 e 2.

⁶⁵⁰ BEVILAQUA aponta que a menção da culpa se deu por emenda do Senado, alterando o projeto original de que a conceituação de ilícito é a violação de direito ou o dano causado a outrem. *Código Civil...* art. 159.

Diferentemente, portanto, do código alemão⁶⁵¹, o nosso código adotou conceito amplo de ilícito, podendo ele ser qualquer violação de direito ou bem alheio, exatamente os casos tutelados na Alemanha pelo enriquecimento injustificado. A doutrina crítica que se seguiu ao Código de 1916 não acompanhou mais o debate alemão sobre o tema e de toda confusão que a matéria gerou por lá. Aos anos 1940 e 1950 já estava fortemente difundida a doutrina de WILBURG e VON CAEMMERER, demonstrando cabalmente o erro do legislador alemão ao formular uma cláusula geral. Mas não se vê tal debate refletido entre nossa doutrina.

Entre nós, os defensores do enriquecimento sem causa misturam as concepções das *condictiones* com a *actio de in rem verso* francesa, colocando ambas como ações de enriquecimento e exigindo, via de regra, um ganho indevido e ilegítimo ao custo de outrem, e o nexo de causalidade entre um e outro.

Não se atentaram nossos doutrinadores, nem os alemães do final do séc. XIX e início do séc. XX, que as ações *in quantum factum locupletior est* eram concedidas pelo pretor, com base na equidade e em casos que pelo *ius civile* o empobrecido não teria direito à restituição.

Ou seja, a limitação da obrigação de indenizar ao benefício obtido se dá não pelo fato de proteger o devedor, mas porque normalmente ele jamais seria considerado devedor. Isto é, ações de locupletamento eram exceções que obrigavam pessoas que, via de regra, não deveriam ser obrigadas a indenizar nada. Eram, em verdade, alargamento de responsabilidade. Por isso que a obrigação, quando concedida, era limitada ao seu benefício, isto é, ao menor valor possível⁶⁵².

Retirando-se a necessidade da culpa para configuração do ilícito, fica fácil abarcar dentro do conceito muitos casos tutelados pelo enriquecimento.

⁶⁵¹ Sobre o assunto, cf. o excelente artigo de SCHMIDT, Jan, *Responsabilidade Civil no Direito Alemão e método de direito comparado*, in RTDC, V. 40, out/dez 2009.

⁶⁵² Como expõe NIEDERLÄNDER, Hubert, *Die Bereicherungshaftung im Klassischen Römischen Recht, Der Ursprung der haftungsbefreiung durch wegfall der bereicherung*, Weimar: Herman Böhlau, 1953, pág. 169: “Das Bezeichnende dabei ist, dass die klassische Bereicherungshaftung gegenüber dem ursprünglichen Rechtszustand des *ius civile* eine Haftungserweiterung darstellt. Die Frau und der Mündel haften fällen, in denen sie vorher nicht haften. Die Tendenz bei Einführung der locupletior-haftung geht nicht dahin, die Haftung nach *ius civile* zu mildern, sondern die Haftungslücken des starren *ius civile* auszufüllen.” Afirma também que somente com os Bizantinos é que se altera o entendimento clássico e passa-se a utilizar *locupletior* no sentido de limitação de obrigações do *ius civile*.

Há também uma importante relação do tema com a ação anulatória por erro. Como vimos, BEVILAQUA fundamenta o pagamento indevido na anulação por erro do pagamento. E é no art. 90 do Código de 1916 que BEVILAQUA retoma o assunto:

Art. 90. Só vicia o ato a falsa, causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição.

Neste artigo, BEVILAQUA procura esclarecer que a causa, quando não expressa, não pode ser arguida como causa de anulação de negócio por erro. Somente quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição poderia servir como base para anulação. Aqui, fica evidente a menção ao conceito de causa-subjetiva e mesmo à doutrina da pressuposição de WINDSCHEID, quando se trata de razão determinante e de condição. Para BEVILAQUA, motivos triviais não são relevantes para o direito, exceto quando integram o negócio.⁶⁵³

No entanto, apesar de criticar o legislador francês por ter colocado a causa como requisito de validade do contrato, BEVILAQUA comete o mesmo equívoco quando insere o problema da falsa causa dentro da anulabilidade. Insere o problema da causa no plano da validade ao invés de deixa-lo para o plano da eficácia. Todavia, esse ponto parece ter sido completamente ignorado pela doutrina, pois esta não percebeu que o problema da causa foi tratado não como enriquecimento (corretamente), mas dentro do plano da anulabilidade do negócio jurídico por erro (incorretamente, ao nosso ver).

Como vimos, a causa é a finalidade essencial do negócio, finalidade essa que é fixada pelas partes ou, ao menos, pela parte atribuinte. E a consecução ou não dessa finalidade não é um problema de formação do negócio, mas de sua execução. É ao plano da eficácia que pertence⁶⁵⁴. Manter o entendimento de BEVILAQUA nesse sentido, embora fosse lógico com o sistema causal de transmissão de propriedade, seria abrir muito espaço para prejudicar terceiros de boa-fé, vez que o jurista cearense entendia que a sentença que decretasse a anulação do negócio deveria atingir inclusive terceiros de boa-fé, ficando estes protegidos apenas pelas regras de benfeitorias, acessões, frutos, etc. do possuidor de boa-fé.⁶⁵⁵

⁶⁵³ BEVILAQUA, Clovis, *Código civil...* art. 90.

⁶⁵⁴ O único caso em que se poderia pensar na falta de causa como vício na formação do contrato é do indébito genético, isto é, da atribuição patrimonial feita em pagamento de uma dívida que sempre fora inexistente. Mas, contraditoriamente, Bevilaqua tratou do tema dentro do pagamento indevido, dispensando a anulação nesses casos.

⁶⁵⁵ BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil...* art. 158.

A positivação do enriquecimento sem causa como fonte obrigacional no Código Civil de 2002 foi a grande responsável por escassearem no Brasil, ainda mais, os estudos e investigações doutrinárias mais teóricas a respeito do enriquecimento injusto ou sem causa.

Os manuais, decerto, se dedicaram à intensa exegese dos artigos 884, 885 e 886; a enumerar os elementos nucleares e complementares do suporte fático do enriquecimento sem causa; a delimitar o objeto da prestação do enriquecido; e a discutir questões laterais e práticas, tais como os efeitos do enriquecimento sem causa em relação a terceiros de boa-fé ou a propriedade dos frutos produzidos pelo bem enquanto esteve no patrimônio do enriquecido.

Mas, porque o enriquecimento sem causa é agora um fato jurídico consolidado, posto pela fonte jurídica por excelência na Modernidade – a lei –, as indagações e pesquisas acerca dos fundamentos teóricos dessa categoria obrigacional desapareceram do horizonte de preocupações da doutrina brasileira.

Interpretações para a *condictio* romana, sobre seu fundamento e relação com o enriquecimento injusto, enfim, temas de caráter mais teórico, foram já insuficientemente abordados na vigência do Código de 1916, e desapareceram quase que por completo do campo de estudos dos civilistas desde a promulgação do Código de 2002, passando a ser tratados, quando muito, como curiosidades históricas, antecedentes remotos dos artigos 894, 895 e 896 do Código Civil, que interessam verdadeiramente apenas a romanistas e historiadores do direito, e carecem, em última análise, de importância dogmática e interesse prático.

Mas se juristas como TEIXEIRA DE FREITAS, Clovis BEVILAQUA, Jorge AMERICANO e José Geraldo do VALLE FERREIRA se interessavam – ainda que não com a atenção desejável – pelas teorias da *condictio*, da *actio in rem verso* e do enriquecimento sem causa, e por analisarem se esta de fato derivava daquelas ou não passava de um grande *non sequitur*, não era pelo desejo de adquirir e demonstrar simples erudição histórica.

Para um instituto positivado em uma codificação ser sólido, regular com eficácia e efetividade jurídica e social o recorte de relações intersubjetivas a que se destina, ele tem de estar profundamente amparado em uma teoria prévia igualmente sólida e consolidada.

O artigo 812 do BGB não foi fruto de considerações casuísticas a respeito da resposta mais equitativa para alguma disputa concreta, oferecidas por algum dos participantes da Comissão elaboradora do Código Civil Alemão. Como se mostrou na primeira parte deste trabalho, o artigo 812 do BGB foi a normatização de uma já bem desenvolvida e refletida teoria do enriquecimento injusto – derivada de SAVIGNY principalmente –, que, por sua vez, foi construída a partir de uma teoria da *condictio*. Não se pode compreender em profundidade a cláusula geral de enriquecimento do BGB e, dificilmente, pode-se aplicá-la corretamente sem o conhecimento da teoria que lhe serviu de base.

Generalizando, podemos afirmar a improbabilidade de se compreender qualquer fato jurídico em plenitude sem o amplo conhecimento da teoria que o fundamenta. E a improbabilidade se transforma impossibilidade objetiva quando uma teoria fundante sequer existe ou, se existe, não é identificável. É fatal que, neste caso, surjam dificuldades no momento de aplicação do direito, que cheguem até mesmo a inviabilizar totalmente a aplicação prática consistente do instituto por parte dos tribunais.

Mas qual seria, portanto, a teoria que melhor explica o enriquecimento sem causa tal como positivado entre nós? O nosso Código Civil adotou uma posição dogmática parecida com a do *Codice Civile* de 1942, que é diferente do sistema português e do sistema alemão. Tal como na Itália, positivamos a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa como fontes obrigacionais, mas em capítulos separados, ficando o enriquecimento sem causa na última posição do código⁶⁵⁶.

LEVI⁶⁵⁷, discorrendo sobre o código italiano, sustenta que:

Dunque, sempre portando a confronto la normativa del codice vigente con quella abrogata in materia, si osserva che, se è pur vero che un divieto di Arricchirsi senza giusta causa a danno di un'altra persona (art. 2041, comma 1°) costituisce il 'principio', e la ripetibilità dell'indebito 'un'applicazione', sarebbe stato il caso di anteporre la disposizione dell'arricchimento senza causa a quella della ripetizione. Ma si è rinvenuta la ragione della precedenza della normativa della ripetizione a quella dell'arricchimento nel fatto che il divieto dell'arricchimento era nato per via di una progressiva generalizzazione di singole norme e in primo luogo delle norme della condictio. Altra autorevole dottrina há considerato che il dichiarato carattere sussidiario delle norme (art. 2042) non era altro che una conferma che l'azione di arricchimento era superflua, cioè destinata a rimanere priva de utilità. L'istituto così come profilato negli artt. 2041-2042 del codice, differisce dalla configurazione

⁶⁵⁶ Cf. GALLO, Paolo, *Remedies for unjust enrichment...* pág. 280/285; TRIMARCHI, Pietro, *L'Arricchimento senza causa...* pág. 27, nota 53, aponta que a doutrina que enquadra o pagamento indevido como enriquecimento sem causa, todas referentes ao antigo código civil, bem como traz bibliografia no sentido de não misturar as figuras. O autor adota posição intermediária, dizendo que a *condictio indebiti* é baseada no princípio de vedação ao enriquecimento, mas não se confunde a ação do art. 2041.

⁶⁵⁷ LEVI, Giulio, *Il Pagamento dell'indebito*, Milano: Giuffrè, 1989, pág. 12.

prospettata dalla dottrina tradizionale nel sistema del codice abrogato: non è più raffigurato come un genus che riassume la somma degli istituti particolari (tra i quali la *condictio indebiti*), ma contiene una norma rifugio per il suo carattere appunto di 'azione subsidiaria'.

Ou seja, na Itália, antes do novo Código Civil, não existia um remédio específico de enriquecimento previsto na legislação, a doutrina e jurisprudência, tal como ocorreu na França, se ocuparam da tarefa de tutelar os enriquecimentos injustos que, na Itália, eram tutelados pela gestão de negócios *utiles*, em termos similares com o que ocorria na França com a ação de *in rem verso*. O pagamento indevido passou a ser visto como uma das formas de expressão do princípio do enriquecimento.

O mesmo ocorreu entre nós, como se vê, a título de exemplo, no excelente artigo do Professor Carlos Alberto Dabus MALUF⁶⁵⁸, que pode ser considerado o último escrito sob à égide do Código de 1916. Nele, o professor das Arcadas considera claramente o pagamento indevido como uma espécie de enriquecimento sem causa, mas menciona o enriquecimento mais como princípio de direito do que como fonte dogmática de obrigação.

Mas tal como ocorria na prática italiana, a ação fora positivada no *Codice* de 1942 com caráter subsidiário depois do regramento da gestão de negócios (que deixou de ser *utiles* e reconquistou seu papel clássico⁶⁵⁹) e do pagamento indevido. Nessa toada, para a doutrina atual, pagamento indevido não se confunde com a ação de enriquecimento sem causa. Esta última é vista como meramente subsidiária e cujo objeto é voltado ao patrimônio dinâmico das partes. A ação de repetição não é subsidiária, nem limitada pelo enriquecimento, senão em situações peculiares. Isso reflete o desejo do legislador de conferir um caráter marginal à ação de enriquecimento, ao contrário dos legisladores que a estabeleceram como princípio geral derivando dela várias aplicações, como fez o código alemão e o português de 1966. E isso se extrai das lições de praticamente toda a doutrina brasileira que precedeu o Código Civil, principalmente de Agostinho ALVIM.

Nosso legislador buscou positivar como ação de enriquecimento muito mais a ação de *in rem verso* do que a *condictio*, embora não tenha sido muito claro. Mas sempre foi da tradição do nosso direito não confundir a *condictio* com ação de enriquecimento, desde os tempos de TEIXEIRA DE FREITAS, que escapou da proposta de SAVIGNY nesse aspecto.

⁶⁵⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Pagamento indevido e enriquecimento sem causa...*

⁶⁵⁹ Cf. o paradigmático artigo de RICCOBONO, Salvatore, *La Gestione degli Affari...* que embasou a alteração legislativa italiana referente à Gestão de Negócios.

Em relação ao pagamento indevido, quando nossos doutrinadores do período anterior ao código de 2002 nele vislumbravam uma espécie do enriquecimento sem causa, o faziam no sentido do pagamento indevido estar submetido ao princípio de vedação do enriquecimento, não do enriquecimento sem causa enquanto fonte obrigacional, tal como se dava na doutrina Italiana anterior ao *Codice Civile* de 1942. O que é muito diferente do que considerar, diante do código civil de 2002, que o pagamento indevido seja espécie da ação positivada no art. 884.

Assim, não há que se falar de uma “submissão” do pagamento indevido ao enriquecimento sem causa positivado no art. 884 do Código, isto é, ao enriquecimento injusto enquanto figura dogmática e fonte obrigacional. Em verdade, somente o direito alemão e suíço vislumbrou a *condictio* como ação de enriquecimento até o início do séc. XX, tendo o código português de 1966 seguido essa posição. Os demais ordenamentos, inclusive o alemão, anterior ao Código⁶⁶⁰, sempre se afastaram desse posicionamento. No direito comum, o principal remédio de enriquecimento era ação de *in rem verso* na sua forma *utiles*, que fora sempre tratada dogmaticamente separada das *condictiones*.

Contudo, não se trata de uma disputa entre influências alemãs e lusitanas ou italianas e francesas, onde os primeiros consideram o pagamento indevido uma forma de enriquecimento e os segundos não. Esperamos ter demonstrado ao longo desta tese que não se trata de uma disputa para escolher a melhor doutrina a se deixar influenciar como se fosse uma partida de futebol. Há uma diferença substancial e ontológica mesmo entre as pretensões derivadas das *condictiones* e da *actio de in rem verso* que não permite uma subjugação de ambas sob um mesmo tipo jurídico. E isso os próprios alemães já perceberam, como mostra a doutrina da separação.

Nessa perspectiva, o Código Civil de 2002 reafirmou nossa tradição nesse quesito, não confundindo a *condictio* com a *actio de in rem verso*, e positivando esta última com caráter subsidiário e não como cláusula geral e princípio norteador de diversos institutos. Daí seu regramento posterior à ação de repetição e no último lugar do título dos atos unilaterais.

O elemento da subsidiariedade é que reforça ainda mais essa característica e afasta, por completo, a caracterização do enriquecimento sem causa do art. 884 e ss. como cláusula

⁶⁶⁰ Era disputado na doutrina a natureza da *condictio* como ação de enriquecimento ao longo da pandectista.

geral. Seria um verdadeiro paradoxo considerar como cláusula geral uma ação subsidiária, que só pode ser utilizada quando não disponível nenhum outro remédio.

Os casos que no direito alemão e no direito comparado, de modo geral, denominam-se enriquecimento por prestação, isto é, feitos por um ato voluntário do empobrecido, por uma atribuição patrimonial, não se constituem como uma ação de enriquecimento do ponto de vista histórico-dogmático do direito brasileiro, bem como pelas razões de fundo demonstradas na segunda parte desta tese. Assim, conseqüentemente e por força da subsidiariedade da ação, os tipos de enriquecimento tutelados pelo art. 884 não são os oriundos de atribuição patrimonial, mas sim os que ocorrem por ato ou ato-fato do enriquecido; ou, como a doutrina de direito comparado normalmente afirma, são os casos de enriquecimento por intervenção em coisa alheia. Usando a terminologia adotada neste trabalho, o art. 884 trataria apenas dos enriquecimentos injustos em sentido estrito e não dos enriquecimentos sem causa – ainda sim de maneira extramente restrita, quando não configurado ato ilícito ou outras pretensões previstas no Código ou na legislação.

O artigo do Prof. Menezes LEITÃO sobre o Código Civil Brasileiro, muito citado (inclusive pelo STJ) para justificar a concepção do pagamento indevido como uma espécie do gênero enriquecimento sem causa, não fez, salvo melhor juízo, uma leitura sistemática dos art. 884 e ss. do nosso Código. Ele ignora completamente o pagamento indevido tal como positivado em nossa legislação, bem como ignora nossa tradição doutrinária. Ele realizou apenas uma leitura isolada do artigo e aplicou as teorias alemãs –o que se justifica no ordenamento jurídico português, mas não no nosso–.

Embora esta tese não tenha como objeto de estudo pormenorizado o enriquecimento sem causa positivado no art. 884, podemos concluir que seu caráter subsidiário cumulado com o conceito amplo de ato ilícito e de dano adotado pelo Código diminui demasiado suas hipóteses de incidência. Situação é que a doutrina e, principalmente, a jurisprudência, precisam se conformar e aceitar, sob pena de, no dizer de Valle FERREIRA, ser “*perturbada a economia das instituições existentes*”, transformando “*a ação de enriquecimento em uma espécie de action passe-partout, atropelando as regras do direito positivo*”.⁶⁶¹

⁶⁶¹ VALLE FERREIRA, José Geraldo do, *Enriquecimento sem causa...* pág. 165 e 166.

EXCURSO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE TRANSMISSÃO PATRIMONIAL NO BRASIL

1 - Questões preliminares

Fugiria do escopo do presente trabalho tratar do nosso sistema de transmissão patrimonial de maneira exaustiva, tema que é suficiente para preencher uma tese inteira, senão várias. O tema foi abordado, portanto, de maneira breve e tangencial. Mas como a relação das *condictiones* com o sistema de transmissão de propriedade é umbilical, não tanto pela questão da abstração, mas mais pela questão da separação de planos e da autonomia dos negócios jurídicos de atribuição patrimonial, mister se tratar do assunto mesmo que tangencialmente por meio do presente excurso

É interessante notar que um dos melhores trabalhos escritos sobre o assunto, que o aborda sob a perspectiva do direito comparado, é de uma pesquisadora alemã, Marietta PIETREK⁶⁶², infelizmente acessível apenas em alemão. Em sua obra o tema é tratado com maestria, embora não corrobore totalmente de suas conclusões. Mas minha posição sobre o tema é, de certa maneira, minoritária, embora espere conseguir demonstrar as bases de minha convicção neste capítulo.

Para se discutir da transmissão de propriedade com coerência é preciso ter em vista os seguintes princípios⁶⁶³, tendo em vista, primordialmente a transmissão de coisas móveis e imóveis:

- Princípio do consensualismo x Princípio da Tradição;
- Princípio da unidade x Princípio da separação;
- Princípio da causalidade x Princípio da abstração;
- Princípio da publicidade do registro x Princípio do registro constitutivo.

⁶⁶² PIETREK, Marietta, *Konsens über Tradition? Eine Studie zur Eigentumübertragung in Brasilien, Deutschland und Portugal*, Tübingen: 2015.

⁶⁶³ PEITREK, Marietta, *Konsens über Tradition?...*pág. 7/47.

O consensualismo prega a desnecessidade de um ato real para que se dê a transmissão da propriedade, em oposição ao princípio da tradição que exige um ato real (entrega ou registro).

O princípio da unidade prevê a unificação dos negócios jurídicos obrigacionais e dos negócios de atribuição, considerando estes últimos co-declarados nos primeiros, enquanto que o princípio da separação de planos reconhece a existência de dois negócios jurídicos distintos, vez que uma coisa é a vontade de se obrigar, no contrato obrigacional, outra é a vontade de adimplir, no pagamento, referente a desobrigar. Dessa característica distinta se extraiu a separação, como já apontada por GAIO (Inst. III, 91) e oriunda da herança romana atrelada aos modos de aquisição de propriedade – que como vimos eram uma espécie de reivindicação feita pelo adquirente sem a oposição do titular, o qual agia como se estivesse renunciando à propriedade do bem –, bem como da própria prática jurídica.

O princípio da causalidade e o da abstração só fazem sentido em sistemas onde se adota, pelo menos, o princípio da separação. Não faz sentido falar de causalidade em sistemas de unidade. A causalidade impõe uma relação de dependência da validade do negócio jurídico de atribuição com o negócio obrigacional, enquanto a abstração sustenta autonomia deles em relação ao negócio obrigacional, o título.

Há ainda sistemas que, em relação o registro, adotam posições de lhe conferir apenas efeito declaratório para fins de publicidade, e outros que adotam o registro como ato constitutivo da propriedade. No primeiro caso, o próprio acordo das partes transfere a propriedade entre elas, o registro confere apenas eficácia contra terceiros. Esses princípios podem ser combinados de diferentes maneiras. Por exemplo, na França, de acordo com a visão clássica, se adota o princípio da unidade⁶⁶⁴ e do consensualismo, bem como do efeito declaratório do registro. Há, em tese, apenas um negócio jurídico necessário para se transferir a propriedade.

O princípio da unidade pode ser combinado também com o da tradição, onde, nesse caso, haveria apenas um negócio jurídico (ao mesmo tempo obrigacional e real) + um ato real/registo, sendo o registro constitutivo. Neste caso, é importante ressaltar que o consensualismo não se opõe à separação de planos, nem mesmo à abstração. Ele apenas

⁶⁶⁴ Embora a maior parte da doutrina atual francesa sustente pelo princípio da separação. Cf. PIETREK, Marietta, *Konsens über Tradition?...* pág. 45, nota 319.

dispensa o elemento real (entrega ou registro constitutivo), tal como ocorre na cessão de crédito.

Podemos ter combinações também entre o princípio da separação de planos com o da tradição, no qual se exigiriam dois negócios jurídicos (um obrigacional e outro real) + um ato real, que podem ser combinados tanto com o princípio da causalidade quanto da abstração entre os dois negócios.

Essas são algumas considerações preliminares para se iniciar um debate sobre o assunto. Vale ressaltar, também, que a discussão a respeito da transmissão da propriedade não deve ser tratada em abstrato, mas sim tendo em vista o objeto transmitido. Uma coisa é modo de aquisição de bens móveis e imóveis de modo geral, outra o de bens imateriais, como créditos, marcas, patentes, licenças, etc.. Mas há muitas e importantes exceções às regras gerais, como, por exemplo, a transmissão de títulos de crédito ao portador, a transmissão de dinheiro, transmissão de navios e aeronaves, enfim, as generalizações nessa seara não são bem-vindas e não colaboram de modo significativo ao estudo.

Se percebe isso, por exemplo, através da imensa discussão que se tem na doutrina no âmbito das transmissões de coisas (móveis e imóveis), quando grande parte das transações econômicas e as mais relevantes se dão com relação à créditos e bens imateriais, como ações, quotas, marcas, etc.. Isso sem se falar no dinheiro, cuja transmissão é regida não pelos artigos referentes à tradição, mas sim pelo disposto aos títulos ao portador. Mas antes de tecer considerações a respeito das diferentes formas de transmissão da propriedade, é preciso fazer uma breve explanação sobre a princípio da separação de planos no Brasil.

2 - A separação de planos no direito brasileiro⁶⁶⁵

É ensinado de maneira geral nos manuais que entre nós prevalece o sistema da separação de planos. Entretanto, como aponta PIETREK⁶⁶⁶, a *trennungsprinzip* tal como discutido por alguns juristas no Brasil não é igual a sua compreensão na Alemanha. Para os alemães, a separação de planos impõe a necessidade de um *modus acquirendi* externo ao título, ao negócio obrigacional, para que se transmita a propriedade, mas o *modus* é também um negócio jurídico, um contrato de disposição. No entanto, muitos doutrinadores

⁶⁶⁵ Para mais detalhes, cf. o Capítulo 5 desta tese.

⁶⁶⁶ PIETREK, Marietta, *Konsens über Tradition?...* pág. 81.

brasileiros, mencionando a separação de planos, sustentam que o modo de aquisição não passa de um ato real⁶⁶⁷ (para tradição) ou ato de direito estatal (no caso registro), o que é contraditório com a separação de planos.

Assim, imperioso que para esses autores o Brasil possui um sistema de unidade e não de separação. Isto é, um sistema de unidade com o princípio da tradição (um negócio jurídico + ato real).

ORLANDO GOMES, por exemplo, sustenta ser necessário para a tradição que haja a vontade bilateral da transmissão, ou seja, de que o adquirente tenha a vontade de adquirir o domínio da coisa e o alienante de transferir: “*Essa vontade bilateral há de ser declarada em ato jurídico válido, o qual serve como causa da tradição. Esse ato jurídico é o títulos adquirendi.*”⁶⁶⁸ Isto é, entende-se que há uma co-declaração de vontade de transferir (e muitas vezes, de adimplir com tal transferência) no próprio título⁶⁶⁹. É como se na compra e venda, o vendedor, no mesmo ato, declarasse a vontade de se obrigar a transferir o bem e declarasse a vontade de adimplir sua obrigação, transferindo o domínio sobre o bem.

Nesse sentido, corroboro com a doutrina que sustenta a verdadeira separação de planos, como COUTO E SILVA⁶⁷⁰, RAMOS⁶⁷¹ e PONTES DE MIRANDA⁶⁷², até porque está mais de acordo com a realidade das coisas.⁶⁷³

Como pode, no mesmo ato, a parte declarar querer obrigar-se e querer liberar-se da obrigação? Até pode ocorrer, como de fato ocorre na prática de outorga de escrituras de compra e venda definitivas (quitadas) de imóveis que conste que o vendedor vende e transfere, naquele ato, o domínio do bem, tendo o comprador aceitado e adquirido a propriedade. Mas o fato de constarem no mesmo documento não significa se tratar do mesmo

⁶⁶⁷ Nesse sentido, DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 4, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 345; GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 207.

⁶⁶⁸ GOMES, Orlando, *Direitos Reais*...pág. 207.

⁶⁶⁹ COUTO E SILVA, Clovis V., *A obrigação como processo*... 52/53.

⁶⁷⁰ COUTO E SILVA, Clovis V., *A obrigação como processo*... pág. 58/59.

⁶⁷¹ RAMOS, Erasmo Marcos, *A Transmissão de Propriedade no Novo Código Civil Brasileiro e no BGB Alemão - Um Estudo Comparado* in RT, n. 815, 2003, pág. 38/76.

⁶⁷² PONTES DE MIRANDA, *Tratado*... v. III, §281.

⁶⁷³ Nos dizeres de COUTO E SILVA: “*A separação de planos é decorrência lógica da distinção entre negócio jurídico obrigacional e real, pois, mesmo dentro do âmbito estrito do direito das obrigações, o adimplemento, como ato que extingue a obrigação, se oprea em fase diversa e distanciada da do nascimento do vínculo. Quando o adimplemento da obrigação importa, entretanto, em alienação de domínio, não poderia o negócio obrigacional atingir área que lhe é estranha, necessitando, em tais hipóteses, para que o adimplemento se consume, da exist-ência de negócio jurídico de direito das coisas.*” *Obrigação como processo*... pág. 51.

negócio jurídico. Pode acontecer, perfeitamente, que numa escritura pública de compra e venda o vendedor não queira, naquele momento, transferir a propriedade, tal como ocorre na venda com reserva de domínio, por exemplo.

Nesse caso, entende-se que há uma compra e venda sob condição suspensiva, todavia, não é a compra e venda que é condicionada, mas a translação da propriedade apenas.⁶⁷⁴

Como leciona COUTO E SILVA:

no direito brasileiro, a compra e venda com reserva de domínio é aplicada somente às coisas móveis. Mas, como a tradição é ato-fato real [aqui o autor menciona a tradição apenas como sinônimo de entrega de posse] e como tal incondicionável, surge a questão de saber qual o ato que sofre a condição de reserva de domínio. Se não for a compra e venda, porque, para esta, o poder de disposição não se constitui um requisito; se não for a tradição, porque esta é incondicional, temos de concluir, de modo indesejável, que a conditio se insere num negócio jurídico situado entre a compra e venda (obrigacional) e a tradição (direito das coisas), entre o títulos e o modus acquirendi, enfim, no negócio dispositivo a que alude o art. 933 (atual 307) do Código Civil.⁶⁷⁵

A diferença entre o disposto no art. 483⁶⁷⁶ e o art. 307⁶⁷⁷ do atual código chama a atenção, pois fica claro que para o pagamento é necessário que haja poder de disposição sobre a coisa dada em pagamento, o que não ocorre na compra e venda, cujo poder de disposição não é exigido.

Podendo ser condicionado o pagamento (a transmissão da propriedade), é imperioso que seja negócio jurídico⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ Nesse sentido, GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel...* pág. 183, citando na nota 86 diversas opiniões de juristas no mesmo sentido, como de Messineo, Ruggiero, Vivante, entre outros brasileiros como Serpa Lopes e Eduardo Espínola.

⁶⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do, *Obrigações como processo...* pág. 59

⁶⁷⁶ Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

⁶⁷⁷ Art. 307. Só terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu.

⁶⁷⁸ Não é de se aceitar os argumentos de Darcy Bessone sobre a reserva de domínio (*Da compra e venda, promessa e reserva de domínio*, Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1960, pág. 45/46). Ele mesmo reconhece que a condição suspensiva deveria estar aposta à tradição e não à compra e venda. Alega que quando o código menciona que a reserva de domínio é da compra e venda, é porque reconhece eficácia real à compra e venda. Se trata de apenas um jogo de palavras, pois a conclusão dogmática é inevitável. Realmente a condição é aposta à tradição (no sentido de negócio jurídico de atribuição) e não na compra e venda, que opera seus efeitos imediatamente. É apenas o pagamento do vendedor (a transferência do domínio) que tem sua eficácia suspensa, não o contrato de compra e venda, que é desde o início eficaz.

Até os franceses se viram forçados a abandonar a ideia da unidade diante das necessidades e demandas práticas, que como fala COUTO E SILVA, decorre da realidade mesmo das coisas.

3 - Transmissão de bens imóveis

Sobre imóveis, realmente, não há espaço para abstração no sentido interno. E isso decorre da lei de registros públicos, que fixa o rol de documentos hábeis ao registro na matrícula de imóveis em seu art. 167, I, e dentre eles não consta um acordo de transmissão abstrato, mas somente mencionando-se a causa: compra e venda, promessa de compra e venda, doação, doação em pagamento, etc.

Para se fazer transmissões abstratas de imóveis é preciso recorrer à fórmulas mais complexas, como, por exemplo, emitir duplicatas e dar o imóvel em doação em pagamento das duplicatas (operação comum em casos de negociação com terrenistas para incorporação imobiliária, por exemplo). Enfim, sempre se encontra um jeito de contornar a taxatividade quando esta não é suficiente para atender as demandas das partes, sem que isso se dê por qualquer motivo ilícito.

No entanto, é possível dizer que há uma certa abstração externa nos casos de imóveis, diante do disposto no art. 879 do Código Civil sobre pagamento indevido, que prevê a causalidade somente para os casos em que a alienação para terceiro seja feita a título gratuito ou de má-fé. Se o terceiro adquiriu de boa-fé e onerosamente, não pode ser atingido pela reivindicação.

BEVILAQUA criticou a alteração legislativa introduzida no Congresso Nacional em relação ao art. 968 (atual 879), a qual previu que o proprietário que desse seu imóvel em pagamento de dívida inexistente, não poderia reivindicá-lo de terceiro que o tenha adquirido onerosamente de boa-fé. Em sua opinião, tal posicionamento contraria o sistema adotado pelo Código Civil de causalidade entre títulos e modos de aquisição. Como no seu entendimento o pagamento indevido decorria de uma anulação por erro, a propriedade não poderia se transferir com base num título inexistente: *“É uma consequência rigorosa dos princípios, porque a propriedade se não extinguiu com o estabelecimento da obrigação putativa”*⁶⁷⁹.

⁶⁷⁹ BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil... art. 968. e Direito das obrigações...§41.*

Mas, por conta de uma emenda no Congresso Nacional, seu posicionamento inicial foi alterado, positivando-se uma doutrina, que, em tese, é contraditória com o sistema do código sobre transmissão de propriedade. Estabeleceu-se no art. 968 que, tratando-se de imóvel dado em pagamento indevido, o legítimo proprietário só poderia reivindicar o bem de terceiros no caso da alienação entre o primeiro adquirente e o segundo adquirente ter sido a título gratuito ou feito de má-fé. Se o terceiro tivesse adquirido o bem de boa-fé e a título oneroso, o proprietário inicial não poderia lhe reivindicar o imóvel.

Inseriu-se, dessa maneira, uma exceção importantíssima ao sistema causal de transmissão de propriedade, que não ficou restrito ao problema do pagamento indevido e nem aos imóveis, mas a todo sistema⁶⁸⁰. Outra importante limitação à causalidade diz respeito à interpretação atribuída pelo Superior Tribunal de Justiça ao art. 182 do Código Civil⁶⁸¹, vez que a Corte entende que o terceiro de boa-fé não pode ser atingido pela nulidade no negócio jurídico do qual sequer fez parte e, assim, entende como impossível a restituição de imóvel em domínio de terceiro de boa-fé, resolvendo-se a questão pela via indenizatória.⁶⁸²

⁶⁸⁰ IMÓVEL. TERCEIRO ADQUIRENTE. O TERCEIRO ADQUIRENTE DO IMÓVEL, A TÍTULO ONEROSO E DE BOA-FÉ, NÃO É ALCANÇÁVEL POR DECISÃO EM PROCESSO DE QUE NÃO FORA PARTE. RECURSO ESPECIAL ATENDIDO.

“verifico que se está diante de uma das questões de maior relevância dentro do Direito Civil, porque o §3º do art. 968 introduz, na verdade, uma ressalva ao sistema de transmissão de propriedade imobiliária no Brasil, que é causal, isto é: anulado um registro, caem todos os demais que decorrem dele.” Trecho do voto do Min. Ruy Rosado Aguiar no REsp 53.480/SP, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/1996, DJ 06/05/1996, p. 14420).

⁶⁸¹ Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

⁶⁸² RECURSOS ESPECIAIS. FALÊNCIA. DAÇÃO EM PAGAMENTO. NULIDADE. FORMA PRESCRITA EM LEI. ALIENAÇÃO. TERCEIROS DE BOA-FÉ. DECISÃO QUE NÃO ULTRAPASSA OS LIMITES DA LIDE. LEGITIMIDADE. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS. AÇÃO DESCONSTITUTIVA. [...]4.- Cuidando-se de ação anulatória, tampouco se aplica o prazo do art. 56, § 1º, do DL 7.661/45. 5.- Os atos nulos não prescrevem, podendo a sua nulidade ser declarada a qualquer tempo. (Precedentes). 6.- Constatado que o retorno à situação fática anterior é inviável, não resta ao julgador que declarou nulo negócio jurídico, outro caminho que não a determinação da resolução mediante recompensa monetária, nos termos do art. 182, do Código Civil, que também se aplica à nulidade absoluta. “Aduz, ademais, o recorrente, que não há impossibilidade física de retorno do bem imóvel à massa falida e afirma que o art. 182, do Código Civil, somente se aplica à anulabilidade não aos atos nulos. Não se abalam, todavia, os argumentos do Tribunal, que trilhou o adequado caminho de determinar a indenização como forma de, à impossibilidade de desfazimento de densa teia de negócios jurídicos, preservar a boa-fé de terceiros, que negociaram sob a aparência de exação dos negócios jurídicos praticados.[...] Vislumbrando esse “efeito cascata”, decorrente da invalidação de um negócio jurídico, surge a natural preocupação com a situação dos terceiros de boa-fé que serão “apanhados” pelos efeitos retrooperantes da decisão. Pois bem, apesar da opinião tradicional da doutrina brasileira no sentido de que “o ato viciado continua com o defeito para o adquirente: o alienante não lhe poderia transmitir sem ele”, é preciso (re)visitar, (re)ler, a questão à luz dos novos princípios

De salientar ainda, brevemente, a posição de PONTES DE MIRANDA⁶⁸³, que sustentava pela abstração do acordo de transmissão de imóveis, dizendo que o registrador não poderia negar-se a registrar ato translativo de propriedade internamente abstrato. Sua posição não foi aceita pela jurisprudência e nem pela doutrina, que recorrentemente defendia a causalidade para as transmissões de imóveis, por meio de uma interpretação integradora com a tradição de bens móveis, que era expressamente causal, bem como pela interpretação de que o registro imobiliário gerava uma presunção de propriedade relativa e não absoluta.

No entanto, é preciso salientar que ao tempo em que PONTES escreveu sua obra, não estava ainda em vigor a lei de registros públicos de 1973. Essa lei colocou uma pá de cau no assunto, ao prever os diversos títulos passíveis de registro. A lei anterior (Decreto 4827/1924) falava apenas na transcrição⁶⁸⁴ de atos translativos de propriedade. O Código Civil, em seu art. 530, I, também fazia menção parecida:

Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:

I - Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel.

Seguindo a posição aqui adotada a respeito da autonomia privada, como exposto no subcapítulo 5.3 supra, não havendo proibição legal, deve-se permitir a abstração interna e externa. E, seguindo a opinião de PONTES DE MIRANDA, entendo também que antes da vigência da atual lei de registros públicos era possível a transmissão internamente abstrata da propriedade imóvel, isto é, sem mencionar-se a causa.

oxigenadores do Direito Civil, especialmente à luz da boa-fé objetiva. E que não faz sentido prejudicar o terceiro de boa-fé (diligente, sério e cuidadoso) que, em confiança e com as necessárias cautelas, adquiriu um direito cuja perfeita regularidade era evidente (embora não real). Tal situação importaria verdadeiro caos, em total instabilidade, nas relações sociais, especialmente nos negócios de compra e venda. (REsp 1.353.864/GO, Rel. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 07 de março de 2013) No mesmo sentido: "Quanto ao direito material, a lei não tem dispositivo expresso sobre os efeitos do reconhecimento da fraude, quando a ineficácia dela decorrente não pode atingir um resultado útil, por encontrar-se o bem em poder de terceiro de boa-fé. Cumpre, então, dar aplicação analógica ao artigo 158 do CCivil [similar ao artigo 182 do Código Civil de 2002], que prevê, para os casos de nulidade, não sendo possível a restituição das partes ao estado em que se achavam antes do ato, a indenização com o equivalente. Inalcançável o bem em mãos de terceiro de boa-fé, cabe ao alienante, que adquiriu de má fé, indenizar o credor." (REsp 28.521/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/1994) e ainda REsp 1100525/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 23/04/2013.

⁶⁸³ *Tratado de Direito Privado...* V. XI, §1243

⁶⁸⁴ Art. 5, b), III, dos títulos translativos da propriedade imóvel, entre-vivos, para sua aquisição e extinção. A lei posterior, decreto 4857/1939, em seu art. 239, IX, também abria a possibilidade para a transcrição de atos abstratos.

No que diz respeito à abstração externa, normalmente fundada dogmaticamente no art. 1247 e 1268, §2º do Código Civil⁶⁸⁵, é preciso tecer algumas considerações. É de se repudiar o entendimento que se baseia no atual artigo 1.247 do Código Civil para sustentar a causalidade externa do contrato de disposição de imóveis. Leia-se:

Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule. Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

O referido artigo apenas resguarda o direito do proprietário lesado por um falso registro, feito, por exemplo, por meio de procuração falsa, ou por meio de grilagem, etc. é uma típica venda *non domino*, que por alguma fraude veio a ser registrada. Tanto que o artigo sequer considera a boa-fé ou título do terceiro adquirente nesses casos, resguardando totalmente o proprietário expropriado.⁶⁸⁶

No que diz respeito ao art. 1268, ele é aplicado às coisas móveis e não imóveis. É injustificado equiparar os modos de aquisição de bens tão distintos. Desde os tempos romanos, as coisas de grande valor como imóveis e animais eram *res mancipi* transmitidas pela *mancipatio*, que era negócio abstrato. A importância dos bens imóveis, não só pelo valor, mas também porque a maioria serve de residência para as famílias, justifica um tratamento distinto, não limitado ao mero registro. O ponto é: não vejo justificativa plausível para estender, como tem feito a doutrina e jurisprudência, o entendimento sobre a tradição de coisas móveis aos negócios de atribuição de coisas imóveis, pois, em se tratando de limitação de direito, sua interpretação deve ser restritiva. E não servindo o art. 1247 como embasamento legal, não vejo como justificar a causalidade na transmissão imobiliária.

Concluindo, podemos afirmar que em nosso ordenamento atual a transmissão de imóveis se dá por negócio jurídico de atribuição patrimonial dispositivo de direito das coisas, o que configura-se como causal internamente e, conforme a doutrina e jurisprudência, externamente. No entanto, como exposto, não vejo respaldo legal para a imposição da causalidade externa. Ao contrário, a única disposição legal a respeito é no sentido de se reconhecer uma causalidade apenas parcial – para alienações de má-fé ou a título gratuito,

⁶⁸⁵ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo, *Contrato e os direitos reais...* pág. 260/261.

⁶⁸⁶ Nesse sentido, defendendo a inaplicabilidade do art. 879 aos casos de venda a *non domino*, MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, v. 5, 41ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 569.

conforme o art. 879. Interpretação essa reforçada pelo entendimento jurisprudencial sobre o art. 182.

4 - A transmissão de coisas móveis

No subcapítulo 5.1.1 já foi exposto nosso entendimento a respeito da tradição, que é negócio jurídico de atribuição dispositivo de direito das coisas aperfeiçoado pela entrega/ato simbólico de entrega. Nesse sentido, é inegável que, pelo disposto no art. 1268, §2º, a tradição seja externamente causal, embora incida também a limitação do art. 879 ao caso, conforme entendimento jurisprudencial. No entanto, entendemos não haver uma proibição de que ela seja um negócio jurídico internamente abstrato. Ela seria, assim, negócio jurídico internamente abstrato, mas externamente causal.

Quando o art. 1.267 dispõe que “*a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição*”, não se diz qual é o tipo de negócio jurídico. Ora, se A celebra contrato com B a respeito da transmissão de um quadro, por exemplo, ocorrendo a entrega fática do quadro, se dá a transferência da propriedade. Não há disposição legal alguma que exija a menção da causa nesse negócio jurídico ou do negócio jurídico principal/econômico, ou que proíba o acordo de transmissão (que é um negócio jurídico), sem menção da causa.

5 - Cessão de créditos e direitos

Já a transmissão de bens incorpóreos, por exemplo, como ações, quotas de empresas, créditos, marcas, patentes, licenças, etc., são feitas por meio de cessão de crédito e por endosso, no caso de títulos de crédito. Apesar do código se referir nos arts. 286 e ss somente à cessão de créditos, diversos artigos concernentes a outros direitos e bens incorpóreos remetem sua transmissão à cessão, o que aliás era expresso no Código Beviláqua, no art. 1078.⁶⁸⁷

Sua regulação no código civil como modalidade de transmissão de obrigações destaca já sua generalidade como modo de transmissão, escapando nosso legislador do

⁶⁸⁷ Art. 1.078. As disposições deste título aplicam-se à cessão de outros direitos para os quais não haja modo especial de transferência.

caminho seguido pelo codificador francês e italiano que inseriram a cessão dentro da compra e venda.⁶⁸⁸

Conforme leciona CAIO MARIO:

*Segundo conceito hodierno, a cessão de crédito é tratada como negócio jurídico abstrato, que se completa independentemente da indagação de sua causa. Pode-se, entre nós, defini-la como negócio jurídico em virtude do qual o credor transfere a outrem a sua qualidade creditória, com todos acessórios e garantias, salvo disposição em contrário. Tanto pode ser esta a venda como a doação. Até mesmo a deixa testamentária. Em qualquer caso, é sempre distinta do negócio jurídico que a originou.*⁶⁸⁹

Adotam ainda tese da abstração externa da cessão PONTES DE MIRANDA⁶⁹⁰ e Nelson NERY⁶⁹¹.

A doutrina que sustenta ser externamente causal a cessão é baseada no mesmo vício acima apontado, de alargar sem base legal o disposto no art. 1268, §2º para todo sistema de transmissão patrimonial⁶⁹². Mas o nosso código é claro ao não exigir a menção de qualquer causa na cessão e carece de uma disposição legal como o do art. 578º do Código Civil português, que impõe a causalidade da cessão com o negócio base.⁶⁹³

Seria forçoso, portanto, caracterizar a cessão como negócio jurídico de atribuição dispositivo obrigacional, internamente e externamente abstrato. Conceito que também se aplica à transmissão dos títulos de crédito por endosso.

6 - Transmissão de dinheiro

Last not Least, é preciso mencionar o principal de todos os bens em circulação em nossa economia, o dinheiro, cuja transmissão se faz pela mera posse das cédulas, tornando-se, de fato, internamente e externamente abstrata também⁶⁹⁴.

⁶⁸⁸ Cf. BEVILAQUA, Clovis, *Comentários...* art. 1065 e 1078. PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. II, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 351/357.

⁶⁸⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições...* pág. 353/354

⁶⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. t. XXIII,... §2.822.

⁶⁹¹ NERY JR., Nelson, *Contrato Aleatório – Cessão de crédito tributários*, in *Soluções práticas de direito*, v. II, São Paulo: RT, 2010, pág. 237/238.

⁶⁹² SIMÕES, Marcel Edvar, *Transmissão em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal*, Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pág. 34/37, embora reconheça a abstração interna da cessão.

⁶⁹³ VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, v. II, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1980, pág. 261/262.

⁶⁹⁴ Vez que a nulidade do título não tem a capacidade de anular a transmissão de posse, que é questão de fato.

Embora possamos considerar o dinheiro ao tempo do metalismo uma típica coisa fungível, como ouro e prata, já naquele tempo seu real valor não era advindo do metal, mas da sua compulsoriedade ou da grande aceitabilidade social como meio de pagamento, o que ficou mais claro depois da introdução do papel moeda e, mais tarde, da moeda fiduciária⁶⁹⁵.

O papel moeda, num primeiro momento, nada mais era do que uma espécie de título ao portador representativo de determinada quantidade de metal que poderia ser exigida pelo portador contra o Estado ou banco emissor, isto é, o papel moeda era um título representativo de dívida do Estado. Com a introdução do sistema fiduciário, a moeda perde o caráter de conversibilidade ou de exigibilidade, e o que a mantém é somente a força do curso forçado da moeda, tanto que atualmente quase não há mais circulação de papel moeda, pois quase todas transações são escriturárias ou eletrônicas em decorrência do desenvolvimento das tecnologias computo-informacionais.

No contexto da moeda fiduciária, sustenta Gustavo FRANCO que:

*não teria nenhum despropósito tratar as cédulas representativas do meio circulante como se tivessem a natureza de ações preferenciais (sem direito a voto) do BCB, ao portador e em pequenas denominações, nada diferente das ações de uma empresa, a não ser pela obrigatoriedade de aceitação do valor nominal, ou seja, com colocação compulsória no momento da ‘oferta pública’, e dispensa da obrigatoriedade de transação em recinto de bolsa.*⁶⁹⁶

E, como é cediço, a lei brasileira⁶⁹⁷, à semelhança de outras, “*submete a circulação dos títulos ao portador a regime especial que é o da plena propriedade por parte do que adquire, de boa-fé, a posse*”.⁶⁹⁸

Como afirmam o Prof. TOMASETTI e Rafael VANZELLA:

*Uma das mais importantes revoluções tecnológicas no direito privado foi a importação do modelo de direito das coisas -com a radical aplicação da regra en fait de meubles la possession vaut titre – para a regulação da circulação dos títulos de crédito, especialmente para os títulos cambiais, ou cambiários, abandonando-se a disciplina da cessão de crédito, completamente para os títulos ao portador, menos para os títulos nominativos, e, em posição intermediário, para os títulos à ordem.*⁶⁹⁹

⁶⁹⁵ Sobre o tema, cf. FRANCO, Gustavo, *A moeda e a lei, uma história monetária brasileira*, Rio de Janeiro: Zahar, 2017, cap. 2.1 e 2.2, pág. 78-109 e 2.6. pág. 133-149.

⁶⁹⁶ FRANCO, Gustavo, *A moeda e a lei...* pág. 141.

⁶⁹⁷ Art. 904 do Código Civil, no qual tradição deve ser interpretada como *nuda traditio*, tradição de posse apenas e não a tradição negócio jurídico de direito das coisas.

⁶⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXII, atualizado por Alcides Tomasetti Jr. e Rafael Domingos Faiardo Vanzella, São Paulo: RT, 2012, pág. 244.

⁶⁹⁹ Nota de atualização em PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. XXVI, São Paulo: RT, 2012, pág. 247.

O regime a ser aplicado ao dinheiro não é da transmissão de coisas móveis, mas sim, no que couber, o regime dos títulos ao portador⁷⁰⁰. Se o título ao portador se transmite pela posse, muito mais o dinheiro, vez que é fungível ao extremo, enquanto que o título ao portador é coisa infungível, facilmente individualizada.

Para que se dê efetiva transmissão de dinheiro, não importa a causa e nem mesmo se quem faz a transferência é titular do dinheiro. Mesmo o não proprietário pode transmitir dinheiro alheio, vez que é a mera posse que realiza a transferência da titularidade.

E, assim, é preciso chegar à conclusão que a imensa maioria dos negócios de atribuição feitos na realidade econômica (bens incorpóreos e dinheiro) são internamente e externamente abstratos, o que reforçaria o campo de aplicação da *condictio*. De qualquer modo, para todos os tipos de bens se aplica o princípio da separação de planos, o principal requisito para aplicação das *conditiones sine causa*, isto é, para o cabimento de uma pretensão à resilição das atribuições patrimoniais com finalidade fracassada.

⁷⁰⁰ Corroborar nossa posição, mas falando sobre o direito português, CRISTAS, Assunção, GOUVEIA, Mariana França, NEVES, Vitor Pereira, *A Transmissão da propriedade e Contrato...* pág. 232, cf. especialmente sobre o tema, págs. 229-235.

CONCLUSÃO FINAL

O presente trabalho teve como parte inicial um estudo sobre o justo e sua concepção clássica. E isso não foi feito por mera erudição, mas sim para mostrar um elemento essencial da ciência jurídica: o *ius* é extraído da realidade e depende do *spoudaios*, do homem maduro e dotado de virtudes para ser revelado num determinado caso concreto. Em direito, o caso concreto tem mais valor do que as regras abstratas. Seus conceitos e definições jurídicas são sempre passíveis de sofrerem alterações, principalmente as mais abstratas. Daí o problema do enriquecimento injusto como categoria obrigacional, conceito muito abstrato e destoadado de uma regra prática específica. Tal concepção, totalmente alheia ao romano, fora fruto do racionalismo.

Apesar dessa característica da ciência jurídica e de certa fragilidade de seus conceitos e definições, isso não significa ser impossível teorizar sobre o direito e que não exista uma *ciência* jurídica, mas apenas que a teoria no direito atua num nível de discurso diferente das ciências exatas. A ciência jurídica clássica não era um mero conjunto de opiniões, “*but elaborate, empirically and critically, the problems of order which derive from philosophical anthropology as part of a general ontology.*”⁷⁰¹

É inegável que certos conceitos e figuras jurídicas desenvolvidas pelos romanos encontram-se entre nós até os dias de hoje e, não poucas vezes, sem grandes alterações. Isso ocorre, em grande parte, em decorrência dos conceitos por eles desenvolvidos condizerem com a realidade das coisas a que designam. Foi a concepção de justiça clássica, aliada a genialidade criativa dos juristas de então, que lhes permitiram ir ao fundo na análise da realidade, dos casos concretos que lhes eram apresentados, e desenvolver os conceitos que utilizamos até hoje. Como afirma ZIMMERMANN:

[O direito romana] constitutes, in its ensemble, such a high level of cultural achievement that it will always retain its character as a model for the rational solution of legal conflicts. The problems raised, the arguments advanced and the solutions found by the Roman lawyers have in many instances, over the centuries, maintained both their topicality and their educational value. In other words: by analysing a crisp opinion given by Celsus or Ulpian, one can frequently learn more

⁷⁰¹ VOEGELIN, Eric, *The New Science of Politics*, Chicago: Chicago University Press, 1952, pág. 11/12. E continua o Autor: “*Only when ontology as a science was lost, and when consequently ethics and politics could no longer be understood as sciences of the order in which human nature reaches its maximal actualization, was it possible for this realm of knowledge to become suspect as a field of subjective, uncritical opinion.*”

*about legal ingenuity than wading through the elaborate treatises of many modern law professors.*⁷⁰²

Um entendimento adequado do direito vigente pressupõe, necessariamente, o conhecimento das origens dos artigos de nosso Código Civil e das instituições de direito. Saber porquê e como eles foram desenvolvidos, como foram interpretados, adaptados, ou mesmo rejeitados, é fundamental.

O direito romano não pode mais ser visto apenas como assunto para “romanistas”, mas deve integrar a formação do jurista moderno como ponto essencial, estudando-o não apenas com intuito histórico, mas com os olhos voltados ao presente. A romanística desenvolveu-se muito ao longo do século XX, mas os civilistas deixaram de acompanhar esse desenvolvimento. Há uma imensidão de material de altíssima qualidade sobre os mais diversos temas, que precisam ser analisados e trabalhados para repensar o direito atual.

É o que se buscou fazer nesta tese a respeito das *condictiones* e do enriquecimento injusto. Os resultados do estudo histórico-dogmático das figuras atreladas ao enriquecimento injusto estão demonstrados nas conclusões parciais feitas ao final de que cada parte da tese. Resumidamente, essas são as conclusões gerais da tese:

1. A *condictio* - o pagamento indevido/repetição de indébito - não tem como fundamento um enriquecimento injusto, mas sim a rescisão de contratos de atribuição patrimonial – eis a tese aqui defendida. O enriquecimento sem causa *strictu sensu* não é entre nós um caso de enriquecimento, mas contratual.
2. O enriquecimento injusto só foi reconhecido como fonte obrigacional autônoma por Hugo GRÓCIO devido à forte influência do direito restitutivo canônico. Antes disso, no direito romano e medieval, casos de enriquecimento injusto eram tutelados por meio de ações de equidade ou adaptações de outras ações, principalmente da *condictio*, da *actio de in rem verso* e *actio negotiorum gestorum*.
3. O requisito do enriquecimento atua como limitação do objeto da restituição (*in quantum factum locupletior est*). Tal limitação,

⁷⁰² ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations...* prefácio, pág. viii.

originariamente, se dava pelo fato da indenização ter sido concedida para um caso que normalmente o devedor não seria obrigado. Ou seja, era uma ampliação da responsabilidade e, por isso, seu objeto era limitado apenas ao benefício obtido. Essa é a característica principal das pretensões de enriquecimento injusto. Se a pretensão não tem tal característica, não é de enriquecimento. Isto é, só é ação de locupletamento quando adota-se o conceito de enriquecimento patrimonial. O chamado enriquecimento real, estático, não é ação de locupletamento, mas de repetição. Pode, no máximo, ser indiretamente fundamentada no princípio de vedação ao enriquecimento injusto, mas não pode ser dogmaticamente considerada uma ação de locupletamento.

4. Adotando-se a terminologia atual, pode-se dizer que, durante a Idade Média e o Direito Comum, os casos de enriquecimento injusto eram, em sua maioria, de despesas em coisa alheia ou por intervenção em coisa alheia. De modo geral, pode-se dizer que se davam por violação do *dominium* do titular do bem. Ideia original de GRÓCIO e dos canonistas da escolástica espanhola que derivavam o dever de restituição do 7º mandamento: “*Não furtar (nem injustamente reter ou danificar os bens do próximo)*”. Característica ainda presente nas ações de enriquecimento injusto adotada na França, Itália e Brasil, de caráter subsidiário.

5. As *condictiones*, em seu uso comum, nunca foram ações de enriquecimento, somente o eram quando concedidas *ex equitate*, mas seu objeto sempre fora a repetição do que fora atribuído ou seu valor equivalente, seu objeto era certo. A liberação do devedor no caso de perda ou perecimento da coisa sem sua culpa (aplicável somente nos casos de dívida de coisa infungíveis – *condictio certa rei*) não se dava por conta da *condictio* ser ação de enriquecimento, mas por questão de proteção do possuidor de boa-fé e direitos reais. Salvo algumas exceções, seu uso era limitado aos casos (para usar a terminologia mais divulgada) de enriquecimento por atribuição, quando existe um *negotium* entre as partes.

6. Até o final do séc. XVIII (e até hoje nos ordenamentos que seguiram a linha francesa), a ação utilizada como ação geral de enriquecimento era a *actio de in rem verso* (como previra o ALR e o ABGB). Por influência de SAVIGNY, o uso extraordinário da *condictio* (*condictio iuventiana* ou *ex equitate*) para tutelar casos de enriquecimento se tornou sua *raison d'etre*, tendo o movimento da escola histórica abandonado o uso *actio de in rem verso* como ação geral de locupletamento e adotado a *condictio*.

7. Com a positivação no §812 do BGB de uma *condictio sine causa generalis* como cláusula geral de enriquecimento tutelou-se casos de locupletamento que não eram baseados em negócio jurídico, criando o que se denominou de doutrina unitária do enriquecimento, baseada na *condictio*. O BGB e a doutrina alemã, de modo geral, influenciaram imensamente a doutrina estrangeira, que passou a ver nas *condictiones*, salvo raras exceções, uma ação de enriquecimento – sem, contudo, compreender bem o que é uma ação de enriquecimento e sem adotar seus pressupostos, principalmente no que diz respeito à limitação do objeto.

8. A doutrina alemã da separação das pretensões de enriquecimento injusto, hoje amplamente aceita, resgatou a diferença essencial entre as *condictiones*, enriquecimento por atribuição, e demais formas de enriquecimento, atribuindo pressupostos e requisitos distintos para elas. No entanto, sua aplicação no ordenamento brasileiro deve ser feita com muito cuidado, pois entre nós o campo de aplicação do enriquecimento injusto é diminuto. O art. 884 cuida somente dos casos de enriquecimento por intervenção em patrimônio alheio, e sua aplicação concorre em vários aspectos com a responsabilidade civil por ato ilícito. Os casos de enriquecimento por atribuição não são, nem nunca foram, ações de enriquecimento, pois são tutelados pelo “*pagamento indevido*” e não pela ação do art. 884. O pagamento indevido, apesar de seu nome equivocado, é verdadeira *condictio sine causa*.

9. No direito romano arcaico a *condictio* tinha natureza delitual emanteve essa característica até a república, que tutelava um *retinere sine*

causa. No entanto, já ao tempo da *legis actiones* fora introduzida como reação ao modelo delitual. Reação essa reforçada no período clássico, onde ganha, principalmente por meio de JULIANO, nítido contorno contratual. O uso clássico da *condictio* se dava apenas por uma fórmula, com duas variações, a *condictio certa rei* (voltada para restituição de bens que não fossem dinheiro) e *condictio certa pecunia* ou *actio certa credita pecunia* (para restituição de dinheiro). As variações *condictio indebiti*, *causa data causa non secuta*, *sine causa*, etc., foram criadas pelos compiladores. O requisito da *condictio* clássica era a existência de um *negotium* entre as partes, que normalmente era uma *datio* (*obligatio ex re*), uma *expensilatio* (*obligatio ex litteris*) ou uma *stipulatio* (*obligatio ex verbis*). Outro requisito é que o pedido fosse de um *certum*, isto é, fosse *initio litis* determinado e que a pretensão fosse exigível.

10. Com a gradual adoção da visão Proculiana de contrato (contrato seria, via de regra, somente o contrato criador de obrigação, sinalagmáticos; das *obligationes* nascidas *ex re*, isto é, de uma *datio*, somente o mútuo foi por eles considerado contrato), juristas do tempo de GAIO já tinham dificuldade em aceitar que a *condictio* oriunda de uma *datio indebiti* fosse contratual. ULPIANO criou, assim, uma divisão entre *condictiones* contratuais e não-contratuais, incluindo nesta última a *datio indebiti*.

11. Por não ter sido considerada um contrato, a *datio indebiti* – depois transformada em *condictio indebiti* – foi considerada pelos compiladores *quasi*-contratual e deu espaço para que se considerasse o enriquecimento injusto como seu fundamento, vez que ela não era lastreada por um delito, nem por um contrato.

12. Todavia, adotando-se a visão Sabiniana de contrato como *negotium contractum*, mais similar ao atual entendimento da matéria, a *condictio indebiti* poderia ser considerada como originária de um contrato. Enfim, esse fator histórico fora decisivo para que a *condictio indebiti* e as demais *condictiones sine causa* dela derivadas não fossem vistas como típicas tutelas contratuais, como ocorreu com os demais usos da *condictio* clássica, como no caso da *stipulatio certi* (o principal caso de uso da *condictio*)

13. O fator em comum dos usos clássicos das *condictiones* é que elas tutelavam casos de contratos de atribuição patrimonial. Os contratos de atribuição patrimonial têm por característica gerar um agravamento patrimonial apenas na parte atribuinte e de necessitarem de um complemento externo para manterem sua eficácia. São compostos por uma finalidade + acordo de transmissão (nos casos dos contratos dispositivos) ou finalidade + promessa unilateral (nos casos dos contratos de atribuição obrigacionais). A finalidade é a causa a que se refere a expressão *enriquecimento sem causa*. Ela é estabelecida pelas partes ou somente pela parte atribuinte, mas nesses casos, é limitada à finalidade essencial. A causa não se refere ao título, isto é, ao negócio jurídico obrigacional subjacente, mas é parte integrante do negócio jurídico de atribuição. Importante para tal formulação é a teoria da pressuposição de WINDSCHEID.

14. Elemento importante para aplicação da *condictio* é o reconhecimento jurídico do princípio da separação de planos. A abstração em si não é relevante para sua aplicação, mas importa saber se a ausência da causa é tutelada por meio de ações de invalidade. A abstração deve ser compreendida em seu duplo aspecto, a interna e externa. A abstração interna é ausência de menção da causa, ou seja, da finalidade, no negócio jurídico de atribuição, constando nele apenas o acordo de transmissão ou a promessa unilateral. A abstração externa não é, em verdade, abstração, mas se refere à autonomia do negócio jurídico de atribuição patrimonial em face da existência, validade ou eficácia do título.

15. A causa contratual é a mesma causa do enriquecimento sem causa ou da chamada causa da atribuição patrimonial. Foi por um equívoco histórico que a causa passou a ser considerada em todos os contratos e não apenas nos contratos de atribuição patrimonial.

16. O direito brasileiro fora avesso ao reconhecimento das *condictiones* como ações de enriquecimento, tendo considerado a repetição de indébito fundamentada na anulação do pagamento por erro, ao menos na visão de

TEIXEIRA DE FREITAS e BEVILAQUA, embora o Código Civil de 1916 tenha dispensado a ação anulatória nesse caso, concedendo diretamente a ação de pagamento indevido.

17. O Código de 1916 fora autêntico e original ao seu tempo, escapando da moda de então a respeito do enriquecimento injusto como fonte obrigacional. O Código não positivou nenhuma ação de enriquecimento, tendo considerado que o fundamento das diversas pretensões normalmente atreladas ao instituto têm como fonte imediata outros institutos jurídicos, como os contratos, os direitos reais, a anulação, apenas para citar alguns.

18. No entanto, doutrina e jurisprudência passaram a reconhecer e adotar o princípio de vedação ao enriquecimento injusto como fonte subsidiária de obrigações ao modelo da *actio de in rem verso* francesa. Embora houvesse uma considerável influência alemã, não se deu uma reflexão séria e aprofundada sobre a doutrina tedesca. A grande influência decisiva era a *actio de in rem verso* francesa, também desenvolvida pela jurisprudência e de caráter marginal e subsidiário. Essa foi a doutrina positivada no Código de 2002, que previu uma ação de enriquecimento, mas sem caráter geral. Ao contrário, expressamente subsidiária e separada do pagamento indevido.

19. Entre nós deve-se interpretar a ação de enriquecimento como sendo de modelo da *actio de in rem verso*, limitada aos casos de enriquecimento por intervenção em patrimônio alheio que não configurem atos ilícitos. O enriquecimento por atribuição patrimonial não se configura como ação de locupletamento, mas de resilição de contratos de atribuição patrimonial cujo objeto é a repetição do bem atribuído ou seu valor. Ela é regrada no pagamento indevido. O pagamento indevido não é apenas *condictio indebiti* em sentido estrito, mas verdadeira *condictio sine causa*, englobando a *condictio ob causam finitam, causa data causa non secuta e indebiti*.

20. Tendo nosso Código adotado o princípio da separação de planos, aplica-se amplamente a figura da *condictio*. A *condictio* não depende tanto da abstração interna ou externa do negócio jurídico de atribuição, mas antes do

sistema jurídico não considerar a causa como requisito de validade dos contratos de modo geral.

21. Não se deve, portanto, considerar-se o pagamento indevido como espécie de enriquecimento injusto, nem no sentido de ser a ação fundamentada no princípio de vedação ao enriquecimento – o é apenas em caráter altamente abstrato, assim como quase tudo é em direito privado –, muito menos no sentido do pagamento indevido ser espécie da ação de enriquecimento sem causa positivada no art. 884. Dessa maneira, é de se repudiar o entendimento que equipara o prazo prescricional do pagamento indevido ao enriquecimento sem causa.

22. Por fim, também repudiamos a interpretação de que a ação de enriquecimento sem causa positivada no art. 884 não é subsidiária, aplicando-a, *e.g.*, aos casos de invalidade contratual. O código ressaltou a subsidiariedade da ação e sua desconsideração pelos tribunais causará, como tem causado, grande confusão e insegurança no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Napoleão Mendes de, *Gramática Latina: curso único e completo*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989
- ALVIM, Agostinho, *Do enriquecimento sem causa*, in *Revista dos Tribunais*, n. 259, maio 1957
- AQUINO, São Tomás de, *Suma teológica*, trad. Alexandre Correa, São Paulo: Ecclesiae, 2016
- AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa: Dos institutos de direito em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado*, São Paulo: Livraria Academica, 1933
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli: Jovene, 2006
- ARITÓTELES, *Ética a Nicomaco*, trad. de Mario da Gama Kury, Brasília: Editora da UNB, 1985
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: Teoria Geral, v. 2: Ações e Fatos Jurídicos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: Teoria Geral, v. 3: Relações e Situações jurídicas*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010
- BESSONE, Darcy, *Da compra e venda, promessa e reserva de domínio*, Belo Horizonte: Bernardo Alvares, 1960
- BESSONE, Darcy, *Do contrato, teoria geral*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987
- BEVILAQUA, Clovis, *Código civil dos estados unidos do Brasil, comentado*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959
- BEVILAQUA, Clóvis, *Do enriquecimento ilegítimo, lugar que se lhe deve assignalar nos Codigos Civis*, in *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, n. 11, pág. 3/13, 1903
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 2ª ed. Bahia: Livraria Magalhães, 1910.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2ª ed., Campinas: Servanda Editora, 2015
- BIROCCHI, Ítalo, *Causa e Definição de Contrato na Doutrina do séc. XVI*, trad. por José Reinaldo de Lima Lopes in *Revista Direito GV* n.º 3, 2006, pág. 65/87.
- BÖHMER, Iustus Henning, *Introductio in ius digestorum*, 7ª ed., Halae Magdeburgicae, Orphanotrophei, 1785

BUCKLAND, W. W., *A Text book of roman law*, 3ª ed. Rev. por Peter Stein, Cambridge: University Press, 1963

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A subsidiariedade da Obrigação de restituir o enriquecimento*, Almeidina: Lisboa, 1974

CAPITANT, Henri, *La causa de las obligaciones*, trad. por Eugenio Tarragato y Contreras, Madri: Gongora, 1928

CARDILLI, Riccardo, *Archetipi dell'oportere nell'oportere ex sponsione* in *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli: Jovene, 2011, pág. 1/16

CHEVRIER, Georges, *Essai sur l'histoire della cause dans les obligations, Droit savant du moyen-age – Ancien droit français*, Paris: Sirey, 1929

COGO, Rodrigo Barreto, *A frustração do fim do contrato, o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012

COMPARATO, Fabio Konder, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Paris: Dalloz, 1964

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano*, 6ª ed., São Paulo: RT, 1988

COUTO E SILVA, Clóvis do, *A obrigação como processo*, 4ª reimpressão, Rio de Janeiro: Renovar, 2006

CRISTAS, Assunção, GOUVEIA, Mariana França, NEVES, Vitor Pereira, *A Transmissão da propriedade e Contrato*, Coimbra: Almeidina, 2001

CROME, Carl, *System des deutschen Bürgerlichen Rechts*, V. 2, T. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, 1902

DANNEMANN, Gerhard, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: a comparative introduction*, Oxford: University Press, 2009

DE FRANCISCI, Pietro, *Synalagma, storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, V. II, Pavia: Mattei, 1916

DE FRANCISCI, Pietro, *Il trasferimento della proprietà, storia e critica de una dottrina*, Padova: Litotipo, 1924

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 4, 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011

DONATUTI, Guido, *Le causae delle condictiones*, in: *Studi Parmensi*, Anno 1, Milano: Giufré, 1951, pág. 35-169.

- EHRHARDT, Arnold, *Iusta causa traditionis, eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Leipzig: Walter de Gruyter, 1930
- ENNECCERUS, Ludwig, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, AT, Band II, traduzido por Blas Perez Gonzales y Jose Alguer, atualizada por Eduardo Valenti Fiol, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1981
- ERXLEBEN, Albrecht, *Conditiones sine causa*, V. 1, Leipzig, 1850
- FALK, Ulrich, *Bernhard Windscheid*, Juristas Universales, v. III, juristas del siglo XIX, Madrid/Barcelona: Marcial Pons:, 2004
- FEENSTRA, Robert, *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 197-236
- FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Fridrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereinigungslehre*, Leipzig: Werner Scholl, 1924
- FERREIRA, José G. do Valle, *Enriquecimento sem Causa*, Imprensa Oficial: Belo Horizonte, 1949
- FILIOS, Christian P., *L'enrichissement sans cause em droit privé Français: analyse interne et vues comparatives*, Athenas: Ant. N. Sakkoulas, 1999
- FLUME, Werner, *Studien zur Lehre von der Ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003
- FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, T. II, *Das Rechtsgeschäft*, 2ª ed., Springer: Berlin-Heidelberg-New York, 1975
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da, *Enriquecimento sem causa*, in *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, Coord. CARVALHO SANTOS, J.M, v. 220, Rio de Janeiro: Bolshoi, sem data, pág. 237/242
- FRANCO, Gustavo, *A moeda e a lei, uma história monetária brasileira*, Rio de Janeiro: Zahar, 2017
- FU, Guangyu, *Das Causaproblem im deutschen Bereicherungsrecht: eine rechthistorische Untersuchung*, Frankfurt: Peter Lang, 2010
- FUCHS, Johannes Georg, *Iusta Causa Traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basileia: Helbing & Lichtenhahn, 1952
- GALLO, Paolo, *L'arricchimento senza causa*, Padova: CEDAM, 1990
- GALLO, Paulo, *Remedies for Unjust Enrichment in the History of Italian Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 275-288

- GAUDEMET, Jean, *recensioni critiche a Lübtow e Schwarz*, in IURA, IV, 1953, pág. 314/320
- GIGLIO, Francesco, *A systematic approach to 'Unjust' and 'Unjustified' enrichment*, in Oxford Journal of Legal Studies, V. 23, n. 3, 2003, pág. 455-482.
- GIERKE, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889
- GIERKE, Otto von, *Deutsches Privatrecht*, V. 3, Munique: Duncker & Humblot, 1917
- GIRINO, Franco, *Presupposizione*, in Novissimo Digesto Italiano, coord. por Antonio Azara e Ernesto Eula, Turim: Torinese, 1957
- GLÜCK, Christian Friedrich von, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, V. 13, t. 1, Erlangen, 1811.
- GOMES, Orlando, *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007
- GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 19ª, Rio de Janeiro: Forense, 2008
- GOMES, Orlando, *Direitos Reais*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008
- GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel*, São Paulo: RT, 1979
- GORDLEY, James, *The philosophical origins of the modern contract doctrine*, Oxford University Press: New York, 1991
- GORDLEY, James, *Foundations of Private Law, property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford University Press: New York, 2007
- GORDLEY, James, *Restitution without enrichment? Change of position and Wegfall der Bereicherung in Comparative Law of Unjust Enrichment*, coord. Por ZIMMERMANN, Reinhard; JOHNSTON, David, Cambridge: University Press, 2002
- GORLA, Gino, *El contrato, problemas fundamentales tratados segun el método comparativo y casuístico*, trad. de Jose Ferrandis Vilella, t. I, Barcelona: Bosch, 1959
- GUAJARDO-FAJARDO, José Luis Arjona, *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Universidad de Sevilla: Sevilla, 1999
- GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 12ª ed., Napoli: Jovene, 2001.
- HAGMANN-LEUTERBACH, Ulrike, *Der Zusammenhang Zwischen dem finalen Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht und den Erfüllungslehren*, Tese de Doutorado, Universidade de Tübingen, Tübingen, 1976

- HALLEBEEK, Jan, *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut, 1996
- HALLEBECK, Jan, *Developments in Mediaeval Roman Law*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 59-120
- HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis: ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003
- HEINE, Sonia, *Condictio sine Datione, Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB*, Berlin: Duncker&Humbolt, 2006
- HEINECCIUS, Johan Gottlieb, *Elementa Juris Civiles secundum ordinem Pandectarum*, T. 1, Ed. Italiana, Veneza, 1785
- HEINECCIUS, Johan Gottlieb, *Elementa Juris Civiles secundum ordinem Institutionum*, Gottingae, 1749
- HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes, *Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro*, Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010
- HOENTINK, H. R., *Justus titulus usucapionis et justa causa tradendi*, in *Legal History Review*, v. 29, t. 2, 1958, pág. 230/242.
- JANSEN, Nils, *Gesetzliche Schuldverhältnissen, eine historische Strukturanalyse*, in *Archiv für Civilistisches Praxis*, n. 216, 2016, pág. 112-233.
- JANSEN, Nils, *Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution: zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny*, *Zeitschrift der Savigny Stiftungs für Rechtsgeschichte*, V. 120, 2003, pág. 106-161.
- JONG, Hylkje de, *A Bizantine interpretation of D. 12, 1, 32 and similiar digest fragments*, in *The Legal History Review*, 80, 2012, pág. 47-76
- JÖRS, Paul, KUNKEL, Wolfgang, WENGER, Leopold, *Römisches Recht*, 4ª ed. revista por Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly e Walter Selb, Berlin, Nova York: Springer, 1987
- JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit Positif Français*, 3ª ed., Sirey: Paris, 1939
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico- existência, validade e eficácia*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio jurídico e declaração negociai: noções gerais e formação da declaração negocial*, Tese de Titularidade para Catededra de Direito Civil da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986
- KASER, Max, *Das Römisches Privatrecht*, B. I, 2 ed., München: C.H. Beck, 1974

KASER, Max, *Direito Privado Romano*, trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KASER, Max, *Zur iusta causa traditionis*, in *Bullettino dell'insituto di Diritto Romano*, V. 64, Milano: Giuffrè, 1961, pág. 61-97

KASER, *Das Geld im römischen Sachenrechts*, in *Legal History Review*, V. 29, t. 2, 1961, pág. 169-229

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Machado, 7ªed., São Paulo: Martins Fontes, 2006

KLINKE, Ulrich, *Causa und Genetisch Synallagma, zur Struktur der Zuwendungsgeschäft*, Berlim: Duncker & Humblot, 1983

KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Ignacy, *Die Condictio als Bereicherungsklage im Klassischen Römischen Recht*, B. 1, Weimar: Hermann Böhlau, 1904

KÖNIG, Detlef, *Ungerechtfertigte Bereicherung: Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtvergleichender Sicht*, Heidelberg: Carl Winter, 1985

KROETZ, Maria Candida do Amaral, *Enriquecimento Sem Causa No Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e Recomposição Patrimonial*, Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Paraná, 2005

KUPISCH, Bertold, *Ungerechtfertigte Bereicherung: Usus modernus pandectarum in Deutschland unter Berücksichtigung des preussischen Allgemeinen Land rechts (ALR) und des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB)*, in *Unjust Enrichment*, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999

KUPISCH, Berthold, *Versionsklage, Ihre Entwicklung von der Gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Heidelberg: Carl Winter, 1965

LANGE, Heinrich, *Das Kausale Element im Tatbestand der Klassischen Eigentumstradition*, Leipzig: Theodor Weicher, 1930

LARENZ, Karl, *Derecho civil (Parte general)*, Trad. em espanhol e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978

LARENZ/CANARIS, *Lehbuch des Schuldrechts*, V. 2, t. 2, 13ª ed. Munique: Beck, 1994

LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Trad. de Carlos Fernández Rodríguez, Granada: Editorial Comares, 2002.

LAURENT, François, *Principes de Droit Civil Français*, T. XX., Paris: A Durant & Pedone Lauriel, 1876

- LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes, *O Enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro*, in Revista CEJ, Brasília, n. 25, p. 24/33, abr./jun. 2004
- LEITÃO, Luis Manuel Teles 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*, Almeida: Coimbra, 2005
- LEHMANN, Heinrich, *Algemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, T. I, 2ª ed., Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1922,
- LENEL, Otto, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)*, in Archive für Civilistisches Praxis, V. 74, 1889, pág. 213-239
- LENEL, Otto, *Edictum Perpetuum: ein Versuch zu seiner wiederherstellung*, 3ª ed., Bernhard Tauchnitz: Leipzig, 1927
- LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig: Bernhard Tauschnitz, 1889.
- LEVI, Giulio, *Il Pagamento dell'indebito*, Milano: Giuffrè, 1989
- LOPES, José Reinaldo Lima, *O Oráculo de Delfos: Conselho de Estado no Brasil-Império*, São Paulo: Saraiva, 2010
- LÜBTOW, Ulrich von, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1952
- MACQUEEN, Hector L., SELLAR, W. David H., *Unjust enrichment in Scots Law*, in Unjust Enrichment, coord. por Eltjo J.H. Schrage, 2ª ed., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, pág. 294-312.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Pagamento indevido e enriquecimento sem causa*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 93, 1998, pág. 115/132
- MALUF, Carlos Alberto Dabus, *As condições no Direito Civil*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011
- MARKY, Thomas, *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ªed., São Paulo, 1995
- MARQUES, Cláudia Lima de Souza, *Cem anos de Código Civil alemão. O BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916*, in RT, v. 741, jul. 1997, pág. 11-37,
- MARRONE, *Instituzioni di Diritto Romano*, 3ª ed., Parlema: Palumbo, 2006,
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister, *A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro* in Revista da Ajuris, n. 45, março/89, pág. 214/244

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister, *O direito privado como um 'sistema em construção' – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, v. 753, pág. 24-48, jul. 1998

MARTINS COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo, *Direito Restitutivo. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo*, in *Revista dos Tribunais*, v. 956, jun/2015

MEDICUS, Dieter, *Gesetzliche Schuldverhältnissen*, 5ª ed., C.H. Beck: München, 2007

MELLO, Marcos Bernardes, *Teoria do fato jurídico*, v. 2, plano da validade, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013

MEYERS, Eduard M., *Les Théories Médiévales concernant la causa de la stipulation et la cause de la donation*. In *Legal History Review*, v. 14, 1933, pág. 365/397

MICHELON JR., Cláudio, *Direito restitutivo: Enriquecimento sem causa, Pagamento Indevido e Gestão de Negócios*, São Paulo: RT, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, v. 5, 41ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005

NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012

NEGREIROS, Teresa de Abreu Paiva, *Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como princípio geral de Direito*, *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 55, n.3, dez. 1995

NEVES, José Roberto de Castro, *O Enriquecimento sem causa como fonte de obrigações* in *Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos*, Org. por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, V. I, São Paulo: RT, 2011

NERY JR., Nelson, *Contrato Aleatório – Cessão de crédito tributários*, in *Soluções práticas de direito*, v. II, São Paulo: RT, 2010

NIEDERLÄNDER, Hubert, *Die Bereicherungshaftung im Klassischen Römischen Recht, Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung*, Weimar: Herman Böhlau, 1953

OERTMANN, Paul, *Die Geschäftsgrundlage ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig: A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1921

PAVLÍČEK, Anton, *Zur Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung nach oesterreichischem Civilrechte: Mit Berücksichtigung Des gemeinen Rechtes, sowie der modernen Gesetzgebungen*, Manz, 1878, reimpressão de Let Me Print, 2012

- PENTEADO, Luciano Camargo, *Doação com encargo e causa contratual*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2013
- PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, v. II, 29ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017
- PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires: Albatros, 1958,
- PFLÜGER, H. H., *Ciceros Rede Pro Q. Roscio Comoedo*, Leipzig: 1904
- PFLÜGER, H. H., *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München: Duncker & Humblot, 1937.
- PIETREK, Marietta, *Konsens über Tradition? Eine Studie zur Eigentumübertragung in Brasilien, Deutschland und Portugal*, Tübingen: 2015.
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. III, São Paulo: RT, 2012
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XI, São Paulo: RT, 2012
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado* T. XXII, São Paulo: RT, 2012
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado* T. XXIII, São Paulo: RT, 2012
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado* T. XXV, São Paulo: RT, 2012
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. XXVI, São Paulo: RT, 2012
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. XXXII, São Paulo: RT, 2012
- POTHIER, *Traité du Quasi-Contrat Appelé promutuum et de la Condictio Indibiti*, in Ouvres de Pothier annotées et mises em corrélation avec le code civil et la législation actuelle par BUGNET, T.V, Paris: Cosse et N. Delamotte, 1847
- RANIERI, Filippo, *Brevi note sulla origine della nozione di negozio reale ed astratto* in Legal History review, V. 38, t. 3, 1970, pág. 315/342
- RAMOS, Erasmo Marcos, *A Transmissão de Propriedade no Novo Código Civil Brasileiro e no BGB Alemão - Um Estudo Comparado* in RT, n. 815, 2003, pág. 38/76
- REALE, Miguel. *Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil*, doutor Miguel Reale, datada de 16 de janeiro de 1975. Revista da EMERJ, edição especial, parte 1, fev./jun. 2002
- RICCOBONO, Salvatore, *La Gestione degli Affari Altrui e L'Azione di Arricchimento nel Diritto Moderno*, in Rivista di Diritto Commerciale, I, 1917, pág. 369-426.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*, in RT, v. 938, dez. 2013, pág. 79-155

- RODRIGUEZ-ROSADO, Bruno, *Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs*, Frankfurt: Peter Lang, 2009
- ROPPO, Enzo, *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Coimbra: Almedina, 2009
- SACCOCIO, Antonio, *Si Certum Petetur, dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milão: Giuffrè, 2002
- SANFILIPPO, Cesare, *Condictio indebiti: Il fondamento dell'obbligazione da indébito*, Milano: Giuffrè, 1943
- SANTOS, Mario Ferreira dos, *Filosofia e Cosmovisão*, 3ª ed., São Paulo: Logos, 1956
- SANTOS, Mário Ferreira dos, *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*, São Paulo: Matese, 1964
- SAVIGNY, F. C. von, *System des heutigen römischen Rechts*, V. 5, Berlin, 1841
- SCHÄFER, Frank L., *Das Bereicherungsgesetz in Europa Einheits- und Trennungslehre in gemeinen, deutschen und englischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2001
- SCHANBACHER, Dietmar, *Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung*, in Legal History Review, v. 60, t. 1, 1992, pág. 1/27
- SCHEEL, Johannes, *Die Entwicklung des Rechtsgrundbegriffes bei den Leistungskonditionen, Eine Arbeit zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Centaurus, Pfaffenweiler, 1989
- SCHMIDT, Jan, *Responsabilidade Civil no Direito Alemão e método de direito comparado*, in RTDC, V. 40, out/dez 2009, pág. 139/150
- SCHULZ, Fritz, *System der Rechte auf Eingriffserwerb*, in Archiv für die Civilistische Praxis, n. 10, 1909
- SCHULZ, Fritz, *Principles of Roman Law*, Londres: Oxford University Press:, reimpressão da primeira edição de 1936.
- SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano clásico*, trad. de J Santa Cruz Teigeiro, Barcelona: Bosch, 1960
- SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio in Klassischen Römischen Recht*, Münster: Bohlau, 1952
- SEFERIADES, Styl. P., *Étude Critique sur la Théorie de la Cause*, Paris: Arthur Rousseau, 1897
- SICHES, Luis Recasens, *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, 2ªed., Cidade do México: Jus, 1947.

SILVA, Luis Renato Ferreira da, *Reciprocidade e contrato, a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

SIMÕES, Marcel Edvar, *Transmissão em direito das obrigações: cessão de crédito, assunção de dívida e sub-rogação pessoal*, Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011

SÖLLNER, Alfred, *Die kausa im konditionen- und vertragsrechts des mittelalters bei den glossatoren, kommentatoren, und kanonisten* in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistisches Abteilung, V. 77, 1960, pág; 182/269

STAIR, James Dalrymple Visconde de, *Institutions of the Law of Scotland*, 2^a ed., Edimburgo: Andrew Anderson, 1693

STADLER, Astrid, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion: eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und USamerikanischen Rechts*, Tübingen: Mohr, 1996

STAMPE, Ernst, *Das causa-Problem des Zivilrechts, eine rechtspolitische Studie am §365 BGB*, Greifswald: Abel, 1904.

TALAMANCA, Mario, *Instituzioni di Diritto Romano*, Milão: Giuffrè, 1990

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Código Civil, Esboço*, Brasília: Ministério da Justiça, 1952

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto in CORREA TELLES, José Homem, *Doutrina das Acções – acomodada ao foro do Brazil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1880.

THOMALE, Chris, *Leistungs als Freiheit, Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012

TOMASETTI JR., Alcides, *Execução do Contrato Preliminar*, Tese de doutorado da Faculdade de Direito da USP, 1982

TOMASETTI JR., *O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo*, in Responsabilidade Civil, v. II, Doutrinas Essenciais, organizadores Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo: RT, 2010

TOMASETTI JR., Alcides, *A parte contratual*, em ADAMEK, Marcelo Viera von. (Org.). Temas de direito societário e empresarial contemporâneos; liber amicorum Prof. Dr. Erasmo Valadão Azevedo e Novaes França, São Paulo: Malheiros Ed., 2011

TRIMARCHI, Pietro, *L'Arricchimento senza causa*, Milano: Giuffrè, 1962

- VALLE FERREIRA, José Geraldo do. *Enriquecimento sem causa*, Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949
- VAN OVEN, J. C., *Le Forêt Sauvage de la Condictio Classique*, in *Legal History Review*, V. 22, I. 3, jan. 1941
- VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo, *O contrato e os Direitos Reais*, São Paulo: RT, 2012
- VENOSA, Silvio, *Direito Civil: Parte Geral*, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2006,
- VILLEY, Michel, *A formação do pensamento jurídico moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VISSER, Daniel, *Unjust Enrichment in Comparative Perspective*, in *Oxford Handbook of Comparative Law*, Coord. por HEIMANN, Mathias e ZIMMERMANN, Reinhard, Oxford Uni. Press: Oxford, pág. 969-1002
- VIZIOS, Henry, *La notion de Quase-Contrat, Étude Historique et Critique*, Bordeaux: Y. Cadoret, 1912
- VOCI, Pasquale, *Modi di Acquisto della proprietà*, Milão: Giuffrè, 1952
- VOEGELIN, Eric, *Anmenese: da teoria da história e da política*, trad. Elpídio Mário Dantas Fonseca, São Paulo: É Realizações, 2009
- VOEGELIN, Eric, *Ordem e História, V. III: Platão e Aristóteles*, 2ª ed., trad. de Cecília Camargo Bartalotti, São Paulo: Loyola, 2012
- VON CAEMMERER, Ernst, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *Festschrift für Ernst Rabel*, coord. por Dölle, Hans; Rheinstejn, Max; Zweigert, Konrad, T. I, Tübingen: Mohr, 1954, págs. 333-401
- VON TUHR, Andreas, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Weimar: Böhlau, 1907
- VON TUHR, Andreas, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, v.2, t.1 e 2, Leipzig: Duncker & Humblot, 1957
- WEISS, Egon, *Institutionen des römischen Privatrechts*, 2ª ed., Basiléia: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1949
- WILBURG, Walter, *Die Lehre von die ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Graz: Leuschner Lubensky 1934
- WIELING, Hans Josef, *Bereicherungsrecht*, 4ª ed., Berlin: Springer, 2007.
- WIELING, Hans Josef, *Sachenrecht*, v. 1, *Sachen, Besitz und rechte an beweglichen Sachen*, 2ª ed., Heidelberg: Springer, 2006

WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 4ª ed., trad. de Antonio Manuel Botelho Hespanha, Lisboa: F.C. Gulbenkian, 2010

WINDSCHEID, Bernhard, *Zur Lehre des Code Napoleon der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1847.

WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850

WINDSCHEID, Bernhard, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, V. 78, 1892, pág. 161/202

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7ª ed., B.2, Frankfurt, 1891

WITTE, Hermann, *Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts*, Halle, 1859

WOLFF, Lutz-Christian, *Zuwendungsrisiko und Restitutionsinteresse, Struktur und Rückabwicklung von Zuwendungen, dargestellt am Beispiel von Synallagma und Leistungskondiktion*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta, 1990

ZIMMERMANN, Reinhard, *Unjustified Enrichment: the modern civilian approach*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, V. 15, n. 3, 1995, pág. 404-429

ZIMMERMANN, Reinhard, *Bereicherungsrecht in Europa: Eine Einführung*, in *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts*, tagung der Privatrechtlichen Sektion der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Dresden, 2003, Coord. por Reinhard Zimmermann, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pág. 17/46.