

Fundamento e Delineamento da Pretensão Restitutória: comparação entre a *condictio* romana e o direito civil brasileiro*

MARCOS DE CAMPOS LUDWIG

Mestre e Doutorando em Direito Privado pela UFRGS

Ex-Professor substituto de Direito Civil na UFRGS

Professor de Direito Civil no UniRitter

SUMÁRIO: Introdução. 1 – Da *condictio* romana à generalização da pretensão restitutória. 1.1 A noção clássica de *condictio* e suas hipóteses de aplicação. 1.2 A generalização da *condictio* e a vedação do enriquecimento sem causa. 2 – Em busca do conteúdo de destinação perdido: reconstrução a partir das fontes clássicas. 2.1 Aproximação ao problema. 2.2 Casos típicos de enriquecimento à custa de outrem. Conclusão. Obras consultadas.

Introdução

Que a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) trouxe uma série de questões a serem debatidas pela doutrina, a fim de proporcionar uma visão teórica coerente e segura para a futura aplicação dos respectivos

* Este artigo consiste na monografia escrita para a disciplina de Filosofia e Direito Privado, ministrada pelo Prof. Dr. Cláudio Fortunato Michelon Jr. no curso de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, durante o primeiro semestre de 2003.

dispositivos, é notório. Algumas dessas questões, no entanto, embora fundamentais, foram recebidas no cenário jurídico com uma certa indiferença, como se pouca ou nenhuma inovação trouxessem.

Exemplo disso é o acréscimo de um trio de dispositivos sobre o enriquecimento sem causa (CC/2002, arts. 884 a 886), sem paralelo no diploma anterior, como fonte expressamente reconhecida de obrigações. A inclusão do instituto na vaia comum dos *atos unilaterais*, por si só, ao lado de figuras díspares como a promessa de recompensa e a gestão de negócios, já levanta dúvidas e possibilita críticas que no mais das vezes não se têm feito.

O caminho a ser trilhado parece passar, como sempre, pela busca de subsídios hermenêuticos no tempo e no espaço – seja pela via da história do direito, portanto, seja pelo método comparativo entre diferentes ordenamentos jurídicos da atualidade. O objetivo do presente trabalho é, justamente, empreender o cotejo entre o instituto do enriquecimento sem causa no direito positivo brasileiro, especialmente em face do novo Código Civil, e as suas raízes que podemos encontrar no direito romano, referência inarredável de juridicidade em que Augusto Teixeira de Freitas encontrou “toda a filosofia do direito”.¹

Destarte, num primeiro momento serão abordados os aspectos formais da *condictio* no direito romano, com menção às suas diversas fases de desenvolvimento, e em seguida se fará a comparação dos mesmos com aquilo que nos traz o novo Código Civil brasileiro em termos de pretensão restitutória, a fim de buscarmos as diferenças e aproximações entre ambas experiências. Num segundo momento, então, procuraremos identificar o que substancialmente serviu de fundamento para a restituição entre os romanos, de um lado, e aquilo que parece haver

¹ Carta de 22 de outubro de 1857 – apud: MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In: CONGRESSO INTERNAZIONALE DEL CENTENARIO DI AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS (II Università degli Studi di Roma, Universidade de Brasília, ASSLA, Roma, dez. 1983). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Org. Sandro Schipani. Pádua : Cedam, 1988, p. 20.

nas entrelinhas do direito positivo pátrio no mesmo sentido, no intuito de investigar em que medida há algum traço de permanência ou linearidade na evolução do instituto do enriquecimento sem causa.

É natural e óbvia a existência de uma infinidade de outros paradigmas que poderíamos ter adotado no presente trabalho, como o rico desenvolvimento do tema na jurisprudência francesa a partir das últimas décadas do séc. XIX, ou a formidável construção teórica empreendida pela Escola Pandectística alemã sobre os alicerces fornecidos pelas categorias clássicas. Toda pesquisa, no entanto, só é viável a partir da escolha de certos limites: no presente trabalho, portanto, optamos pelo enfoque específico desse cotejo entre o direito positivo pátrio e os antecedentes do direito romano, na esperança de fornecermos algum subsídio de valia para a interpretação do novo Código Civil brasileiro.

1 DA *CONDICTIO ROMANA*

À GENERALIZAÇÃO DA PRETENSÃO RESTITUTÓRIA

1.1 A noção clássica de *condictio* e suas hipóteses de aplicação

1. No rol das diferentes espécies de relações obrigacionais, geralmente se destacam aquelas que visam ao pagamento de uma prestação consensualmente determinada e aquelas que dizem respeito ao ressarcimento de danos causados por culpa ou dolo. Nesse sentido, a primeira tentativa de classificação das fontes das obrigações ocorre quando Gaio indica que tais relações ou nascem *ex contractu*, ou se originam *ex delicto*,² antes de cogitar de quaisquer outros tipos de fatos jurídicos. Assim, o relevo que os juristas dão a essa parte do direito

² Gai. 3, 88: "Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto." (sublinhamos) (Trad. livre: "Passemos agora às obrigações, cuja principal divisão compreende duas espécies, pois toda obrigação nasce de contrato ou de delito.")

civil recai quase integralmente sobre a obrigação de cumprir o que se contratou, de um lado, e a obrigação de indenizar o que ilícitamente se cometeu, de outro.

A verdade, porém, é que desde sempre existiu a intuição de um outro tipo de relação obrigacional: um tipo que não provém de contrato e, ainda, não necessariamente se refere a um dano preexistente. Trata-se da *obrigação de restituir*, i.e., de devolver a quem de direito aquilo que injustificadamente se ganhou, a partir da idéia basilar de que é reprovável juridicamente o enriquecimento sem causa.

Embora a dificuldade que a maior parte dos juristas experimenta até hoje no que toca a distinção entre obrigação de indenizar e obrigação de restituir, cremos que é absolutamente necessário separar as duas espécies, uma vez que os parâmetros de verificação do *quantum* devido numa e noutra hipótese não são os mesmos. Se nos afastarmos da perspectiva do pólo devedor, manifestada na ênfase dada ao próprio termo *obrigação*, e enfocarmos por um instante o pólo credor da relação obrigacional, então se tornará claro que, num e noutra caso, há *pretensões* distintas a serem exercidas. É sabido que os romanos não conheciam o conceito moderno de pretensão, entendido como o potencial de exigibilidade geralmente incorporado nos direitos subjetivos: esta e outras noções só foram desenvolvidas em toda a sua clareza teórica no séc. XIX, por obra da Escola Pandectística alemã, em seu esforço consciente de abstração rumo à pureza dos conceitos, a desvelar uma óptica moderna das fontes clássicas. A idéia que está na raiz do conceito de pretensão, no entanto, retiraram os pandectistas da *actio* romana,³ cujo significado Max Kaser afirma oscilar justamente

³ RABEL, Ernst. *Grundzüge des Römischen Privatrechts*. 2ª ed. Basel : Schwabe, 1955, p. 93. O destaque concedido à cultura jurídica romana, vale anotar, não implica em que nenhuma outra civilização teve alguma importância para a formação histórica dos conceitos ora analisados. No entanto, foi em Roma – mais precisamente na época de César e de Augusto – que surgiu a obrigação como *noção jurídica*, antes apenas “vívida” pelos povos do Oriente antigo e, mesmo, pelos gregos (cf. GAUDEMET, Jean. Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l' "obligation" dans le droit de la Rome antique. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, vol. 44, 2000, pp. 19-32).

“entre o conceito jurídico-processual de ação e o conceito jurídico-privado de pretensão, isto é, do direito (privado) que se pode fazer valer por via processual”.⁴

Aqui não pretendemos investigar se os romanos conheciam o conceito de direito subjetivo, nem fazer a distinção das noções de *actio* e pretensão; pelo contrário, a idéia é analisar *actio* e pretensão naquilo que têm de próximo – a exigibilidade.⁵ Destarte, e para voltar ao tema central deste trabalho, se hoje podemos falar em pretensão restitutória, como um tipo de exigibilidade peculiar que o credor terá em certas situações, isso se deve fundamentalmente à experiência romana, que primeiro identificou e desenvolveu essa idéia com um maior cuidado jurídico.

De fato, é na noção romana de *condictio* que encontramos os antecedentes dogmáticos do que hoje versamos como pretensão restitutória ou, mesmo, sob o rótulo de enriquecimento sem causa. Uma série de diferenças, porém, existem. Quais eram exatamente o significado e a abrangência prática desse instituto?

2. A *condictio*, em primeiro lugar, situava-se no rol das *actiones in personam* de direito estrito.⁶ Em síntese, isso significa que: a) a *condictio* era uma espécie de crédito, e não algo parecido com aquilo que denominamos de direito real; b) a *condictio* obedecia a limites rígidos, não admitindo um juízo mais amplo de equidade.

O termo utilizado provém de uma espécie de processo reconhecido como *legis actio per conductionem*,⁷ cuja peculiaridade estava no necessário adiamento da ação para o trigésimo dia, momento

⁴ KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1999, p. 57 (§ 4, II, 1, a).

⁵ D. 44, 7, 51 (Celsus): “**Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi.**”

⁶ KASER, op. cit., p. 271 (§ 48, I, 2). A classificação supracitada segue padrões do período clássico e, mesmo, pós-clássico: é oportuno anotar que muito antes já falavam os romanos em *condictio*, tendo ocorrido apenas – como, aliás, é extremamente freqüente na história do direito – modificações mais ou menos profundas na sua forma e no seu significado.

⁷ Gai. 4, 12: “*Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per conductionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem.*” (sublinhamos) (Trad. livre: “As ações de lei revestiam cinco formas: por aposta solene, ‘por petição de juiz’, por *condictio*, por apreensão da pessoa do devedor e por tomada de penhor.”)

em que finalmente se determinava e nomeava o *iudex*.⁸ O prazo concedido tinha o intuito de facilitar a solução do litígio, a partir do que dispôs em meados do séc. II a.C. uma *lex Silia*. Inicialmente, a *legis actio per condictionem* destinava-se apenas à restituição de *certa pecunia*, sendo o mútuo o caso inicialmente paradigmático; posteriormente, com base numa *lex Calpurnia*, ampliou-se o seu alcance para outras *certae res*.⁹

Há hipóteses de restituição, em sentido amplo, que os romanos não conectavam com a *condictio*, que desde então foi considerada como uma espécie de “pretensão residual”. Quando a pessoa, e.g., pagava por erro uma dívida inexistente, mas era ainda reconhecida pelo ordenamento jurídico como proprietária do bem, então a ação cabível era a *rei vindicatio*.¹⁰ Esse carácter subsidiário, por assim dizer, da *condictio* é corroborado por uma característica formal: o seu cabimento não estava atrelado a nenhum fundamento concreto em especial, o que fazia com que se destinasse a restituições descritas de modo “abstrato”.¹¹

É elucidativo ver o que dizia a fórmula da *legis actio per condictionem*, de acordo com o testemunho didático de Gaio, em fragmento por muito tempo perdido, encontrado apenas no ano de 1933:¹²

“Per condictionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE. ID POSTVLO AIAS AN NEGES; aduersarius dicebat non oportere; actor dicebat QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMM TBI MDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO; deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. Condicere autem denuntiare est prisca lingua.”¹³

⁸ KASER, op. cit., p. 437 (§ 81, II, 3).

⁹ Gai. 4, 19.

¹⁰ KASER, op. cit., p. 271 (§ 48, I, 1).

¹¹ Idem, ibidem, p. 437 (§ 81, II, 3). Nesse sentido, cf. ainda DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. In: CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madri : Civitas, 1988, pp. 71-72.

¹² Idem, ibidem, p. cit.

¹³ Gai. 4, 17, b. (Trad. livre: “Na ação por *condictio* se manifestava o seguinte: AFIRMO QUE ME DEVES DAR DEZ MIL SESTÉRCIOS. TE INSTO A QUE DIGAS SE É OU NÃO CERTO. O adversário o negava; e o demandante replicava: JÁ QUE O NEGAS, TE INTIMO PARA ESCOLHER JUIZ DENTRO DE TRINTA DIAS. Aos trinta dias deviam comparecer as partes para escolher juiz. *Condicere* significava na língua dos antigos o mesmo que intimar.”)

Ainda que o próprio Gaio afirmasse, na passagem subsequente do texto acima transcrito, que os romanos da sua época (séc. II) utilizavam o termo *condictio* de modo menos preciso, uma vez que a intimação do adversário pelo autor (*condicere*) já não mais se praticava,¹⁴ o ponto que nos interessa é a “abstração” da respectiva fórmula, conforme acima referido. Não se mencionava um fundamento, uma causa específica, ao contrário do que ocorria na maior parte das fórmulas das *legis actiones*.¹⁵ Daí podermos identificar, como casos típicos de *condictio*, um agrupamento de situações aparentemente desconexas.

3. Em primeiro lugar, deve restar assentado o ponto de partida dos romanos ao falarem em *condictio*: a pretensão cabia apenas ao autor que tivesse perdido a propriedade do bem cuja restituição pleiteava. Para os casos em que ele persistisse na situação de proprietário e houvesse mero esbulho possessório, então cabia a *rei vindicatio*.

Face essa circunstância, via de regra restavam à *condictio* aquelas situações em que o autor se via desprovido de bens fungíveis. Num primeiro momento, conforme já aludimos, reconhecia-se a *legis actio per condictionem* apenas para a restituição de um valor em dinheiro (*certa pecunia*): não era à toa que a fórmula citada por Gaio, acima transcrita, mencionava uma dívida de dez mil sestércios. Na prática, portanto, a situação exemplar acabava sendo o mútuo pecuniário, segundo o disposto na *lex Silia* (séc. II a.C.), referida por Gaio.

O cabimento da *condictio* em prol do mutuante que não recebera de volta o dinheiro emprestado é apontado por Gaio,

¹⁴ Gai. 4, 18.

¹⁵ Numa das poucas obras monográficas sobre o tema, Fritz Schwarz reitera o aspecto formalmente abstrato da *legis actio per condictionem*, bem como indica que, na prática, a *condictio* cobria originalmente as hipóteses de furto, de mútuo e de pagamento indevido (SCHWARZ, Fritz. *Die Grundlage der condictio im klassischen Römischen Recht*. Münster ; Colônia : Böhlau, 1952, pp. 280-281). Retomaremos essas hipóteses logo adiante, mas é significativo notar, desde já, o que elas têm em comum: ficar com algo sem nada desembolsar (“Behalten ohne Entgelt” – cf. idem, ibidem, p. 281).

novamente, como hipótese típica.¹⁶ A razão de ser da palavra *mutuum*, segundo o jurista romano, está no fato de que “o que assim te é dado por mim, de meu (*meo*) teu (*tuum*) se faz”¹⁷ – a transferência patrimonial, portanto, ocorre com a tradição da coisa dada em empréstimo. Por isso mesmo, a obrigação daí oriunda se considerava *re contrahitur*, uma das quatro hipóteses de obrigações *ex contractu* conhecidas no direito romano clássico.¹⁸ Também aparecem em textos de Cícero, Sêneca e Quintiliano, bem como em fragmentos do Digesto, variáveis da expressão *actio certae creditae pecuniae*, igualmente para indicar a medida cabível para a restituição de uma soma em dinheiro.¹⁹

Outra hipótese que aparecia ao lado do mútuo, também envolvendo *pecunia numerata*, era o *indebitum solutum*. A situação referia-se à obrigação daquele que recebeu algo indevido de outrem, que pagou por erro: tal obrigação, segundo Gaio, era igualmente *re contrahitur*, razão pela qual se considerava equiparada à obrigação contraída por mútuo.²⁰ Compreende-se a exigência de que o pagamento tenha se dado por erro, na medida em que o pagamento voluntário – embora ausente qualquer obrigação prévia – em princípio se poderia interpretar como simples ato de liberalidade, mediante uma construção jurídica que não escapou à percepção dos juristas clássicos.²¹ A menção aos

¹⁶ Mais que isso, Kaser sublinha o fato de a *condictio*, no caso original do mútuo, ter sido acessível desde tempos primitivos aos peregrinos (KASER, op. cit., p. 272 [§ 48, I, 2]). Cremos ser possível concluir que a razão de ser dessa peculiaridade, face às demais *actiones* do direito romano, repousa na necessidade de assegurar condições jurídicas básicas para o desenvolvimento do comércio, no sentido de garantir a restituição do capital dado em empréstimo nas operações mercantis.

¹⁷ Gai. 3, 90: “(...) Vnde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita < ti > bi a me datum est, ex meo tuum fit.” (sublinhamos)

¹⁸ Gai. 3, 89.

¹⁹ SCHWARZ, op. cit., p. 281.

²⁰ Gai. 3, 91: “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.” (sublinhamos)

paralelos desse instituto no direito civil brasileiro, adiante, será inevitável.

A partir da *lex Calpurnia*, ainda conforme Gaio, foram finalmente ampliadas as hipóteses da *legis actio per condictioem*, a fim de abranger não apenas a restituição de *pecunia numerata*, mas também de outros bens fungíveis. Numa sociedade antiga como a romana, eminentemente agrária e baseada no modo de produção escravista,²² é compreensível que os cereais ocupassem posição de relevo nos litígios que envolviam bens – às vezes, aliás, com uma importância ainda maior que o dinheiro.²³ Foi assim, segundo Uwe Wesel, que teria se desenvolvido em Roma uma ação semelhante à *actio certae creditae pecuniae* para a restituição de trigo (*triticum*), que teria sido chamada *condictio triticiaria*.²⁴

Ainda assim, seja com dinheiro ou cereais, o cabimento da *condictio* até aqui parte invariavelmente do pressuposto de que houve uma *datio*, i.e., um ato de transferência de algum bem.²⁵ Em ambos os casos, ademais, reconhece-se a *condictio* apenas quando ela diz respeito a *certa pecunia* ou *certa res*.²⁶ Sem um ato

²¹ SCHWARZ, op. cit., pp. 91 e 115. Ao versar minuciosamente a hipótese de *indebitum solutum* no direito romano, o autor conclui que nenhum jurista clássico teria afirmado que a prestação consciente de um indébito *seria* efetivamente uma doação: teria predominado a idéia de que se tratava de uma construção jurídica por analogia. A equiparação pura e simples à *donatio*, conforme encontramos no D. 50, 17, 53, seria obra bizantina (idem, ibidem, pp. 115-116).

²² A instituição rural do *latifundium* escravo extensivo, a partir do séc. III a.C., foi se fortalecendo cada vez mais com a mão-de-obra abundante que se obtinha nas sucessivas campanhas militares no mundo mediterrâneo (ANDERSON, Perry. *Passagens da Antigüidade ao feudalismo*. Trad. São Paulo : Brasiliense, 2000, p. 58).

²³ Nesse sentido, nunca é demais ressaltar o imenso significado que teve, para os antigos, a descoberta do moinho rotativo para trigo, em meados do séc. II a.C. Com base na obra *Grain-Mills and Flour in Classical Antiquity*, de L.A. Moritz, conclui Perry Anderson que tal descoberta representou "o maior avanço isolado na tecnologia agrícola da Antigüidade clássica" (ANDERSON, op. cit., p. 61).

²⁴ WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*. 2ª ed. Munique : Beck, 2001, p. 227.

²⁵ É oportuno lembrar o fragmento em que Paulo resume os principais casos em que cabe repetição, todos vinculados a um *dare* (D. 12, 6, 65).

²⁶ Até onde se sabe, essa limitação teria sido ultrapassada a partir da época de Adriano, sendo inegável que Justiniano conhecia uma espécie de *condictio incerti* (RABEL, op. cit., p. 120).

de transferência de um certo bem, portanto, não haveria negócio jurídico prévio; sem um negócio jurídico prévio, conseqüentemente, não caberia *condictio*. Assim pensou Juliano, por exemplo, ao não reconhecer como caso de restituição aquele em que alguém constrói uma casa sobre terreno alheio e depois se vê destituído da posse da edificação pelo proprietário do terreno: não houve negócio jurídico prévio.²⁷

4. Não obstante, a circunstância já ressaltada de que a fórmula da *condictio* não indicava uma causa específica, mas era antes uma categoria “abstrata”, acabou por ocasionar um crescente alargamento das suas hipóteses de aplicação. Ernst Rabel atinge o cerne da questão ao concluir que isso não decorria propriamente de o autor possuir uma causa especial para exigir a restituição do bem, mas sim de *o réu não possuir uma causa suficiente para permanecer com o bem*.²⁸

O próprio caso do *indebitum solutum*, a bem da verdade, desmente a conclusão supracitada de Juliano de que jamais caberia *condictio* sem um negócio jurídico prévio. Dessarte, ainda que o modelo em torno do qual se erigiu a *legis actio per conductionem* tenha sido, de fato, o *mutuum* – negócio jurídico –, não é correto afirmar que os romanos não conheciam outras hipóteses de *condictio*.

Se assim não fosse, não haveria como explicar a *condictio furtiva*, por exemplo. O fato de ter representado, desde o início, uma hipótese peculiar de *condictio* não afasta a idéia externada por Rabel, ao sustentar que o ponto central para a restituição é a retenção injustificada do bem pelo réu. Igual explicação é fornecida por Fritz Schwarz: ao mesmo tempo em que reconhece a peculiaridade da *condictio furtiva* face às hipóteses originais (obrigações contratuais *re contrahitur*), considera inegável o desenvolvimento experimentado pela causa da restituição, que

²⁷ D. 12, 6, 33 (Juliano): “Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur.” (sublinhamos) Nesse sentido, cf. a explicação de SCHWARZ, op. cit., pp. 192-193.

²⁸ RABEL, op. cit., p. 119.

parte inicialmente de um simples *dare* e se alarga rumo a um *rem accipientis facere*.²⁹

Além da restituição da coisa furtada (*condictio furtiva*), que gozava de tratamento jurídico aproximado ao que se concedia à reparação dos danos, devido à ilicitude comum que se encontrava em sua raiz, é de se citar ainda a importância que a categoria clássica da *datio ob rem* acabou por ter no período pós-clássico: foi a partir dela, conforme veremos a seguir, que o direito justiniano chegou a novas possibilidades de restituição, como a *condictio causa data causa non secuta* e a *condictio ob turpem vel iniustam causam*.³⁰

1.2 A generalização da *condictio* e a vedação do enriquecimento sem causa

1. Costuma-se dizer que os romanos seguiram uma evolução que caracterizou a história do pensamento humano, no sentido de que partiram do concreto rumo ao geral, mediante a superação de formas e institutos que não mais faziam frente à realidade da época.³¹ Isso explica, ao menos em parte, o processo de crescente *generalização* experimentado no período pós-clássico, que se refletiu em diversas categorias jurídicas – e isso não foi diferente no âmbito da pretensão restitutória.

A noção clássica de *condictio*, moldada originalmente em torno da restituição do empréstimo de *pecunia numerata*, alargou-se progressivamente, na esteira da idéia a que aludimos acima: o ponto determinante, na pretensão restitutória, não se encontra propriamente numa “causa de exigir” (por parte do autor/credor), mas na falta de causa de retenção (por parte do réu/devedor).³²

²⁹ SCHWARZ, op. cit., p. 291.

³⁰ SCHWARZ, op. cit., p. 189.

³¹ RABEL, op. cit., p. 8.

³² Nesse sentido, Schwarz identifica como fundamento jurídico comum aos diferentes casos típicos de *condictio* que foram se desenvolvendo na experiência clássica, justamente, a “desconformidade jurídica da retenção” (*die Unrechtsmäßigkeit des Behaltens*) – idéia que se desnaturou em períodos posteriores do pensamento jurídico romano (SCHWARZ, op. cit., p. 302).

Embora a usual dificuldade de situar momentos determinados de ruptura na história do direito, mormente quando as fontes comprovam um desenvolvimento gradual de idéias, podemos indicar a época de Justiniano como um marco representativo de um modo de pensar o direito restitutivo que não mais guarda equivalência com o modelo clássico. Uma nova realidade, em Bizâncio, séculos após o desmoronamento do Império Romano do Ocidente; um modo de expressão distinto, a língua grega, embora a busca da manutenção da tradição latina; novos valores, ditados pelo ideário consolidado do cristianismo – tudo indica um viés renovado sobre as categorias clássicas, um processo dialético de conservação e adaptação que marca todo o período justiniano.

Assim, a concepção de direito restitutivo que se afirmou na época bizantina do direito romano está mais próxima do moderno instituto do enriquecimento sem causa que a noção clássica de *condictio*.³³ Impera que analisemos, portanto, em que consistem essas diferenças, para que restem claros, ao final, quais os aspectos que denotam uma maior proximidade do direito restitutivo justiniano com relação à nossa experiência jurídica atual.

2. Nas passagens do Digesto que versam sobre a *condictio indebiti*, é atribuída a Pompônio a afirmação de que “ninguém deve enriquecer-se com causação de danos a outrem”.³⁴ Segundo consta, o jurista teria registrado essa frase no seu livro *ad Sabinum*, ainda que outro fragmento mencione fonte distinta para uma afirmação quase idêntica a esta³⁵ – aliás, uma das lapidares

³³ RABEL, op. cit., p. 120. O autor afirma que o conceito de “enriquecimento sem causa” (*ungerechtfertigte Bereicherung*) adotado nos §§ 812 e seguintes do BGB deve muito ao direito romano bizantino, até porque o supracitado processo de generalização representou um fim perseguido tanto por Justiniano e seus colaboradores quanto pela Escola Pandectística alemã do séc. XIX.

³⁴ D. 12, 6, 14 (Pompônio): “Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem.”

³⁵ D. 50, 17, 206 (Pompônio): “Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem.”

regulae iuris que encerram o último livro do Digesto.³⁶ Seja como for, em ambos os trechos Pompônio aponta como fundamento de sua afirmativa a “eqüidade natural”.

Certo é que Pompônio não podia imaginar o alcance dos resultados a que essa afirmação acabou por conduzir: muitos séculos depois, os fragmentos acima citados foram erigidos à categoria de princípio geral do direito restitutivo, em conformidade com o espírito de abstração que caracterizou a Escola Pandectística.³⁷ O ponto a ser destacado, de qualquer maneira, é o afastamento da concepção exposta por Pompônio e fartamente desenvolvida pelos juristas pós-clássicos em relação à noção original da *legis actio per condictionem*.³⁸

A noção clássica, segundo a autorizada lição de Schwarz, repousa num suporte fático unitário – *dare ob rem*.³⁹ Merece muito cuidado a análise dessa expressão, na medida em que a palavra *res*, no período clássico, não raro designava um resultado a ser alcançado, uma vantagem, um interesse.⁴⁰ Cabia a restituição, portanto, quando o resultado almejado não lograsse êxito, quando a transmissão prévia do bem acabasse por se demonstrar sem finalidade.

Na doação que por alguma razão viesse a frustrar os motivos idealizados pelo doador, e.g., não havia *condictio*, e isso

³⁶ D. 50, 17, 1 (Paulo): “Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.”

³⁷ WESEL, op. cit., p. 230. O esforço sistematizador de Friedrich Carl von Savigny é o mais perfeito exemplo nesse sentido, conforme atesta SCHWARZ, op. cit., p. 1.

³⁸ Frutos dessa mudança de perspectivas que desemboca no direito justinianeu, e que depois seria ainda mais profundamente desenvolvida pelos glosadores e comentadores medievais, são figuras como a *condictio ex lege* e a *condictio generalis*, que fogem completamente dos padrões clássicos (SCHWARZ, op. cit., p. 3).

³⁹ SCHWARZ, op. cit., p. 135.

⁴⁰ SCHWARZ, op. cit., p. 117. O autor cita passagens de obras literárias, inclusive, para demonstrar os diversos sentidos que a palavra *res* podia incorporar. Sobre a relação entre a coisa (*res*) e o conjunto de vantagens que pode oferecer a quem dela dispõe, vale mencionar ainda a incursão semântica de BRETONNE, Mario. *I fondamenti del diritto romano*. Bari : Laterza, 1998, p. 11 ss.

porque o móvel da ação do doador não era relevante. Esse móvel da ação era o que os clássicos chamavam de *causa* – termo que depois veio a sofrer mutações semânticas, mas que originalmente de modo algum se confundia com o resultado almejado, a vantagem perseguida, a *res*.⁴¹

Na medida em que a noção de *condictio* foi se soltando da sua fórmula original, por obra dos juristas posteriores a Gaio, mas em lento processo por este já percebido, a sua ligação com o suporte fático do *dare ob rem* igualmente perdeu sua força inicial. Quando os pós-clássicos começam a falar numa *condictio ob causam datorum*, é sinal de que a rigidez das concepções tradicionais havia se dissolvido: o conceito bizantino de *causa* é outro, indica uma pressuposição.⁴² Confunde-se com a *res* dos clássicos, de certo modo.

3. Deve ser compreendida nesse novo panorama a *condictio* alargada do direito justiniano, quando determinadas palavras já não comprometiam e novos valores se afirmavam. A ênfase na desconformidade jurídica da retenção, como fruto de uma análise técnica do caso concreto, cedeu lugar à noção de *naturalis aequitas*, na esteira da interpretação dos fragmentos de Pompônio.⁴³

Até hoje a visão pós-clássica do tema nos é mais familiar, o que comprova o uso muitas vezes indiscriminado de expressões como “enriquecimento injusto” ou “ilícito” para designar as hipóteses em que há obrigação de restituir. A idéia de que não é uma questão técnica que fundamenta a existência ou não da pretensão restitutória, mas um juízo de equidade, afirmou-se com força a partir do direito justiniano e impregnou todo o medievo e, igualmente, grande parte dos juristas modernos.

Resta a tentativa de identificar o ponto de mudança da *ratio* subjacente à pretensão restitutória, o que certamente não é tarefa fácil. Não se duvida de que as passagens supracitadas de

⁴¹ SCHWARZ, op. cit., p. 142 ss.

⁴² SCHWARZ, op. cit., p. 189.

⁴³ SCHWARZ, op. cit., p. 302.

Pompônio representam já um passo adiante do modelo clássico, sendo de interesse notar que ele floresceu na época que vai do império de Adriano (117-138) ao de Marco Aurélio (169-177).⁴⁴ A visão ampla de Pompônio, bem como seu pendor para a explicação simplificada, é atestada tanto pelo fato de ele ter escrito uma obra didática (*Enchiridium*) quanto pelo famoso trecho do Digesto em que ele narra brevemente a história do pensamento jurídico romano.⁴⁵ Assim, ainda que não seja incorreto sustentar que a generalização da *condictio* se deu primeiramente apenas com o pós-clássico Ulpiano, no início do séc. III,⁴⁶ é igualmente verdade que as raízes dessa nova mentalidade devem ser buscadas muito antes no tempo histórico.

É notória a vinculação filosófica do imperador Marco Aurélio ao ideário estóico, o que parece ter sido igualmente confirmado na prática, em face dos diversos relatos a respeito do seu caráter casto, piedoso e honesto.⁴⁷ Suas *Meditações* versam basicamente sobre a brevidade da vida, o fluxo incessante do tempo e a instabilidade das coisas humanas, que encontrariam como único porto seguro a doutrina estóica da Razão Universal.⁴⁸ Esse modo de pensar, no entanto, não ingressou no mundo romano por obra de Marco Aurélio: esse mérito é atribuído a Cícero, dois séculos antes.

De fato, a alusão a Cícero é feita mesmo por Kaser, ao indicar como fundamento de todas as pretensões da *condictio* a “regra de equidade elaborada por filósofos gregos, segundo a qual é conforme à *naturalis aequitas* que ninguém possa enriquecer

⁴⁴ Os dados biográficos sobre Pompônio e outros juristas romanos, quando não indicados especialmente, foram retirados de JURISTEN: *Ein biographisches Lexikon*. Org. Michael Stolleis. Munique : Beck, 1995, passim.

⁴⁵ D. 1, 2, 2 (Pompônio).

⁴⁶ Ulpiano teria sido o primeiro jurista a buscar um fundamento mais abrangente, de fundo ético, à pretensão restitutória no direito romano, conforme leciona SCHWARZ, op. cit., p. 137. Nesse sentido, o jurista romano atribui a Sabino a afirmação de que “id quod iniusta causa apud aliquem ist, posse condici” (D. 12, 5, 6 [Ulpiano]).

⁴⁷ LI, William. Introdução. In: MARCO AURÉLIO. *Meditações*. Ed. bilíngüe. São Paulo : Iluminuras, 1995, p. 11.

⁴⁸ LI, op. cit., p. 14.

com prejuízo de outrem”.⁴⁹ Essa afirmação demonstra que não é invenção apressada a tese que ora procuramos desenvolver, no sentido de que remonta à filosofia estoíca a idéia de *naturalis aequitas*, indicada como fundamento geral da pretensão restitutória no direito romano a partir do séc. II.

O melhor a fazer, no intuito de compreender as origens dessa noção de equidade que se foi afirmando no pensamento jurídico romano, rumo à sua consagração no direito justinianeu, é analisar a própria obra de Cícero, como entusiasta exemplar da introdução da filosofia estoíca em Roma.

4. Para compreender a perspectiva de Cícero no que tange a justiça, devemos situá-la como parte de uma única virtude: a *communitas*, que Mílton Valente define como “o sentimento da comunidade humana e das obrigações que dele brotam”.⁵⁰ A utilidade coletiva, portanto, é o principal norte para a verificação da moralidade das ações, o que acaba igualmente por ressaltar a idéia de confiança: aqueles que agem visando à utilidade maior, e não apenas à sua comodidade imediata, são considerados como pessoas boas, justas, “de uma reputação de equidade acima de toda a suspeita”.⁵¹

Ao desenhar, desse modo, uma espécie de *rede social*, Cícero assentava-se na obra de Panécio, filósofo estoíco cujas idéias representaram o ponto de partida para a elaboração do *De officiis*, escrito no ano 44.⁵² Comum à filosofia de ambos, e.g., é a equiparação

⁴⁹ KASER, op. cit., p. 271 (§ 48, I, 2).

⁵⁰ VALENTE, Mílton. *A ética estoíca em Cícero*. Caxias do Sul ; Porto Alegre : EDUCS/EST, 1984, p. 175. O autor, profundo conhecedor da obra de Cícero, aponta a passagem em que o jurista romano sustenta serem “mais concordes com a natureza os deveres deduzidos a partir da comunidade do que os deduzidos a partir do pensamento” (*De officiis*, 1, 153) (VALENTE, op. cit., p. cit.).

⁵¹ VALENTE, op. cit., p. cit. O autor conclui que o dever da justiça, em Cícero, “define o que a comunidade tem o direito de exigir de seus membros, isto é, a ‘função’ social do homem” (idem, *ibidem*, p. 176). Daí o uso da expressão *vir bonus* pelos romanos, aliás, para designar aquele homem cujas ações são justas (e.g., *De officiis*, 1, 20; 3, 70; 3, 77; cf. ainda D. 19, 2, 24).

⁵² VALENTE, op. cit., p. 174.

entre utilidade e honestidade,⁵³ bem como a ênfase dada à “lei da natureza” como critério último para a adequação das condutas.⁵⁴

É particularmente significativa para o tema que ora versamos a seguinte passagem de Cícero:

“Portanto, tirar de alguém alguma coisa e aumentar a própria comodidade com o incômodo alheio é mais contrário à natureza que a morte, a pobreza, a dor e todos os outros males que podem afetar o corpo ou o patrimônio. Pois, para começar, isso suprime a vida em comum e a sociedade. Se, com efeito, cada qual despojar ou prejudicar o outro em benefício próprio, *inevitavelmente se romperá a sociedade do gênero humano*, que é a mais conforme à natureza.”⁵⁵

O argumento prossegue com uma metáfora anatômica, por assim dizer, no sentido de que o corpo inteiro pereceria na hipótese de um membro “robustecer-se à custa das forças do membro vizinho”.⁵⁶ Essa necessária inter-relação, ditada pela própria natureza das coisas como um verdadeiro dever de consideração para com o *alter*, seria para Cícero a comprovação de que a equidade por vezes há de se impor sobre o direito estrito na regulação das relações entre os cidadãos.⁵⁷

Ademais, quando Cícero arrola os fundamentos da justiça, ele menciona não apenas o dever de *neminem laedere*, mas igualmente a necessidade de “servir à utilidade comum”.⁵⁸ A primeira regra é entendida, por óbvio, no contexto da *communitas* como bem maior, o que equivale à idéia de que “toda violência

⁵³ De officiis, 3, 34: “Por certo, nada que não seja ao mesmo tempo honesto pode ser útil; nada do que não seja ao mesmo tempo útil pode ser honesto.” (Aqui e em outras passagens utilizamos a tradução de Angélica Chiapeta. *Dos deveres*. São Paulo : Martins Fontes, 1999).

⁵⁴ De officiis, 3, 30: “... a renúncia ao interesse coletivo desdiz da natureza e é injusta.”

⁵⁵ De officiis, 3, 21 (grifamos).

⁵⁶ De officiis, 3, 22.

⁵⁷ Nesse sentido, Cícero refere inclusive o brocardo “summum ius, summa iniuria”, ao defender a anteposição do bem maior com relação ao menor (De officiis, 1, 32-33).

⁵⁸ De officiis, 1, 20; 1, 31.

contra outrem é *contra naturam*, pelo fato de violar toda a sociedade”.⁵⁹ A segunda regra da justiça em Cícero, por sua vez, é mais direta ainda ao referir o interesse geral: conforme Valente, ela teria como finalidade não apenas consagrar o altruísmo, mas também e principalmente “fazer do respeito da propriedade alheia um instrumento de coesão social”.⁶⁰

Esse ponto se apresenta como fundamental para o presente estudo, uma vez que a pretensão restitutória apareceria exatamente como o mecanismo jurídico adequado para coibir violações a essa espécie de justiça. Enquanto a primeira regra da justiça parece tomar como pressuposto a causação de dano – o que estaria mais próximo daquilo que hoje chamamos de pretensão indenizatória –, a segunda regra formulada por Cícero leva mais adiante a imagem de uma “rede social”: o enriquecimento injustificado de um cidadão à custa de outro, ainda quando não diretamente lesivo, seria sempre considerado ruim ou injusto. A contrariedade à *naturalis aequitas*, que depois seria referida por Pompônio, repousaria na constatação da nocividade dessa tomada de vantagem ao próprio corpo social.

Para Cícero, não coibir o enriquecimento sem causa conduziria à desintegração da *communitas*, ao caos nas relações entre os seres humanos. Equivaleria, em última análise, à hipótese absurda de desconsiderar a própria natureza do homem como “animal político”, no sentido aristotélico da expressão.

Conforme já referimos, os juristas posteriores a Cícero parecem ter levado em conta esse raciocínio, na medida em que passaram a consagrar a alusão à *naturalis aequitas* no sentido ora indicado. No tratamento pós-clássico e, principalmente, medieval da pretensão restitutória, entretanto, a ênfase ciceroniana na contrariedade às leis da natureza é gradualmente substituída pela nocividade do enriquecimento sem causa *ao indivíduo*, e não ao corpo social. É assim que a causação de dano começa a se afirmar como pressuposto necessário para o exercício da

⁵⁹ VALENTE, op. cit., p. 176, nota 59.

⁶⁰ VALENTE, op. cit., p. 177.

pretensão restitutória: o *sine causa* do enriquecimento acaba por nublar-se e, lentamente, dissolver-se em hipóteses de perdas acarretadas em detrimento de outrem.

Com essa menção aos desenvolvimentos futuros da *condictio*, no entanto, corremos o risco de fugir aos limites a que nos propusemos, na medida em que o intuito desse capítulo é simplesmente procurar demonstrar de que modo a noção formalista de *condictio* no direito romano clássico evoluiu rumo a uma crescente generalização, com base em fundamentos nem sempre iguais. A idéia mais técnica e rigorosa de uma retenção desconforme o ordenamento jurídico, em suma, deu lugar gradualmente à uma avaliação da justeza do enriquecimento segundo um sentimento mais ou menos preciso de eqüidade.

Isso posto, é momento de passarmos à análise material do problema, ou seja, àquilo que se costuma chamar de *conteúdo de destinação* dos bens segundo o direito — este, aliás, o grande ponto a ser enfrentado.

2 EM BUSCA DO CONTEÚDO DE DESTINAÇÃO PERDIDO: RECONSTRUÇÃO A PARTIR DAS FONTES CLÁSSICAS

2.1 Aproximação ao problema

1. Antes de voltarmos à análise substancial da pretensão restitutória no direito romano e ao seu cotejo com o direito brasileiro, é hora de tentarmos responder por que determinados tipos de enriquecimento são passíveis de restituição, enquanto outros não o são. Trata-se da tentativa de encontrar aquilo que a doutrina alemã de meados do séc. XX denominou de *conteúdo de destinação* — tarefa tão útil quanto difícil.

Uma das correntes que busca responder a questão acima formulada entende que haverá a necessidade de restituir vantagens obtidas apenas quando se diagnosticar a prática de um ato ilícito, no sentido de ter havido causação de *dano* por parte do

enriquecido. Nesse sentido, seria o caráter efetivamente prejudicial do enriquecimento que faria surgir a obrigação de restituir – o que, vale dizer, é defendido ou sugerido por grande parte da doutrina brasileira atual.⁶¹

Onde falha essa opinião, porém, é no fato de confundir duas pretensões distintas: a indenizatória e a restitutória. Enquanto a primeira toma como ponto de partida a “extensão do dano”, na dicção do art. 944 do CC/2002, como tentativa de reparação da situação lesiva criada,⁶² a segunda tem como parâmetro a magnitude do enriquecimento, que justamente constitui o *quid* a ser restituído.⁶³

⁶¹ Nesse equívoco parecem incorrer uma série de manualistas pátrios, mormente ao se depararem com os novos dispositivos trazidos nos arts. 884 a 886 do CC/2002. De fato, ainda que autores como Caio Mário da Silva Pereira façam corretamente a observação de que o instituto do enriquecimento sem causa dispensa a idéia de ilícito (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003, vol. 2, p. 291), em geral reina a confusão entre as pretensões restitutória e indenizatória. Assim, e.g., há quem arrole a diminuição do ativo patrimonial do autor, ou pelo menos um acréscimo do seu passivo, como um dos pressupostos da ação de *in rem verso* – mesmo, curiosamente, mencionando a opinião contrária de Agostinho Alvim (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002, vol. 3, p. 422). Outros fazem a distinção, citando o próprio Caio Mário da Silva Pereira, mas a seguir parecem reconduzir a ação de *in rem verso* à pretensão indenizatória e à causação de dano (GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 2002, vol. 2, p. 374). Os exemplos poderiam ir adiante; basta, contudo, constatar que a regra, na doutrina nacional a respeito da pretensão restitutória, é confundi-la com a questão do ressarcimento de eventuais danos causados pelo “enriquecido”.

⁶² O disposto no parágrafo único do art. 940 do CC/2002, a respeito da possibilidade de redução equitativa da indenização em caso de “excessiva desproporção” entre a gravidade da culpa e o dano, não prejudica a idéia acima aduzida.

⁶³ É paradigmático um caso da jurisprudência portuguesa em que alguém retirou uma certa quantidade de areia de um terreno alheio, situado junto ao Rio Dão, para posteriormente vendê-la. O proprietário do terreno ingressou com ação indenizatória contra a pessoa que lhe subtraíra aquela quantidade de areia, mas constatou-se nos autos que a corrente do rio renovara a areia extraída pelo réu. Destarte, não foi possível comprovar a causação de um dano a ser reparado *in casu*; no acórdão, porém, se registrou corretamente que o caso seria de pedir a *restituição* do indevidamente auferido pelo réu, o que prescinde da comprovação de qualquer efeito danoso (Ac. do STJ de 3 de abril de 1964, publicado no *Bol. Min. Just.*, n. 136, p. 317 ss. – apud: PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra : Almedina, 1999, p. 14).

A distinção é feita com maestria por Luis Díez-Picazo, ao indicar, e.g., que a pretensão indenizatória “necessita fixar a relação de causa/efeito entre o agente provocador e o dano”, enquanto a pretensão restitutória “fixa a dita correlação entre o patrimônio do enriquecido e o do empobrecido”.⁶⁴ Daí podermos concluir, justamente, que o eixo central da pretensão indenizatória – ainda que se admitam os casos de responsabilidade civil objetiva – é a noção de culpa, enquanto na pretensão restitutória um papel semelhante é representado pela idéia de inexistência de causa.⁶⁵ Ainda traz auxílio à elucidação do problema a constatação feita por A. von Thur, conforme citada e desenvolvida por Díez-Picazo, no sentido de que a pretensão indenizatória nasce em caso de *damnum emergens* ou de *lucrum cessans*; a pretensão restitutória, diferentemente, surge quando sobrevier *lucrum emergens* ou *damnum cessans*.⁶⁶

Logo, embora não seja possível negar a proximidade que ambos os institutos podem experimentar em casos concretos,⁶⁷ o discrimine entre a pretensão indenizatória e a pretensão restitutória é essencial para trazer maior clareza ao estudo e debate em torno do tema ora versado.

2. Outro ponto que necessita de esclarecimento antes de prosseguirmos é o significado do termo *enriquecimento*, quando se fala em sua restituição. Cremos pertinente evocarmos igualmente o tratamento do conceito de *dano*, num paralelo com o que ocorre na pretensão indenizatória.

Que o conceito jurídico de dano não parte de uma avaliação meramente fática, trata-se de constatação hoje bem aceita. É o

⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 55.

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 56.

⁶⁶ THUR, A. von. *Tractado de las obligaciones*. Madri : 1934, p. 300 – apud: DÍEZ-PICAZO, op. cit., pp. 55-56.

⁶⁷ Isso já fora notado por Jacques Cujas, e.g., ao analisar o texto do Digesto que trata do furto ou roubo praticado por alguém que vem a falecer: a responsabilidade do defunto seria originalmente *ex delicto*; se, no entanto, após o falecimento do agente, as coisas furtadas ou roubadas passarem ao patrimônio dos herdeiros, estes responderão na medida do seu enriquecimento (DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 57).

que Clóvis do Couto e Silva afirmava ao fazer a distinção entre as noções naturalista e normativa de dano, na medida em que “a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica”.⁶⁸

Algo semelhante ocorre quando se enfoca o enriquecimento sem causa: a vantagem a ser restituída não significa necessariamente um simples lucro pecuniário, como um saco cheio de dinheiro. “Enriquecer”, no sentido técnico que ora se dá ao termo, não implica necessariamente em ficar mais rico: o alcance da palavra é ao mesmo tempo mais amplo e mais preciso.

Quando Ernest J. Weinrib expõe a idéia de *co-relatividade* como aspecto fundamental para a compreensão da relação jurídica de direito privado, ele se refere a um certo balanço entre ganhos e perdas.⁶⁹ Para avaliar o *quantum* a ser indenizado, e.g., analisa-se a perda sofrida pela vítima; para avaliar o *quid* a ser restituído, ao contrário, analisa-se o ganho experimentado pelo enriquecido à custa de outrem. Num e noutro caso, porém, o sentido que se dá aos termos “perda” e “ganho” é eminentemente *normativo*,⁷⁰ ou seja, ele somente será compreendido na medida em que o intérprete considerar a perspectiva oferecida pelas normas jurídicas incidentes no caso concreto.

É então que Weinrib insere em seu discurso a idéia de *justiça corretiva*, no sentido aristotélico da expressão. “Como uma estrutura justificativa”, escreve o autor, “a justiça corretiva incorpora normas que colocam os termos de uma interação razoável”.⁷¹ O parâmetro para essa correção, por assim dizer, é dado pelas noções normativas de ganho e perda, e isso porque a igualdade que é buscada pela justiça corretiva não é, em absoluto, fática — mas sempre normativa.⁷²

⁶⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 219.

⁶⁹ WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge ; Londres : Harvard University Press, 1995, p. 114.

⁷⁰ WEINRIB, op. cit., pp. 114-115. É o que o autor trata, na sua obra, como “uma correlatividade de direitos e deveres kantianos” (idem, ibidem, p. cit.): não entraremos no mérito desse argumento que ele desenvolve, devido ao risco de fugir do nosso tema central.

⁷¹ WEINRIB, op. cit., p. 115 (trad. livre).

⁷² WEINRIB, op. cit., p. 117.

Daí se infere que há casos em que o ordenamento jurídico permite que alguém sofra uma desvantagem patrimonial, sem que haja necessariamente um dano a ser ressarcido – assim, e.g., na aquisição da propriedade por usucapião. Da mesma forma, há casos em que o ordenamento jurídico permite que alguém obtenha uma vantagem patrimonial à custa de outrem, sem que haja necessariamente um enriquecimento sem causa – e o mesmo exemplo novamente se aplica.

No entanto, sempre que as normas incidentes reprovarem a perda sofrida pela vítima de um dano, haverá a necessidade de restabelecer a igualdade naquela situação, o que se dá mediante a *reparação* do dano sofrido. Da mesma forma, sempre que as normas incidentes reprovarem o ganho obtido à custa de outrem, devido à ausência de uma causa jurídica que o justificasse, haverá a necessidade de restabelecer a igualdade naquela situação, o que se dá mediante a *restituição* do enriquecimento indevidamente auferido.⁷³

A idêntica conclusão chega Francisco Manuel Pereira Coelho, ao anotar que a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa são “duas distintas técnicas de restauração ou restabelecimento de um equilíbrio patrimonial perturbado”,⁷⁴ irmanando-se na *ratio*, comum a ambas, de corrigir a distribuição natural de bens, segundo critérios de justiça ditados pelo ordenamento jurídico.

Na pretensão restitutória, que é o tema que nos propusemos analisar, podemos concluir que o ganho normativo se apresenta como o padrão de referência para a avaliação daquilo que deverá ser restituído a quem de direito, a bem de restabelecer o equilíbrio perdido.

⁷³ É nesse sentido que Weinrib sustenta a “imanência” da justiça corretiva no campo da responsabilidade civil delitual (*torts*), no do direito contratual (*contracts*) e no do direito restitutivo (*restitution*) (WEINRIB, op. cit., p. 133 ss.). Não discutiremos os pontos polêmicos dessa tese no que tange às áreas estranhas ao objeto do nosso estudo.

⁷⁴ PEREIRA COELHO, op. cit., p. 20.

3. Quando o ordenamento jurídico considera que determinado ganho, que uma pessoa obteve à custa de outrem, não deveria estar em suas mãos, então se está perante um caso de enriquecimento sem causa: nasce a obrigação de restituir. Ultrapassadas as questões preliminares acima desenvolvidas, urge tratar daquilo que faz com que certos ganhos sejam justificados pelo direito, enquanto outros não.

Quando se analisa a atribuição patrimonial, ou seja, a definição de quem é o dono de um determinado bem, não se deve esquecer da incidência de regras de *justificação* dessa mesma atribuição patrimonial. São elas que nos mostram o mundo do dever-ser em matéria de apropriação de bens: é a partir delas que podemos definir quem *deve ser* o titular de determinada vantagem, conforme o ordenamento jurídico.

Algum tipo de noção de *pertinência* de certos bens a certas pessoas, de acordo com os fatos acontecidos, sempre houve e sempre haverá na história da humanidade. O estudo sociológico e antropológico feito por Marcel Mauss, publicado em seu famoso *Essai sur le don* (1923), demonstra essa verdade mesmo em populações arcaicas, ou naquelas consideradas culturalmente menos desenvolvidas.⁷⁵ Ele nos mostra, por exemplo, que os maori – população polinésia da Nova Zelândia – reverenciam uma espécie de “espírito das coisas”, a que chamam de *hau*: trata-se, segundo a explicação de Mauss, da “idéia mestra que parece presidir, em Samoa e na Nova Zelândia, a circulação obrigatória de riquezas, tributos e dons”.⁷⁶ O *hau* como que vigia a atribuição da coisa (*taonga*), aonde quer que ela vá: se alguém a reter

⁷⁵ MAUSS, Marcel. *Essai sur le don*. In: *Sociologie et anthropologie*. 5ª ed. Paris : PUF, 1973, pp. 145-279.

⁷⁶ MAUSS, op. cit., p. 160 (trad. livre). Vale transcrever uma explicação final que o autor dá a esse aspecto do direito maori, segundo o qual “o vínculo de direito, vínculo por meio das coisas, é um vínculo de almas, porque a coisa em si mesma possui uma alma, é uma alma. Daí segue que oferecer alguma coisa a alguém é oferecer qualquer coisa de si. (...) Aceitar alguma coisa de alguém é aceitar alguma coisa de sua essência espiritual, de sua alma.” (idem, *ibidem*, pp. 160-161, trad. livre).

indevidamente, então lhe poderá advir um grande mal, até mesmo a morte, devido ao *hau* da propriedade pessoal.⁷⁷

Embora a superação desse fundo mágico na justificação das atribuições patrimoniais, o certo é que as normas jurídicas de hoje trazem resquícios daquele mesmo tipo de vedação do locupletamento inadequado – não por contrariar um espírito, diríamos hoje, mas por estar em contrariedade com o ordenamento jurídico, por não haver causa para aquela retenção. E isso, sublinhe-se, sem falarmos aqui em causação de dano.

Na busca de uma solução teórica para o problema, a fim de compreender o critério jurídico dessa justificação, a doutrina alemã desenvolveu a idéia acima já aludida de conteúdo de destinação (*Zuweisungsgehalt*), entendida como uma espécie de “reserva” de certas vantagens patrimoniais a pessoas que se encontrem em situações protegidas pelo direito.⁷⁸ Diz-se com isso, basicamente, que certos direitos subjetivos – como o de propriedade, inclusive intelectual e industrial – são reconhecidos e conferidos pelo ordenamento jurídico no sentido de destinarem ao seu titular o aproveitamento econômico do bem sobre o qual eles recaem: o titular, em síntese, gozaria do “monopólio do aproveitamento da coisa”.⁷⁹

Vale lembrar que o problema não se resume a casos de usurpação do gozo de um bem alheio, mas pode envolver, inclusive, o uso, consumo ou alienação desse bem: há, portanto, duas

⁷⁷ MAUSS, op. cit., pp. 158-159.

⁷⁸ Um primeiro passo nesse sentido já teria dado Philipp Heck, em seu *Grundriss des Schuldrechts* (1929), mas a obra fundamental é considerada a de Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* (1934). Para uma síntese das principais idéias debatidas, cf. PEREIRA COELHO, op. cit., p. 44 ss.

⁷⁹ PEREIRA COELHO, op. cit., p. 46. Aqueles bens não utilizáveis patrimonialmente, continua o autor, escapariam à idéia de conteúdo de destinação. Assim, e.g., os direitos de personalidade – ou, pelo menos, a maioria deles – não poderiam ser compreendidos sob essa perspectiva, uma vez que configuram simples direitos de exclusão (idem, ibidem, p. cit.).

hipóteses distintas a serem consideradas.⁸⁰ No segundo caso, fica ainda mais claro o fato de haver um enriquecimento à custa de outrem, a formar aquilo que a doutrina costuma denominar *lucro por intromissão* (ou intervenção).⁸¹

Vimos que uma teoria unitária do enriquecimento sem causa fora consagrada a partir do processo de generalização a que antes nos referimos, tendo por momento alto o direito justinianeu – e por fundamento uma certa noção de equidade, com influência da ética cristã. Tentara-se, assim, reduzir a uma única hipótese geral todos os casos possíveis de enriquecimento sem causa, em formulação que atravessou os séculos e chegou até nós, em algumas situações, praticamente intacta.

No entanto, face ao reconhecimento de hipóteses muito variadas de enriquecimento sem causa, conforme recém exposto, ganhou espaço na Alemanha uma teoria da diferenciação:

⁸⁰ Ao analisar o problema ora versado no direito espanhol, Xabier Basozabal Arrue conclui que há elementos suficientes para resolver os conflitos de enriquecimento sem causa em ambas as hipóteses supracitadas. Quanto à usurpação do gozo de bens alheios, os arts. 451 e 455 do Código Civil espanhol excluem a obrigação de restituir quando o possuidor de frutos percebidos de coisa alheia se encontra de boa-fé, mas obrigam à restituição aquele que os possui de má-fé. Quanto à uso, consumo ou alienação de bens alheios, o direito espanhol não teria um tratamento legislativo unitário para o problema; os arts. 360, 375, 379, II, e 383, I, do Código Civil, no entanto, dão fundamentos ao intérprete ao legitimar o dono, em certos casos de intromissão, a exigir daquele que interveio o valor da coisa consumida ou passada adiante (BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Madri: Civitas, 1998, pp. 331-332).

⁸¹ Nesse sentido, cf. BASOZABAL ARRUE, op. cit., passim; PEREIRA COELHO, op. cit., p. 7 ss. Um dos primeiros juristas a abordar esse tema específico, embora de forma embrionária, foi o romanista e civilista Fritz Schulz, em artigo publicado em 1909. É significativo o fato de que já àquela época o autor alemão diferenciava com clareza a reparação de danos (*Schadenersatz*), de um lado, e o ganho por intervenção (*Eingriffserwerb*), de outro, certamente na esteira do que dispunha o BGB, ao tratar de um e de outro tema em capítulos separados. Após dar crédito a Theodor Mommsen, que já teria feito esse discrimine de modo preciso, o autor conclui: "(...) niemand darf aus einem Unrecht Gewinn machen, die Frage des Schadens bleibt dabei (...) vollständig beiseite" (SCHULZ, Fritz. *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, Mohr, vol. 105, 1909, pp. 440-445).

distinguiam-se aqueles casos de pretensão restitutória que derivavam da execução de uma prestação (*Leistungskondiktion*) daqueles outros que nasciam de algum tipo de intervenção nos bens alheios (*Eingriffskondiktion*). A bibliografia a respeito é vastíssima,⁸² mas o essencial é indicar que essa teoria se desenvolveu a partir da interpretação do § 812 do BGB, que menciona as duas hipóteses.

No ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro tipo de pretensão restitutória está regulado basicamente no art. 182 do CC/2002, que dispõe sobre os efeitos da anulação do 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”. O tratamento das demais hipóteses – i.e., aquelas que não partem do pressuposto de uma relação obrigacional prévia entre as partes envolvidas – tem de ser buscado em regras jurídicas esparsas, a serem encontradas tanto na Parte Geral do Código Civil, quanto nos livros que versam sobre o direito das obrigações e o direito das coisas, sem mencionar leis avulsas que também venham a tocar no assunto.

Destarte, cremos que os novos dispositivos do Código Civil sobre o enriquecimento sem causa (arts. 884-886) devem ser interpretados não como um reino a parte do direito civil, fundado numa noção extra-jurídica e pouco precisa de equidade, mas sim mediante uma análise sistemática e teleológica das demais regras e princípios em vigor. Na tentativa de esboçar os tipos mais comuns e, ao mesmo tempo, significativos de enriquecimento regulados pelo Código Civil, seja ao recusá-lo, seja ao permiti-lo, é oportuno voltarmos-nos uma vez mais ao cotejo com o direito romano, de

⁸² Na doutrina alemã, conforme visto, um dos textos clássicos a respeito é o de SCHULZ, op. cit., passim. Muitos escreveram depois dele sobre o tema, como Wilburg e von Caemmerer, a cujas obras infelizmente não tivemos acesso. Entre os autores mais recentes, cf. a síntese exposta por MEDICUS, Dieter. *Schuldrecht II: Besonderer Teil*. Munique : Beck, 1983, p. 260 ss. A partir da teoria alemã da diferenciação, juristas de outras nacionalidades continuaram a desenvolver o assunto, do que são exemplos as obras de BASOZABAL ARRUE, op. cit., p. 37 ss., e PEREIRA COELHO, op. cit., passim, entre outros.

onde surgiram algumas normas até hoje existentes na nossa experiência jurídica, e buscaremos analisar os fundamentos dos critérios adotados num e noutra caso para firmar a linha divisória entre a permissão e a proibição do enriquecimento à custa de outrem.

2.2 Casos típicos de enriquecimento à custa de outrem

1. Haverá uma mesma *ratio* subjacente a todos os casos em que o direito opta por justificar ou não o enriquecimento à custa de outrem? A análise de casos típicos parece ser o melhor método para tentarmos uma aproximação à resposta que ora se provoca. Entre uma série de exemplos que poderíamos muito bem eleger, estudaremos a seguir o regime da acessão e da especificação, que se revelam especialmente apropriados como subsídios para a definição do conteúdo de destinação dos bens no direito pátrio, conforme veremos.

2. O regime da acessão no novo Código Civil brasileiro é disciplinado nos arts. 1.248 a 1.259, como um dos modos de aquisição da propriedade imóvel, ao lado da usucapião e do registro do título. O art. 1.248 do CC/2002 reconhece a aquisição por acessão em cinco casos distintos: *a)* por formação de ilhas; *b)* por aluvião; *c)* por avulsão; *d)* por abandono de álveo; *e)* por plantações ou construções. Vejamos o que há de mais relevante em matéria de restituição.

Na hipótese da aluvião, em que os acréscimos se formam no imóvel “sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas”, nos termos do art. 1.250 do CC/2002, atribui-se a propriedade dos mesmos aos donos dos terrenos marginais. Assim, o curso natural das coisas gerará um direito de propriedade sobre uma parcela antes inexistente no respectivo imóvel, e o proprietário não se obrigará a qualquer tipo de “indenização”, segundo as palavras do Código Civil, ou mesmo restituição.

Já Gaio citava a aluvião como modo de aquisição de propriedade, sendo que a leitura da respectiva passagem de sua obra faz concluirmos que o tratamento jurídico a respeito em quase nada se alterou. Relata Gaio, inclusive, que se dizia vulgarmente que “se estima agregado por aluvião aquilo que é acrescido tão lentamente que engana a vista”.⁸³

Nisso, justamente, consiste a diferença da aquisição da propriedade imóvel por avulsão, em que uma porção de terra se destaca de um prédio e se junta a outro “por força natural violenta”. Nessa hipótese, de acordo com o art. 1.251 do CC/2002, o dono do segundo prédio adquirirá a propriedade do acréscimo, “se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em 1 (um) ano, ninguém houver reclamado”. O caráter violento do destacamento da porção de terra, assim, faz toda a diferença com relação ao lento e gradual acréscimo que é da essência da aluvião.

Gaio também reconhecia a hipótese da avulsão, i.e., aqueles casos em que uma parte de um terreno se separa bruscamente e vai acrescentar a outro. Ao contrário da aluvião, aqui é súbito e, portanto, perceptível o acréscimo, de modo que a propriedade do mesmo se considerava destinada ao proprietário do primeiro terreno.⁸⁴ Vemos que o Código Civil brasileiro adotou solução semelhante àquela formulada por Gaio, ainda que tenha reservado ao dono do terreno acrescido a possibilidade de adquirir a propriedade do acréscimo, mediante a restituição do respectivo valor ao dono do outro prédio.

Aliás, é de registrar que, quando os arts. 1.250 e 1.251 do CC/2002 mencionam “indenização”, parece mais correto lermos ali “restituição”, porquanto o cálculo do *quantum* a ser pago não parte exatamente da perda do anterior proprietário – que, de resto, às vezes não poderá sequer ser identificada. O que servirá como

⁸³ Gai. 2, 70: “Per adluuionem autem id uidetur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit, ut aestimare non possimus quantum quoquo momento temporis adiciatur; hoc est quod uulgo dicitur per adluuionem id adici uideri quod ita paulatim adicitur, ut oculos nostros fallat.”

⁸⁴ Gai. 2, 71: “Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet.”

parâmetro, mormente na hipótese da avulsão, é aquilo que o proprietário do prédio acrescido efetivamente ganhou, por causa do referido fenômeno natural.

Seja como for, tanto na aluvião quanto na avulsão, Gaio reconhecia que a aquisição da propriedade se dava *naturali ratione*, como nos casos em que há a tradição regular do bem, das mãos de um para as mãos de outro, em cumprimento de uma obrigação prévia.⁸⁵ Equiparam-se as situações, em suma, no direito romano.

Quando não há uma relação obrigacional preexistente, mas tampouco há uma alteração causada pela natureza, surge a questão de como solucioná-los. Pensemos em outra das hipóteses de aquisição por acessão: as construções e plantações.

Gaio refere, como regra ditada pelo direito natural, a idéia de que aquilo que se constrói sobre um terreno a este cede.⁸⁶ Assim, a pessoa que edifica em nosso terreno não se torna proprietária da edificação, em virtude do direito mais forte que nós, como donos do terreno, temos. O mesmo, segundo Gaio, aconteceria no caso em que alguém planta algo em nosso terreno, “sempre que deite raízes na terra”.⁸⁷ Em ambas as hipóteses, porém, o direito romano reconhecia a exceção de *dolus malus* àquele que possuiu de boa-fé o terreno alheio, no sentido de obter o pagamento pelos gastos feitos na edificação ou plantação.⁸⁸ A finalidade dessa medida resta clara: evitar o enriquecimento sem causa.

No direito brasileiro atual, a matéria é regulada primeiramente por meio de uma presunção: a de que toda construção ou plantação tenha sido feita “pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário” (CC/2002, art. 1.253). Superada a presunção, dado o seu caráter relativo, encarregou-se o legislador de separar duas hipóteses distintas: a) semear, plantar ou edificar em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios; b)

⁸⁵ Gai. 2, 66 e 70.

⁸⁶ Gai. 2, 73: “(...) iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit”.

⁸⁷ Gai. 2, 74: “Multoque magis id accidit et in planta quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit.”

⁸⁸ Gai. 2, 76.

semear, plantar ou edificar em terreno alheio com sementes, plantas ou materiais próprios.

Na hipótese (a), o dono do terreno adquire igualmente a propriedade das sementes, plantas ou materiais alheios, por ele utilizados (CC/2002, art. 1.254). A investigação da sua boa-fé ou má-fé, em sentido subjetivo, determinará apenas se caberá ou não a restituição do valor das sementes, plantas ou materiais ao seu proprietário, além de eventuais perdas e danos. Assim, se não havia consciência dolosa por parte do dono do terreno, aquela acessão simplesmente se incorpora ao seu âmbito de titularidade. A impossibilidade de separar domínios, a partir do momento em que se semeou, plantou ou edificou com bens alheios, seria uma conclusão óbvia segundo o juízo de Gaio: seu fundamento estaria na própria natureza das coisas, até mesmo em face da artificialidade de uma tentativa de reversão perfeita ao *status quo ante*.

A análise da boa-fé do possuidor também exerce um papel central no tratamento jurídico dado à hipótese (b), em que alguém semeia, planta ou edifica em terreno alheio com bens próprios. O art. 1.255 do CC/2002 determina que esta pessoa perde, em proveito do dono do terreno, as sementes, plantas e construções — o que também adviria, para Gaio, do direito natural, no sentido acima aludido. A boa-fé subjetiva do possuidor, nesse caso, simplesmente o legitimaria a pleitear a restituição do valor do material gasto ao semear, plantar ou construir.

A grande novidade que o Código Civil brasileiro trouxe na matéria ora analisada é o disposto no parágrafo único do art. 1.255, para os casos excepcionais em que a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno.⁸⁹ Entende-se que o bem de valor mais elevado ditará a atribuição jurídica da propriedade, desde que o plantador ou construtor esteja de boa-fé: se assim for, este terá garantido não apenas o direito de propriedade sobre os materiais, mas igualmente sobre o solo. Terá,

⁸⁹ Há outros dispositivos inovadores nos arts. 1.258 e 1.259 do CC/2002, mas que não serão analisados, sob pena de extrapolarmos o objetivo deste trabalho.

no entanto, de pagar um valor previamente fixado, que o legislador chamou de “indenização”, mas que, na verdade, se trata de uma restituição do valor do terreno utilizado, para beneficiar o proprietário original do mesmo.

3. O mesmo raciocínio que os romanos utilizaram para resolver os problemas em construções e plantações em terrenos alheios, ao que parece, foi seguido na disciplina da especificação, deste feita quanto aos bens móveis.⁹⁰ No direito civil brasileiro, igualmente, se utiliza a boa-fé subjetiva das pessoas envolvidas como critério fundamental de determinação da consequência jurídica aplicável: é o que resulta da análise dos arts. 1.269 a 1.271 do CC/2002.

Interessante atentarmos ao exemplo dado por Gaio: se alguém faz vinho, azeite ou farinha com uvas, azeitonas ou espigas de outrem, pergunta-se se o vinho, o azeite ou a farinha são deste ou daquele.⁹¹ A solução varia, inclusive, conforme a corrente de pensamento. A Escola sabiniana, representada pelo próprio Sabino e por Cássio, entendia que se deve atender à matéria e à substância, de modo que o proprietário da matéria será também o da coisa fabricada. A Escola proculiana, por sua vez, afirmava que o trabalho realizado sobre a matéria é o aspecto determinante, o que faz atribuir-se a propriedade da coisa fabricada àquele que a fabricou.

Na passagem acima referida, o próprio Gaio reconhece que se deve investigar se o caso não seria de furto ou roubo do material utilizado, i.e., das uvas, azeitonas ou espigas alheias. Se assim fosse, teríamos de reconhecer a *condictio furtiva* ao seu proprietário. Destarte, o problema existe com maior força naquelas hipóteses em que a especificação se deu de boa-fé.

O Código Civil brasileiro, em seu art. 1.270, determina que, “se toda a matéria for alheia, e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova”. O legislador pátrio levou em conta, portanto, a possibilidade ou não

⁹⁰ Gai. 2, 78 ss.

⁹¹ Gai. 2, 79.

de restauração exata do *status quo ante*, atribuindo a propriedade da coisa fabricada ao especificador somente quando este não tivesse consciência dos obstáculos que o impediam daquele ato de fabricação. A sua eventual má-fé, nos termos do § 1.º do mesmo dispositivo, levaria à atribuição da propriedade da coisa fabricada ao dono da matéria-prima.

No entanto, principalmente face aos conflitos em matéria de propriedade intelectual e industrial, em que o valor da coisa fabricada pode exceder em muito o valor da matéria-prima – como, e.g., quando um pintor utiliza tela alheia para realizar uma obra de arte –, o § 2.º do art. 1.270 do CC/2002 dispõe que, em tais casos, a espécie nova será do especificador, independentemente de boa-fé. Deverá haver, então, segundo o art. 1.271, o “ressarcimento” dos prejudicados – o que, na verdade, e uma vez mais, parece ser caso de restituição do *quantum* lucrado pelo enriquecido.

Poderíamos ainda falar na aquisição dos frutos percebidos pelo possuidor de boa-fé, no conflito entre o seu interesse e o interesse do proprietário do bem principal, ou ainda na usucapião, entre tantos outros casos em que o enriquecimento a partir de bens alheios é versado pelo Código Civil. Julgamos, no entanto, que a análise do regime da acessão, nos bens imóveis, e da especificação, nos bens móveis, é suficiente para encaminharmos as nossas conclusões, ainda que provisórias, a respeito do tratamento concedido à pretensão restitutória no direito romano e, principalmente, no direito brasileiro hodierno.

Conclusão

Talvez o caminho para chegarmos a uma compreensão mais precisa do âmbito de aplicação da pretensão restitutória no direito civil brasileiro, principalmente face à entrada em vigor de dispositivos expressos sobre o instituto do enriquecimento sem causa (CC/2002, arts. 884 a 886), passe mais pelo estudo dos bens e do direito das coisas que, propriamente, pelo do direito das obrigações. A idéia de conteúdo de destinação patrimonial, nesse sentido, clama por uma investigação ampla do direito privado pátrio, em que se considerem os nexos sistemáticos que unem as diferentes regras e princípios que o conformam.

Embora não de maneira explícita, ou seja, como desenvolvimento teórico consciente, a idéia de conteúdo de destinação patrimonial sempre esteve presente, de maneira mais ou menos precisa, na história do pensamento jurídico. Viu-se, contudo, que a noção original de *condictio* se ligava aos pressupostos formalistas que caracterizaram o direito romano, pelo menos nas fases anteriores a fins do período clássico. Assim, uma distância longa separa aquela noção original de *condictio*, que designava nada mais que um remédio para possibilitar a restituição em certos casos típicos, da noção que resultou do gradual processo de generalização do princípio de vedação ao enriquecimento sem causa, cujos primórdios encontramos na consolidação da ética estoica em Roma. A participação de Cícero nesse processo, ao afirmar a idéia de *communitas* como fundamento último do direito restitutório, foi devidamente destacada.

Ao voltarmos os olhos para o ordenamento jurídico brasileiro, sabedores do peso que a tradição romana sempre teve ao longo da história do nosso direito, como herdeiros maiores da experiência lusa, deparamo-nos agora com a necessidade de desenharmos o âmbito de aplicação do instituto legislado do enriquecimento sem causa. O cotejo com o direito romano, a nosso ver, permite constatar que hoje esse instituto se encontra distanciado da noção clássica de *condictio*, porquanto os

pressupostos teóricos são outros bem variados, após vários séculos de evolução rumo a um ordenamento jurídico mais complexo. Ao mesmo tempo, tampouco teríamos razão se fingíssemos que nada de diferente possuímos com relação ao direito justinianeu e à histórica consagração da vedação do enriquecimento sem causa como princípio geral, com arrimo numa idéia pouco precisa de eqüidade.

Seja como for, tanto lá quanto cá parece possível identificarmos certos aspectos de permanência. A segunda parte deste trabalho procurou mostrar, mediante a comparação entre o tratamento dado a certos casos típicos pelos romanos e, atualmente, por nós, que a valorização da boa-fé e a proteção da confiança sempre ocuparam lugar de destaque em matéria de pretensão restitutória. Do mesmo modo, verifica-se em certas passagens a importância igualmente dada ao trabalho realizado sobre determinado bem, como outro fator determinante para o desenho do conteúdo de destinação patrimonial nas situações concretas a serem enfrentadas. Tais critérios aparecem, enfim, como parâmetros da presença ou não de uma causa justificadora dos enriquecimentos que buscamos analisar: a tutela dominial, portanto, não se apresenta como o único critério para a legitimação de retenções, mas convive com outros fatores significativos.

A idéia de justiça corretiva a esses parâmetros se alia, como estrutura explicativa da própria lógica das relações jurídicas de restituição. O que confere o caráter conforme ou contrário a direito, porém, deve ser buscado nas próprias entranhas do ordenamento jurídico. Nesse sentido, vimos que há traços que permanecem, o que talvez dá razão à necessidade de uma visão mais ampla e complexa – social, enfim – de tais relações jurídicas, para além de uma mera verificação do potencial lesivo de determinados atos ao indivíduo isoladamente considerado.

Obras consultadas

ANDERSON, Perry. *Passagens da Antigüidade ao feudalismo*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo : Brasiliense, 2000. Trad. de: *Passages from Antiquity to Feudalism*.

BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*. Madri : Civitas, 1998.

BRETONE, Mario. *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*. Bari : Laterza, 1998.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Trad. Angélica Chiapeta. São Paulo : Martins Fontes, 1999. Trad. de: *De officiis*.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, pp. 217-234.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. In: CÁMARAALVAREZ, Manuel de la, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madri : Civitas, 1988, pp. 13-133.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 2002, vol. 2.

GAIO. *Institutiones*. Ed. bilingüe. Trad. Manuel Abellan Velasco et al. Madri : Civitas, 1985. Trad. de: *Institutiones*.

GAUDEMET, Jean. Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l' "obligation" dans le droit de la Rome antique. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, vol. 44, 2000, pp. 19-32.

JURISTEN: *Ein biographisches Lexikon*. Org. Michael Stolleis. Munique : Beck, 1995.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1999. Trad. de: *Römisches Privatrecht*.

LI, William. Introdução. In: MARCO AURÉLIO. *Meditações*. Ed. bilíngüe. Trad. William Li. São Paulo : Iluminuras, 1995, pp. 11-17.

MAUSS, Marcel. Essai sur le don. In: *Sociologie et anthropologie*. 5ª ed. Paris : PUF, 1973, pp. 145-279.

MEDICUS, Dieter. *Schuldrecht II: Besonderer Teil*. Munique : Beck, 1983.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In: CONGRESSO INTERNAZIONALE DEL CENTENARIO DI AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS (II Università degli Studi di Roma, Universidade de Brasília, ASSLA, Roma, dez. 1983). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Org. Sandro Schipani. Pádua : Cedam, 1988, p. 20 ss.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003, vol. 2.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O enriquecimento e o dano*. Coimbra : Almedina, 1999.

RABEL, Ernst. *Grundzüge des Römischen Privatrechts*. 2ª ed. Basel : Schwabe, 1955.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002, vol. 3.

SCHULZ, Fritz. System der Rechte auf den Eingriffserwerb. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, Mohr, vol. 105, 1909, p. 1 ss.

SCHWARZ, Fritz. *Die Grundlage der condictio im klassischen Römischen Recht*. Münster ; Colônia : Böhlau, 1952.

VALENTE, Milton. *A ética estoica em Cícero*. Caxias do Sul ; Porto Alegre : EDUCS/EST, 1984.

WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge ; Londres : Harvard University Press, 1995.

WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*. 2ª ed. Munique : Beck, 2001.