

RECURSO ESPECIAL Nº 1.360.969 - RS (2013/0008444-8)

VOTO-VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Adoto o relatório apresentado pelo Ministro Marco Buzzi, Relator original do feito.

Inicialmente, deixo registrado que acompanho os judiciosos fundamentos expendidos pelo eminente Ministro Relator no que tange ao afastamento da prescrição anual para as pretensões deduzidas nos denominados contratos de seguro saúde, por se enquadrar como plano privado de assistência à saúde, nos termos do art. 2º da Lei n. 10.185/2001, bem como para afastar a aplicação do prazo prescricional disposto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, haja vista não se tratar, na espécie, de acidente de consumo.

Passo, então, às minhas considerações.

1. A natureza da pretensão de nulidade (absoluta ou relativa) da cláusula de reajustamento por mudança de faixa etária e sua repercussão financeira

Na primeira assentada, ponto de importante controvérsia surgiu a partir da discussão acerca da natureza da pretensão de nulidade da cláusula contratual em questão: se seria ela uma causa de nulidade absoluta ou de simples anulação ou anulabilidade (nulidade relativa).

Em primeiro lugar, considero oportuno registrar que a tese da anulabilidade, muito bem esplanada pelo Ministro João Otávio de Noronha, é deveras sedutora e ganha muito fôlego, levando-se em conta, ademais, o entendimento da Segunda Seção, recentemente reafirmado no âmbito da Terceira Turma, segundo o qual o reajuste das mensalidades de assistência à saúde em razão da mudança de faixa etária não constituiria, por si só, um padrão (*standard*) de nulidade, na medida em que o caráter abusivo da cláusula que o prevê deve ser aferida em cada caso concreto, a partir de sua compatibilidade com os ditames de boa-fé objetiva e equidade, cujos parâmetros já foram delineados pela orientação jurisprudencial desta Corte Superior.

Refiro-me especificamente aos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA.

Ação ajuizada por beneficiária de plano de saúde, insurgindo-se contra cláusula de reajuste em razão da mudança de faixa etária.

Contrato de seguro de assistência médica e hospitalar celebrado em 10.09.2001 (fls. e-STJ 204/205), época em que a segurada contava com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade. Majoração em 93% (noventa e três por cento) ocorrida 6 (seis) anos depois, quando completados 60 (sessenta) anos pela consumidora.

Sentença de procedência reformada pelo acórdão estadual, segundo o qual possível o reajuste por faixa etária nas relações contratuais inferiores a 10 (dez) anos de duração, máxime quando firmadas antes da vigência da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

1. Incidência do Estatuto do Idoso aos contratos anteriores à sua vigência. O direito à vida, à dignidade e ao bem-estar das pessoas idosas encontra especial proteção na Constituição da República de 1988 (artigo 230), tendo culminado na edição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), norma cogente (imperativa e de ordem pública), cujo interesse social subjacente exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo, a exemplo do plano de assistência à saúde. Precedente.

2. Inexistência de antinomia entre o Estatuto do Idoso e a Lei 9.656/98 (que autoriza, nos contratos de planos de saúde, a fixação de reajuste etário aplicável aos consumidores com mais de sessenta anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos). Necessária interpretação das normas de modo a propiciar um diálogo coerente entre as fontes, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação.

2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade.

2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual.

2.3. Consequentemente, **a previsão de reajuste de mensalidade**

de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp 866.840/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011.

3. Em se tratando de contratos firmados entre 02 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, observadas as regras dispostas na Resolução CONSU 6/98, o reconhecimento da validade da cláusula de reajuste etário (aplicável aos idosos, que não participem de um plano ou seguro há mais de dez anos) dependerá: (i) da existência de previsão expressa no instrumento contratual; (ii) da observância das sete faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de setenta anos não poderá ser superior a seis vezes o previsto para os usuários entre zero e dezessete anos); e (iii) da inexistência de índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso conferida pela Lei 10.741/2003.

4. Na espécie, a partir dos contornos fáticos delineados na origem, a segurada idosa participava do plano há menos de dez anos, tendo seu plano de saúde sido reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos. A celebração inicial do contrato de trato sucessivo data do ano de 2001, cuidando-se, portanto, de relação jurídica submetida à Lei 9.656/98 e às regras constantes da Resolução CONSU 6/98.

4.1. No que alude ao atendimento aos critérios objetivamente delimitados, a fim de se verificar a validade do reajuste, constata-se: (i) existir expressa previsão do reajuste etário na cláusula 14.2 do contrato; e (ii) os percentuais da primeira e da última faixa etária restaram estipulados em zero, o que evidencia uma considerável concentração de reajustes nas faixas intermediárias, em dissonância com a regulamentação exarada pela ANS que prevê a diluição dos aumentos em sete faixas etárias. A aludida estipulação contratual pode ocasionar - tal como se deu na hipótese sob comento -, expressiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos sessenta anos de idade do consumidor, impondo-lhe excessivo ônus em sua contraprestação, a tornar inviável o prosseguimento do vínculo jurídico.

5. De acordo com o entendimento exarado pela Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 866.840/SP, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do artigo 15 da Lei 10.741/2003, "a cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada".

5.1. Conforme decidido, "esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da

mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória".

5.2. Na hipótese em foco, o plano de saúde foi reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, majoração que, nas circunstâncias do presente caso, destoa significativamente dos aumentos previstos contratualmente para as faixas etárias precedentes, a possibilitar o reconhecimento, de plano, da abusividade da respectiva cláusula.

6. Recurso especial provido, para reconhecer a abusividade do percentual de reajuste estipulado para a consumidora maior de sessenta anos, determinando-se, para efeito de integração do contrato, a apuração, na fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado.

(REsp n. 1.280.211/SP, Segunda Seção, Relator o Ministro Marco Buzzi, DJe de 4/9/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Nos contratos de plano de saúde, os valores cobrados a título de mensalidade devem guardar proporção com o aumento da demanda dos serviços prestados.

2. O aumento da idade do segurado implica a necessidade de maior assistência médica. Em razão disso, **a Lei n. 9.656/1998 assegurou a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado. Essa norma não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação consistente na cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discriminação traz em si uma conotação negativa, no sentido do injusto, e assim é que deve ser interpretada a vedação estabelecida no referido estatuto.**

3. **Se o reajuste está previsto contratualmente e guarda proporção com a demanda, preenchidos os requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998, o aumento é legal.**

4. Agravo provido em parte para se dar provimento ao recurso especial.

(AgRg no REsp n. 1.315.668/SP, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrichi, Relator p/ Acórdão o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 14/4/2015)

Sob essa perspectiva, a cláusula contratual não seria nula de pleno direito, verificável desde o momento da assinatura do contrato. Apenas no **momento de sua**

aplicação é que, desatendidos os parâmetros acima delineados, ela estaria suscetível à declaração do vício de nulidade.

Esse debate – se seria caso de **nulidade absoluta** ou **relativa**, com provimentos jurisdicionais também de natureza distinta (**declaratório puro** para a **nulidade absoluta** ou de natureza **constitutiva negativa** para a **relativa**) –, todavia, parece-me dispensável nos casos, como o presente, em que a discussão devolvida no recurso especial diz respeito unicamente à definição do prazo prescricional da pretensão condenatória.

Demais disso, outro ponto relevante que dispensaria, no caso, essa análise, é que o contrato permanecia em vigor no momento do ajuizamento da ação, diante da **natureza continuativa da relação jurídica**, assim como apregoadado pelo Ministro Raul Araújo no seu judicioso voto.

Isso porque, se o negócio jurídico é **nulo**, não é suscetível de confirmação, **nem convalida pelo decurso do tempo** (*ex vi* do art. 169 do CC/2002).

Por sua vez, se a lei dispuser que o negócio jurídico é **anulável**, sem fixar prazo para se pleitear a anulação, ele será de dois anos **a contar da conclusão do ato** (Art. 179 do CC/2002: "Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato").

Assim, se o contrato continuava a vigor, é porque ainda não se concluiu (chegou a termo); se não foi concluído, o direito de pleitear anulação de cláusula nele contida permanece potencialmente disponível ao contratante, latente, de modo que o prazo decadencial (que extinguiria o próprio direito de postular essa anulação), nessas hipóteses, não tem início enquanto em curso a relação contratual.

É certo que essa é a regra geral (quando a lei não estipular prazo para se pleitear a anulação), que admite, por exemplo, as exceções previstas no art. 178, no qual são elencados vícios de natureza mais grave (relacionados a atos de incapazes, coação, erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão) e que, por isso, estão sujeitos a prazo decadencial bem maior (quatro anos), cujos termos iniciais são próprios e identificados a partir de cada situação específica.

Portanto, seja caso de **nulidade absoluta** (negócio jurídico nulo), que não convalesce com o decurso do tempo (por expressa determinação legal), ou de **nulidade relativa** (negócio jurídico anulável), cuja anulação depende da conclusão do ato (extinção do contrato), as pretensões decorrentes de relações jurídicas continuativas, estejam elas a buscar provimento jurisdicional declaratório (para nulificar) ou constitutivo (para anular), jamais seriam alcançadas na vigência do contrato.

Em síntese, caso admitida a declaração da nulidade absoluta, a pretensão declaratória pura é imprescritível; caso seja formulado pedido anulatório (nulidade relativa), sem prazo especificado no texto legal, a demandar provimento constitutivo negativo, o curso do prazo decadencial não terá início na vigência da relação contratual.

Esse raciocínio torna despiciendas considerações outras quando em curso a relação contratual, pois me parece atender tanto as ponderações iniciais do Ministro João Otávio de Noronha, acima apresentadas (prazo decadencial bienal para a pretensão anulatória), quanto aquelas trazidas pelo Ministro Moura Ribeiro (que entende pela onerosidade excessiva ou lesão enorme do contrato), como também as reflexões do Ministro Marco Buzzi e do Ministro Paulo Sanseverino (acerca da cumulação de ações ou de pedidos).

Com efeito, em se tratando de ação em que o autor, **ainda durante a vigência do contrato**, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se desnecessária a discussão acerca de ser caso de **nulidade absoluta do negócio jurídico – com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura**, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão – ou de **nulidade relativa – com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa**, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato. Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de **natureza condenatória**, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, **alcançável pela prescrição**.

É da invalidade da cláusula contratual, por sua pecha de abusiva ou ilegal, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a

maior. Por essa razão, ele ajuíza a ação visando, em primeiro lugar, ao reconhecimento da invalidade da cláusula, mas objetivando, ao final e principalmente, alcançar a pretensão de repetição de indébito. Então, **estando o contrato ainda em curso**, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato, sendo despidendo o exame dos prazos relativos à pretensão de nulidade ou anulabilidade do contrato.

Nas relações jurídicas de **trato sucessivo**, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, **durante a vigência do contrato, a qualquer tempo**, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua **pretensão condenatória** de repetição do indébito terá que se sujeitar à **prescrição** das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável.

Na jurisprudência desta Corte são encontrados diversos julgados que delineiam que nas relações de trato sucessivo a prescrição somente alcança as prestações pagas em data anterior ao lapso temporal previsto em lei que precede o ajuizamento da demanda.

A título exemplificativo, cito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO REVISIONAL DE COBRANÇA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 289/STJ.

1. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC, quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. **Versando a discussão acerca de obrigação de trato sucessivo, representada pelo pagamento de suplementação de aposentadoria, a prescrição alcança tão somente as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que precede o ajuizamento da ação, e não o próprio fundo do direito.**

3. A teor da Súmula 289/STJ, os valores resgatados pelos participantes de plano de benefícios de previdência privada devem ser corrigidos de acordo com índices de correção monetária que reflitam a real inflação ocorrida no período, ainda que o estatuto da entidade estabeleça critério de reajuste diverso.

4. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão

agravada.

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp n. 1.540.910/RS, Terceira Turma, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 14/12/2015)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. PRESCRIÇÃO.

1. Tratando-se de relação de trato sucessivo, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do triênio anterior à propositura da presente ação, nos termos do que dispõe o art. 206, § 3º, inciso I, do Código Civil.

2. Agravo regimental interposto por Milanez Silva de Souza provido.

Recurso especial interposto por Grupo OK Construções e Incorporações Ltda. negado. Embargos de declaração opostos por Grupo OK Construções e Incorporações Ltda. prejudicado.

(EDcl nos EDcl no REsp n. 1.347.432/DF, Terceira Turma, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 25/8/2014)

PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE EXTENSÃO AOS INATIVOS DE REAJUSTES CONCEDIDOS AOS EMPREGADOS EM ATIVIDADE. PREVISÃO NO REGULAMENTO DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7. DISSÍDIO. ACÓRDÃOS PARADIGMAS PROFERIDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO E NO PRÓPRIO TRIBUNAL A QUO. IMPRESTABILIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 109/2001. NÃO INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 427/STJ. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. RECONHECIMENTO.

(...)

3. A causa de pedir deduzida pelos autores são aumentos salariais percebidos pelos funcionários em atividade entre dezembro de 1990 e janeiro de 1991, circunstância que afasta a incidência dos artigos da Lei Complementar n. 109/2001 tidos por violados, diante da impossibilidade de se fazer retroagir lei a fatos ocorridos antes de sua vigência.

4. No caso em julgamento, não se pleiteia a extensão aos jubilados de benefícios específicos concedidos aos funcionários em atividade, mas a extensão de reajuste geral da categoria, com base no que ficou decidido em Convenção Coletiva de Trabalho, cotejando-a com o regulamento da entidade de previdência. Nessa linha, o acórdão recorrido decidiu, com base na análise soberana de provas e do Regulamento da Entidade, que - além de haver a necessária fonte de custeio - os autores faziam jus aos reajustes concedidos aos trabalhadores ativos, tendo sido pago, conforme apurado em perícia, percentual inferior ao que efetivamente era devido. Incidência das Súmulas n. 5 e 7.

5. "A ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria prescreve em cinco anos contados da data do pagamento" (Súmula 427/STJ). **Não obstante, cuidando-se de**

relação de trato sucessivo, a prescrição somente atinge as parcelas não pagas antes dos cinco anos imediatamente anteriores ao ajuizamento da ação, não alcançando assim o chamado fundo de direito.

6. Havendo sucumbência mínima, cabe ao litigante que decaiu maioritariamente dos pedidos suportar integralmente os ônus sucumbenciais.

7. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, parcialmente provido para reconhecer a prescrição parcial e adequar a sucumbência.

(REsp n. 989.912/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 23/10/2012)

Demais disso, a situação é peculiar porque ambas as partes têm interesse na manutenção do contrato, tratando-se, em qualquer caso, apenas de **invalidade parcial** do negócio jurídico, consoante dicção do art. 184 do CC/2002: "Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável". Assim, eventual declaração de nulidade da cláusula inquinada abusiva, seja ela absoluta ou relativa, não teria o condão de invalidar o contrato de prestação de serviços de saúde por inteiro, já que, em atenção ao princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, somente a cláusula nula (ou anulada) seria extirpada do acordo de vontades.

Uma vez superada essa primeira discussão, seja pela declaração da nulidade ou pela anulabilidade da cláusula tida por abusiva, necessário se faz definir os efeitos financeiros desses provimentos judiciais, isto é, **qual seria o prazo prescricional da pretensão condenatória deles decorrentes**, ou seja, da devolução do que foi pago a maior.

Por último, apenas para ficar consignado, se extinto o contrato, entendo, como fez o Ministro Raul Araújo, que o direito de postular a anulação de cláusula contratual fica sujeito ao prazo decadencial de 2 anos (art. 179 do CC/2002), podendo ser repetidas as prestações eventualmente pagas a maior no período de 3 (três) anos compreendidos no interregno anterior à data de ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, CC/2002 c/c o art. 219, *caput* e § 1º, do CPC).

Entretanto, na mesma hipótese de extinção do contrato, se a pretensão visar realmente a declaração de uma nulidade absoluta, essa tutela jurisdicional somente teria utilidade enquanto possível a repetição do indébito, ou seja, no curso do prazo

prescricional da pretensão condenatória, uma vez que, superado esse prazo, as prestações indevidamente pagas já teriam sido atingidas pela prescrição.

2. Qual o sentido do termo causa contido no instituto do enriquecimento sem causa?

Outro ponto que chama a atenção, o qual volta e meia exsurge para a nossa apreciação, e, por esse motivo, está a merecer uma melhor reflexão, é a discussão a respeito do enriquecimento sem causa, ora apresentado como princípio (norteador inclusive do exame da eficácia nos casos de anulação do negócio jurídico e da resolução dos contratos) ora como instituto jurídico (art. 884 e ss. do Código Civil de 2002).

A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e, c) a teoria da divisão do instituto.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, eminente civilista, professor da Universidade de Lisboa, explica os principais fundamentos de cada uma delas, em artigo publicado pela Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, do qual reproduzo os seguintes excertos:

3. CONFIGURAÇÃO DOGMÁTICA DO INSTITUTO

A configuração dogmática do enriquecimento sem causa tem suscitado, porém, certa controvérsia na doutrina, apontando-se as seguintes posições: a) teoria unitária da deslocação patrimonial; b) teoria da ilicitude; c) doutrina da divisão do instituto.

3.1. A TEORIA UNITÁRIA DA DESLOCAÇÃO PATRIMONIAL

De acordo com a tradicional doutrina unitária da deslocação patrimonial, surgida quando da elaboração do Código Civil alemão, **a cláusula geral de enriquecimento sem causa institui uma pretensão de aplicação direta, bastando para tal, única e simplesmente, a verificação de detenção injustificada de um enriquecimento à custa de outrem.**

Essa concepção funda-se essencialmente na doutrina de Savigny, segundo a qual **a pretensão de enriquecimento se constitui sempre ao se verificar uma deslocação patrimonial sem causa, diretamente entre o enriquecido e o empobrecido, independentemente da forma que se revista essa deslocação.** Exigir-se-ia conseqüentemente que aquilo que produz o enriquecimento de uma pessoa tivesse pertencido anteriormente ao patrimônio de outra, só assim podendo esta recorrer à ação de enriquecimento. **Tal regra valeria para todas as categorias de enriquecimento sem causa, uma vez que o fundamento comum**

a todas elas seria a restituição de tudo o que saiu de determinado patrimônio. Para os partidários dessa concepção, não haveria conseqüentemente base para a criação de uma tipologia de pretensões de enriquecimento.

Assim, de acordo com essa teoria, o fundamento comum a todas as pretensões de enriquecimento residiria na oposição entre a aquisição de uma vantagem e a legitimidade de sua manutenção.

Segundo tal concepção, os casos típicos de enriquecimento sem causa, especialmente previstos na lei, nada mais representariam do que uma mera enumeração de exemplos característicos. **Fundamental em matéria de enriquecimento sem causa é antes o conceito unitário de deslocação patrimonial, entendida como uma transmissão de bem de uma pessoa para outra, efetuada diretamente mediante uma deslocação de valor entre dois patrimônios.**

(...)

3.2. A TEORIA DA ILICITUDE

A tradicional doutrina unitária da deslocação patrimonial entra, porém, em crise após o surgimento da obra de Fritz Schulz, na qual o autor apresenta a questão jurídica da aplicação do instituto ao problema da intervenção em bens ou direitos alheios.

No entender de Schulz, **a base do instituto do enriquecimento não reside na deslocação patrimonial sem causa jurídica, mas antes numa ação contrária ao direito, que o autor considera ser o conceito central na dogmática do instituto.** A seu ver, **existiria um princípio de aplicação geral de que ninguém deveria obter um ganho por intervenção ilícita num direito alheio**, expressos em diversos preceitos do Código. **Desse princípio resultaria que quem efetuasse uma intervenção objetivamente ilícita no direito alheio deveria restituir o resultado dessa intervenção.**

(...)

Assim, pela referência a um conceito de ilicitude delitual, dirigida à ação, Schulz **aproxima o enriquecimento sem causa da responsabilidade civil, qualificando a obrigação de restituir o enriquecimento como uma sanção para todo o tipo de comportamentos ilícitos.** Entre eles incluir-se-iam o enriquecimento por prestação e o derivado de fato da natureza, existindo, no primeiro caso, uma ilícita aceitação ou detenção da coisa por parte do enriquecido e, no segundo caso, uma intromissão equiparada a um comportamento ilícito.

Na doutrina de Schulz, **o enriquecimento sem causa deixa assim de ser visto como fundado nas deslocações patrimoniais sem causa e passa a ser considerado com base na violação de um direito alheio.**

(...)

3.3. A DOCTRINA DA DIVISÃO DO INSTITUTO

Outra concepção corresponde à doutrina da divisão do instituto do enriquecimento em categorias autônomas e distintas entre si. Essa doutrina tem essencialmente a sua origem nos trabalhos de Walter Wilburg e Ernst Von Caemmerer. **A tese principal desses autores reside na divisão do instituto do enriquecimento sem causa em**

duas categorias principais: uma relativa a situações de enriquecimento gerada com base em uma prestação do empobrecido e outra abrangendo as situações de enriquecimento não-fundadas na prestação, atribuindo-se, nesta última, papel preponderante ao enriquecimento por intervenção.

A doutrina da divisão do instituto rompe completamente com o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa, que deixa inclusive de ser considerado como sujeito a princípios comuns ou a uma mesma ordenação sistemática. Efetivamente, **de acordo com essa nova concepção, o enriquecimento por prestação passa a ser visto como um anexo do Direito dos contratos, inserido no regime da transmissão dos bens, enquanto o enriquecimento por intervenção é visto antes como anexo a um prolongamento da eficácia do direito de propriedade, inserindo-se no âmbito da proteção jurídica dos bens.**

Na opinião de Wilburg, nunca fora demonstrado que as restituições fundadas na realização de uma prestação sem causa e as baseadas num enriquecimento sem prestação tivessem o mesmo fundamento, existindo antes entre elas uma perfeita diferenciação de pressupostos, pelo que não haveria qualquer possibilidade de as reconduzir a um princípio genérico comum. O enriquecimento por prestação seria baseado num ato voluntário do seu autor, constituindo uma forma de impugnação jurídica desse ato, sendo a base de tal impugnação sobretudo o erro sobre a causa jurídica da sua prestação. Já o enriquecimento não-fundado numa prestação teria como fim a recuperação de um direito afetado pela aquisição do enriquecido (normalmente a propriedade), sendo, por isso, pretensão a um prolongamento da eficácia desse direito.

(...)

A teoria de Wilburg veio a ser desenvolvida por Ernst Von Caemmerer, que parte do conceito central de "conteúdo de destinação" na sua construção da teoria do enriquecimento sem causa. O autor **entende que a proibição do enriquecimento injustificado consiste apenas numa máxima de justiça comutativa que se encontra a um nível de abstração tal, que carece de preenchimento pelo julgador, efetuado pela integração ao caso numa categoria específica de enriquecimento sem causa.** Assim, apresenta uma tipologia de hipóteses de enriquecimento sem causa distinguindo entre o enriquecimento por prestação (*Leistungskondiktio*), enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktio*), enriquecimento por liberação de uma dívida paga por terceiro (*Rückgriffskondiktio*) e enriquecimento resultante de despesas efetuadas em coisa alheia (*Verwendungskondiktio*). Essa tipologia não é, porém, fechada, na medida em que posteriores concretizações permitiriam o surgimento de novas categorias. **Tal tipologia constituiria o ponto de partida para a construção de diversas pretensões de enriquecimento, que não apenas se distinguiriam pelo seu objeto, mas também pelo no seu conteúdo e extensão.**

(Revista CEJ. N. 25. **O enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro.** Brasília. Abr/Jun 2004. p. 25-27).

Pela leitura do artigo acima, percebe-se que a teorização do instituto, na moderna doutrina alemã, foi desenvolvida gradativamente, evoluindo à medida em que se aprofundava o conceito de causa.

Em primeiro plano, partindo-se da **teoria de Savigny** (1849), não se fazia distinção alguma (por isso chamada **unitária**), tendo causa uma conotação de **fato natural** (causa no sentido de causa de atribuição patrimonial), simples deslocamento de patrimônio.

Sucedeu-lhe a **teoria da ilicitude** de Schulz (1909), onde o instituto do enriquecimento sem causa pareceu ganhar uma feição de **princípio jurídico geral**, por meio do qual se sancionava a atuação contrária ao direito (causa no sentido de causa lícita, legal ou conforme o direito).

Seguiu-se a **teoria da divisão**, na qual, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer.

Inicialmente, na proposta de Wilburg (1934), numa subdivisão mais abrangente, onde o enriquecimento sem causa poderia ter origem em uma prestação (como dever anexo dos contratos) ou numa não-prestação do empobrecido (como anexo do direito de propriedade).

Posteriormente, desenvolvida por Caemmerer (1954), em quatro categorias ainda mais específicas (enriquecimento por prestação, enriquecimento por intervenção, enriquecimento resultante de despesas efetuadas por outrem, enriquecimento por desconsideração de patrimônio), num sistema aberto em que pretensões outras poderiam surgir a partir das diversas abordagens (de objeto, conteúdo e extensão) realizadas no universo do enriquecimento sem causa.

No Brasil, o instituto foi introduzido no projeto do Código Civil por obra do Prof. Agostinho Alvim, sistematizador do Livro das Obrigações e, por isso, responsável pela alteração substancial do título pertinente aos atos unilaterais, nele fazendo incluir o

enriquecimento sem causa, o pagamento indevido e a gestão de negócios como fontes originárias de obrigações decorrentes da declaração unilateral da vontade (cf. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil, itens 21 e 22, *r*).

Em artigo doutrinário de referência sobre o instituto, publicado em maio de 1957, ele destaca as diferenças centrais entre o **sistema clássico**, adotado pelo Código de 1916, e o **moderno**, defendido no seu Anteprojeto de Código de Obrigações (arts. 143 e ss.), que viria a ser o precursor dos atos unilaterais assim como dispostos no Código Civil de 2002.

Influenciado não só pelo direito alemão, como também pelas doutrinas suíça, francesa e italiana, para ele o conceito de causa, na teoria do enriquecimento, estaria vinculado à noção de **contrapartida, contraprestação**, ou seja, aquilo que pode explicar o enriquecimento (Revista dos Tribunais. V. 259. Ano 46. São Paulo. Maio de 1957. **Do enriquecimento sem causa**. p. 25).

Pela relevância dos seus fundamentos, inclusive históricos (para delimitar a compreensão do instituto que se delineava), é interessante a transcrição de alguns dos seus excertos principais:

Do enriquecimento sem causa.

1) A ação de enriquecimento, ou "actio de in rem verso", não é de largo uso entre nós.

Isto deve-se, em parte, ao sistema do nosso Direito vigente, que permite até mesmo se negue a existência da ação de enriquecimento; e os que a admitem não de concordar em que somente podem fundamentá-la em fonte subsidiária do direito objetivo, e na mais remota de todas: princípios gerais de direito.

Em muitos outros países, ainda quando não regulada por dispositivos especiais a condenação do enriquecimento injustificado, a literatura e a jurisprudência são mais abundantes, e a respectiva ação tem maior desenvolvimento. Todavia, pondera um civilista, esta teoria, "apparement si prometteuse", não é panacéia para todos os casos.

2) Além do obstáculo, relativo ao nosso sistema, outro ainda existe a dificultar o desenvolvimento da ação de "in rem verso", o qual reside na própria natureza da condenação do enriquecimento, pois os casos típicos, os casos legítimos, que autorizam a respectiva ação, não são freqüentes, suposta a imprescindibilidade de vários requisitos, exigidos pela disciplina da instituição.

E muitas das hipóteses, havidas como de enriquecimento, na realidade não o são e resolvem-se por outras regras.

3) A instituição, porém, considerada em si mesma, revela-se profundamente justa e cristã, porque visa a impedir o enriquecimento de alguém à custa de outrem, sem justa causa, enriquecimento este que constituirá uma fonte de opressão na ordem privada, se a lei não

remediar os casos. Acrescente-se que esta instituição não apresenta a contrapartida existente no instituto da lesão, o que é debilitador do contrato.

4) O assunto relativo ao enriquecimento vem despertando interesse entre os juristas modernos. Não porque a condenação do locupletamento injustificado seja só dos nossos dias, certo, como é, que ela consta de muitos textos do Direito Romano largamente discutidos pelos monografistas, não sendo menos exato que o assunto preocupou filósofos e legisladores ainda mais antigos.

Todavia, a caracterização perfeita do enriquecimento sem causa, e, bem assim, a sua ampliação, o aproveitamento de toda a sua energia, cujo resultado prático é a ação, isto está sendo obra dos juristas modernos, assim no campo da elaboração da teoria, como no de suas aplicações.

Démogue, ao prefaciar a obra de ilustre monografista sobre o assunto, refere-se aos estudos dos juristas, neste setor, de vinte e cinco anos para cá, o que vale dizer, a partir do começo deste século, levando em consideração que a obra é de 1925.

O mesmo observa outro insigne civilista.

A fase moderna, porém, que se caracteriza pela condenação do enriquecimento sem causa, mediante um preceito legal de ordem genérica, começou um pouco antes, a saber com o Código Federal das Obrigações, 1881.

O Código Civil Alemão, promulgado em 1896, deu ao assunto grande importância e desenvolvimento. Daí o ser muito citado a respeito. Mas é posterior, de quinze anos, àquele Código suíço, de 1881, que, no art. 70, **rompera com a tradição, estatuinto, em fórmula genérica, a condenação formal do enriquecimento sem causa, com a conseqüente obrigação de restituir.**

(...)

O SISTEMA CLÁSSICO E AS IDÉIAS RENOVADORAS.

5) O sistema clássico, ainda vigente na maioria dos países, inclusive no nosso, também condena o enriquecimento injustificado, porém o faz casuisticamente, ou seja, procurando impedi-lo, onde quer que possa manifestar-se.

Ao sistema moderno filia-se o Código das Obrigações (suíço) promulgado em 1911, como complemento do Código Civil (livro quinto). O art. 62 mantém, com as mesmas palavras, o art. 70 do Código Federal das Obrigações, de 1881.

E ainda outros Códigos, como o alemão, arts. 812 e segs., o soviético, consagrando a regra no art. 399, o japonês, o mexicano (único, queremos crer, na América do Sul e Central).

Ao sistema moderno pertencem, também, o nosso Anteprojeto de Código das Obrigações, arts. 143 e segs., o Projeto de reforma do Código Civil Argentino, e o Projeto Franco-Italiano, de Código das Obrigações, anterior à guerra, e hoje abandonado.

6) Os Códigos que seguem o sistema tradicional procuram coibir o enriquecimento sem causa, onde quer que se apresente. Donde se pode dizer que tal proibição informa todo o sistema.

Exemplificam os civilistas, em geral, com os textos referentes a

esses casos, dos quais podemos apontar alguns, tendo em vista o nosso Código.

O possuidor, ainda que de má-fé, tem direito às despesas de produção e custeio, o que impede o enriquecimento do proprietário reivindicante (Código Civil, art. 513). A solução contrária só se justificaria como pena imposta ao possuidor de má-fé, o que escaparia às atribuições normais do Direito Civil, entre as quais não se conta a de punir.

O possuidor, ainda que de má-fé, não responde pela perda da coisa, quando prove que ela do mesmo modo se perderia se estivesse em mãos do reivindicante (Código Civil, art. 515). A solução contrária produziria enriquecimento injustificado para este. Caso semelhante nos depara o art. 1.332, relativo à responsabilidade do gestor.

Idêntico é o ponto de vista do legislador ao estatuir sobre o pagamento indevido (Código Civil, arts. 964 e segs.), sobre a indenização por avulsão (Código Civil, art. 541), sobre a atribuição da propriedade do especificador, em certos casos de especificação irreduzível, a fim de evitar que, com a espécie nova, se enriqueça o dono da matéria prima (Código Civil, art. 613). A lei aqui justifica a deslocação do direito, que passa do proprietário para o especificador, mas não justifica a deslocação patrimonial, uma vez que obriga este último a indenizar.

Ainda: o reembolso das despesas feitas pelo gestor (Código Civil, art. 1.329), as medidas contra o enriquecimento do incapaz, (Código Civil, art. 157, parte final), e inúmeros outros casos esparsos no Código Civil.

(...)

7) Afora as hipóteses que a lei preveniu, onde o enriquecimento é vedado, os sistemas tradicionais regulam também a repetição do que foi pago, sem que o devesse ser, sendo esta a mais ampla defesa contra o enriquecimento injustificado, conquanto incompleta, aos olhos dos juristas modernos.

(...)

8) O Código Civil Alemão chegou à fórmula do art. 812, após uma evolução através das "condictiones", que constavam do Projeto.

Tratava este das várias "condictiones", do Direito Romano, terminando por uma regra geral.

Eram elas a "condictio ob rem" da qual a "condictio indebiti" era uma aplicação; a "condictio ob causam finitam"; a "condictio ob turpem causa" e, finalmente, a "condictio sine causa".

O Código [alemão] contentou-se com esta, porque, "sine causa", querendo dizer sem causa que justifique, tal "condictio" dispensava as demais.

Aliás, à "condictio sine causa" já se assinalava esta mesma função no Direito Romano.

O Código Civil alemão aceito a "condictio sine causa" no seu sentido mais desenvolvido de modo a que correspondesse a fórmula desejável para a condenação do enriquecimento sem causa.

A expressão "de qualquer outro modo" é muito compreensiva e ampla, pois abrange qualquer enriquecimento, abstração feita de um fato do empobrecido.

Quando fala na restituição, o Código evita a palavra coisa,

cujo sentido é mais restrito.

Finalmente, emprega a locução "à custa de", para o fim de alargar a compreensão do texto, porque, uma coisa é alguém enriquecer-se por fato de outrem (idéia restrita); outra, é enriquecer-se à custa de outrem, o que pode prescindir de um fato do empobrecido.

Esta é precisamente a razão por que a locução "à custa de" que não constava do Projeto, teve ingresso no Código.

Tal expressão está hoje consagrada: Código das Obrigações (suíço), art. 62, nosso Anteprojeto de Código de Obrigações, art. 143 e outros diplomas.

Em França, sempre que se cogita de enriquecimento, é essa a expressão corrente: "au dépens de", a começar pela tradução do texto de Pomponio ("Digest", 50, 17.206), que nos oferece o antigo autor.

9) É interessante notar que tem havido sempre aplicação no que concerne à condenação do enriquecimento sem causa.

A "condictio sine causa" já tinha, no Direito Romano, sentido muito amplo.

Os civilistas, porém, nas fórmulas de que usam, ligam muitas vezes o enriquecimento à aquisição de uma coisa.

M. I. Carvalho de Mendonça, que aliás pouco se ocupou do enriquecimento sem causa, alvitrou uma fórmula, que lhe pareceu muito larga.

Todavia, ela reporta-se a qualquer fato do homem, que traga enriquecimento a outrem.

Atualmente, porém, a fórmula desejável já não é essa, uma vez que o enriquecimento de alguém pode prescindir de um fato de outrem, razão por que os Códigos evitam de falar em fato de outrem, em suas fórmulas. (Revista dos Tribunais. V. 259. Ano 46. São Paulo. Maio de 1957. **Do enriquecimento sem causa.** p. 3-9).

Oportuno, também, o registro do pensamento do ilustre professor quando ele passa a comentar a ação *in rem verso* em face do Direito Positivo daquela época, em contraste com o sistema moderno (ob. cit. p. 12-14):

DA "ACTIO DE IN REM VERSO".

O FUNDAMENTO DA AÇÃO.

13) Começaremos a examinar o fundamento da ação de enriquecimento, já agora em face do Direito Positivo.

Diante dos sistemas que, através de uma regra geral, condenam, de modo explícito, o enriquecimento injustificado, como o suíço e outros, não há problema, neste particular.

Supostos os fatos que autorizam o pedido, o seu fundamento está no texto de lei, expresso a respeito.

Mas, qual o fundamento, quando não há texto, como sói acontecer, aliás, na grande maioria dos sistemas vigentes?

Essa questão separa os juristas em dois campos: uns, levados justamente por esta ausência de texto, negam a possibilidade de obter alguém aquilo com que outrem se tenha enriquecido à sua custa. Negam a ação de enriquecimento, de caráter subsidiário.

E defendem o seu ponto de vista dizendo que o legislador, por meio de dispositivos expressos, fechou a porta ao enriquecimento, sempre que o quis impedir, tendo, assim, esgotado os casos que entendeu de repudiar.

Certamente, o enriquecimento se manifestará, aqui ou ali, além dos casos previstos; mas, se não estiver condenado de modo explícito, estará, só por isso, justificado.

Poderá haver obrigação moral de devolver; outros falam em obrigação natural; não obrigação jurídica, e, por isso mesmo, não haverá ação.

Aludindo a este ponto de vista, usa Ripert de uma imagem, figurando a condenação do enriquecimento como um rio subterrâneo, que ninguém vê, e cuja função é alimentar aqueles casos de enriquecimento, previstos pelo legislador.

E passa a examinar a tese.

São escassas as hipóteses previstas? Criam-se novas regras. Fora daí, a devolução será cumprimento de obrigação natural.

14) Os que negam que possa alguém reclamar com fundamento no enriquecimento alheio, o fazem por entender que os casos de locupletamento encontram sempre remédio na lei, através destes ou daqueles institutos, destas ou daquelas normas explícitas. Se o caso não está previsto em lugar nenhum, é que o legislador o quis tolerar.

15) Em França, a doutrina dos antigos escritores sobre o enriquecimento injustificado era escassa e, segundo Planiol, foram Aubry et Rau os primeiros que procuraram sistematizar o assunto.

Quanto à jurisprudência, a ação era negada, até o célebre acórdão de 15 de junho de 1892 (Cassação), ao qual todos os civilistas se reportam, decisão essa que foi o ponto de partida da mudança de orientação.

16) Na Itália, a questão não era pacífica, sob o Código de 1865.

Por ocasião dos trabalhos preparatórios do Código de 1942, Piola Caselli, da Comissão da Assembléia Legislativa, falou de uma larguíssima corrente orientada no sentido da possibilidade da ação, o que deixa supor opiniões em contrário, às quais, aliás, se refere Ugolino Anichini, em trabalho posterior ao Código (ob. cit., pág. 204).

Igualmente, um notável professor da Universidade Católica de Milão, escrevendo depois que o Projeto, no art. 73, havia recomendado a ação de enriquecimento, ainda se manifestava contrário a considerar o enriquecimento injustificado como fonte autônoma de obrigação: "O noi andiamo erratti o la contraria opinione sovverte tutto il sistema delle fonte delle obbligazioni".

17) Entre nós, não obstante os precedentes dos Códigos suíço e alemão, seguidos tão de perto pelo Projeto Clovis, não quis o seu autor os imitar, neste ponto.

E nessa idéia ele se manteve, pois continuou sempre contrário a uma fórmula geral acerca do enriquecimento, por julgar isso desnecessário, como se vê da sua explanação sobre o assunto, em época bem posterior.

Em sua dissertação para concurso, à mesma conclusão chegou o Prof. Jorge Americano.

18) Todavia, o ponto de vista da existência da ação de "in rem verso", com caráter subsidiário, é hoje,

inquestionavelmente, o vencedor, ainda na ausência de texto expreso.

Assim é na França, na Espanha, na Argentina, e em outros países, entre os quais se inclui o nosso.

(...)

OBJEÇÕES CONTRA A AÇÃO DE ENRIQUECIMENTO

19) Nenhuma objeção plausível existe contra a existência da ação de "in rem verso" em nosso sistema.

Dizer que o número de casos, que exigiria a ação, é exíguo, porque, em regra, há outras soluções, é fazer afirmação verdadeira, mas que redundará em negar o remédio para esses casos, embora raros. Será o inverso do "lex dat semper remedium".

Por outro lado, o sentimento elementar de justiça reclama a "condictio sine causa" em termos amplos.

Não admiti-la seria emperrar o progresso do Direito no remediar as injustiças, e daí o reconhecê-la a doutrina e a jurisprudência, nos países onde não há texto expreso a respeito.

20) Também não deveria argumentar com a falta de fundamento para a ação, visto como a inexistência de fonte principal (a lei) é suprida, normalmente, pelas fontes subsidiárias, integrantes: a analogia, o costume e os princípios gerais.

21) Para pedir é indispensável mostrar que o direito subjetivo, de quem pede, tem assento no direito objetivo, seja a lei, seja uma fonte subsidiária.

Nos sistemas em que há dispositivo expreso, o fundamento é a própria disposição de lei.

Onde não há, como entre nós, é força recorrer às fontes supletivas, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil.

Como se vê, desde aquela época, ainda que inexistente regra que a contemplasse especificamente, já se defendia o cabimento da ação de enriquecimento sem causa no nosso ordenamento jurídico.

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, desde cedo, também foi no sentido de admitir o enriquecimento sem causa como **fonte de obrigação**, diante da vedação ao locupletamento ilícito, assegurada, por conseguinte, a ação correspondente.

Confira-se, exemplificativamente, o seguinte aresto:

CIVIL - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (OU SEM CAUSA) - PRESCRIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA.

I - NÃO SE HÁ NEGAR QUE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA É FONTE DE OBRIGAÇÕES, EMBORA NÃO VENHA EXPRESSO NO CÓDIGO CIVIL, O FATO É QUE O SIMPLES DESLOCAMENTO DE PARCELA PATRIMONIAL DE UM ACERVO QUE SE EMPOBRECE

PARA OUTRO QUE SE ENRIQUECE E O BASTANTE PARA CRIAR EFEITOS OBRIGACIONAIS.

II - NORMA QUE ESTABELECE O ELENCO DE CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO INCLUIU TAMBÉM COMO TAL QUALQUER ATO INEQUÍVOCO, AINDA QUE EXTRAJUDICIAL, QUE IMPORTE EM RECONHECIMENTO DO DIREITO PELO DEVEDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 172 DO CÓDIGO CIVIL.

III - RECURSO NÃO CONHECIDO.

(REsp n. 11.025/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 24/02/1992).

Foi nesse contexto, seguindo os parâmetros traçados para o sistema moderno, que o **Projeto de Código das Obrigações de Agostinho Alvim** veio dar origem ao enriquecimento sem causa como **fonte primária de obrigações** no nosso atual Código Civil, especialmente pelo fato de ter sido expresso como preceito de ordem genérica, não exaustivo, em franca substituição ao modelo clássico anteriormente adotado pelo Código Civil de 1916.

A propósito, inegável a influência do art. 812 do Código Civil alemão no nosso Código Civil de 2002, especialmente na redação dos arts. 884 e 885, cujos textos podem ser adiante cotejados:

BGP:

Art. 812. Quem quer que, em virtude de prestação feita por **outra pessoa** ou de qualquer outro modo, faz uma **aquisição sem causa jurídica à custa desta outra pessoa**, fica **obrigado a restituir**. Esta obrigação existe, igualmente, quando **a causa jurídica desaparece ulteriormente**, ou quando o resultado visado no momento da prestação, tal como ele resulta do conteúdo do ato jurídico, não se realiza. Considera-se, igualmente, prestação o reconhecimento contratual da existência, ou não, de uma relação obrigacional.

CC/2002:

Art. 884. Aquele que, **sem justa causa**, se enriquecer **à custa de outrem**, será **obrigado a restituir o indevidamente auferido**, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, **mas também se esta deixou de existir**.

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.

Segundo Menezes Leitão, naquele mesmo artigo aqui já mencionado, essa foi a teoria albergada pela novel codificação brasileira, consoante se observa a seguir (p. 28):

4 POSIÇÃO ADOTADA

Entendemos, portanto, que a cláusula do enriquecimento sem causa, constante do art. 884 do Código Civil brasileiro, ao referir que aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários, apresenta-se como demasiado genérica, não permitindo o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa uma adequada subsunção aos casos concretos. Haverá de estabelecer uma tipologia de categorias que efetue, pela integração do caso em uma delas, a referida subsunção. **Defendemos, por isso, a doutrina da divisão do instituto.** Por esse motivo, distinguimos no âmbito do enriquecimento sem causa as seguintes situações: o enriquecimento por prestação; o enriquecimento por intervenção; o enriquecimento por despesas realizadas em benefício doutrem; e o enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio.

Quanto ao enriquecimento por prestação, que aqui nos interessa em particular, esclarece (p. 28):

4.1 ENRIQUECIMENTO POR PRESTAÇÃO

O enriquecimento por prestação respeita as situações em que alguém efetua uma prestação a outrem, mas se verifica uma ausência de causa jurídica para que possa ocorrer, por parte desse, a recepção dessa prestação. Nessa categoria, o requisito fundamental do enriquecimento sem causa é a realização de uma prestação, que se deve entender como uma

atribuição finalisticamente orientada, sendo, por isso, referida a uma determinada causa jurídica, ou na definição corrente na doutrina alemã dominante como o incremento consciente e finalisticamente orientado de um patrimônio alheio.

Verifica-se, nesta sede, uma situação de enriquecimento sem causa se ocorre a ausência de causa jurídica para a recepção da prestação que foi realizada. A ausência de causa jurídica deve ser definida em sentido subjetivo, como a não-obtenção do fim visado com a prestação. Haverá, assim, lugar à restituição da prestação, quando for realizada com vista à obtenção de determinado fim, e tal fim não vier a ser obtido.

Apesar da reconhecida dificuldade para uma definição unívoca do termo, a versão do enriquecimento sem causa, pelo menos para o introdutor do instituto no Código Civil de 2002, referendada pela doutrina do Prof. Menezes Leitão, teve preponderante influência do conceito mais **amplo**, ligado à corrente mais moderna, baseada na **doutrina da divisão do instituto em categorias autônomas e distintas entre si**, especialmente mediante a adoção de preceito genérico apto a contemplar as hipóteses não previstas especificamente no ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ostentar a natureza de locupletamento.

Por fim, quanto a esse tópico, uma última palavra a respeito da subsidiariedade decorrente do art. 886: "Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido."

Para tanto, recorro novamente aos ensinamentos do Prof. Agostinho Alvim, vertidos no retrocitado artigo, como dito, datado dos idos da década de 50:

Nós entendemos que a ação tem caráter subsidiário, pois que o tem o próprio enriquecimento, como fonte de obrigação.

Basta atentar que, se a lei justifica certo enriquecimento, não haverá ação nenhuma.

E se, pelo contrário, repudia, a ação terá que ser aquela que no caso couber, como, *verbi gratia*, se o possuidor, ainda que de má-fé, tendo entregue o imóvel, quiser haver o que dispendeu com benfeitorias necessárias.

Em qualquer das duas hipóteses, não há um caso típico de enriquecimento, que interessa à teoria.

Quanto a lei não cogita do caso, nem de um modo nem de outro, e a figura do enriquecimento, por isso mesmo com caráter subsidiário.

Isto não que dizer que se alguém, dispondo de outra ação propuser a de enriquecimento, deva ser repellido.

No exemplo do possuidor, que acabamos de figurar, ele encontra na lei a condenação do enriquecimento, por isso injusto.

Mas se ele, abandonando a ação do Direito comum, propusesse a subsidiária, tomando sobre si o ônus de provar os seus requisitos, inclusive o injustificado do enriquecimento, não deveria ser repellido, só por isso.

Desse modo, ainda que considerado o caráter subsidiário da ação de enriquecimento sem causa, deve ser respeitada a opção do demandante por esse caminho processual, para o qual deverá arcar com o ônus da prova dos seus requisitos (i - existência de um enriquecimento; ii - obtenção desse enriquecimento à custa de outrem; iii - ausência de causa justificadora para o enriquecimento).

Sob esse prisma, nota-se que o exame de pretensões fundadas no enriquecimento sem causa não é novidade no âmbito desta Segunda Seção, consoante se constata dos seguintes precedentes que adiante colaciono, proferidos em âmbito de recurso especial repetitivo, nos quais a relação jurídica base estabelecida entre as partes também possuía natureza contratual e a demanda visava exatamente a declaração de nulidade de cláusula tida por abusiva, casos em que também foi aplicado o prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do CC/2002:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DIREITO CIVIL. FINANCIAMENTO DE PLANTAS COMUNITÁRIAS DE TELEFONIA (PCTs). AÇÃO DE RESSARCIMENTO DOS VALORES PAGOS. PRESCRIÇÃO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: **A pretensão de ressarcimento do valor pago pelo custeio de Plantas Comunitárias de Telefonia (PCTs), não existindo previsão contratual de reembolso pecuniário ou por ações da companhia, submete-se ao prazo de prescrição de 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916 (art. 177), e de 3 (três) anos, na vigência do Código Civil de 2002, por se tratar de demanda fundada em enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, inc. IV), observada a fórmula de transição prevista no art. 2.028 do mesmo diploma legal.**

2. No caso concreto, o pagamento que se alega indevido ocorreu em novembro de 1996, data a partir da qual se iniciou o prazo prescricional, que se encerrou em janeiro de 2006 (três anos, a contar da vigência do novo Código). O autor ajuizou a ação em fevereiro de 2009, portanto sua pretensão está alcançada pela prescrição.

3. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.220.934/RS, Segunda Seção, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 12/6/2013)

FINANCIAMENTO DE REDE DE ELETRIFICAÇÃO RURAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO

CPC. CUSTEIO DE OBRA DE EXTENSÃO DE REDE ELÉTRICA PELO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES APORTADOS. PRESCRIÇÃO.

Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1. Nas ações em que se pleiteia o ressarcimento dos valores pagos a título de participação financeira do consumidor no custeio de construção de rede elétrica, a prescrição deve ser analisada, separadamente, a partir de duas situações: (i) pedido relativo a valores cujo ressarcimento estava previsto em instrumento contratual e que ocorreria após o transcurso de certo prazo a contar do término da obra (pacto geralmente denominado de "CONVÊNIO DE DEVOLUÇÃO");

(ii) pedido relativo a valores para cujo ressarcimento não havia previsão contratual (pactuação prevista em instrumento, em regra, nominado de "TERMO DE CONTRIBUIÇÃO").

1.2.) No primeiro caso (i), "prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e em 5 (cinco) anos, na vigência do Código Civil de 2002, a pretensão de cobrança dos valores aportados para a construção de rede de eletrificação rural, [...] respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002" (REsp 1.063.661/RS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010);

1.3.) No segundo caso (ii), a pretensão prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e em 3 (três) anos, na vigência do Código Civil de 2002, por se tratar de demanda fundada em enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, inciso IV), observada, igualmente, a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002.

2. No caso concreto, para o pedido de ressarcimento dos valores previstos no CONVÊNIO DE DEVOLUÇÃO, o prazo prescricional findaria em 11 de janeiro de 2008 (cinco anos, a contar da vigência do novo Código). Por outro lado, para o pedido de ressarcimento dos valores previstos no TERMO DE CONTRIBUIÇÃO, o prazo prescricional findaria em 11 de janeiro de 2006 (três anos, a contar da vigência do novo Código). Tendo o autor ajuizado a ação em 15 de janeiro de 2009, a totalidade de sua pretensão está alcançada pela prescrição.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp n. 1.249.321/RS, Segunda Seção, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 16/4/2013)

Cito, ademais, julgado da Terceira Turma que estabeleceu premissas importantes quanto ao prazo prescricional aplicável à pretensão de restituição de pagamento indevido, também no âmbito de relação negocial, advinda, na hipótese, de contrato de serviços educacionais. Analisando a questão já sob a égide do Código Civil de 2002, concluiu, nos pontos que aqui nos interessam, que: (I) o prazo prescricional geral, previsto no art. 205, destina-se às ações de caráter ordinário, devendo ser aplicado tão somente quando não houver previsão de prazo especial menor; (II) há previsão específica

de prazo prescricional para as pretensões derivadas de cobranças indevidas realizadas pelo fornecedor, as quais, estando relacionadas diretamente ao enriquecimento sem causa, fazem incidir o lapso temporal trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV; (III) a prescrição prevista no Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicada apenas nos casos de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço.

Transcrevo a ementa do referido acórdão:

CONSUMIDOR E PROCESSUAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES. INCIDÊNCIA DAS NORMAS RELATIVAS À PRESCRIÇÃO INSCULPIDAS NO CÓDIGO CIVIL. PRAZO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

1. O diploma civil brasileiro divide os prazos prescricionais em duas espécies. O prazo geral decenal, previsto no art. 205, destina-se às ações de caráter ordinário, quando a lei não houver fixado prazo menor. Os prazos especiais, por sua vez, dirigem-se a direitos expressamente mencionados, podendo ser anuais, bienais, trienais, quadrienais e quinquenais, conforme as disposições contidas nos parágrafos do art. 206.

2. **A discussão acerca da cobrança de valores indevidos por parte do fornecedor se insere no âmbito de aplicação do art. 206, §3º, IV, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Havendo regra específica, não há que se falar na aplicação do prazo geral decenal previsto do art. 205 do CDC. Precedente.**

3. A incidência da regra de prescrição prevista no art. 27 do CDC tem como requisito essencial a formulação de pedido de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, o que não ocorreu na espécie.

4. O pedido de repetição de cobrança excessiva que teve início ainda sob a égide do CC/16 exige um exame de direito intertemporal, a fim de aferir a incidência ou não da regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/02.

5. De acordo com esse dispositivo, dois requisitos cumulativos devem estar presentes para viabilizar a incidência do prazo prescricional do CC/16: i) o prazo da lei anterior deve ter sido reduzido pelo CC/02; e ii) mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada já deveria ter transcorrido no momento em que o CC/02 entrou em vigor, em 11 de janeiro de 2003.

6. Considerando que não houve impugnação do *dies a quo* do prazo prescricional definido pelo Tribunal de Origem - data da colação de grau do recorrente, momento no qual ocorreu o término da prestação de serviço educacional -, e que, na espécie, quando o CC/02 entrou em vigor não havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional previsto na lei antiga, incide o prazo prescricional trienal do CC/02, motivo pelo qual o acórdão recorrido não merece reforma.

7. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.238.737/SC, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrichi, DJe de 17/11/2011)

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, restitir-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.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CÉDULAS E NOTAS DE CRÉDITO COMERCIAL / INDUSTRIAL. TETO DA LEI DE USURA. TAXAS LIVRES. NÃO-DEMONSTRAÇÃO POR PARTE DO CREDOR DE AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. RESOLUÇÃO 1.064. LEI 4.595/64. CARÁTER DE LEI COMPLEMENTAR. PRECEDENTES. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. SEDE IMPRÓPRIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ENCARGOS ILEGAIS. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. FUNDAMENTO NOVO NO AGRAVO. INADMISSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Nas cédulas de crédito comercial/industrial é defesa a cobrança de juros além de 12% ao ano se não demonstrada, pelo credor, a prévia estipulação, pelo Conselho Monetário Nacional, das taxas de juros vencíveis para o crédito comercial, correspondentes à data de emissão da cédula.

II – Diante da ausência de lei complementar regulando o sistema financeiro nacional, tem-se afirmado que a Lei 4.595/64 foi recepcionada pela Constituição de 1988 com força de lei complementar, só podendo, a partir de então, ser alterada por norma de igual hierarquia, sendo de considerar-se, todavia, que, quando da edição do Decreto-Lei 413/69, a Lei 4.595/64 se qualificava como ordinária, tendo sido nessa oportunidade, por ele modificada.

III - A Resolução 1.064 do Bacen não contém autorização para que as taxas de juros, no crédito comercial/industrial, sejam livremente pactuadas.

IV - Impossível a análise da norma constitucional em sede especial, ainda que vise a prequestionamento.

V - A pretensão de devolução dos valores pagos a maior, em virtude do expurgo de parcelas judicialmente declaradas ilegais, é cabível em virtude do princípio que veda o enriquecimento sem causa, prescindindo da discussão a respeito de erro no pagamento.

VI - É vedado inovar em sede de agravo, veiculando fundamentos não expendidos no recurso especial.

(AgRg no REsp 234.626/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 10/3/2003)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - PERMISSÃO - PRECEDENTES.

1 - É entendimento assente desta Corte que **a repetição é consequência lógica do reconhecimento judicial da ilegalidade de cláusulas contratuais abusivas e do acolhimento do pedido de restituição do que foi pago a mais, em atenção ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, prescindindo, pois, da prova do erro, prevista no art. 965 do Código Civil.** Precedentes (AgRg no REsp 733.037/RS e AgRg no REsp 699.352/RS).

2 - No que tange à alegação de que o acórdão paradigma declara que há necessidade de comprovação do erro de pagamento, vale

observar que "A jurisprudência iterativa da Terceira e Quarta Turma orienta-se no sentido de admitir, nas demandas revisionais de contrato de mútuo bancário, a repetição de indébito, na forma simples, independentemente da prova do erro, ficando relegado às instâncias ordinárias o cálculo do montante, a ser apurado, se houver." (AgRg no RESP 546.446/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 02.05.2005).

3 - Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 557.301/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Jorge Scartezini, DJ de 22/8/2005)

E ainda: AgRg no AREsp 182.141/SC, Quarta Turma, Relatora a Ministra Isabel Gallotti, DJe de 19/5/2015; AgRg no REsp 1.052.209/MG, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 4/8/2009; AgRg no Ag 1.125.621/SC, Terceira Turma, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe de 3/6/2009.

Diante de todas essas ponderações, concluo que, cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional aplicável é o trienal, previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

3. Equivalência do prazo prescricional trienal tanto para a ação de enriquecimento sem causa como para a reparação civil (art. 206, § 3º, IV e V)

Elogiável a mudança de eixo operada na reparação civil pelo novo paradigma do Código Civil de 2002. Passa-se do anterior sistema de **responsabilidade sancionatória**, cujo foco estava voltado para a figura do **causador do dano**, ao novo paradigma de **responsabilidade reparatória**, em que o ponto central é a **proteção da vítima**. Nas palavras de Teresa Ancona Lopez, "substitui-se a ideia de sanção pelo ilícito pela de reparação pelo dano injusto." (*In* Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas - Homenagem a Tullio Ascarelli. **Principais Linhas da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 676).

Nesse passo, ainda que o enriquecimento sem causa, na visão mais purista propagada pela teoria unitária, não possa servir de fundamento para a ação que visa o

ressarcimento pelo pagamento indevido decorrente de cláusula dita não amparada pelo direito (arts. 884 e ss.), em última análise, **a questão ainda assim estaria submetida à prescrição trienal** (art. 206, § 3º, V), porque daí então teria que se resolver em perdas e danos (reparação do dano injusto), pretensão típica de **reparação civil** (arts. 186, 187, 389 e 927).

Assim como para o enriquecimento sem causa, não havia, no regime do Código Civil de 1916, fixação de prazo prescricional específico para as pretensões decorrentes de reparação civil. Logo, tinha incidência a regra geral de prescrição para as ações pessoais, de vinte anos, estabelecida no art. 177 do diploma revogado.

Essa nova perspectiva do Código Civil/2002 – de equivalência do prazo prescricional da pretensão relativa ao ressarcimento por enriquecimento sem causa com aquele referente à reparação civil (seja ela contratual ou extracontratual, inclusive a decorrente de dano moral) – conduz à **uniformidade de aplicação do lapso temporal prescricional trienal**, impedindo que esse critério de fixação possa ficar ao talante exclusivo do autor, tópico que será abordado especificamente mais adiante (item 6).

Portanto, a par das disposições legais especiais (v.g. o acidente de consumo, cuja pretensão estará sujeita ao prazo quinquenal do art. 27 do CDC), qualquer outra hipótese de reparação civil inespecificamente considerada, seja ela decorrente de responsabilidade contratual (inadimplemento) ou extracontratual (risco ou dano, inclusive moral), deverá observar como regra o prazo prescricional trienal da pretensão a ela relativa (art. 206, § 3º, V, do CC/2002).

A propósito, trago à colação os comentários do Prof. Gustavo Tepedino, a respeito da novel pretensão de reparação civil, prevista no art. 206, § 3º, V, do CC/2002:

Inova o CC ao dispor, nos prazo especiais de prescrição, sobre a pretensão de reparação civil. Na ausência de prazo específico no CC1916, o prazo prescricional para a pretensão por perdas e danos decorrente de responsabilidade civil era vintenária, salvo lei especial dispendo sobre a matéria, consoante disposto no art. 177 do CC1916. Verifica-se, com isso, uma redução brutal do prazo prescricional que antes era de vinte anos e agora passa a ser de apenas três anos. **Importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito.**

(Tepedino, Gustavo *et alli*. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. V. I. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro:

Renovar. 2014. p. 411).

Nesse compasso, seja a reparação civil decorrente da responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) ou extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que exclusivamente moral (art. 186, parte final) ou consequente de abuso de direito (art. 187), a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de 3 (três) anos, mercê do art. 206, § 3º, V.

Esse tema foi objeto de debate na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, ocasião em que foi editado o Enunciado n. 418, segundo o qual **"o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual"**.

É importante perceber que a sistemática adotada pelo Código Civil de 2002 foi a de redução dos prazos prescricionais, visando sobretudo a garantir a segurança jurídica e a estabilização das relações jurídicas em lapso temporal mais condizente com a dinâmica natural das situações contemporâneas.

Seguindo essa linha de raciocínio não parece coerente com a lógica estabelecida pelo Código Civil de 2002 deixar prevalecer, como se regra fosse, o prazo prescricional decenal (art. 205), de caráter tão alongado, para as reparações civis decorrentes de contrato, e somente entender aplicável o lapso temporal trienal para a parte veicular judicialmente as pretensões de reparação civil no âmbito extracontratual ou de enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, IV e V).

É de se notar, ademais, que nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor, editado no idos de 1990 – o qual tem como objetivo maior a tutela dos direitos de vulneráveis postos no mercado de consumo, primando, assim, pela assimetria inerente às relações jurídicas estabelecidas entre o consumidor e o fornecedor –, concede tanta elasticidade ao prazo prescricional para que o interessado busque sua pretensão de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, que, ao final, também é derivada de relação contratual. O art. 27 estabelece o lapso de cinco anos para o ajuizamento de demanda fundada em acidente de consumo, o qual é exatamente a metade do prazo previsto no art. 205 do Código Civil de 2002.

Então, por que o Código Civil de 2002 – editado mais de uma década após o CDC – que trouxe a tônica de prazos prescricionais reduzidos e que, em regra, regula relações jurídicas em que há paridade entre os sujeitos, admitiria interpretação no sentido de fazer preponderar o prazo prescricional de dez anos para reparação de danos atinentes a contratos que nem sequer envolvem parte vulnerável?

Nesse contexto, considero que a melhor interpretação é, pois, aquela que, observando a lógica e a coerência do sistema estabelecido pelo Código de 2002 para as relações civis, dá tratamento unitário ao prazo prescricional quer se trate de reparação civil fundada em responsabilidade civil contratual ou extracontratual ou em enriquecimento sem causa, reconhecendo, assim, em caráter uniforme o prazo prescricional trienal para todas essas espécies de pretensões.

Digno de nota que pretensões de reparação civil especificamente disciplinadas devem seguir observando o prazo prescricional especial que lhes foi designado. Por exemplo, aquelas decorrentes da cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (também fruto de inadimplemento contratual, porém com prazo prescricional específico de 5 (cinco) anos, consoante art. 206, § 5º, I; v.g. REsp Repetitivo n. 1.249.321/RS, acima referido, subitem 1.2 da ementa). Na obra do Prof. Tepedino, acima mencionada, são apresentados mais dois exemplos (p. 412): 5 (cinco) anos para a pretensão reparatória decorrente de danos causados ao direito de propriedade industrial (art. 225 da Lei n. 9.279/96) e 10 (dez) anos para a pretensão de indenização por responsabilidade civil em virtude de danos nucleares (art. 12 da Lei n. 6.453/77).

Por fim, um último registro com relação às obrigações de fazer inadimplidas, nas quais o credor pode optar por exigir o cumprimento da obrigação ou a resolução do contrato, cabendo, em ambos os casos, indenização por perdas e danos, conforme dicção do art. 475 do CC/2002.

Nessas hipóteses, optando o credor pela resolução do contrato, com pleito de indenização por perdas e danos, a pretensão estará sujeita à regra prescricional trienal da reparação civil (art. 206, § 3º, V).

Todavia, ainda que escoado esse prazo, poderá exigir o credor o cumprimento da obrigação de fazer pelo devedor no prazo decenal do art. 205, o qual, mesmo assim, poderá ser convertido em reparação por perdas e danos, desde que

verificada a impossibilidade de cumprimento da obrigação (nesse caso não estará prescrita a pretensão indenizatória porque ela só tem lugar em função da **impossibilidade de cumprimento da obrigação**, não mais se constituindo em faculdade do credor).

4. O Código Civil de 2002 não mais distingue, para fins de aplicação dos prazos prescricionais, direitos pessoais e direitos reais

No regime anterior (CC/1916), à míngua de prazo prescricional específico, a pretensão deveria ser exercida no prazo do art. 177, isto é, de vinte anos para as ações pessoais e de dez ou quinze anos para as ações reais.

Como não havia um rol mais específico para o exercício das pretensões relativas a direitos pessoais, a regra geral era a aplicação indistinta do prazo prescricional vintenário, situação que não apresentava maiores problemas (art. 177 do CC/1916).

Por sua vez, o Código Civil atual, além de arrolar novas pretensões com prazo de exercício específico (anteriormente não contempladas), não mais adota a distinção entre ações pessoais e reais, para o fim de fixação de lapsos prescricionais (art. 205).

Deveras, sobrecarregados pela urgente aplicação da regra de transição disposta no art. 2.028 do Código Reale aos processos que aqui aportavam, passamos a replicar caudalosa jurisprudência que se formara sob a égide da legislação anterior (ações pessoais, prazo de prescrição vintenário), sem que talvez tivéssemos tido condição de fazer uma reflexão mais aprofundada acerca dos novos prazos e institutos jurídicos trazidos pelo novo paradigma legal.

Prova disso é que o único fundamento que se encontra na jurisprudência para que o prazo prescricional decenal do art. 205 seja aplicado às relações contratuais é simplesmente porque se trata de uma ação de **direito pessoal**, critério distintivo, como já afirmado, que não mais subsiste na sistemática atual. Dentre inúmeros, apenas para exemplificar, cito os seguintes julgados: AgRg no AREsp n. 477.387/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Raul Araújo, DJe de 13/11/2014; REsp n. 1.326.445/PR, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJe de 17/2/2014; AgRg no AREsp n. 426.951/PR, Quarta Turma, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 10/12/2013; AgRg no Ag n.

1.401.863/PR, Quarta Turma, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 19/11/2013; AgRg no AREsp n. 14.637/RS, Quarta Turma, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 5/10/2011; AgRg no REsp n. 1.057.248/PR, Terceira Turma, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe de 4/5/2011; REsp n. 1.033.241/RS, Segunda Seção, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 5/11/2008.

Entretanto, não há mais suporte jurídico legal que autorize a aplicação do prazo geral, como se fazia no regime anterior, simplesmente porque a demanda versa sobre direito pessoal. No atual sistema, primeiro deve-se averiguar se a pretensão está especificada no rol do art. 206 ou, ainda, nas demais leis especiais, para só então, em caráter subsidiário, ter incidência o prazo do art. 205.

Por via de regra, versando a demanda sobre reparação civil, seja ela por responsabilidade contratual (inadimplemento) ou extracontratual (risco ou dano), deve ficar a pretensão adstrita ao marco prescricional trienal disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002, não se tratando mais de caso de aplicação do prazo decenal previsto no art. 205, eis que nele não estão mais contempladas as ações pessoais como critério definidor da aplicação dos prazos prescricionais.

Por essas mesmas razões, não me parece adequado recorrer à **analogia** da jurisprudência que se firmou **relativamente a contratos bancários**, visto que também para esses casos manda-se aplicar o prazo prescricional decenal simplesmente porque fundada a pretensão em direito pessoal, critério distintivo, repita-se, abandonado pelo novo Código Civil.

5. O despropósito da variação dos prazos prescricionais verificada a partir do nome que se atribui à ação

Outro tópico que merece ser destacado para a apreciação do Colegiado e que acredito tem causado certo desconforto para todos nós, diz respeito à variabilidade dos prazos prescricionais a partir da nomenclatura atribuída à ação no momento do seu ajuizamento.

Diante da falta de orientação uniformizadora, o prazo prescricional das pretensões deduzidas em Juízo estaria sujeito a variações de 1 a 10 anos simplesmente

pelo fato de o autor denominar a ação ora de enriquecimento sem causa (ou locupletamento ilícito), ora de responsabilidade ou reparação civil, ora de repetição do indébito, ora de revisional de contrato, ora de cobrança.

Esse tipo de flanco deve ser repellido pelo sistema, porquanto catalisador de profunda insegurança jurídica e por vezes de sérias injustiças, na medida em que, para situações de mesmo substrato fático, o prazo prescricional, em tese garantidor da isonomia de tratamento jurídico, poderia sofrer significativas e indesejáveis variações ao talante do *nomen juris* porventura atribuído à ação na petição inicial, apesar da sua irrelevância jurídica.

Essa mesma preocupação de coerência sistêmica foi abordada por Tepedino:

A perda do prazo prescricional, embora dolorosa, é menos danosa do que a quebra do sistema, propiciada pela pífia ideologia de ampliação da reparação de danos. Os prazos prescricionais associam-se ao conjunto de mecanismos oferecidos à ação de reparação de danos. Contornar a previsão legal ou selecionar do sistema alguns dispositivos (que melhor atendam ao autor da ação) em detrimento de outros, ameaça a segurança jurídica, a igualdade constitucional e prejudica, em última análise, a própria vítima de danos, sem saber, ao certo, de qual prazo afinal dispõe para o ajuizamento da ação indenizatória.

(Tepedino, Gustavo. **A prescrição trienal pra a reparação civil. Crônica de uma ilegalidade anunciada.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-prescricao-trienal-para-a-reparacao-civil/4354>>. Acesso em 25/5/2015).

Acredito que seria possível estancar essa abertura se fosse adotada a tese de **unificação do prazo prescricional trienal**, sugerida no tópico anterior do meu voto, tanto das pretensões fundadas na alegação de enriquecimento sem causa quanto naquelas em que se postula a reparação civil, qualquer que seja a natureza.

Como se observa do raciocínio que procurei desenvolver linhas atrás, ressalvada a aplicação de prazos específicos, a nossa orientação jurisprudencial tem caminhado no sentido da **uniformidade do prazo prescricional trienal**, seja nos casos de enriquecimento sem causa, seja nos de reparação civil extracontratual, sendo excepcionada até então somente a hipótese de reparação contratual, para a qual tem sido aplicado o prazo decenal do art. 205, com base na sua ultrapassada diferenciação como

direitos pessoais.

Porém, essa uniformidade tem sido reiterada de maneira esparsa, inclusive por meio de julgamentos repetitivos (a exemplo dos precedentes nos casos de contratação de eletrificação rural ou de plantas comunitárias de telefonia, retromencionados), razão pela qual ora se propõe a unificação do entendimento também para os casos de reparação civil derivada do inadimplemento contratual, com vistas à coerência e racionalidade do sistema de aplicação dos prazos prescricionais, tendo em conta as inovações trazidas pelo novo Código Civil.

6. Prazos prescricionais menores: tônica do novo Código Civil.

É inegável que a redução drástica dos prazos prescricionais foi uma das tônicas implementadas pelo novo Código Civil. A revolução tecnológica operada nos meios de comunicação e de informação desde a edição do Código Civil de 1916 reduziu as distâncias também dos marcos prescricionais.

É importante destacar que, ao contrário do que a primeira vista possa parecer, prazos processuais mais elásticos não significam maior exercício de cidadania ou da defesa de direitos.

Ao revés, impedem a desejada estabilização das relações jurídicas consolidadas pelo tempo; dificultam a produção da prova, tornando-a dispersa ou ainda mais perecível; postergam o exercício dos direitos e, com isso, diminuem a sua efetividade; agravam o passivo das condenações; obstruem o sistema judiciário mediante a propositura tardia de milhares de demandas de massa (e.g. expurgos inflacionários de cadernetas de poupança ou de FGTS; subscrição de ações de telefonia), prejudicando, assim, a consolidação do exercício desses direitos por meio da tutela coletiva.

Reitero, portanto, que, a meu juízo, não se justifica a tolerância de uma cláusula tida por abusiva por aproximadamente uma década, além de que a repetição do indébito por esse longo período (agravamento do passivo) poderia comprometer, inclusive, a higidez do próprio sistema coletivo de assistência à saúde, em prejuízo dos próprios consumidores, inclusive o demandante.

7. Considerações finais

Independentemente do desfecho que o presente julgamento tiver, acredito que o mais importante é que, mais uma vez, somos chamados a repensar teses já consolidadas, no sentido de reafirmá-las ou não, com o pensamento voltado para o novo paradigma do Código Civil de 2002, em toda sua plenitude de inovações, sejam elas principiológicas ou institucionais.

De igual modo, fomos desafiados a fazê-lo quando em pauta o REsp n. 1.334.005/GO, julgado em 8/4/2015, oportunidade em que esta Segunda Seção deliberou sobre a validade do prazo bienal de carência legal para afastar a cobertura securitária do suicídio ocorrido nesse período. Mais uma vez, considero que o caso em exame reclama que nos despojemos do modelo antigo para responder se, sob as luzes do novo paradigma, o entendimento consolidado anteriormente ainda deveria ter aplicação.

Forte nessas razões, atento ao papel que deve ser desempenhado por uma Corte Superior da grandeza do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de promover segurança jurídica, previsibilidade e igualdade no tratamento das causas objetivamente consideradas, para as quais firmamos teses jurídicas de aplicação nacional, protagonismo esse que se ampliará com o advento do novo Código de Processo Civil, submeto essas minhas reflexões à apreciação do Colegiado da Segunda Seção.

8. Conclusão

No caso concreto, o meu voto também é para negar provimento ao recurso especial, todavia, por fundamentação diversa e com a vênia devida do Ministro Relator, Marco Buzzi, e dos eminentes Ministros que o acompanharam, porque o entendimento do Tribunal *a quo* converge com a tese aqui defendida, no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal, previsto no art. 206, § 3º, IV, do CC/2002.

Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese:

Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

Superior Tribunal de Justiça

É como voto.

