

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL I**

FABIANO TEODORO DE REZENDE LARA

GUSTAVO ASSED FERREIRA

SUSANA CAMARGO VIEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Gustavo Assed Ferreira, Susana Camargo Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-119-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3. Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

Este Grupo de Trabalho, que em 12 de novembro de 2015 reuniu pesquisadores de todo o país para discutir Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, não poderia ter se reunido em ocasião mais simbólica. Uma semana antes, no dia 5 de novembro, acontecera a tragédia do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana, Minas Gerais, que resultou em perda de vidas humanas, de histórias de vida, de cultura, de meios de subsistência, lares, dentre outros bens. E afetou populações, economia e meio ambiente de, até agora, dois estados da federação, além de (segundo muitos) assassinar o Rio Doce, riquíssimo em biodiversidade e muito importante para a economia dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. E foi lembrando isso que iniciamos nossos trabalhos.

Estávamos também a pouco mais de um mês da data em que o mundo se reuniria novamente, em Paris, para discutir (e pode ser nossa última chance) como lidar com o problema das mudanças climáticas, cujos efeitos vêm sendo sentidos por todos, em todos os continentes. Nesse sentido, lembramos aos participantes que, no campo jurídico, Comitês Internacionais da International Law Association (importantes por reunirem estudiosos do direito e das relações internacionais de todos os continentes e vertentes político-jurídicas) vêm publicando obras e relatórios importantes sobre dano ambiental, desenvolvimento sustentável, responsabilidade social das empresas no contexto do desenvolvimento sustentável, e, mais recentemente, sobre a gestão e o uso de recursos naturais internacionais em/por Estados nacionais. Lembramos também de um projeto internacional (Earth System Governance) nascido em uma universidade (Universidade das Nações Unidas em Bonn) e que, hoje sob o guarda-chuva da Future Earth (que reúne as principais instituições nacionais e internacionais financiadoras de pesquisa sobre o assunto), vem discutindo experiências de governança, local e global, para prevenir/conviver/mitigar/adaptar planeta e sociedade na batalha contra os efeitos das mudanças climáticas. Há que sensibilizar para os problemas e engajar na busca de alternativas/soluções, jovens - cujo futuro está ameaçado... E isso exige uma mudança fundamental de mentalidade, para a qual o CONPEDI, com sua característica única de fazer conversar "todos os sotaques" dos diferentes estados e regiões brasileiros, está em posição de contribuir muito.

Foram 27 trabalhos selecionados em processo de avaliação cega, apresentados e discutidos em um clima de coleguismo e compartilhamento que não poderia ter sido mais agradável. Os

"sotaques" se ouviram, valorizaram, respeitaram e foram respeitados e valorizados. Foi certamente um longo dia, ao final do qual estávamos, todos (e ainda éramos muitos!), exaustos mas felizes. Saímos de lá, todos, com novas ideias e perspectivas. Convivemos com a diversidade, e dela aprendemos. Esperamos que este livro - resultado de tantos esforços - possa contribuir como se espera; que seja lido, replicado e as experiências multiplicadas. Agradecemos, a todos os que apresentaram trabalhos mas também a tantos que lá estiveram apenas para ouví-los, a presença, a atenção, o interesse. E esperamos vê-los em Brasília em seis meses!

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, TRAGÉDIA DOS COMUNS E DOS ANTICOMUNS.

UNJUST ENRICHMENT, TRAGEDY OF COMMONS AND ANTICOMMONS.

Orlando Celso Da Silva Neto

Resumo

O presente artigo pretende, a partir da definição legal de enriquecimento sem causa, analisar a aplicação do instituto a situações problema envolvendo a ausência de regulação adequada quando do uso de bens comuns. Esta análise não se restringirá a aspectos jurídicos, mas também levará em conta a eficiência econômica como critério auxiliar na aplicação do instituto. Faz-se também análise de caso, com aplicação da teoria dos incentivos, na qual se aponta que a adequada aplicação da proibição ao enriquecimento sem causa evita tanto situações do tipo tragédia dos comuns quanto dos anticomuns.

Palavras-chave: Enriquecimento sem causa, Análise econômica do direito, Eficiência, Teoria dos incentivos, Direito do consumidor, Análise custo-benefício

Abstract/Resumen/Résumé

The essay analyzes the legal concept of unjust enrichment and its application to certain situations where legal entitlements are not well established and common goods are at stake. The analysis goes beyond the legal aspects and also considers economic efficiency as a complementary criterion for the application of the prohibition of unjust enrichment (and restitution). Incentive theory is also applied in certain case studies and the essay proposes ways according to which the prohibition of unjust enrichment will avoid tragedy of the commons and tragedy of the anticommons outcomes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unjust enrichment, Economic analysis of law, Efficiency, Incentive theory, Consumer protection law, Cost-benefit analysis

De forma geral, a disciplina jurídica da reparação do ilícito¹ é dividida em três grandes grupos, que servem também como parâmetro de divisão metodológica e de estudos: o contrato, a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa². Por razões diversas, na literatura nacional, a reparação do dano causado pela quebra do contrato e a reparação do dano extracontratual tem grande destaque e cobertura, enquanto a disciplina da reparação do enriquecimento sem causa não obtém tal reconhecimento.

Uma das prováveis razões para esta posição relativamente secundária é o fato de que não existia, até a edição do Código Civil de 2002, normativa específica sobre a reparação do enriquecimento sem causa³. Com a promulgação do diploma, o fenômeno jurídico do enriquecimento sem causa e sua repressão passaram a ser regulados pelo artigo 884 do Código Civil, nos seguintes termos:

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

Este artigo pretende, a partir da definição legal de enriquecimento sem causa – e sua repressão – analisar a aplicação do instituto a situações problema envolvendo a ausência de regulação adequada quando do uso de ‘bens comuns’. Esta análise não se restringirá a aspectos jurídicos, mas também levará em conta a eficiência econômica como critério auxiliar na aplicação do instituto. Antes, no entanto, faz-se uma análise jurídica mais aprofundada dos elementos nucleares do instituto, análise esta que se faz necessária para preparar o campo de trabalho e possibilitar a delimitação correta do problema.

¹ Prefere-se usar reparação do ilícito ao invés de reparação do dano pois, conforme se verá, pode existir dever de restituir o enriquecimento sem causa mesmo que não ocorra dano em sentido patrimonial.

²² Poder-se-ia argumentar que não é necessário o dano efetivo como componente da obrigação de restituir. No sentido patrimonial, isto pode ser verdadeiro, mas o simples enriquecer –se às custas de outrem já significa um dano ao lesado, ainda que de natureza não patrimonial. Como este tópico não é de crucial importância para o desenvolvimento do objeto deste artigo, não há necessidade de maiores aprofundamentos da questão.

³ O conceito de reparação em caso de enriquecimento sem causa está presente na maioria das legislações modernas. No entanto, enquanto instituto jurídico autônomo, seu estudo sistemático vem ocorrendo apenas mais recentemente. Por exemplo, informa Emily Sherwin (restitution and equity: an analysis of the principle of unjust enrichment. University of San Diego School of Law. Public Law and Legal Theory. Working Paper 26. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285563. Diversos acessos, último em 03 de agosto de 2015), que, nos Estados Unidos:

“The law of restitution, as we know it, was invented in 1937 with the publication of the First Restatement of Restitution. The reporters of the Restatement, Warren Seavey and Austin Scott, set out deliberately to create a field of law. To that end, they assembled a variety of doctrinal rules, not previously linked, which in their view, were connected by the principle of unjust enrichment

A causa no enriquecimento sem causa.

Da análise do dispositivo (art. 884 do Código Civil) se verifica que a caracterização legal da conduta reprimida é composta por dois elementos nucleares: a ausência de causa justa para enriquecer e o enriquecimento às custas de outrem.

Apesar do regramento específico sobre o enriquecimento sem causa ter surgido no ordenamento com o Código Civil de 2002, o instituto é desde muito objeto de análise na doutrina e de aplicação jurisprudencial⁴. Antes do Código Civil de 2002, para caracterização do enriquecimento sem causa tolhido pelo Direito, a doutrina considerava necessária a existência de certos elementos, resumidos em voto do Ministro Castro Meira, com base na lição de Orlando Gomes, da seguinte forma:

“8. Elementos caracterizadores do enriquecimento sem causa e conhecimento do recurso especial. Com relação à violação dos artigos 884 e 885 do Código Civil e demais paradigmas indicados na divergência jurisprudencial, o exame dos pressupostos de conhecimento depende de breve estudo acerca dos elementos caracterizadores do enriquecimento sem causa.

8.1. Na seara do Direito Privado, o saudoso Orlando Gomes identifica alguns requisitos para que se configure o enriquecimento sem causa:

a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; e d) a falta de causa ou causa injusta (Obrigações. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 250)⁵”

Demonstrado que a proibição ao enriquecimento sem causa não é propriamente uma novidade, pode se voltar à análise dos dois elementos nucleares de sua caracterização. Quanto ao primeiro deles, a ausência de causa justa, é importante definir que causa⁶ é a origem, a gênese. É a ação ou omissão que permite o enriquecimento. A propósito, Fiuza, Pardini Neto e Albuquerque⁷ mencionam que

⁴ Ainda que, como advertido anteriormente, com intensidade e profundidade bem inferior à verificada na análise da responsabilidade civil contratual e extracontratual.

⁵ REsp 1165987/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010

⁶ A própria definição de causa é complexa. Christian Sahb Batista Lopes (a causa do negócio jurídico e a causa da atribuição patrimonial. *Direito Civil. CONPEDI XXIII*) em artigo específico sobre causa e seus efeitos jurídicos, evita conceituar causa, preferindo falar em ‘impressões sobre a causa’ e mencionando que a palavra causa tem vários sentidos e que existem várias espécies de causa.

⁷ Fiuza, Cesar, Pardini Neto, Frederico e Albuquerque, Bianca de Oliveira. O princípio do enriquecimento sem causa e seu regramento dogmático. <http://www.arcos.org.br/artigos/o-principio-do-enriquecimento-sem-causa-e-seu-regramento-dogmatico/> acesso em 02 de março de 2015.

A primeira questão que carece elucidar é a definição de causa. Há várias espécies de causa. Pelo menos duas nos interessam: a causa eficiente e a causa final. Causa eficiente é aquilo que enseja o ato. Assim, a aquisição da propriedade de certo bem pode ter como causa eficiente um contrato de compra e venda. Aqui teríamos dois atos: a celebração do contrato e a aquisição da propriedade, o primeiro causa do segundo. Quando se fala em enriquecimento sem causa, é normalmente à causa eficiente que se está referindo. No entanto, há também a causa final. Causa final de um ato jurídico e, conseqüentemente, de um ato que enriquece, é a atribuição jurídica do ato, relacionada ao fim prático que se obtém como decorrência dele. Responde à pergunta "para que serve o ato?". Na compra e venda, por exemplo, a causa seria a transferência da propriedade. É para isso que serve esse contrato. Assim, a causa do enriquecimento do comprador foi a transferência da propriedade que ocorreu em razão de um contrato de compra e venda. Não pode ser causa de enriquecimento (aumento patrimonial) o furto ou o pagamento indevido.

Se esta (a causa) é acatada pelo ordenamento ou mesmo se não é vedada, ela é justa. A ideia de justiça aqui não é filosófica, mas jurídica, e causa justa pode ser considerada sinônima de causa lícita⁸. Por exemplo, durante a 1ª Jornada de Direito Civil realizada sob os auspícios do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, concluiu-se que a existência de negócio jurídico consiste, como regra, uma causa justa.

188 – Art. 884: A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento.

O enunciado 188 dita, por via reversa, que a inexistência de negócio jurídico válido e eficaz, corrobora na caracterização da injustiça/ilicitude da causa⁹. Assim, aquele que se apodera ilicitamente de um bem de terceiro, e com ele (ou a partir dele; ou sobre ele) obtém vantagem, enriquece de forma ilícita, ainda que o uso não autorizado não tenha diminuído o valor da coisa, e mesmo que a coisa seja restituída indene a seu proprietário.

Enriquecimento sem causa. Prejuízo de um, ganho de outro?

⁸ César Fiuza (contornos teóricos dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 54, jan/jun. 2009, p. 50) menciona que:

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

⁹ Embora nem todo enriquecimento sem negócio jurídico base seja necessariamente injusto.

Passando à análise do segundo elemento nuclear da caracterização do enriquecimento sem justa causa, o ‘enriquecer as custas de outrem’, deve ser esclarecido que a expressão ‘às custas de outrem’ não significa necessariamente um efetivo empobrecimento financeiro explícito, ao contrário do que parecia exigir a doutrina prevalecente à luz do Código de 1916. A redação do artigo 884 faz menção ao enriquecimento às custas de outrem, e esta expressão, conforme se passará a demonstrar, tem interpretação mais ampla do que o simples empobrecimento patrimonial.

A primeira jornada de Direito Civil, realizada sob os auspícios do Conselho da Justiça Federal foi direto ao ponto, tendo abordado a questão no enunciado 35:

“35 – Art. 884: A expressão “se enriquecer à custa de outrem” do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.

Este enunciado foi adotado a partir de uma proposta de redação ligeiramente diferente. A proposta inicial era ainda mais expressa, com a seguinte redação:

Art. 884: A expressão “se enriquecer à custa de outrem”, que compõe o suporte fático do enriquecimento sem causa, segundo o mencionado artigo, não significa que só haverá enriquecimento sem causa quando houver diminuição patrimonial daquele à custa de quem se enriqueceu; é admitido, portanto, o enriquecimento por intromissão em direito ou bem alheio.

A justificativa que acompanhou a proposta, elaborada pelo professor Cláudio Fortunato Michelon Júnior¹⁰, continha o seguinte teor:

“A maioria da doutrina e da jurisprudência comparadas consideram que o “empobrecimento” de alguém é requisito indispensável para que esse alguém tenha direito ao enriquecimento sem causa (juntamente com o “empobrecimento”, a doutrina aponta o enriquecimento, a ausência de causa jurídica, a correspondência fática entre empobrecimento e enriquecimento e a inexistência de outro remédio apropriado como requisitos fundamentais para o surgimento de um direito à restituição)¹¹. Todavia, após

¹⁰ Conselho da Justiça Federal. Primeira Jornada de Direito Civil. Agosto de 2003, (acesso em 26 de fevereiro de 2015), p. 220-221 (Direito das obrigações, p. 82-83) disponível para download em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>.

¹¹ (n.r 1 da justificativa) *Um inventário dos requisitos na doutrina e jurisprudência brasileira, portuguesa e francesa foi elaborado por Almeida, L. P. Moitinho de. Enriquecimento sem causa 3a. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 50-51.*

vacilação inicial, a doutrina nacional e comparada chegou à conclusão de que o empobrecimento, compreendido seja como uma diminuição patrimonial, seja como uma barreira a um ganho esperado, não seria sempre requisito necessário para que se configurasse o enriquecimento sem causa. Com isso, tornou-se possível incluir, nos casos de enriquecimento sem causa, o chamado enriquecimento por intromissão, em que o locupletamento decorre da utilização de bem ou direito de outrem que, embora não gere diminuição patrimonial, gera enriquecimento para outra parte¹². Assim, a utilização de terreno baldio como depósito de materiais para a construção não provoca necessariamente diminuição no patrimônio do proprietário, nem em seu sentido positivo (o valor do patrimônio não diminui), nem em seu sentido negativo (se, por exemplo, fica comprovado que o proprietário não procurou utilizar o terreno para aumentar o seu patrimônio no período de intromissão). Por essa razão, em vez de falar-se de “empobrecimento”, talvez fosse melhor designar esse requisito “suporte” no patrimônio ou na pessoa de outrem. Ainda que seja mantido o termo “empobrecimento” para designar o requisito, é de cardinal importância que “empobrecimento” não seja concebido como diminuição positiva ou negativa de patrimônio¹³. A razão que subjaz a essa interpretação mais abrangente da expressão “à custa de outrem” é o próprio fundamento do instituto do enriquecimento sem causa, a saber, o princípio da conservação estática dos patrimônios¹⁴”.

Newton de Lucca¹⁵ menciona também que:

“pode ocorrer também que não haja nenhuma elevação patrimonial do dono da coisa, mas apenas a privação do seu aumento. Imagine-se o uso indevido da coisa alheia ou a alienação da coisa alheia por terceiro. É em razão de situação como essas que a interpretação da expressão ‘vantagem obtida à custa de outrem’ deve ser a mais ampla possível, referindo-se aquela obtida com os meios ou instrumentos pertencentes a outrem.

É prudente ressaltar-se que o enriquecimento experimentado por uma das partes não é causa material da diminuição econômica verificada no patrimônio da outra. O que ambas têm em comum é a origem num mesmo fato.”

¹² (n.r 2 da justificativa) *O enriquecimento por intromissão (o “eingriffserwerb” dos autores alemães) é admitido na maior parte dos sistemas jurídicos continentais. Assim, tanto pela jurisprudência (vide sentença do Superior Tribunal de Justiça de 23-3-1999, publicada no B.M.J. 485, p. 396) quanto pela doutrina portuguesa (entre muitos outros, Antunes Varela, Das Obrigações em Geral vol. I 7a. ed. Coimbra: Almedina, 1991, pp. 490-491) pela jurisprudência francesa (citada por Moitinho de Almeida em sua já citada obra à p. 62) e pelo direito espanhol, com as ressalvas que lhe faz Xabier Basozabal Arrue em seu Enriquecimiento injustificado por intromision en derecho ajeno Madrid: Civitas, 1998, passim.*

¹³ (n.r 3 da justificativa) Agostinho Alvim opina que ou bem o empobrecimento poderia por vezes faltar, ou bem seria necessário dar à expressão “empobrecimento” significado diferente do que possui na teoria do patrimônio de Do Enriquecimiento sem Causa Revista Forense vol. 173 (fascículos 651-652), setembro/outubro de 1957, p. 58.

¹⁴ (n.r 4 da justificativa) José G. do Valle Ferreira, em seu clássico *Enriquecimento sem causa (Belo Horizonte: Livraria Oscar Nicolau, s/d, pp. 48 e ss.)* inventaria as opiniões de vários defensores da teoria patrimonial que, com ligeiras correções para incluir no patrimônio os seus frutos, parece ser a melhor teoria disponível sobre o fundamento último do enriquecimento sem causa.

¹⁵ *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 108.

Os entendimentos supramencionados estão corretos, pois ainda que não haja prejuízo financeiro/patrimonial, o ordenamento privilegia o direito de propriedade. Assim, por exemplo, é obviamente vedada (e passível tanto de medida judicial para impedir sua continuidade quanto para indenizar o lesado enquanto durar a conduta) a conduta da empresa de outdoors que coloca suas placas em terrenos de beira de estrada sem autorização do proprietário do terreno. Não ocorre qualquer empobrecimento financeiro do proprietário, mas mesmo assim o enriquecimento é vedado, exatamente por não ter causa lícita. O proprietário ou legítimo possuidor tem direito (e ação correspondente) tanto para impedir o enriquecimento ou sua continuação quanto, se este já tiver ocorrido, obter restituição.

Enriquecimento sem causa comissivo ou ativo.

As situações mais comuns de enriquecimento sem causa são aquelas em que o enriquecido se beneficia de sua própria ação, em detrimento (às custas) de outrem¹⁶. São situações onde ocorre o enriquecimento do beneficiário por ação própria com uso indevido do patrimônio de terceiro, dito enriquecimento sem causa ‘comissivo’ ou ativo. Há diversas situações deste tipo e é válida a menção a alguns casos práticos, que permitirão ao leitor ter uma melhor ideia de como este enriquecimento pode ocorrer.

Imagine-se a situação daquele que ocupa terreno que sabe não lhe pertencer e nele realiza evento temporário que lhe gera renda. Tão logo realizado o evento, o desocupa, deixando limpo e incólume o terreno. Não há, para o proprietário do terreno, uma perda patrimonial financeira, mas aquele que fez o evento enriqueceu a partir de um ato ilícito, ou seja, enriqueceu às custas de outrem, sem que este outrem tenha empobrecido (no sentido clássico). Obviamente, o ordenamento reprime este comportamento¹⁷.

¹⁶ Conforme verificado, nem sempre há dano patrimonial, que é dispensável para caracterização da obrigação de restituir.

¹⁷ Eventual argumento de que o uso dito “produtivo” por aquele que não é proprietário ou não tem autorização tem consequências positivas, tais como eventual geração de renda, impostos e empregos não prevalece quanto ao direito de propriedade, porque as limitações e condicionantes do exercício deste direito estão bem estabelecidos no ordenamento – desapropriação por interesse social, IPTU progressivo, etc. Não há hipótese válida de uso não autorizado de propriedade de terceiros, mesmo que eficiente, exceto nos casos especificamente previstos em lei.

Embora possa existir enriquecimento sem causa mesmo sem má-fé do beneficiado, deve ser lembrado que o dever de agir de boa-fé e ninguém lesar¹⁸ são valores fundantes do ordenamento. O dever de portar-se de boa-fé é geralmente considerado um dever contratual (ou pré ou pós contratual, mas sempre ligado a um contrato), conforme disposto no artigo 422 do Código Civil¹⁹, mas o dever de agir de boa-fé é também um imperativo social aplicável ao comportamento do indivíduo mesmo nas interações não contratuais²⁰. A verificação do comportamento de boa-fé pode ser relevante para definição de causa justa, tanto quando existe contrato (como causa do enriquecimento) quando, principalmente, não existe um contrato a justificar o enriquecimento, mas a ausência da má-fé nem sempre caracterizará a causa justa. Pode haver enriquecimento sem causa (e obrigação de restituir) mesmo quando o beneficiado age de boa-fé.

Também ocorre enriquecimento sem causa no seguinte exemplo (um aprofundamento do já citado caso de uso indevido de terreno de terceiro). Imagine-se que determinada pessoa tenha comprado determinado terreno, com pagamentos a serem realizados pelo prazo de 60 (sessenta) meses, mas com entrega de posse no sexto mês. Ao findar o sexto mês, mesmo com o comprador adimplente com suas obrigações de pagamento, o vendedor não entrega o terreno e, mesmo notificado, permanece exercendo a posse. No nono mês, antes do comprador propor ação competente para obter a posse, o vendedor aluga o terreno a terceiro, por prazo determinado, para realização de um evento (um show de música, por exemplo).

O evento é realizado e o terceiro auferir considerável lucro com a realização do evento, enquanto o possuidor injusto (vendedor) é remunerado pela locação que fez. Há duas hipóteses a serem analisadas, para se determinar as consequências jurídicas do ocorrido, no que diz respeito à conduta do terceiro. Se o terceiro não sabia da existência do contrato entre comprador e vendedor, ou mesmo se sabia da existência do contrato, mas não sabia da inadimplência do vendedor, e firmou contrato com este, não agiu de má-fé e seu enriquecimento tem causa jurídica, pois entendeu estar fazendo negócio jurídico com aquele que era legítimo possuidor. A má-fé, no caso, é exclusivamente do

¹⁸ No brocardo romano, atribuído a Ulpiano. *Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*. Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence

¹⁹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁰ Extrapolações do dever de agir de boa-fé mesmo fora do contrato percebem-se, dentre outros fenômenos jurídicos, na proibição do abuso do direito e no dever de mitigar a própria perda.

vendedor (possuidor de má-fé), e somente seu enriquecimento (no caso, consistente nas receitas de aluguel) é vedado pelo ordenamento. No caso, o comprador só tem direito à ação de locupletamento em face do vendedor possuidor, mas não face ao terceiro.

Se, no entanto, o terceiro tem ciência da inadimplência do vendedor e mesmo assim firma com este contrato, age de má-fé e enriquece sem justa causa, pois contrata com aquele que sabe ser possuidor injusto. Não pode contratar com o vendedor, mesmo que tenha máximo interesse em usar aquele terreno, porque isto implica em agir de má-fé. Neste caso, a ação de locupletamento pode ter por requerido o vendedor que exerce posse injusta (até o montante do que recebeu de aluguel) e o terceiro que realizou o evento (até o montante que lucrou²¹).

Qual o critério para compensar o enriquecimento sem causa?

O artigo 884 do Código Civil parece não deixar margem a dúvidas. Segundo a lei, o enriquecimento sem causa se compensa mediante a restituição de todo o montante indevidamente auferido. Apesar do conteúdo aparentemente objetivo, mesmo esta definição exige certa interpretação, notadamente no que diz respeito ao conceito de ‘indevidamente auferido’. Há pelo menos duas definições que merecem análise (i). Montante indevidamente auferido como importância líquida percebida decorrente da causa injusta e (ii) (montante) indevidamente auferido como importância bruta percebida.

Exemplificando a partir das situações já descritas, no caso do enriquecido que utiliza terreno alheio para colocação de outdoor, seu benefício líquido é o que percebe de aluguel menos o custo de implementação, manutenção, depreciação e, se for o caso, tributos. Benefício bruto é apenas o valor que recebe, sem qualquer dedução ou desconto.

Parece a este autor que medir o restituição do enriquecimento pelo critério líquido é mais justo do que pelo critério bruto, porque desta forma a recomposição que se faz leva o (originariamente) enriquecido à situação idêntica à que se encontrava antes do enriquecimento²², enquanto a restituição pelo critério bruto o levaria a uma situação pior do que a anterior, o que tornaria a restituição mais do que mera restituição, e sim

²¹ Sobre o cálculo do enriquecimento sem causa, vide tópico infra.

²² Na verdade, leva a uma situação ligeiramente pior, porque o tempo gasto e os esforços não são ressarcíveis ou dedutíveis.

punição²³. Obviamente, não se está falando aqui em partilha do risco do uso sem causa, que nunca pode ocorrer (afinal, ninguém pode ser obrigado a partilhar riscos daquilo com que não se comprometeu voluntariamente), mas sim de impedir que a restituição se torne um ganho excessivo ao proprietário²⁴.

Há certas ocasiões, não obstante, em que a restituição com base no valor líquido pode ser insuficiente. É o caso, por exemplo, do uso injusto que gera prejuízo àquele que o intenta. Na hipótese do outdoor colocado em terreno alheio, se este não for locado, ou for destruído por intempérie, mesmo assim será devida indenização, neste caso no mínimo equivalente ao montante de um aluguel de igual espaço. Em outras palavras, o dever de restituir o valor indevidamente auferido é complementar ao de indenizar pelo uso indevido do bem ou direito, abrigoando este se em montante superior, mas não o suprimindo se em montante inferior. Isto leva a uma conclusão: No confronto entre enriquecimento sem causa do infrator e enriquecimento da vítima, tem-se que o ordenamento privilegia uma ponderação em que o direito da vítima a não permitir o locupletamento prevalece sobre eventual vedação ao seu enriquecimento.

Por isto é que a vítima tem o direito de ser restituída ou indenizada, o que for maior, mesmo que o valor a ser restituído seja superior ao valor de mercado do uso do bem (se injusto não fosse²⁵) e, por conseguinte, em termos econômicos, o lesado saia melhor (better off) do que se não tivesse ocorrido o enriquecimento sem causa.

Tragédia dos comuns e dos anticomuns.

Tecidas estas considerações sobre a proibição e a repressão ao enriquecimento sem causa, passa-se agora a definir o que são situações tipo ‘tragédias dos comuns’ e ‘tragédias dos anticomuns’ para que, posteriormente, possa se analisar como a vedação

²³ Não há, no artigo 884 do Código Civil ou em qualquer outro dispositivo, proibição expressa de restituição que ultrapasse o benefício. Por outro lado, tampouco há disposição expressa determinando ou autorizando que a restituição ultrapasse o benefício. A questão fica em aberto, e a solução proposta é aquela que parece, a este autor, a mais justa.

²⁴ Ademais, conforme se verá na sequência, quando não houver ganho líquido decorrente do uso indevido do ativo, o ordenamento emprega outros meios de compensação.

²⁵ Usando o exemplo daquele que realiza evento em terreno alheio, o proprietário, possuidor ou comprador deve ser restituído da quantia líquida auferida pelo enriquecido, mesmo que superior ao aluguel deste terreno, mas no mínimo compensado por este valor, se a resultado líquido auferido for inferior ou mesmo negativo. Usando números: (a) valor do aluguel da terra para colocação do outdoor no período = 300; (b) valor bruto auferido com a colocação do outdoor no período=1000; (c) custos de construção, manutenção do outdoor e outros no período = 400; (d) valor a ser restituído = b – c= 600. Se, por outro lado, (c) for igual a 800, então (d) será no mínimo igual a (a) e não ao resultado de (b) – (c).

ao enriquecimento sem causa afeta algumas destas situações e demonstrar que, através desta aplicação, a potencial tragédia pode ser evitada, gerando o uso eficiente do bem.

A ‘tragédia dos comuns’ é a situação em que o uso não coordenado de terras (ou, mais modernamente, qualquer ativo) de uso comum²⁶ leva à exaustão dos recursos naturais, pois os usuários, agindo de forma racional (maximizando seu interesse próprio) tentam extrair o máximo benefício individual do uso da área comum. A soma dos usos individuais faz com que, não havendo coordenação, ocorra a tragédia, que é o esgotamento total da terra (ou do ativo). A primeira formulação do problema é atribuído a William Forster Lloyd, em 1832²⁷, mas os exemplos são diversos e repetem-se historicamente, sempre com resultados extremamente similares²⁸.

Há outro tipo de situações em que o problema é exatamente o inverso – ao contrários de serem usados até sua exaustão, certos bens ou ativos não são usados, pois não existem claras alocações de direitos de propriedade. A dificuldade (a tragédia, portanto) decorre não do uso exaustivo pelos seus diversos usuários, mas sim do fato de que, como não há regras de utilização (entitamentos) bem definidas (resumidamente, não há segurança jurídica), simplesmente não ocorre uso, ou ao menos, uso eficiente do bem, uso este que, pela própria natureza do bem, só pode ocorrer com a realização de

²⁶ Ou seja, sem um claro proprietário, apto a exercer direitos decorrentes de sua posição, inclusive o direito de impedir ou regular seu uso por terceiros.

²⁷ Segundo Garret Hardin (The concise encyclopedia of economics. *Tragedy of commons*, <http://www.econlib.org/library/Enc/TragedyoftheCommons.html>, acesso em 07 de julho de 2015):

“The rational explanation for such ruin was given more than 170 years ago. In 1832 William Forster Lloyd, a political economist at Oxford University, looking at the recurring devastation of common (i.e., not privately owned) pastures in England, asked: “Why are the cattle on a common so puny and stunted? Why is the common itself so bare-worn, and cropped so differently from the adjoining inclosures?”

Lloyd’s answer assumed that each human exploiter of the common was guided by self-interest. At the point when the carrying capacity of the commons was fully reached, a herdsman might ask himself, “Should I add another animal to my herd?” Because the herdsman owned his animals, the gain of so doing would come solely to him. But the loss incurred by overloading the pasture would be “commonized” among all the herdsmen. Because the privatized gain would exceed his share of the commonized loss, a self-seeking herdsman would add another animal to his herd. And another. And reasoning in the same way, so would all the other herdsmen. Ultimately, the common property would be ruined.

Even when herdsmen understand the long-run consequences of their actions, they generally are powerless to prevent such damage without some coercive means of controlling the actions of each individual. Idealists may appeal to individuals caught in such a system, asking them to let the long-term effects govern their actions. But each individual must first survive in the short run. If all decision makers were unselfish and idealistic calculators, a distribution governed by the rule “to each according to his needs” might work. But such is not our world. As James Madison said in 1788, “If men were angels, no Government would be necessary” (Federalist, no. 51). That is, if all men were angels. But in a world in which all resources are limited, a single nonangel in the commons spoils the environment for all.

²⁸ Mais recentemente, Michael Trebilcock (*The Limits of freedom to contract*. Cambridge, Harvard University Press, 1993. p. 13-15.) cita diversos outros tipos de situação ‘tragédia dos comuns’ para explicar os fatos ocorridos nos países da Europa Oriental que embarcaram na transição de um regime socialista para uma economia capitalista.

investimentos consideráveis. A este tipo de situações se denominam situações tipo ‘tragédia dos anticomuns’ e a primeira formulação acadêmica deste problema é comumente atribuída a Michael Heller²⁹, e é bem mais recente.

Este artigo toma como premissa de trabalho que quando existe um bem de uso comum sobre cuja utilização não existam regras claras, é provável que (i) este bem se torne inútil e perca utilidade e valor; (ii) neste processo de deterioração, certos agentes (aqueles que mais se utilizarem do bem enquanto ele ainda tem valor e utilidade) certamente fruirão mais benefícios do que outros, ainda que não exista entitulação claro que lhes permita tal fruição superior. Portanto, obterão, ainda que por curto período de tempo, uma renda de privilégio³⁰, o que é, em si, reprovável e ineficiente; (iii) se os benefícios esperados forem inferiores aos possíveis prejuízos decorrentes da interrupção inesperada do uso devido à incerteza jurídica (ausência de entitulações claras), é provável que não ocorra uso do recurso, o que gera grande ineficiência.

Estabelecidas estas premissas, pode-se então começar a analisar como a proibição do enriquecimento sem causa deve ser aplicada de forma a apresentar soluções eficientes para os problemas do tipo *tragédia dos comuns* e, notadamente, *tragédia dos anticomuns*³¹.

Tragédia dos comuns, dos anticomuns e enriquecimento sem causa.

Já se analisou anteriormente a situação em que o enriquecimento sem causa ocorre por ação do próprio beneficiário, mas o enriquecimento sem causa pode se caracterizar mesmo quando o enriquecido nada faz em seu benefício, apenas aproveitando-se da ação de terceiro. Quase sempre, esta ação de terceiro que beneficia ao enriquecido tem um custo que é suportado individualmente (ou por um pequeno grupo de indivíduos, diretamente envolvidos). A este tipo de situação chama-se enriquecimento por omissão ou passivo. São situações em que os benefícios da ação

²⁹ Michael A. HELLER. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, 111, 1998, p. 621-688.

³⁰ Renda de privilégio entendida como conceito equivalente ao da palavra inglesa *rent*, conforme a acepção a ela dada pelos economistas clássicos - “rendas ditas excepcionais, ou mesmo artificiais, decorrentes de uma situação criada, por exemplo, por um monopólio, tarifa, proibição, exclusividade, concessão ou privilégio”. Outro conceito é de James BUCHANAN, que define *rent* como “that part of the payment to an owner of resources over and above that which those resources could command in any alternative use” (toward a theory of the rent-seeking society, p. 3).

³¹ O propósito do artigo é somente analisar esta aplicação em situações nas quais não existem regras claras de alocação de entitulações pela lei. Este artigo não tem intenção de fazer análise propositiva, razão pela qual não serão analisadas situações em que os entitulações são claras, mas ineficientes.

irradiam-se e afetam positivamente também terceiros (os enriquecidos) que não suportaram os custos. Ou seja, os beneficiados enriquecem-se ‘sem causa’ ou, melhor colocando, com ‘causa de terceiro’. Analisar, no caso concreto, se o enriquecimento derivado desta ‘causa de terceiro’ constitui enriquecimento sem causa reprimido pelo ordenamento é tarefa complexa, pois há muitos fatores envolvidos.

Poder-se-iam fazer diversas elaborações teóricas, mas parece mais produtivo analisar o problema à luz de situações práticas, começando por uma que é costumeiramente vivenciada pelos Tribunais e que apresenta de múltiplas implicações jurídicas, inclusive constitucionais³², e também consequências sociais.

A situação a ser trabalhada é aquela em que moradores de determinada comunidade, não organizados juridicamente ou organizados em forma que não corresponde à forma legal apropriada (sobre este caso, vide comentários infra), se reúnem para custear serviços indivisíveis que aumentam o patrimônio (ou a utilidade) de todos os moradores, mesmo daqueles que não tenham expressamente aderido ao grupo (e mesmo daqueles que expressamente se recusaram a participar do grupo).

Estas situações podem surgir em decorrência de uma série de condições e circunstâncias, mas geralmente se originam da união de proprietários de imóveis situados em loteamentos. Como se sabe, em loteamentos, as áreas ditas ‘comuns’ são, na verdade, áreas públicas e, nesta qualidade, sua manutenção e conservação competem ao Poder Público. Como é sabido, esta manutenção e conservação não costumam ser adequados e muitas vezes sequer existem. Além disso, o dever de segurança também é de responsabilidade do Poder Público, o qual, também neste aspecto, deixa a desejar, para dizer o mínimo.

Para minimizar estas deficiências do Poder Público, muitas vezes os moradores se unem em associações (Código Civil, artigo 53) cujo propósito é, de certa forma, tornar comum o que é legalmente público³³, mantendo e regulando o uso destes bens

³² A questão teve sua repercussão geral reconhecida pelo STF no AI nº 745.831/SP, convertido no RE nº 695.911/SP, nos seguintes termos:

"DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA DE TAXAS DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE ÁREA DE LOTEAMENTO. DISCUSSÃO ACERCA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DE INTERESSE DE MILHARES DE PESSOAS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL" (AI 745.831/SP, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Dje 28/11/2011).

³³ Na maior parte das vezes, este bem público não apresenta qualquer interesse aos que não são moradores. Dificilmente se verifica qualquer prejuízo a terceiros pela restrição de uso (aos não

‘comunizados’ e tornando mais seguro o local. Obviamente, nem todos os moradores aderem a estas associações (pelas mais diversas razões), mas todos os moradores se beneficiam (em maior ou menor grau) dos trabalhos executados.

Conforme mencionado, a prática tem mostrado que existem muitas associações constituídas desta maneira, assim como são muitos os moradores que não aderem a estas e se recusam a participar dos rateios. Como não poderia deixar de ser, estas questões acabam se judicializando, e a questão que surge diz respeito à possibilidade legal de se exigir daqueles não associados (mas beneficiados) a participação no rateio dos custos.

Mesmo no Judiciário há grande divergência. Por exemplo, a jurisprudência do Tribunal Justiça de São Paulo tem entendido que, nestas situações, permitir que o proprietário que não aderiu à associação não pague as taxas de manutenção caracterizaria enriquecimento sem causa vedado. Neste sentido, trecho de voto na apelação 3001069-30.2013.8.26.0238, da 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP³⁴, representativa de diversas outras decisões similares:

“Vale dizer, o proprietário de lote integrante de loteamento aberto ou fechado, cujos moradores constituíram sociedade para prestação de serviços de conservação, limpeza e manutenção, deve contribuir, seja ele associado ou não, com o valor correspondente ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não se afigura lícito que se beneficie dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas sem a devida contraprestação.

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. Cobrança de taxas de manutenção, conservação e segurança de loteamento. Administração e prestação de serviços em benefício de titulares de lotes de maneira indivisível. Contribuições devidas para mútua assistência na manutenção de todo o empreendimento. Cobrança não fundada em vínculo associativo ou em cumprimento de contrato, mas sim em retribuição por serviços prestados que beneficiam o lote do réu. Ação procedente. Apelação não provida”. (TJSP, Apelação nº 0023112-27.2012.8.26.0309, Des. Rel. Guilherme Santini Teodoro, 2º Câmara de Direito Privado, DJ 25/09/2014) (g.n.)

moradores); ao contrário, a retirada da obrigação estatal de cuidar do bem permite o uso de recursos que seriam empregados em benefício de uns poucos (os moradores) para usos outros de interesse mais geral.

³⁴ TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação 3001069-30.2013.8.26.0238, Relatora Desembargadora Rosângela Telles, j. 10 de fevereiro de 2015.

O raciocínio base deste entendimento (que considera enriquecimento por causa de terceiro enriquecimento sem causa e, por conseguinte, o proíbe) é tanto jurídico quanto econômico.

No ponto de vista jurídico, a fundamentação é que não se deve permitir que existindo um bem ou bens (as áreas comuns que servem aos terrenos de todos os proprietários) cuja valorização só se possa dar por meio do esforço comum, possa o proprietário de determinado terreno simplesmente recusar-se a contribuir para a manutenção que também lhe beneficia (na medida em que não há como dividir o serviço prestado sem que este se enriqueça indevidamente – se fosse possível dividir o serviço prestado, não haveria problema se este se recusasse a arcar com seu custo), ainda que legitimamente não deseje auferir tais serviços. Sua recusa ao pagamento é injustificada, na medida em que auferir um benefício por ação e às expensas de outrem, mesmo que este benefício não seja desejado³⁵.

Do ponto de vista econômico (e até filosófico), a motivação é impedir um comportamento de *'free rider'*³⁶, ou seja, de permitir que alguém se beneficie do esforço

³⁵ Obviamente, conforme se verá a seguir, este fundamento jurídico é bastante contestado, inclusive pelas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1280871 e REsp. 1.439.163, que será objeto de crítica mais ao final deste artigo. Por enquanto, para justificar o entendimento contrário à exigibilidade deste rateio, cita-se Celina Duarte Rinaldi (Associação de moradores em loteamentos e condomínios:diferenças e polêmicas. In: Andreazza, Gabriela Lucena (coord). *Direito notarial e registros públicos na perspectiva da advocacia*. Letras jurídicas, 2015. P. 3-4-5), para quem: “Há três formas de parcelamento de solo urbano, quais sejam, loteamento, desmembramento e condomínio. São formas diferentes, com regras, características, funcionamento e administração distintas (...) Ocorre que, em muitos casos, o parcelamento do solo se dá como loteamento e após, por iniciativa dos moradores (alguns deles), é criada uma associação. (...) a prática revela que muitas associações passam a administrar os loteamentos, a título de condomínio, inclusive com portaria fechada, e cobram indiscriminadamente taxas mensais para administração. Ora, a exigência de tais taxas, por essas associações, àqueles que não são associados é claramente ilegal. Cobram como se fosse um condomínio, sem qualquer respaldo da lei, sob alegação de ser uma associação de moradores, em tese sem fins lucrativos.

Alegam as associações, com fito de justificar tais cobranças aos moradores, que houve vantagens dos não associados pelo seu trabalho, a acarretar enriquecimento ilícito a estes. Ocorre, porém, que a Associação não tem amparo legal para cobrar compulsoriamente taxas. Admitir isso é ferir o direito constitucional de livre associação e da legalidade.”

³⁶ O problema do free rider é assim descrito por Hardin Russell (Hardin, Russell, "The Free Rider Problem", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/free-rider/>>.):

In many contexts, all of the individual members of a group can benefit from the efforts of each member and all can benefit substantially from collective action. For example, if each of us pollutes less by paying a bit extra for our cars, we all benefit from the reduction of harmful gases in the air we breathe and even in the reduced harm to the ozone layer that protects us against exposure to carcinogenic ultraviolet radiation (although those with fair skin benefit far more from the latter than do those with dark skin). If all of us or some subgroup of us prefer the state of affairs in which we each pay this bit over the state of affairs in which we do not, then the provision of cleaner air is a collective good for us. (If it costs more than it is worth to us, then its provision is not a collective good for us.)

Unfortunately, my polluting less does not matter enough for anyone—especially me—to notice. Therefore, I may not contribute my share toward not fouling the atmosphere. I may be a free

ou do patrimônio de outro ou de outros, ao simplesmente quedar-se inerte e não participar desse esforço individual ou coletivo. Este comportamento de *free rider*, tenha ou não má fé³⁷, é reprimido pelo ordenamento, e não se pode permitir, como regra, que este comportamento *pays off*, isto é, seja recompensado (valha a pena)³⁸.

Há, entretanto, outras variáveis envolvidas na análise da questão. Por exemplo, há diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário ao das decisões do TJSP, inclusive na forma do artigo 543-C do CPC. Estas decisões serão objeto de análise e crítica na sequência.

A jurisprudência do STJ: os acórdãos proferidos no REsp. 1280871 e REsp. 1.439.163.

Tecidas as considerações precedentes, que serviram para delimitar os contornos jurídicos, econômicos, sociais e comportamentais do problema, passar-se-á à crítica às decisões (e aos parâmetros decisórios) do Superior Tribunal de Justiça – STJ nos Recursos Especiais 1.280.871 e 1.439.163, julgados na sistemática dos recursos repetitivos (543-C do CPC).

Esta crítica se mostra necessária pois, conforme se verá, a solução jurídica dada pelo STJ, que ao eleger um critério absoluto, sem ressaltar circunstâncias específicas que podem existir em situações concretas, é ineficiente e gera incentivos ao comportamento oportunístico. A crítica será feita em tópico específico, logo após a transcrição dos trechos relevantes da fundamentação das decisões, que contam com a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA - ART. 543-C DO CPC - ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - CONDOMÍNIO DE FATO -

rider(or freerider) on the beneficial actions of others. This is a compelling instance of the logic of collective action, an instance of such grave import that we pass laws to regulate the behavior of individuals to force them to pollute less.

³⁷ Cristian Sahb Batista Lopes, após mencionar as opiniões de Pontes de Miranda e Antonio Junqueira de Azevedo, menciona que o elemento volitivo é pouco relevante para a definição da causa de um negócio jurídico. Diz ele: “...nestas definições, expurgou-se as características extrajurídicas, de caráter subjetivo e psicológico que, em geral, colorem as definições francesas, para considerar a função prático-social querida pela norma, ou seja, aquela função prático-social visada pelo negócio jurídico em tese.”

³⁸ Por isso, volta-se a insistir que o enriquecimento ‘às custas de outrem’ reprimido pelo ordenamento jurídico não exige o empobrecimento patrimonial da vítima. Por exemplo, no caso citado (custas da associação) os associados que pagam as taxas de manutenção as pagariam de qualquer modo, mesmo que não existisse o *free rider* (aquele proprietário).

COBRANÇA DE TAXA DE MANUTENÇÃO DE NÃO ASSOCIADO OU QUE A ELA NÃO ANUIU - IMPOSSIBILIDADE.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: "As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram".

2. No caso concreto, recurso especial provido para julgar improcedente a ação de cobrança³⁹.

Em síntese, o voto vencedor concluiu que: (i) no direito civil, as obrigações somente possuem como fonte geradora a lei e a vontade; (ii) o STF entendeu que há colisão de princípios entre vedação ao enriquecimento sem causa e liberdade de associação e afetou (repercussão geral) a matéria, razão pela qual, até decisão da Corte Constitucional, deveria ser privilegiada a jurisprudência dominante.

As razões do voto vencedor são as seguintes:

" ... Por conseguinte, não há como restringir a análise do recurso especial à questão tão-somente afeta ao enriquecimento indevido, sem contudo, na espécie, perpassá-la sobre a possibilidade de violação ou não do direito constitucional de liberdade associativa.

*Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, no julgamento do RE n.º 432.106/RJ, julgando caso idêntico, asseverou claramente que "as obrigações decorrentes da associação, ou da não associação, são direitos constitucionais" e, em relação à tese jurídica aplicável ao caso concreto, no que pertine à cobrança de "taxas condominiais" por condomínio de fato, consignou que tal obrigação **ou se submete à manifestação de vontade ou à previsão em lei**, sob pena de se esvaziar a disposição normativa e principiológica contida no art. 5.º, inc. XX, da Constituição Federal.*

(...)

*Não há como olvidar que as obrigações de ordem civil, sejam de natureza real ou contratual, pressupõem, como fato gerador ou pressuposto, a existência de uma lei que as exija ou de um acordo firmado com a manifestação expressa de vontade das partes pactuantes, pois, em nosso ordenamento jurídico positivado, vale rememorar, há somente duas fontes de obrigações: a **lei** ou o **contrato**; e, no caso, permissa venia, **não atuam qualquer dessas fontes**.*

(...)

A associação de moradores é mera associação civil e, conseqüentemente, deve respeitar os direitos e garantias individuais, aplicando-se, na espécie, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

*Assim, cumprindo a função uniformizadora desta Corte Superior, ambas as Turmas julgadoras integrantes da Eg. Segunda Seção têm sido uníssonas ao reiterar o posicionamento firmado a partir do julgamento do **REsp n.º 444.931/SP** no sentido de que as taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem*

³⁹ REsp 1280871/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 22/05/2015

ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo, em observância ao princípio da liberdade de associação (art. 5.º, inc. XX, da CF/88).

(...)

*Há, portanto, dois obstáculos ao acatamento da tese apresentada pelo ilustre relator. **Primeiro**, no direito civil, as obrigações somente possuem como fonte geradora a lei e a vontade, ambas ausentes na hipótese, não podendo a jurisprudência assumir este papel para, irradiando-se no mundo como uma nova fonte obrigacional cogente, regular situações futuras. **Segundo**, o Pretório Excelso já decidiu que a análise de possível violação ao princípio do enriquecimento sem causa, em tais casos, perpassa ao exame da liberdade associativa como garantia fundamental, tanto é que admitiu a matéria como afeta à repercussão geral, não havendo como ignorar possível colisão principiológica....”*

Embora tenha ocorrido divergência da parte do Ministro Villas Boas Cuêva, importante esclarecer que a divergência não foi sobre o mérito, mas consistiu na apresentação de uma proposta de tratamento diferenciado em função de critério temporal. O Ministro Cuêva propôs que fosse dada a seguinte solução à questão (ou seja, que fosse adotado, para efeito do artigo 543-C do CPC o seguinte enunciado):

"As 'taxas', contribuições de manutenção ou de conservação criadas por associação de moradores ou administradora de loteamento só podem ser impostas a proprietário de imóvel adquirido após a constituição da associação ou que a ela tenha se associado ou aderido ao ato que instituiu o encargo".

Suas razões foram as seguintes:

"(...) considerando-se a ausência de previsão normativa específica acerca dos loteamentos fechados e a relevância e abrangência da matéria, pois se trata de um fenômeno presente em várias cidades brasileiras, fruto da evolução das relações sociais muitas vezes associada à ineficiência do poder público em implementar serviços básicos, tais como segurança, abastecimento de água, conservação de vias e outros, é possível se extrair dos julgados que orientaram a formação da atual jurisprudência deste Tribunal Superior posição moderada sobre o tema.

Nessa linha, o critério a ser utilizado para determinar se o proprietário de imóvel integrante de loteamento fechado deve obrigatoriamente responder pelas despesas coletivas é o momento em que o imóvel foi adquirido em relação à constituição da associação de moradores.

Desse modo, se a constituição da associação de moradores for posterior à aquisição do imóvel por parte de morador que não deseja dela participar, estará ele eximido de contribuir para o custeio de tais valores. Entretanto, se a constituição da associação for anterior à aquisição, o morador deve responder pelas despesas.

(...)

Isso porque não se coaduna com a boa-fé o comportamento daquele que, podendo optar por outro local, adquire um imóvel em loteamento fechado e se

recusa a contribuir com o pagamento das despesas para custeio dos serviços prestados àquela coletividade, mas que o beneficia diretamente.

Ademais, à luz dos princípios da socialidade e da proporcionalidade, é razoável que o adquirente de imóvel em loteamento fechado, com associação de moradores já constituída e com plena ciência das despesas correspondentes aos serviços prestados à coletividade participe do rateio mensal para a manutenção do "condomínio de fato".

Nessa situação, o prévio conhecimento acerca dos serviços organizados e custeados pelos moradores permite afirmar que há aceitação tácita do adquirente de imóvel em loteamento fechado. Ou seja, o gozo dos serviços pelo proprietário importa na aceitação tácita da oferta, o que retrata uma verdadeira adesão à vontade do grupo preestabelecido.

Como consequência da aceitação tácita, o proprietário do imóvel em loteamento fechado torna-se parte de estrutura orgânica previamente constituída que impõe aos seus integrantes comportamento pautado na ética e no princípio da solidariedade, que são compatíveis com a concepção social da propriedade e com a natureza da relação estabelecida entre a coletividade.

Sob essa perspectiva, o princípio da solidariedade, de inafastável incidência na situação fática ora em análise, determina que o interesse individual seja sobrepujado pelo interesse geral.

Além disso, o fundamento da pretensão autoral possui raiz no princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa, que inegavelmente ocorrerá se o recorrente, beneficiado pelos serviços que sabidamente são prestados pela recorrida, inclusive com a valorização de seu imóvel, e suportados pelos outros moradores, nada pagar por eles.

Referida vedação está prevista nos artigos 884 a 886 do Código Civil e encontra amparo nos objetivos da República, art. 3º, I, da Constituição Federal, como fator relevante na formação de uma sociedade livre, mais justa e solidária, que impõe a todos o dever jurídico de probidade e o respeito coletivo que visa beneficiar e aprimorar o convívio social.

O enriquecimento sem causa, evidenciado pela atribuição de resultado econômico de obras e serviços com o correspondente desfalque alheio sem justificção, é ato-fato jurídico apto a gerar a responsabilidade pelo pagamento do rateio das despesas e, conseqüentemente, irradia direito, ação e pretensão de caráter indenizatório.

(...)

Cumprir destacar que a matéria já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE nº 340.561/RJ, DJ 1º/02/2005, o Ministro Sepúlveda Pertence assinalou que, "mesmo havendo uma associação de moradores em lugar de um condomínio, não seria admissível o enriquecimento ilícito de alguns em detrimento do grupo".

Dentre os votos concorrentes, o único que se pronunciou sobre a matéria foi o da Ministra *Maria Isabel Galotti*, tecendo importantes argumentos:

"Acompanho o voto do Ministro Marco Buzzi e a tese por ele proposta: "a taxa de manutenção criada por associação de morador não obriga os proprietários não associados ou os que a ela não anuíram". Ressalto, todavia, que, ao meu sentir, o acolhimento desta tese não significa que não possa, em tese, haver o ajuizamento de ação de indenização por enriquecimento sem causa quando alegado e demonstrado que

o morador se beneficia, utiliza concretamente de serviços fornecidos pela associação e por eles nada paga.

(...)

Acredito, portanto, que essa tese proposta pelo Ministro Marco Buzzi atende fielmente ao que nossos inúmeros precedentes estabelecem: uma taxa imposta por uma associação de moradores não pode ser cobrada de quem não é associado. Isso, todavia, não impede, ao meu sentir, que a associação de moradores ajuíze ação de ressarcimento, com uma outra causa de pedir.

Nesta ação aqui, a associação autora alegou, em síntese: - nós, da associação, fixamos o valor de R\$ 290,00 (duzentos e noventa reais) por mês, e o réu está inadimplente, porque há dois anos não paga os R\$ 290,00 (duzentos e noventa reais) por mês. A associação não afirma que os R\$ 290,00 (duzentos e noventa reais) por mês correspondam ao exato valor de serviços específicos e necessários, de que realmente tenha usufruído o réu.

Penso que o fundamento de enriquecimento ilícito, constante no art. 884 do Código Civil, não está abrangido na tese proposta. O que não podem as associações é cobrar uma taxa que foi fixada unilateralmente pelos participantes e exigir que não associados a paguem. Diversamente, a taxa de condomínio propriamente dito, legalmente instituído, obriga a todos os condôminos e deve ser fixada de acordo com as regras regulamentares e legais pertinentes, especialmente o quorum de deliberação. A associação não pode impor taxas, sob qualquer nome ou título, para pagamento pelos não associados.

Mas nada obsta, mesmo que aprovada essa tese repetitiva, que uma determinada associação ajuíze ação contra um determinado morador de condomínio, loteamento, bairro, e alegue: faço serviço de limpeza, tenho uma guarita para segurança, entrego a correspondência na casa de todos. Nesta ação, ele seria cobrado não do valor de taxa estipulada pela associação, mas apenas daquilo que o beneficia e na medida do benefício. A causa de pedir não seria a mera inadimplência de uma taxa imposta unilateralmente pela associação, não se sabendo se na medida do benefício proporcionado ao morador réu.

Com essas ressalvas, acompanho a divergência iniciada pelo Ministro Marco Buzzi.”

Crítica e conclusão.

Como regra geral, a consagração judicial de um absoluto na solução do *trade-off*⁴⁰ entre valores conflitantes, sem levar em consideração ponderações de proporcionalidade ou eventuais incentivos comportamentais negativos e mesmo as expectativas legítimas dos envolvidos, não leva a boas soluções. No entender deste

⁴⁰ Em ocasião passada (ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: OS CONFLITOS ENTRE EXCEÇÕES LEGÍTIMAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS E REGRAS SUBSTANTIVAS DOS ACORDOS. *Tese de Doutorado. USP, 2005*), este autor definiu *trade-off* como a situação em que dois valores aparentemente não compatíveis, entram em conflito (significando que não podem ambos prevalecer, ao menos em sua integralidade). Solução do *trade-off* é a escolha de qual valor deve prevalecer (ou da extensão em que cada valor em conflito deve prevalecer, caso a escolha envolva uma acomodação), por um determinado órgão adjudicador.

autor, a consagração absoluta da inexigibilidade de qualquer espécie de compensação pelo terceiro beneficiado não membro de associação em função dos esforços e custos incorridos por esta e que tenham lhe beneficiado, conforme colocado pelo Superior Tribunal de Justiça nos acórdãos citados, não caracteriza a melhor aplicação do direito vigente, privilegia o enriquecimento sem causa, é ineficiente do ponto de vista econômico e incentiva comportamento oportunístico, o que deve ser reprimido.

Por outro lado, é também inegável que não se pode submeter de forma absoluta ou indiscriminada o terceiro que não adere voluntariamente à associação a toda e qualquer decisão por ela tomada e ao rateio de todo e qualquer custo por ela incorrido, mesmo que não se beneficie (enriqueça) deste custo.

À luz destas constatações, e lembrando (conforme exposto no início deste artigo) que se não houver regras claras quanto ao uso e manutenção do patrimônio e serviços comuns, é provável que surjam situações de tragédias dos comuns ou dos anticomuns (no caso do loteamento, a situação mais provável é de uma tragédia de anticomuns – inexistência de manutenção de ruas, gramados, áreas comuns, inexistência de segurança particular, com uso de áreas baldias para consumo de drogas e depósito de lixo, etc) e que estas situações são ineficientes e indesejáveis, a melhor solução, dentro das regras atualmente vigentes é buscar uma ‘solução média’, muito similar (se não idêntica) aquela proposta pela Ministra Isabel Galotti.

Isto porque, considerando que não existe lei específica versando sobre a organização de loteamentos fechados ou abertos, a solução tem que ser buscada em outras normas. Se, por um lado, é claro que ninguém pode ser obrigado a associar-se a entidade que não deseja (salvo nos casos previstos em lei), o que, a propósito, não parece integrar a causa de pedir de qualquer ação decidida pelos tribunais brasileiros⁴¹, por outro, é claro que o ordenamento veda o enriquecimento sem causa, que existe, na modalidade por omissão, quando o proprietário ou morador se beneficia das despesas suportadas por terceiro.

Assim, a melhor decisão, dentre as regras vigentes, passa não pela consagração da impossibilidade absoluta de cobrança, conforme julgou o STJ, mas sim por uma solução média, na qual sejam exigíveis (ou, usando o termo empregado pelo artigo 884 do Código Civil, restituíveis) valores correspondentes ao benefício auferido, mas não o sejam valores outros incorridos pela associação.

⁴¹ As ações versam sempre sobre a cobrança de taxas, nunca sobre obrigatoriedade de associação.

Por exemplo, a título de sugestão, algumas regras que poderiam ser aplicadas na melhor definição judicial do problema mencionado (ou seja, na solução do *trade-off*) são: (i) não efetuar despesas para benefício individual daquele que não quer se associar, como por exemplo, não cortar grama na frente da casa do não associado; (ii) não imputar ao não associado a participação no rateio referente a despesas que não lhe beneficiam, tais como festas de confraternização e outras despesas divisíveis; (iii) verificação da efetiva obtenção de utilidade com a despesa (por exemplo, uma guarita significa maior segurança e, portanto, maior utilidade)

Não se trata, outrossim, de constitucionalizar o direito civil a partir do princípio da solidariedade⁴², mas sim de considerar que não é razoável que alguém se beneficie do esforço de terceiro quando o resultado deste esforço não pode ser limitado à esfera individual daquele que o executa⁴³.

Bibliografia

CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. Yale University Press, de 1970.

⁴² Apesar deste autor não concordar com o argumento, este foi usado pelo Ministro Cuêva em seu voto divergente. Além disso, o hoje (05/08/2015) Procurador Geral da República Rodrigo Janot, quando subprocurador, elaborou parecer no Rext 695.911 (em que houve repercussão geral reconhecida, ainda não julgado), deduzindo as seguintes razões:

“(…)

Os direitos ora sob exame, embora aparentemente em conflito, regulam, na verdade, searas paralelas do direito, uma vez que não são excludentes ou condicionantes um do outro. A obrigatoriedade do rateio das despesas decorre do dever de proibidade a todos imposta, não constituindo consequência do vínculo associativo.

(…)

Os princípios da equidade e da eticidade são universais e se irradiam por todo o ordenamento jurídico, tendo sido adotado em caráter absoluto pelo Código Civil de 2002, sua finalidade é fazer com que as pessoas, em seus relacionamentos, valorizem ao máximo, o culto do aperfeiçoamento de sua convivência social.

Um dos consectários da eticidade é o princípio da vedação de enriquecimento sem causa, previstos nos arts. 884 a 886 do Código Civil/02, que condena o incremento patrimonial sem fundamento em título idôneo a justificá-lo.

(…)

A negativa de alguns moradores de custearem as despesas comuns afronta ainda o princípio constitucional da solidariedade, que impõe a todos um dever jurídico de respeito coletivo, que visa beneficiar a sociedade como um todo”.

⁴³ Afinal, é importante lembrar a lição de Pontes de Miranda ((Tratado de Direito Privado, Ed. Bookseller, 1ª ed, 2003, Tomo XXVI, págs. 151-152):

“O fundamento das relações jurídicas pessoais por enriquecimento injustificado está em exigência de justiça cumulativa, que impõe a restituição daquilo que se recebeu de outrem, sem origem jurídica. Também esse é o fundamento da obrigação de indenizar gastos que se fizeram, voluntariamente, no interesse de outrem”.

COASE, Ronald. The problem of Social Cost. In: Coase, Ronald. *The Firm, the market and the Law*. Chicago:University of Chicago Press, 1990.

De Lucca, Newton. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIÚZA, César. Contornos teóricos dogmáticos do princípio do enriquecimento sem Causa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 54, jan/jun. 2009.

Fiúza, Cesar, Pardini Neto, Frederico e Albuquerque, Bianca de Oliveira. O princípio do enriquecimento sem causa e seu regramento dogmático. <http://www.arcos.org.br/artigos/o-principio-do-enriquecimento-sem-causa-e-seu-regramento-dogmatico/> acesso em 02 de março de 2015.

Hardin, Garret. The concise encyclopedia of economics. *Tragedy of commons*, <http://www.econlib.org/library/Enc/TragedyoftheCommons.html>, acesso em 07 de julho de 2015.

HELLER, Michael A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*, 111, 1998, p. 621-688.

KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steve. All individuals may be made worse off under any nonwelfarist principle. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series N. 350. Disponível em ssrn.com. Acesso em 20 de maio de 2015.

LOPES, Christian Sahb Batista. a causa do negócio jurídico e a causa da atribuição patrimonial. *Direito Civil I*. CONPEDI XXIII – UFPB. P. 52-73. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6bb604663d5d74f1>, vários acessos, último em 16 de agosto de 2015.

MICHELON Jr., Claudio Fortunato. Conselho da Justiça Federal. Primeira Jornada de Direito Civil. Agosto de 2003, (acesso em 26 de fevereiro de 2015), p. 220-221 (Direito das obrigações, p. 82-83) disponível para download em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>,

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Law and Business. 5 ed, 1998.

RINALDI, Celina Duarte. Associação de moradores em loteamentos e condomínios:diferenças e polêmicas. In: Andreazza, Gabriela Lucena (coord). *Direito notarial e registros públicos na perspectiva da advocacia*. Letras jurídicas, 2015. P. 2 - 17.

RUSSELL, Hardin. The Free Rider Problem. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/free-rider/>>.: Acesso em 20 de maio de 2015.

SILVA NETO, Orlando Celso da. É possível a análise econômica do Direito do consumidor? *Direito Civil I*. CONPEDI XXIII – UFPB.

Sherwin, Emily. Restitution and equity: an analysis of the principle of unjust enrichment. University of San Diego School of Law. Public Law and Legal Theory. Working Paper 26. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285563. Diversos acessos, ultimo em 03 de agosto de 2015.

TREBILCOCK, Michael. The limits of freedom of contract. Cambridge, Harvard University Press, 1993.