

ANÁLISE ECONÓMICA DAS MANIFESTAÇÕES DE ENRIQUECIMENTO FORÇADO NO DIREITO PORTUGUÊS – A IMPOSIÇÃO DE PAGAMENTO POR VANTAGENS NÃO CONTRATADAS À LUZ DE CRITÉRIOS JURÍDICOS E ECONÓMICOS – (II)[†]

Filipa Lemos Caldas

Sumário: 3. Análise Económica da Opção do Legislador Nacional. 3.1. Corolários da análise económica da liberdade contratual negativa. 3.2. Os custos de transacção implicados nas situações de enriquecimento forçado. 3.3. O enquadramento das normas que potenciam enriquecimentos forçados na dicotomia property rules/liability rules de Calabresi e Melamed. 3.4. A limitação da aplicação de liability rules pelo critério da eficiência. 3.5. Nota conclusiva do capítulo 3. 4. Conclusões. 4.1. A eficiência do Direito das obrigações português na regulação das situações de enriquecimento não desejado. 4.2. As interpretações da lei que a doutrina tem proposto contribuem para uma maior eficiência? 4.3. Dez ideias essenciais. Bibliografia

3. ANÁLISE ECONÓMICA DA OPÇÃO DO LEGISLADOR NACIONAL

3.1 COROLÁRIOS DA ANÁLISE ECONÓMICA DA LIBERDADE CONTRATUAL NEGATIVA

[†] 2ª Parte do relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, apresentado na disciplina de Análise Económica do Direito, sob a regência do Professor Doutor Fernando Araújo e da Professora Doutora Paula Vaz Freire.



autonomia privada é a expressão jurídica da liberdade do indivíduo na sociedade. Na lição de MOTA PINTO, os veículos da sua realização são, por um lado, os direitos subjectivos e, por outro lado, a liberdade de celebrar negócios jurídicos, sendo que, neste último âmbito, a sua manifestação mais expressiva é a liberdade contratual, isto é, a possibilidade de celebrar negócios jurídicos bilaterais⁷¹. Por sua vez, a liberdade contratual desdobra-se em duas dimensões complementares: uma dimensão positiva e uma dimensão negativa. Em termos simples, a liberdade contratual positiva traduz-se na possibilidade de os contraentes escolherem celebrar um determinado contrato, enquanto a liberdade contratual negativa consiste, por sua vez, na possibilidade de recusarem a sua celebração, se for essa a sua vontade. No âmbito do nosso trabalho, a dimensão que mais interessa aprofundar é a da liberdade contratual negativa, no sentido em que qualquer pessoa deve poder, livremente, evitar transacções que não pretendia efectuar, vinculando-se involuntariamente a contratos que não desejava celebrar. Assim, como refere MENEZES LEITÃO, as partes são livres de rejeitar, sem qualquer motivo, uma proposta contratual, ainda que esta seja muito vantajosa para si, ou que a outra parte necessite verdadeiramente da celebração do negócio⁷².

Como explica FERNANDO ARAÚJO, os contratos espelham transacções entre duas partes com interesses que se contra-põem, mas, ao mesmo tempo, se complementam⁷³, sendo que estas só celebram transacções quando têm expectativas de ganho⁷⁴. Este último aspecto é extremamente importante: as par-

⁷¹ V. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 102-105.

⁷² Cf. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, I, cit., p. 24.

⁷³ Neste sentido v. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 45.

⁷⁴ Cf. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 69. Esta é uma das 20 ideias a reter escolhidas pelo autor: "5. *Só existem*

tes só celebram contratos se, ambas, estiverem convencidas de que este as deixa numa posição melhor do que aquela em que estavam anteriormente; caso contrário, não contratariam⁷⁵. Neste sentido, a liberdade contratual negativa está directamente ligada a um princípio de preferência pelo contrato, de entre as restantes fontes de obrigações, na medida em que este exige um encontro de duas vontades livres, que decidem contratar, não se impondo vantagens ou prejuízos, a nenhuma das partes, que estas não quisessem, voluntariamente, suportar.

Neste sentido, e associando a liberdade contratual negativa à escassez de recursos, DANIEL FRIEDMANN afirma: “*Resources are limited. The negative aspect of freedom of contract means that a person will not be required to spend resources on goods and services that he did not agree to acquire. A person's resources are at his disposal and he is free to use them to make the contracts he is interested in with those parties with whom he wishes to transact*”⁷⁶. Fazendo prevalecer a liberdade contratual negativa sobre a proibição de enriquecimentos injustificados, vigora em alguns ordenamentos jurídicos da família jurídica de *common law*, nomeadamente em Inglaterra e nos Estados Unidos, a ideia de que os benefícios não requeridos (*unsolicited benefits*) não dão lugar a restituição⁷⁷.

trocas voluntárias quando as partes têm esperança de ganhos”.

⁷⁵ Neste sentido, e em geral acerca da liberdade contratual, numa perspectiva económica, v. MICHAEL J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, USA: Harvard University Press, 1997, p. 7.

⁷⁶ V. DANIEL FRIEDMANN, “Unjust Enrichment, Pursuance of Self-Interest, and the Limits of Free Riding”, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 36, (Winter, 2003), (pp. 831-867), p. 847.

⁷⁷ Cf. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento...*, cit., p. 809. É neste sentido que todos os autores notam que os ordenamentos em que a tutela contra o enriquecimento imposto é mais intensa são, sem dúvida, os da *common law*. Nestes ordenamentos o princípio geral é o de que qualquer benefício não será restituído se não tiver sido solicitado, nem aceiteado num momento posterior. No entanto, como explicam DANIEL FRIEDMANN e NILI COHEN “*Despite the divergence in their basis approach, the discrepancy between the solutions offered in the common law system and those obtaining under continental law is often less drastic than might have been expected*”, porque os Direitos inglês e americano têm vindo a reconhecer certas

No entanto, mesmo nestes países, a liberdade contratual negativa não é, como vimos no capítulo anterior, absoluta⁷⁸. Neste mesmo sentido, HERMALIN, KATZ e CRASWELL chamam a atenção para o facto de, não obstante a liberdade contratual negativa ser um princípio geral na maioria dos ordenamentos jurídicos, o Direito não a respeitar sempre⁷⁹, admitindo situações como a expropriação pelo Estado em troca de uma justa indemnização⁸⁰, a teoria das *essential-facilities*⁸¹, a proibição de os estabelecimentos discriminarem os seus clientes⁸², entre

categorias de situações em que o empobrecido tem direito à restituição. Cf. DANIEL FRIEDMANN; e NILI COHEN, “Payment of Another’s Debt”, in AA. VV., *Restitution – Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*, Vol. X, Cap. 10, in *The International Encyclopaedia of Comparative Law*, Peter Schlechtriem, Tübingen: Mohr, 1991, p. 11.

⁷⁸ Neste sentido, da formulação que VAZ SERRA propunha para o art. 405.º do Código Civil nos trabalhos preparatórios constava a ideia simples de que “ninguém é obrigado a contratar ou a deixar de contratar senão nos casos indicados na lei” - cf. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 77, p. 189.

⁷⁹ Cf. BENJAMIN E. HERMALIN; AVERY W. KATZ; e RICHARD CRASWELL, “Contract Law”, in A. MITCHELL POLINSKY; e STEVEN SHAVELL, *Handbook of Law and Economics*, Vol. I, Amesterdão: North-Holland, 2007, pp. 19-20.

⁸⁰ A expropriação por utilidade pública é permitida pela Constituição, no art. 62.º, n.º 2, com base em dois requisitos: base legal e pagamento de uma justa indemnização. V., por todos, J. J. GOMES CANOTILHO; e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I - *Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 805-810, e bibliografia e jurisprudência aí citadas.

⁸¹ No caso Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG (Caso C-7/97), o Advogado-Geral FRANCIS GEOFFREY JACOBS descreve a teoria europeia das *essential facilities* nos seguintes termos: “According to that doctrine a company which has a dominant position in the provision of facilities which are essential for the supply of goods or services in another market abuses its dominant position where, without objective justification, it refuses access to those facilities. Thus, in certain cases, a dominant undertaking must not merely refrain from anti-competitive action but must actively promote competition by allowing potential competitors access to the facilities which it has developed”, disponível online em: <http://eur-lex.europa.eu> (consultado a 01.09.2012). Em língua portuguesa, v. PAULA VAZ FREIRE, “A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 49, n.º 1-2, (2008), pp. 117-139.

⁸² V., a título de exemplo as Leis n.º 134/99, de 28 de Agosto, e n.º 18/2004, de 11

muitas outras. Explicam estes autores que estas situações, embora normalmente vistas pelos juristas, conceptualmente, como limites inerentes ao próprio direito subjectivo em causa, são, na verdade, restrições à liberdade contratual negativa. Aos exemplos invocados podemos, sem dúvida, acrescentar todas as situações de enriquecimento forçado que referimos no capítulo anterior, na medida em que todas elas consubstanciam transacções impostas, em prejuízo da liberdade contratual negativa do enriquecido.

A explicação dos autores supracitados é simples: a imposição da celebração de transacções pela lei é, normalmente, justificada pela impossibilidade de contratar que se verifica em certas circunstâncias⁸³ V., a título de exemplo as Leis n.º 134/99, de 28 de Agosto, e 18/2004, de 11 de Maio, que se aplicam a entidades públicas e privadas. Por detrás desta afirmação (muito raramente encontrada em manuais puramente jurídicos), está um raciocínio económico, que chama à colação um tema inevitável em qualquer análise económica de uma regra jurídica: os custos de transacção. Embora se trate de um conceito amplamente conhecido, vale a pena recordar apenas a definição de COASE de custos de transacção: *“In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to pre-vent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost”*⁸⁴. Assim, o principal custo de

de Maio, que se aplicam a entidades públicas e privadas.

⁸³ V. BENJAMIN E. HERMALIN; AVERY W. KATZ; e RICHARD CRASWELL, “Contract...”, cit., pp. 19-20.

⁸⁴ Cf. R. H. COASE, “The Problem of Social Cost”, in *Journal of Law and Economics*, vol. 3, (Out.1960), (pp. 1-44), p. 15. Na doutrina portuguesa, FERNANDO ARAÚJO

transacção será, à partida, o próprio tempo despendido a negociar.

Podemos, neste sentido, encontrar uma relação entre as excepções legalmente consagradas à liberdade contratual negativa com situações em que se verificam elevados custos de transacção. Colocar a questão nestes termos parece-nos extremamente interessante, porque comumente o conceito de ‘custos de transacção’ é abordado no âmbito de estudos que incidem sobre externalidades negativas⁸⁵, nomeadamente a poluição, quer da perspectiva da necessidade de evitar a sua produção quer da promoção da sua correcção. Nesse contexto, o reconhecimento de que a *negociação entre o causador da externalidade negativa e as vítimas* é a melhor forma de alcançar a solução que maximiza o bem-estar total⁸⁶ leva-nos a concluir que se não existissem custos nesse processo de negociação - isto é, na ausência de custos de transacção - as partes, com interesses opostos, chegariam sempre à solução mais eficiente de internalização dessas externalidades, através do contrato⁸⁷. No entanto, no mundo real, os custos de transacção existem, e, por vezes, são bastante elevados, dificultando ou mesmo impedindo esta negociação, e, assim, impossibilitando que se chegue à solução maximizadora do bem-estar total.

Assim, aquilo que COASE conseguiu demonstrar foi, precisamente, que a intervenção do Estado na internalização de externalidades negativas não é necessária se os custos de tran-

define-os como “todos aqueles em que se incorre na troca de utilidades e na afectação comutativa de recursos, quando se busca uma contraparte, se negocia com ela, se prevêem e supervisionam as consequências do cumprimento, etc.”, cf. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 553. No mesmo sentido, v. PAULO TRIGO PEREIRA; ANTÓNIO AFONSO; MANUELA ARCANJO; e JOSÉ CARLOS GOMES SANTOS, *Economia e Finanças Públicas*, 2.^a ed., Lisboa: Escolar Editora, 2007, p. 141.

⁸⁵ Uma perspectiva sobre a relação entre custos de transacção e externalidades, v. CARL J. DAHLMAN, “The Problem of Externality”, in *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n.º1, (Abr.1979), pp. 141-162.

⁸⁶ Para um aprofundamento dos motivos, v. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 558.

⁸⁷ Cf. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., pp. 552 ss..

sacção forem muito baixos, visto que, nesses casos, o causador e a vítima da externalidade podem, através da negociação, alcançar um acordo que maximize o bem-estar total⁸⁸. A visão das externalidades como um fenómeno de base recíproca, a ausência de custos de transacção, e a correcta definição legal dos direitos de cada um das partes, permitiria encontrar uma solução privada para a internalização das externalidades, que seria sempre a solução mais eficiente. Inversamente, quando se verifique que os custos de transacção são muito elevados, passa a fazer sentido, como explica FERNANDO ARAÚJO, recorrer ao Estado, como instância que, para além de outras vantagens, tem força para impor soluções: “*Em suma, havendo custos de transacção muito elevados, as trocas voluntárias que assegurariam a maximização do bem-estar podem dar lugar a trocas involuntárias promovidas pelo Estado – uma solução (...) preferível à pura ausência de trocas*”⁸⁹.

No entanto, o Teorema de COASE aplica-se também às externalidades positivas, sendo que também estas devem ser internalizadas (de forma a ser atingido o ponto óptimo de produção). Constatando isto mesmo, ARIEL POURAT conclui que, juridicamente, a internalização das externalidades negativas é feita através do instituto da responsabilidade civil, e a internalização de externalidades positivas é feita através de institutos como o enriquecimento sem causa e a gestão de negócios⁹⁰. De

⁸⁸ Esta premissa é desenvolvida por COASE no seu famoso artigo R. H. COASE, “The Problem...”, cit., passim. V. também GUIDO CALABRESI, “Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Comment”, in *The Journal of Law and Economics*, vol. 11, (1968), 67-73. A este propósito, veja-se a explicação de JULES L. COLEMAN, “Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law”, in *California Law Review*, vol. 68, n.º 2, (1980), (pp. 221-249), p. 225: “*The initial assignment is only the starting point from which negotiations begin. The point at which negotiations cease represents the efficient allocation of resources. The initial assignment of entitlements, however, does affect the relative wealth of the competing parties simply because the assignment determines which party has to do the purchasing (or what economists misleadingly call "bribing")*”.

⁸⁹ Cf. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução*..., cit., p. 562.

⁹⁰ Neste sentido, v. ARIEL POURAT, “Private production of Public Goods: Liability for

facto, estes institutos têm como função permitir que aquele que produz um benefício à margem do mercado se faça pagar pelo enriquecimento alheio à sua custa, internalizando o benefício que provocou a terceiros com o seu trabalho ou património. Deste modo, podemos dizer que a ideia de internalização de externalidades positivas está em consonância com o princípio germânico da restituição do enriquecimento injustificado que apresentámos no início deste estudo, e se opõe ao princípio anglo-saxónico de que os *unsolicited benefits* não dão lugar a *restitution*⁹¹.

Podemos, assim, dizer, que em relação às normas legais que analisámos no capítulo 2 há sempre uma situação em que a conduta de um indivíduo afecta o bem-estar de outro indivíduo (ou outros indivíduos), por vias extramercado, beneficiando-o,

Unrequested Benefits”, in *Michigan Law Review*, vol. 108, (Nov. 2009), (pp. 189-227), p. 189. A ideia de que estamos perante externalidades positivas causa alguma perplexidade, pois se há alguns casos que o são inequivocamente, porque o agente está a prosseguir os seus próprios interesses e beneficia outros acidentalmente, há outros casos em que os agentes provocam intencionalmente vantagens a terceiros, sendo esse o efeito primário da sua actuação, e não um mero efeito secundário e indesejado (por exemplo na gestão de negócios). Nestes casos, embora o benefício social da actividade do empobrecido exceda o seu benefício privado, isto acontece por vontade do próprio agente, pelo que é questionável se ainda se poderão qualificar estas situações como externalidades. No entanto, visto que isso não altera o que diremos em seguida, trataremos todas as situações da mesma forma, visto que em todas há benefícios conferidos fora dos mecanismos de mercado. No mesmo sentido, qualificando estes benefícios como externalidades positivas, v. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria...*, cit., p. 814. Acerca de externalidades, v. CARL J. DAHLMAN, “The Problem...”, cit., *passim*. V. também M. THERESA HUPP, “Efficient Land Use and the Internalization of Beneficial Spillovers: An Economic and Legal Analysis”, in *Stanford Law Review*, vol. 31, n.º 3, (Feb.1979), (pp. 457-475), p. 457, notas 2 e 3 (referindo-se às externalidades que resultam da propriedade de um terreno). Note-se ainda que ARIEL POUTAT considera que uma das condições para haver obrigação de restituir – excepto nos casos que correspondem à gestão de negócios romano-germânica – é o benefício ter sido causado enquanto o agente prosseguia interesses próprios. Neste sentido, v. ARIEL POURAT, “Private...”, cit., p. 197.

⁹¹ É, aparentemente, por este motivo, que POURAT defende ao longo do artigo um alargamento das situações em que há lugar a *restitution*. V. ARIEL POUTAT, “Private...”, cit., *passim*.

aparentemente, sem a possibilidade de se fazer pagar⁹² (precisamente por a vantagem ser adquirida fora dos mecanismos de mercado). Assim, a repetição ou restituição no enriquecimento sem causa e o reembolso das despesas na gestão de negócios são formas de o legislador possibilitar que o produtor do benefício se faça pagar. Recordemos que as situações de enriquecimento forçado são sempre situações alguém enriquece – ainda que contra a sua vontade – à custa de outrem, sendo que há vantagens que se produzem fora da sua esfera jurídica (que é a esfera na qual estas se deveriam produzir), sem que haja um contrato, ou outro título jurídico, a sustentar a aquisição do benefício por alguém que não o seu produtor. Não se trata, por isso, de danos, mas sim de benefícios, obtidos fora de uma relação de troca.

Apesar de a maioria dos exemplos adiantados pela doutrina económica se prender com externalidades negativas, o Teorema de COASE também se aplica às externalidades positivas: idealmente esta internalização deve ser levada a cabo através da negociação entre o causador e o beneficiário. No entanto, sempre que os custos de transacção sejam demasiado elevados para que se possa chegar a este encontro de vontades de natureza contratual, a função da lei é a de promover a solução que mais reduza os custos de transacção. Neste âmbito torna-se muito relevante a atribuição inicial de direitos, pois estes podem ser alocados de forma a potenciar a negociação ou, pelo contrário, de forma a converter o direito num privilégio inalienável (não no sentido de que é proibido alienar, mas de que é muito difícil negociar e contratar) de causar externalidades negativas ou de não causar externalidades positivas.

Começemos por exemplificar o que acabámos de referir com uma externalidade negativa, para depois transpormos o raciocínio para o âmbito dos benefícios. Quanto à poluição, a

⁹² É esta a definição de externalidade de FERNANDO ARAÚJO, em FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 56.

escolha legislativa será entre atribuir ao poluidor o direito a poluir, ou às vítimas o direito a respirar ar puro. Adaptando esta lógica às externalidades positivas, por exemplo, o desenvolvimento tecnológico, a escolha legislativa será, do mesmo modo, entre atribuir ao investigador o direito a utilizar, de forma exclusiva, suas descobertas, ou atribuir aos restantes indivíduos o direito a usufruir livremente dos resultados das investigações alheias.

Na construção de COASE, se os custos de transacção fossem reduzidos, seria pouco revelante saber a quem é que o legislador atribuiu inicialmente o direito: se a atribuição do legislador não fosse a mais eficiente, através da negociação essa parte acabaria por vender à outra a utilização desse direito⁹³. Por exemplo, se as vítimas detivessem o direito a respirar ar puro, a fábrica poderia comprar-lhes o direito a produzir alguma poluição; do mesmo modo, se os investigadores tivessem o direito exclusivo às suas descobertas, os restantes indivíduos poderiam comprar-lhes o direito a utilizá-las. De facto, se, no caso concreto, a solução que a lei consagrou não se revelasse a mais eficiente (ou seja, se a parte que não possui um direito reconhecido pela lei desse mais valor à sua posição), então as partes, entre si, poderiam facilmente negociar de forma a chegarem a uma solução maximizadora do seu bem-estar, prevalecendo a posição da parte com mais disposição de pagar pelo direito da outra ou com menor disposição de vender o seu próprio direito⁹⁴. O problema é que, como já referimos, os custos de transacção existem, e em certas situações são até bastante elevados. Nesses casos, a atribuição inicial do direito pelo legislador torna-se mais relevante⁹⁵. Por exemplo, no caso da

⁹³ V. R. H. COASE, "The Problem...", cit., *maxime* p. 31.

⁹⁴ Para uma explicação mais aprofundada, v. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 558.

⁹⁵ Neste sentido, com uma explicação simples e mais aprofundada, v. DAVID D. FRIEDMAN, *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*, New Jersey: Princeton University Press, 2000, pp. 44-45.

poluição, o legislador deve ter a consciência de que se optar por atribuir o direito às vítimas evita o efeito de boleia (que prejudica muito a solução negocial nestes casos), diminuindo os custos de transacção. Assim, quando os custos de transacção são elevados, o papel do Direito ganha relevância, devendo a lei ter como finalidade a sua redução, de forma a que as partes possam comprar e vender os direitos que a lei atribui a uma delas, chegando, no caso concreto, à solução mais eficiente⁹⁶.

No entanto, por vezes os custos de transacção são tão elevados que se tornam impeditivos de uma solução negocial anterior à produção do prejuízo ou do benefício. Assim, nesses casos, já não é eficiente, *ex ante*, o causador do benefício e o beneficiário negociarem entre si. É por este motivo que CALABRESI e MELAMED distinguem dois problemas, a ser enfrentados pelo legislador, em momentos temporalmente sequenciais. O primeiro seria o problema do *entitlement*, isto é, de decidir, sempre que há um conflito de interesses, como aqueles que temos vindo a usar como exemplos de externalidades positivas e negativas, quem é o titular do direito⁹⁷. O legislador tem de decidir se é a fábrica que tem direito a poluir, ou se são os habitantes que têm direito a respirar ar puro. Assim, este momento corresponde à definição dos direitos de que fala COASE. No entanto, estes autores acrescentam um segundo momento, em que o legislador, após ter decidido quem é o titular do direito, qual o interesse juridicamente tutelado, tem de escolher de que forma é que esse direito é protegido⁹⁸. A segunda opção que o legislador tem de tomar é a de saber se o direito está ou não protegido contra a imposição por terceiros da sua transacção, ou seja, como veremos adiante, se está protegido com uma *property rule* ou com uma *liability rule*.

⁹⁶ V. DAVID D. FRIEDMAN, *Law's...*, cit., pp. 47-60.

⁹⁷ V. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, "Property rules, liability rules, and inalienability; one view of the cathedral", in *Harvard Law Review*, vol. 85, n.º 6, (April.1972), (pp. 1089-1128), p. 1090.

⁹⁸ Cf. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, "Property...", cit., p. 1092.

Assim, quanto a estes dois momentos distinguidos por CALABRESI e MELAMED, um órgão legislativo de qualquer Estado tem de tomar duas opções: no primeiro momento, atribuir o direito ao produtor das vantagens (valorizando a propriedade privada e a ideia de que as vantagens de um bem ou de uma actividade recaem sobre o seu proprietário ou produtor) ou aos seus beneficiários (valorizando a utilização comum dos recursos e a ideia de que todos os indivíduos devem poder usufruir de tudo o que existe, ainda que não seja seu); no segundo momento, proteger esse direito contra a imposição por terceiros da sua transacção ou permitindo a imposição por terceiros da sua transacção.

Como indica o título que demos a este capítulo 3, pretendemos, em seguida, levar a cabo uma análise económica da opção legislativa portuguesa que descrevemos no capítulo 2, tendo como ponto de partida a análise dos custos de transacção nas situações em estudo e das alternativas à disposição do legislador para as regular.

3.2 OS CUSTOS DE TRANSACÇÃO IMPLICADOS NAS SITUAÇÕES DE ENRIQUECIMENTO FORÇADO

Como vimos anteriormente, a análise dos custos de transacção é revelante não só para se saber a quem deve a lei atribuir o direito - numa situação em que o interesse do empobrecido numa compensação pelo benefício que outros obtiveram à sua custa se opõe ao interesse do enriquecido, que foi forçado a obter uma vantagem que não desejava nem pôde evitar -, mas também para saber de que forma esse direito deve ser tutelado. Assim, o primeiro passo para saber qual é a solução mais eficiente para o problema do enriquecimento forçado é saber se, nas situações da vida que são objecto do nosso estudo, os custos de transacção são elevados ou reduzidos.

Neste contexto, BOUCKAERT e GEEST apontam três moti-

vos pelos quais os custos de transacção podem ser elevados: constrangimentos temporais, erro (ou outras consequências não intencionais do comportamento humano) e monopólios bilaterais⁹⁹. Vejamos de que forma cada uma destas fontes de custos de transacção se manifestam nos casos que referimos no capítulo 2.

Em primeiro lugar, os *constrangimentos temporais* tornam elevados os custos de transacção, porque tornam impossível que a contraparte, a tempo, aceite (ou não) a transacção que a outra parte pretende efectuar. Os referidos autores dão como exemplo situações em que uma das partes não está contactável, ou está inconsciente¹⁰⁰. Este tipo de casos são típicos da gestão de negócios, sendo que, a impossibilidade de o dono do negócio agir – a chamada *absentia dominii* – é, como já referimos, considerada por alguns autores (e também para nós) um verdadeiro requisito para aplicação do instituto¹⁰¹. Aquilo que justifica o instituto da gestão de negócios é, precisamente, proteger a pessoa ou o património de alguém que não está em situação de poder contratar, mas que beneficia da actuação alheia. Note-se que nos casos D, E e F, a situação de inconsciência ou coma de A o impede de contratar com B (embora o caso F seja um pouco diferente, mas falaremos da sua especialidade adiante).

Por sua vez, as situações de *erro* de uma das partes é uma fonte de custos de transacção, porque, por natureza, é uma situação imprevisível. Se ninguém consegue prever que estará numa situação de erro, na relação com outra pessoa determinada,

⁹⁹ Cf. BOUDEWIJN BOUCKAERT; e GERRIT DE GEEST, “Private Takings, Private Taxes, Private Compulsory Services: The Economic Doctrine of Quasi Contracts”, in *International Review of Law and Economics*, vol. 15, (1995), (pp. 463-487), p. 467. Na verdade, estes autores enunciam quatro fontes de custos de transacção, sendo a quarta as situações de incapacidade. O exemplo dado pelos autores é a das trocas realizadas entre pais e bebés, que pela incapacidade dos segundos nunca poderiam ter base contratual. No entanto, esta quarta fonte não é relevante para a nossa investigação, pelo que não a abordaremos.

¹⁰⁰ V. BOUDEWIJN BOUCKAERT; e GERRIT DE GEEST, “Private...”, cit., p. 467.

¹⁰¹ V. *supra*, n.º 2.1.2.

então também não consegue, previamente ao erro, negociar com essa pessoa os termos em que as suas relações se processarão quando o erro se verificar. Pela sua imprevisibilidade e não intencionalidade, as situações de erro são análogas às de responsabilidade civil, (por exemplo, um acidente de carro). Em todos estes casos, é praticamente impossível, *ex ante*, contratar com todas as potenciais vítimas ou potenciais enriquecidos com quem se possa cruzar no futuro. Para além da dificuldade de prever o erro, são ainda de notar os custos que teriam lugar para prevenir todos os erros que pudessem ocorrer nas relações com terceiros. O excesso de zelo nas trocas é também uma fonte de custos, sendo que se a lei colocar o agente que errou numa situação tão desfavorável, que o incentive a ter cuidados em demasia – ou até a preferir não contratar, temendo enganar-se -, pode prejudicar gravemente as trocas e relações comerciais. Estes custos terão de ser tidos em conta na descoberta da solução mais economicamente eficiente.

Em muitas das situações que analisámos no capítulo anterior, o agente que provoca o enriquecimento estava em erro. Por exemplo, para estarmos perante um enriquecimento sem causa por prestação, o devedor tem de estar convencido de que a sua acção se destina a extinguir uma obrigação, logo, em erro, e, recorde-se que, em alguns casos de repetição do indevido, a lei chega mesmo a exigir que o erro seja desculpável. Do mesmo modo, na acessão industrial, a lei estabelece quase sempre um regime especial (mais favorável) para o agente que estava de boa fé (sendo que um dos motivos para estar de boa fé é, precisamente, estar em erro, desconhecendo que a coisa era alheia). Assim, por exemplo, no caso C, o erro de B, que deixa as garrafas de vinho à porta da casa errada, causa o enriquecimento de A; no caso E, D (gestor) arranja as canalizações convencido de que age em conformidade com o interesse e vontade de A, que estava em coma, mas poderia estar numa situação de erro (por exemplo, se A não desejasse essa repara-

ção, mas D o desconhecesse); do mesmo modo, no caso D, B leva A para o hospital, convencido de que este desejava ser salvo, mas poderia também estar numa situação de erro; no caso L, o agente activo da acessão estava convencido de que o objecto ou o terreno era seu, e, portanto, encontrava-se em erro. Em todos estes casos, havendo uma situação de erro, os custos de transacção são elevados, não só pela dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de contratar antecipadamente, mas também pelo custo social que teria evitá-lo.

Apesar de BOUCKAERT e GEEST o afirmarem generalizadamente¹⁰², temos muitas dúvidas de que todos os erros devam ser tratados da mesma forma. Se é verdade que seria muito dispendioso evitar certo tipo de erros, a verdade é que a lei deve incentivar os agentes económicos a terem um mínimo de zelo, precavendo-se contra alguns enganar, cujo custo de prevenção seja menor. Tome-se como exemplo um caso novo: numa situação de impossibilidade superveniente de uma prestação, não imputável a nenhuma das partes, em que o risco ainda não se tenha transferido, sendo o contrato bilateral, o art. 795.º determina que o devedor da contraprestação tem direito à restituição, aplicando-se as regras do enriquecimento sem causa. De facto, quando este devedor cumpre a sua prestação, tem em vista o recebimento da contraprestação, sendo que, quando esta se torna impossível, tem direito à restituição do que prestou. Se a lei não determinasse esta restituição, isso significaria que, sempre que duas partes contratassem, teriam de se preocupar excessivamente em evitar impossibilidades supervenientes, ou evitariam fixar prazos diferentes para o cumprimento

¹⁰² Estes autores explicam que “*Taking into account errors involves excessive transaction costs because ex ante, it is impossible to contract with all ‘victims’ or ‘beneficiaries’ of an error one might make in the future. And even when the number of possible ‘partners’ is limited (such as in ‘garage cases’ where someone has built the wall of a garage that extends by 10 cm onto his neighbor’s land, and the number of ‘victims’ of this error equals the number of neighbors one has) the chance of an error might be so small that ex ante contracting cannot be cost justified*”. Cf. BOUDEWIJN BOUCKAERT; e GERRIT DE GEEST, “Private...”, cit., p. 467.

das prestações, com receio de que, por um motivo não imputável a nenhuma das partes, ocorresse uma causa de impossibilidade de uma das prestações, ficando o seu devedor com o que a contraparte já houvesse prestado. Não há dúvida de que o custo social de evitar as impossibilidades supervenientes dos contratos é muito elevado. No entanto, poderemos dizer que os custos de transacção são elevados, quando o erro, como no *caso A*, se deveu ao facto de o devedor não ter sido cuidadoso com o n.º da porta em frente ao qual deixou as garrafas de vinho? Se um certo devedor escreve erradamente o NIB do seu credor numa caixa multibanco, enriquecendo um terceiro que, sem saber, confia que pode gastar o montante que tem na sua conta bancária, poderemos dizer que os custos de evitar este erro são muito elevados? Será que o zelo, nestas situações, terá um custo assim tão elevado?

Parece-nos que a afirmação generalizada de que em casos de erro os custos de transacção são elevados pode não ser correcta em todas as situações, exigindo-se uma análise casuística para concluir se, no caso concreto, o zelo seria ou não demasiado custoso para o agente. Já a ideia de que a imprevisibilidade do erro torna a solução contratual *ex ante* inviável, parece-nos inquestionável. *Ex post*, ou seja, depois de o erro ser cometido, encontramos-nos já numa situação de monopólio bilateral, que é a terceira fonte de custos de transacção¹⁰³.

Antes de a analisarmos, há apenas que fazer uma nota: nos casos em que a contraparte se aperceba do erro do agente, e nada faça para evitar o enriquecimento, os custos de transacção são já reduzidos, e a solução deve ser de protecção do agente em erro, e desprotecção da contraparte, por ter agido com culpa.

Nas situações de *monopólio bilateral* há também, pela sua natureza, custos de transacção muito elevados, pois trata-se

¹⁰³ Neste sentido, cf. BOUDEWIJN BOUCKAERT; e GERRIT DE GEEST, “Private...”, cit., p. 468, nota 17.

de situações em que ambas as partes têm um forte poder negocial, tentando obter o máximo de bem-estar possível, tornando-se muito difícil que ambas cedam para chegar a uma convergência de vontades¹⁰⁴. Exemplos típicos são as situações entre vizinhos, proprietários ou titulares de direitos reais diferentes dos mesmos bens, quando uma das partes leva a cabo, ou deseja levar a cabo, uma actividade que causa também benefícios à outra¹⁰⁵. *Ex ante*, aquele que quer iniciar a actividade querará a colaboração da outra parte, que também beneficiará dela, enquanto esta última tenderá a recusar-se a contribuir economicamente, na esperança de vir a desfrutar do benefício na mesma, sem ter de pagar por ele. Assim, normalmente, em situações de monopólios bilaterais só se chega, eventualmente, a um acordo, depois de negociações muito longas. *Ex post*, será natural que o causador do benefício queira ser compensado pelo benefício que a outra parte retira da sua actividade, enquanto o beneficiário tenderá a recusar-se a pagar, alegando que não desejava o benefício. Os monopólios bilaterais *ex ante* são comuns nos casos de benfeitorias levadas a cabo pelo possuidor do bem, que não é proprietário. É por este motivo que o art. 1036.º permite que, estando o locador em mora em relação à realização de reparações ou outras despesas urgentes, o locatário as pode levar a cabo com direito a reembolso.

Outra situação de monopólio bilateral encontra-se nas situações de emergência, por exemplo, nos salvamentos. No nosso ordenamento jurídico, a maioria destas situações preenchem os pressupostos da gestão de negócios, embora possam enquadrar-se também noutros institutos. Se os custos de transacção fossem baixos, então as pessoas em perigo (pessoal ou patrimonial) e aqueles que pretendem ajudá-las (a troco de algum dinheiro) negociariam antecipadamente em que termos seria

¹⁰⁴ Acerca de monopólios bilaterais, e comparando-os com uma negociação com crianças, v. DAVID D. FRIEDMAN, *Law's...*, cit., pp. 87-89.

¹⁰⁵ V. BOUDEWIJN BOUCKAERT; e GERRIT DE GEEST, "Private...", cit., p. 468.

“salva” a pessoa, ou o seu património, e qual a compensação devida ao “salvador”. Nestes casos, como realça DAVID FRIEDMAN, o resultado seria o mais eficiente para ambas as partes¹⁰⁶. No entanto, aquilo que torna este tipo de negociação *ex ante* muito oneroso, é o facto de, ainda que houvesse capacidade e tempo suficiente para negociar (o que, muitas vezes, não existe, como vimos quando enquadrámos a gestão de negócios nos casos típicos de constrangimentos temporais), as partes estarem numa situação de monopólio bilateral. LANDES e POSNER dão o exemplo de um barco que se está a afundar em alto mar, embora se esteja a afundar muito lentamente, demorando ainda várias horas até se tornar impossível resgatá-lo¹⁰⁷. Um potencial barco de salvação responde ao sinal de socorro, e encontra-o, sendo muito pouco provável que venha a aparecer outro barco naquele local. Havendo ainda muito tempo para contratar, ambas as partes têm um forte poder negocial: o potencial “salvador” tem tempo suficiente para obrigar a vítima a prometer que, depois do resgate, lhe pagará todo o valor do barco e da carga, visto que não é provável que apareça outro barco; por sua vez, a vítima pode aproveitar-se da situação de o barco de salvação não ter outro “cliente”, ou seja, não haver mais nenhum barco a necessitar de ser salvo naquela área. Os autores concluem neste sentido: “*Transaction costs under bilateral monopoly are high because there is a range of possible prices which invites haggling. The haggling may be protracted, costly, and sometimes unsuccessful in producing agreement on terms*”¹⁰⁸. No entanto, estas situações são raras, pelo que as situações de emergência, normalmente, têm elevados custos de transacção pelos constrangimentos temporais que lhe estão associados.

¹⁰⁶ Cf. DAVID D. FRIEDMAN, *Law's...*, cit., p. 156.

¹⁰⁷ V. WILLIAM M. LANDES; e RICHARD A. POSNER, “Salvors, Finders, Good Samaritan, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, n.º 1, (Jan.1978), (pp. 83-128), p. 91.

¹⁰⁸ Cf. WILLIAM M. LANDES; e RICHARD A. POSNER, “Salvors...”, cit., p. 91.

Podemos, então, concluir que em todas estas situações, seja por falta de tempo, por a situação se ter constituído em erro, ou por se tratar de um monopólio bilateral, seria impossível as partes chegarem a um acordo de base contratual.

Antes de avançarmos, é importante notarmos que as normas legislativas apresentadas no segundo capítulo que, naturalmente, causam maior perplexidade, são, precisamente, aquelas em que os custos de transacção são muito reduzidos. Assim, por exemplo, no caso A, A poderia facilmente ter descoberto quem era o proprietário daquela casa, e negociado com ele o valor de uma estadia durante os meses de Janeiro e Fevereiro, sendo que o contrato haveria de ser celebrado se fosse vantajoso para ambas as partes; do mesmo modo, no caso B, B tinha todas as condições para oferecer os seus serviços de lavagem de carros no mercado, não havendo qualquer problema temporal, nem de erro, nem de monopólio bilateral; no caso F, ainda que A estivesse em coma, o seu vizinho D conhecia a sua falta de vontade de contratar, pelo que, neste caso, a impossibilidade de uma solução contratual não é uma consequência do coma, mas sim de aquela troca comercial não ser vantajosa para o dono; no caso J, o empreiteiro conhece o seu parceiro contratual, não tem constrangimentos temporais e não há uma situação de monopólio bilateral, pelo que os custos de transacção para a alteração do plano convencionado são muito baixos; por fim, nos casos K, L e M, sabendo B que agia sobre bens que não eram seus, o custo de negociar a realização da sementeira com o proprietário seria, também, muito reduzido.

Distinguimos, assim, as situações em que os custos de transacção são elevados, daquelas em que são reduzidos, e, conseqüentemente, aquelas em que a solução contratual é viável, daquelas em que é muito difícil ou mesmo impossível. Esta análise sobre os custos de transacção terá reflexos, como veremos, na atribuição inicial dos *entitlements* e na definição do tipo de regra que os deverá proteger.

3.3 O ENQUADRAMENTO DAS NORMAS QUE POTENCIAM ENRIQUECIMENTOS FORÇADOS NA DICOTOMIA *PROPERTY RULES/LIABILITY RULES* DE CALABRESI E MELAMED

O *direito* a que COASE se refere não é fácil de qualificar, quer porque não há um termo jurídico preciso para o descrever, quer por a sua configuração variar conforme a situação em que estamos. Certo é que enquanto na responsabilidade civil esse *direito* incide sobre um dano – é o lesante que tem o *direito de causar livremente o dano a outrem*, ou é a vítima que tem o *direito a que ninguém (a não ser ele mesmo) lhe inflija danos?* -, nas situações que estudamos o *direito* incide sobre uma vantagem – é o empobrecido que tem o *direito a que ninguém (a não ser ele mesmo) desfrute da vantagem*, ou é o enriquecido que tem o *direito a usufruir livremente de vantagens alheias?*. Se o *direito* fosse atribuído em termos absolutos ao enriquecido, isso significaria que este nunca teria de restituir ao empobrecido qualquer montante por usufruir de uma vantagem que lhe obteve à sua custa; se fosse atribuído ao empobrecido em termos absolutos, isso significaria que este teria direito à restituição do valor da vantagem de que outrem desfrutasse, à sua custa. Concluimos já anteriormente que, salvo algumas exceções, o legislador nacional optou por atribuir a titularidade do *direito* – em sentido coaseano - ao empobrecido. Sabendo isto, importa agora saber de que forma é que este *direito* é protegido.

Neste sentido, CALABRESI e MELAMED defendem que a regra que tem em vista a protecção de um direito pode assumir uma de três configurações: pode ser uma *property rule*, uma *liability rule* ou uma *rule of inalienability*¹⁰⁹. Descrevendo su-

¹⁰⁹ Para uma descrição aprofundada destas três regras, v. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, “Property..., cit., pp. 1105-115.

mariamente cada uma delas, podemos dizer que uma *property rule* protege o direito na medida em que se alguém pretender retirá-lo ao seu titular, só o poderá fazer através de uma transacção voluntária – por exemplo, um contrato de compra e venda¹¹⁰. A consequência da violação desse direito será, assim, grave o suficiente para que haja incentivo à negociação. Por sua vez, uma *liability rule* já só obriga aquele que violar o direito do titular a pagar uma certa quantia, o que consiste numa transacção que já não é voluntária, mas sim imposta ao titular do direito¹¹¹. É o caso, por exemplo, das regras de responsabilidade civil: quem danificar um bem alheio, deve pagar uma indemnização (sendo que ninguém pergunta ao titular do bem se concorda com a sua danificação). Por fim, uma *rule of inalienability* determina que não é permitida uma transacção sobre aquele direito ainda que ambas as partes o queiram transferir¹¹².

Segundo explicam estes autores, a escolha entre uma *property rule* e uma *liability rule* reside, principalmente, nos custos de transacção implicados na situação em causa. Assim, enquanto se os custos de transacção forem reduzidos se pode recorrer a uma *property rule*, que assenta na vontade contratual das partes, já quando os custos de transacção são elevados, não podemos deixar nas partes à determinação do valor pelo qual a transferência ocorrerá, pois os custos dessa negociação são de tal forma elevados, que sabemos à partida que as partes não chegarão a um acordo. Deste modo, nesses casos, o Estado intervém não só no momento inicial de atribuição do direito, mas também, posteriormente, na pele de um juiz, na determinação do valor pelo qual o titular do direito o “venderá” a um terceiro¹¹³.

Usemos, mais uma vez, o exemplo da responsabilidade

¹¹⁰ V. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, “Property..., cit., p. 1092.

¹¹¹ Cf. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, “Property..., cit., p. 1092.

¹¹² Cf. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, “Property..., cit., p. 1092.

¹¹³ V. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, “Property..., cit., pp. 1106-1110.

civil: como já referimos, a negociação com toda as potenciais vítimas de um acidente de carro, previamente à sua ocorrência, tem custos muitíssimo elevados, sendo que, provavelmente, os indivíduos prefeririam deixar de andar de carro a correr o risco de ocorrer um acidente que danificasse a propriedade de alguém com quem ainda não tivessem tido oportunidade de negociar as consequências de um possível futuro dano. Assim, nesses casos, o direito do proprietário da coisa danificada deve ser apenas protegido com uma *liability rule*, que permite que qualquer terceiro que provoque danos no bem em causa pague uma indemnização, que será fixada pelo tribunal, caso as partes não cheguem a um acordo *ex post*¹¹⁴.

Dito isto, resta, então, saber, que tipo de normas deveriam ser, em abstracto, aquelas que regulam as situações em que alguém vê o seu património aumentado, à custa de outrem, sem ter desejado esse aumento, e não sendo possível restituí-lo em espécie. Como vimos, estas situações assumem configurações tão diferentes – não só de facto, mas também de direito, preenchendo as previsões dos mais diversos institutos legais – que não é possível uma resposta unitária.

No entanto, o que dissemos anteriormente permite-nos concluir que a resposta variará em função de um factor que já analisámos: os custos de transacção. Assim, naquelas situações em que os custos de transacção são muito elevados - por constrangimentos temporais, erro ou monopólios bilaterais -, o legislador deve escolher uma *liability rule*. Pelo contrário, quando os custos de transacção forem baixos, sendo possível que o empobrecido e o enriquecido chegassem a um acordo de vontades, em vez de uma das partes impor, unilateralmente, à outra a aquisição de um bem ou serviço, deve preferir-se esta solução, consagrando-se uma *property rule*.

¹¹⁴ Para uma explicação do porquê de a análise económica do Direito ter evoluído no sentido de considerar que as *liability rules* são mais adequadas do que as *property rules* na maior parte das situações v. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria...*, cit., pp. 264-266.

Cruzando isto com a bilateralidade das externalidades, e com as possibilidades de atribuição inicial do direito, os autores distinguem quatro tipos de norma, que exemplificaremos com o caso típico da poluição atmosférica¹¹⁵:

i) Regra 1 (*property rule*; a vítima é titular do *direito* a respirar ar puro): o poluidor está proibido de poluir, sendo que, para o fazer, terá de negociar com a vítima, “comprando” esse direito;

ii) Regra 2 (*liability rule*; a vítima é titular do *direito* a respirar ar puro): o poluidor pode produzir poluição sem a autorização da vítima, mas terá de a indemnizar pelos prejuízos que causar;

iii) Regra 3 (*property rule*; o poluidor é titular do *direito* a poluir): o poluidor pode, livremente, produzir a poluição que quiser, sendo que, para parar de o fazer (ou reduzir a quantidade), a vítima terá de negociar com ele, “comprando” esse direito;

iv) Regra 4 (*liability rule*; o poluidor é titular do *direito* a poluir): a vítima poderá impedir o poluidor de produzir poluição, mas, se o fizer, terá de o indemnizar pelos prejuízos que causar;

Em suma, CALABRESI e MELAMED defendem que, perante reduzidos custos de transacção se devem consagrar regras 1 ou 3, e, pelo contrário, perante elevados custos se devem preferir regras 2 ou 4.

Estamos, desta forma, em condições que analisar as regras de Direito português que descrevemos no capítulo 1 à luz da teoria destes autores. Assim, vimos que a regra geral no ordenamento jurídico português é a atribuição do direito inicial ao empobrecido de ser o único a desfrutar das vantagens dos bens de que é proprietário. Este direito deverá ser protegido

¹¹⁵ V. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, “Property..., cit., pp. 1116-1124; v. também, em língua portuguesa, FERNANDO ARAÚJO, *Teoria...*, cit., pp. 269-270.

com uma *property rule* nas situações em que os custos de transacção sejam baixos, e por uma *liability rule* nas situações em que haja constrangimentos temporais, erro, um monopólio bilateral, sendo impossível as partes chegarem a um acordo de base contratual.

Como vimos, o legislador regulou as situações em que alguém desfruta de um bem alheio, de boa ou má fé, regra geral, através de normas que impõem ao enriquecido o pagamento de uma determinada quantia ao empobrecido. Estaremos perante uma regra 1, 2, 3 ou 4? É muito difícil enquadrar este tipo de normas no quadro clássico criado por CALABRESI e MELAMED, pois já não tratamos da violação de um direito alheio, no sentido de o prejudicar, mas sim do aproveitamento de uma vantagem à custa do património alheio, no sentido de dele retirar benefícios. De certa forma, a restituição é, aqui, um inverso da indemnização.

Embora longe de uma análise económica, era já esta a intuição de JÜRGEN REIMER quando, em 1990, defendeu que o enriquecimento e o dano seriam opostos e simétricos, assim como a restituição e a indemnização (a responsabilidade civil consiste na eliminação de uma perda, e a restituição por enriquecimento sem causa consiste na eliminação de um enriquecimento)¹¹⁶. Neste sentido, o autor defende que o empobrecido deve ter sempre o direito à restituição do enriquecimento injustificado de terceiros à sua custa, sem “piedade” da violação da liberdade contratual negativa nem da liberdade de disposição dos recursos do enriquecido, uma vez que que a responsabilidade civil também não tem em conta esta liberdade de cada um dispor voluntariamente dos recursos que compõem o seu património.

De facto, já vimos que as *liability rules*, tal como conce-

¹¹⁶ V. JÜRGEN REIMER, *Die aufgedrängte...*, cit., pp. 35 ss. Como notam muitos autores há que ter atenção ao facto de em Portugal não se conceber tão facilmente esta simetria, pois o enriquecimento sem causa é um instituto subsidiário, nos termos do art. 494.º. V. *supra*, n.º 2.1.1.

bidas por CALABRESI e MELAMED, ignoram a vontade do titular do direito, permitindo que um terceiro danifique o seu bem, desde que pague uma compensação pelo dano que causou. É neste sentido que as regras que, no âmbito do enriquecimento sem causa, gestão de negócios, benfeitorias, empreitada, acessão, entre outros, obrigam o enriquecido a pagar uma restituição ao empobrecido, são *liability rules*: permitem que qualquer indivíduo retire vantagens de um património alheio, ainda que sem a sua concordância, desde que pague uma compensação.

Aquilo que torna toda esta inversão de raciocínio mais complicada, é o facto de tanto o empobrecido como o enriquecido poderem ser a parte activa, como vimos inicialmente. Por exemplo, no caso A, A ocupa a casa de B sem pagar, pelo que enriquece à sua custa; neste caso, A enriquece em consequência da sua própria acção. Embora não tenhamos apresentado nenhum caso com esta situação, a acessão prevista no art. 1339.º (obra, sementeira ou plantação realizada em terreno próprio com materiais alheios) também se traduz sempre numa actuação do próprio enriquecido, intervindo no património alheio (neste caso, materiais) para se enriquecer a si mesmo. Do mesmo modo, a confusão ou união de dois objectos pode enriquecer o próprio autor ou a contraparte, dependendo do valor das coisas confundidas ou unidas¹¹⁷. No entanto, em todos os outros casos, aquele que enriquece (porque bebeu garrafas de vinho que *alguém* deixou à sua porta, porque *alguém* lavou o seu carro, porque *alguém* reparou o seu telhado ou as suas canalizações, porque *alguém* ensinou truques de circo ao seu cão, porque *alguém* fez uma sementeira no seu terreno, etc.), não é a parte activa; pelo contrário, enriquece em consequência da acção de um terceiro.

Repare-se que, dos casos que apresentámos, a analogia

¹¹⁷ Se a coisa de B é mais valiosa, então B está a agir sobre o património de outrem para se enriquecer (o enriquecido é B, a parte activa); se a coisa de A é mais valiosa, então B está a agir sobre o património de outrem para enriquecer esse terceiro (o enriquecido é A, a parte passiva).

com a responsabilidade civil só é perfeita no caso B, em que o enriquecido é o próprio causador do seu enriquecimento, por desfrutar de uma utilidade que pertencia ao conteúdo da destinação¹¹⁸ de um direito alheio, tendo, por isso, de restituir ao titular do direito o valor daquilo com que se locupletou. Também na responsabilidade civil há um sujeito, que interfere com o direito de outrem, danificando-o, tendo, por isso, de pagar ao titular uma indemnização, que elimine o dano que causou no seu direito. Assim, a ideia de *liability rule* de CALABRESI e MELAMED pode transpor-se, sem qualquer adaptação, a estas situações: se é o empobrecido que tem o *direito* a que mais ninguém retire vantagens do seu património, então qualquer terceiro que o faça terá de restituir aquilo com que se enriqueceu. Os próprios autores afirmam: “*In terms of the theory of our economic efficiency goal, the case for requiring compensation for unbargained for (often accidental) benefits is similar do the argument for compensating tort victims*”¹¹⁹.

Pelo contrário, nos restantes casos, o agente activo, que enriquece outrem, é quem, eventualmente terá direito a receber a restituição daquilo com que o agente passivo se locupletou. Nestes casos, embora a teleologia continue a ser a de uma *liability rule* e, por isso, análoga à responsabilidade civil, a estrutura da norma em causa – a sua previsão e a sua estatuição – são precisamente o inverso da norma que cria um dever de indemnizar do lesante em relação ao lesado. No fundo, procuramos uma norma que diga que, se é o empobrecido que tem o *direito* a que mais ninguém retire vantagens do seu património, ele próprio pode impor a terceiros que desfrutem dessas vantagens, restituindo-lhe o valor com que se enriqueceram. Deste

¹¹⁸ Acerca da teoria do conteúdo da destinação, v. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, I, cit., pp. 429-438.

¹¹⁹ Embora os autores não se dediquem a esta matéria, numa nota de rodapé acerca das dificuldades dos juízes determinarem valores, CALABRESI e MELAMED referem-se aos ‘*quasi-contracts*’ nos termos citados. Cf. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, “Property...”, cit., p. 1117, nota 57.

modo, já não conseguimos encontrar no quadro de quatro normas de CALABRESI e MELAMED nenhuma correspondente a esta norma.

Enquanto os casos em que o enriquecido é o agente activo se identificam perfeitamente com uma regra de tipo 2, nos casos em que o enriquecido é o agente passivo, sendo o enriquecimento imposto pelo empobrecido, já não há nenhuma regra que se lhe equipare.

Já antes de nós, como é natural, houve quem se apercebesse de que o quadro de possibilidades de conjugação entre possibilidades de atribuição inicial do direito e de regras de protecção não estava completo, pois não esgotava todas as conjugações possíveis. Assim, a doutrina não estagnou com as quatro normas concebidas por CALABRESI e MELAMED. Pelo contrário, foi ainda proposto acrescentar uma quinta e uma sexta norma que, embora também se qualifiquem como *liability rules*, se configuram de uma forma diferente¹²⁰.

CALABRESI e MELAMED descreviam sempre uma *liability rule* como uma regra que dava à parte que não era titular do direito um direito potestativo de pagar pela sua aquisição não contratual¹²¹ (ou seja, imposta). Assim, uma parte detinha a titularidade do direito, mas a outra tinha uma opção de compra (*call option*) que podia exercer contra a vontade daquele. No entanto, AYRES e GOLDBART identificam que, para além de *call options* – que obrigam alguém a vender –, existem também *put options* – que obrigam alguém a comprar.

Com base neste raciocínio, AYRES e GOLDBART identificam mais duas possibilidades: atribuir-se o direito de poluir ao lesante, dando-lhe também o direito de impor às vítimas que paguem para que ele reduza o montante de poluição produzido, ou seja, que “comprem” esse direito; ou atribuir-se o direito de

¹²⁰ V. IAN AYRES; e PAUL M. GOLDBART, “Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules”, in *Michigan Law Review*, vol. 100, n.º 1, (Oct. 2001), pp. 1-79.

¹²¹ Neste sentido, v. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria...*, cit., p. 270.

respirar ar puro à vítima, dando-lhe também o direito de impor ao poluidor que “compre” o seu direito a poluir. O exemplo típico é o do ladrão que subtrai um certo objecto à vítima: ela pode, claro, pedir a devolução do objecto, se esta ainda for possível, mas, se puder também, como em alguns ordenamentos jurídicos, impor ao ladrão a venda do bem (obrigando-o a comprar, ainda que ele não o queira), este último direito trata-se de uma *put option* – sendo, por isso, uma regra de tipo 6¹²².

Também as normas que vimos anteriormente e que determinam a obrigação de o enriquecido restituir o valor do seu locupletamento, mesmo nos casos em que o agente activo foi o empobrecido (que age, impõe o enriquecimento, e no final recebe o valor da vantagem), consubstanciam regras de tipo 6: o empobrecido tem o direito de retirar vantagens do seu património de forma exclusiva, mas pode impor que outros comprem o direito a usufruir dessas vantagens, ainda que não as desejem. Efectivamente, o conceito de obrigar alguém a adquirir um bem ou serviço parece corresponder à grande maioria das normas que encontramos no capítulo 2, em que o empobrecido era a parte activa, impondo a outrem um enriquecimento, à custa do seu próprio património, ou seja, forçando terceiros a “comprar” os seus bens depois de deles terem retirado vantagens (como no caso A, com as garrafas de vinho) ou os serviços por si prestados (como no caso C, com a lavagem dos carros).

Podemos, assim, concluir que, sem contar com a regra de tipo 6, tornar-se-ia impossível enquadrar o enriquecimento forçado nesta construção dogmática, pois é a única que contempla a possibilidade de o próprio titular do direito de propriedade impor que lhe paguem para utilizarem o seu bem – que é a es-

¹²² Assim, v. IAN AYRES, “Protecting Property with Puts”, in *Valparaiso University Law Review*, vol. 32, nº 3, (pp. 793-831), p. 814: “In a variety of contexts, when a person temporarily takes, invades, or impairs the entitlement of another, the original entitlement holder is given the remedial choice of either regaining the original unimpaired entitlement or permanently selling the entitlement to the wrongful taker”.

sência do problema do enriquecimento forçado.

Regressemos, assim, às hipóteses de que o legislador dispunha para escolha. Na verdade, e para sermos exactos, a decisão do legislador não é entre estes vários tipos de normas, mas sim, como explicam CALABRESI e MELAMED, “*In what circumstances should we decide to protect that entitlement by using a property, liability or inalienability rule?*”¹²³, visto que um mesmo direito pode, em algumas circunstâncias, ser protegido com uma *property rule* e, noutras, com uma *liability rule*¹²⁴.

Vejamos, para os casos A, B, C¹²⁵, quais as alternativas entre as quais um órgão legislativo poderia escolher, e quais o legislador português de 1966 adoptou.

O caso A consistia na ocupação, por A, da casa de que B era proprietário, tendo usufruído das suas vantagens sem a autorização de B. Assim, as vantagens em causa são todos os benefícios que se retiram da utilização de uma casa:

- i) Se o direito inicial sobre essas vantagens pertencer a B e for protegido por uma *property rule*, então A não poderá beneficiar da casa de B, a não ser que negocie com ele, e que ambos cheguem a um consenso acerca do valor pelo qual A a poderá utilizar (o que poderá corresponder, por exemplo, à celebração de um contrato de arrenda-

¹²³ Cf. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, “Property...”, cit., p. 1093.

¹²⁴ Os autores dão o seguinte exemplo: “*Taney’s house may be protected by a property rule in situations where Marshall wishes to purchase it, by a liability rule where the government decides to take it by eminent domain, and by a rule of inalienability in situations where Taney is drunk or incompetent*”. Cf. GUIDO CALABRESI; e A. DOUGLAS MELAMED, “Property...”, cit., p. 1093.

¹²⁵ A escolha pelos três casos de enriquecimento sem causa tem dois motivos: em primeiro lugar, porque as regras que regulam as benfeitorias e a gestão irregular, assim como algumas das regras que regulam a acessão industrial, remetem para o instituto do enriquecimento sem causa; em segundo lugar, porque, se alterarmos um pouco os factos, os casos A e C facilmente integram casos de gestão de negócios regulares. Assim, são três casos que nos permitem referir-nos a soluções de vários institutos em simultâneo.

mento, ou mesmo de compra e venda). Se, sem este consenso prévio, A ocupasse a casa de B, haveria consequências de natureza penal. Esta seria uma regra 1.

No nosso ordenamento jurídico, o art. 1305.º determina que o proprietário de um bem goza “*de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição*”. Este direito é protegido por uma *property rule* na medida em que, regra geral, a única forma de um terceiro usar, fruir ou dispor do bem é obtendo o consentimento do proprietário – ou seja, através de uma solução contratual. Se o fizer sem o consentimento do proprietário, provavelmente o seu comportamento preencherá a previsão de um dos crimes contra a propriedade - arts. 203.º a 216.º do Código Penal ou lei especial – e verificar-se-ão os restantes pressupostos da responsabilidade penal. Assim, a consequência da violação desta *property rule* será a imposição de uma pena (especificamente, no caso A, a responsabilidade penal não seria óbvia, porque A estava em erro).

ii) Se, pertencendo o direito subjectivo a B, este for protegido por uma *liability rule* com uma *call option*, então A pode usar a casa de B, sem qualquer contrato prévio, desde que lhe pague uma compensação. Esta seria uma regra 2.

É esta a solução da lei portuguesa se se preencherem os pressupostos da responsabilidade civil (a ocupação teria, nomeadamente, de ser culposa e causar danos - art. 483.º -, o que não aconteceria, se, no exemplo dado, B durante os meses de Janeiro e Fevereiro não usasse a casa, não tendo ficado privado de nenhuma das suas utilidades). Caso es-

tes pressupostos não se verificarem, pode ainda aplicar-se o instituto do enriquecimento sem causa – neste caso, como vimos, por intervenção -, se se preencherem os requisitos do art. 473.º. Do mesmo modo, todas as regras que impõem ao autor da acessão o pagamento de uma quantia à outra parte são regras de tipo 2.

iii) Se, pertencendo o direito subjectivo a B, este for protegido por uma *liability rule* com uma *put option*, então B pode forçar A, sem qualquer contrato prévio, a pagar-lhe uma compensação pela utilização da sua casa, ainda que este não a deseje. Esta seria uma regra 6. Note-se que esta regra obrigaria a contradizer os dados do caso A, pois aquilo que o distingue dos casos B e C é o facto de o agente activo provocar o seu próprio enriquecimento, o que é incompatível com a ideia de *put option*, ou seja, de imposição de venda pelo empobrecido. Assim, uma regra de tipo 6 nunca é solução para responder aos casos em que o agente activo é quem desfruta de um bem alheio sem título jurídico.

iv) Se o direito inicial sobre essas vantagens pertencer a A e for protegido por uma *property rule*, então A poderá livremente utilizar a casa de B sem que este o possa impedir, nem pedir-lhe uma compensação. Pelo contrário, B poderá negociar com A, “comprando-lhe” o seu direito, ou seja, pagando-lhe uma quantia para que A não utilize a sua casa. Esta seria uma regra 3. Não há nenhuma regra como esta no ordenamento jurídico português, nem se consegue conceber nenhuma regra que se lhe assemelhe. A existência de uma regra como esta significaria negar o conteúdo mais essencial do direito de propriedade, constitucionalmente protegido no

art. 62.º CRP.

Por este último motivo, recusamos à partida a existência de uma regra 4 e de uma regra 5, visto que qualquer uma delas pressupõe o *direito* de A a usar livremente a propriedade de B.

Em suma, nos casos em que é o enriquecido quem age sob o património alheio, as únicas regras que o legislador nacional pode criar são regras de tipo 1 e 2. A consagração ou não de regras de tipo 2 deverá, como vimos, depender de, na situação concreta, os custos de transacção serem elevados ou reduzidos. Voltaremos a esta questão adiante.

O *caso B* descrevia uma situação em que B lavava o carro de A. Assim, a vantagem em causa é, precisamente, a limpeza do carro por B, com as suas habilidades especiais:

i) Se o direito inicial sobre essa vantagem pertencer a B e for protegido por uma *property rule*, A não poderá ver o seu carro lavado por B, excepto se este o consentir voluntariamente (por exemplo, celebrando um contrato de prestação de serviços ou um contrato de trabalho). Se, sem este consenso prévio, forcesse B a lavar-lhe o carro, haveria consequências de natureza penal. Esta seria uma regra 1.

Pela própria natureza das coisas, quem tem o *direito* de retirar benefícios das habilidades de B para lavar carros é exclusivamente o próprio B. Ao contrário do caso anterior, já não está em causa um direito de propriedade, mas sim um princípio básico de liberdade e de autodeterminação. Se A, de alguma forma, obrigar B a lavar-lhe o carro, sem o seu consentimento, e caso o seu comportamento preencha a previsão de um dos crimes contra a liberdade pessoal - arts. 153.º a 162.º do Código Penal ou lei especial – e se verificarem os restantes

pressupostos da responsabilidade penal, a consequência da violação desta *property rule* será a imposição de uma pena.

ii) Se este direito de B for protegido por uma *liability rule* com uma *call option*, isso significa que A poderia forçar B a lavar o seu carro, desde que lhe pagasse uma compensação. Esta seria uma regra 2. Não existe qualquer norma como esta no nosso ordenamento jurídico, pois isso seria, tal como vimos anteriormente, permitir que alguém pudesse forçar outrem a praticar uma certa actividade, o que viola princípios básicos de liberdade pessoal¹²⁶.

iii) Se este direito subjectivo de B for protegido por uma *liability rule* com uma *put option*, B poderá lavar o carro de A, exigindo posteriormente a restituição do seu enriquecimento. Esta seria uma regra 6.

É esta a solução da lei nacional, se se preencherem os pressupostos do enriquecimento sem causa (art. 473.º) por prestação ou por despesas, conforme a situação em causa – sendo que, no caso B se tratava de um enriquecimento por despesas –, no caso de o possuidor de boa ou má fé realizar benfeitorias necessárias ou úteis (1273.º, n.º 2), nos casos de gestão de negócios regular ou irregular e nos casos de acessão em que o autor actua sobre bens alheios e a lei determina que deve ser a outra parte a ficar com o resultado e a pagar uma quantia ao autor.

Pelo contrário, o legislador recusou a criação

¹²⁶ Contudo, é este tipo de situação que se verifica nos ordenamentos jurídicos que preveem serviço militar obrigatório, neste caso não entre privados, mas em relação ao Estado.

de uma regra 6 nas situações em que o empregado faça alterações ao plano convencionado sem autorização ou em que o possuidor realize benfeitorias voluptuárias.

iv) Se o direito inicial sobre essa vantagem pertencesse a A e fosse protegido por uma *property rule*, então B não poderia recusar-se a lavar o carro a A, excepto se, através de um contrato, A optasse, voluntariamente, por permitir que B não o lavasse. Esta seria uma regra 3. Mais uma vez, seria impossível existir uma norma como esta no nosso ordenamento jurídico, na medida em que esta regra parece tratar B como escravo de A, o que é, naturalmente, inaceitável.

Na medida em que também as regras 4 e 5 pressupõem o *direito* de A a ver o seu carro lavado por B, excluímos à partida a existência destas duas regras.

O *caso C* dizia respeito a um devedor (B) que, sendo proprietário de duas garrafas de vinho, está obrigado a entregá-las ao seu credor. No entanto, engana-se, entregando-as a A, que as bebe por considerar que era uma oferta. Assim, a vantagem em causa é o benefício que se retira de beber o vinho:

i) Se o direito inicial sobre o vinho pertencer a B e for protegido por uma *property rule*, A não poderá bebê-lo, excepto se, através de uma negociação, B o consentir voluntariamente (por exemplo, celebrando um contrato de compra e venda). Se, sem este consenso prévio, A bebesse o vinho de B, haveria consequências de natureza penal. Esta seria uma regra 1.

O conteúdo do *direito de propriedade* sobre uma garrafa de vinho, inclui o direito a consumi-la, plena e exclusivamente (art. 1305.º). Assim, quem

pode usufruir da garrafa de vinho de B é exclusivamente o próprio B, seu proprietário. Se B destinava aquelas garrafas a C, seu credor, então apenas este tinha direito a elas. A, um terceiro em relação àquele contrato, não tinha qualquer direito sobre as garrafas. Assim, se A as bebesse, e se preenchessem os pressupostos da responsabilidade penal, A seria punido por um dos já indicados crimes contra a propriedade (o que não acontecia neste caso específico, porque A estava em erro; mas já seria esse o resultado, por exemplo, numa situação de furto das garrafas por A).

ii) Se este direito subjectivo de B for protegido por uma *liability rule* com uma *call option*, A poderá beber o vinho de B, sem o seu consentimento, desde que pague a B uma compensação. Esta seria uma regra 2.

No Direito português, esta compensação será devida se se preencherem os requisitos da responsabilidade civil (art. 483.º).

iii) Se este direito subjectivo de B for protegido por uma *liability rule* com *put option*, B poderá impor que A pague uma certa quantia para adquirir o direito de beber a garrafa de vinho, ainda que A não tivesse qualquer interesse nessa aquisição. Esta seria uma regra de tipo 6.

É esta a solução da lei portuguesa se se verificarem os pressupostos do enriquecimento por prestação, visto que, neste caso, a acção de B está finalisticamente orientada à extinção de uma obrigação, embora estivesse numa situação de erro quanto à pessoa do credor. Assim, A estaria obrigado a repetir o que foi prestado (art. 476.º, n.º 1). No entanto, visto que já bebeu as garrafas de vinho,

A teria de restituir uma quantia monetária, o que equivale a comprar as garrafas de vinho que, se soubesse que não eram grátis, nunca teria adquirido. Neste sentido, com a sua actuação, B induziu A em erro, impondo-lhe a compra das garrafas de vinho contra aquela que seria a sua vontade livre e esclarecida. Assim, numa situação como esta, e de acordo com determinadas interpretações da lei, o art. 479.º pode conduzir a um resultado que se aproxima muito de uma regra 6. Dizemos que se “aproxima muito” porque enquanto no caso B verificámos que o indivíduo que lavava carros podia, de facto, impor aos proprietários dos carros a compra do serviço, sem qualquer colaboração sua (por exemplo, aproveitando o facto de o carro estar parado num semáforo), nos casos como este, em que está em causa o aproveitamento de um bem, não se pode dizer com a mesma naturalidade que aquele que bebeu o vinho foi “obrigado” a fazê-lo. Neste sentido, podemos concluir que só estamos realmente perante uma regra 6 se a vontade do consumidor ou utilizador do bem estiver viciada. Será, assim, uma *imposição de compra* em sentido amplo. Do mesmo modo, não faz, neste caso, sentido aplicarmos o regime das benfeitorias nem determinadas regras da acessão, pois nestas estão em causa prestações de facto, e não utilização de bens, como garrafas de vinho.

iv) Se o direito inicial sobre essa vantagem pertencer a A e for protegido por uma *property rule*, então A poderá livremente beber as garrafas de vinho de B sem que este o possa impedir, nem pedir-lhe uma compensação. Pelo contrário, B terá negociar com A, “comprando-lhe” o seu direito, ou

seja, pagando-lhe uma quantia para que A não beba a garrafa. Esta seria uma regra 3. Tal como referimos em relação ao caso A – que também dizia respeito à utilização de uma coisa – a existência de uma regra como esta significaria negar o conteúdo mais essencial do direito de propriedade.

Por este último motivo, recusamos à partida a existência de uma regra 4 e de uma regra 5, visto que qualquer uma delas pressupõe o *direito* de A a usar livremente a propriedade de B.

Antes de analisarmos, concretamente, a opção do legislador em cada um dos institutos referidos no capítulo 2, há que responder ainda a uma questão prévia: por que motivo, ao aplicarmos aos casos A, B e C a teoria que temos vindo a descrever, concretizámos apenas regras 1, 2 e 6, tendo, por sua vez, rejeitado sempre a existência de regras 3, 4 e 5?

A explicação reside no facto de as situações em estudo terem como objecto uma vantagem e não um dano. Apesar de parecerem duas realidades inversas, a sua simetria não é perfeita¹²⁷.

Como vimos, no exemplo da poluição ambiental, a primeira grande questão a responder é: *é a vítima que tem o direito a respirar ar puro ou é o poluidor que tem o direito de poluir?* A questão pode colocar-se porque a vítima tem o direito de propriedade sobre a sua casa e o poluidor tem o direito de propriedade sobre a sua fábrica, sendo que é a utilização – aparentemente legítima – de cada um dos seus próprios bens e a prossecução da sua própria actividade que provoca a conflitualidade dos interesses. As perguntas fazem todo o sentido: o direito de propriedade sobre a fábrica inclui o direito a poluir? o direi-

¹²⁷ Acerca da relação entre “*harms and benefits*” v. RICHARD A. EPSTEIN, “The Ubiquity of the Benefit Principle”, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 21 (2d series), The Law School University of Chicago, disponível *online* em: www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html (consultado a 22.09.2012), em especial pp. 3-7.

to de propriedade sobre a casa inclui o direito a respirar ar puro? Aquilo que resulta da lógica coaseana é precisamente a ideia de que ambos causam prejuízos um ao outro.

No entanto, quando transpomos este raciocínio para situações cujo objecto é uma vantagem, estas perguntas tornam-se um pouco estranhas: *é o titular do bem que tem o direito a que ninguém (a não ser ele mesmo) retire vantagens do seu bem ou são os restantes cidadãos do mundo que têm o direito a usufruir livremente de vantagens alheias?* A resposta, neste caso, já não é dúbia, nem precisamos de reflectir sobre o assunto, porque, de acordo com os quadros mentais com que fomos formados jurídica e socialmente, o direito de propriedade sobre uma coisa tem como característica essencial e inerente a exclusividade. Assim, a resposta que damos é sempre: “é o proprietário da coisa que tem o direito a usufruir exclusivamente das suas utilidades, logo, as regras 3, 4 e 5 são absurdas”. O mesmo se dirá em relação à titularidade de bens que não são coisas, por exemplo, bens de personalidade¹²⁸, desde que o direito que sobre eles incide seja absoluto, pois a exclusividade é inerente à noção de ‘direito absoluto’¹²⁹.

¹²⁸ Utilizando um exemplo relacionado com um direito de personalidade, EPSTEIN realça que as pessoas não beneficiam as outras pelo facto de não as assassinares, embora tivessem a capacidade para o fazer, como aconteceria se a vida não fosse um bem de aproveitamento exclusivo do seu titular. Como refere o autor, “*There are no good citizen awards (one hopes) for not murdering during the past calendar year*”. Cf. RICHARD A. EPSTEIN, “The Ubiquity...”, cit., p. 3.

¹²⁹ O que acabámos de dizer poderia, no entanto, já não ser verdade, se a vantagem em causa não fosse uma daquelas que inequivocamente se inclui no conceito de uso, fruição ou disposição exclusiva. Neste sentido, PAOLO GALLO explica que, para qualificar uma utilização de uma vantagem como indevida, não basta demonstrar que o bem do qual ela resulta é da propriedade de um terceiro, mas que essa utilidade lhe é destinada em exclusivo. O autor refere, como exemplo, uma casa: não é permitido utilizar uma casa alheia, viver lá, mas não há qualquer impedimento a que se admire a sua fachada ou mesmo que se tire fotografias, assim como a que se aproveite a sombra que as árvores do seu quintal fazem para o passeio público. No mesmo sentido, MENEZES LEITÃO explica que é impossível o proprietário de uma casa de impedir que alguém lhe tire fotografias, pois essa utilidade não se destina em exclusivo ao titular do direito. No entanto, excluindo estas situações marginais, na

Em suma, a grande diferença entre os casos que implicam um dano e os casos que implicam uma vantagem, é que, enquanto nos primeiros casos estão sempre em causa (pelo menos) duas partes, cada uma com o seu direito sobre bens diferentes, cujo aproveitamento faz com que os seus interesses “choquem”, sendo a função do Direito decidir qual prevalece – o que corresponde, na linguagem coaseana, a decidir quem tem o *direito* -, já nos segundos casos está em causa apenas um bem e o aproveitamento de uma utilidade específica desse bem, o que significa que já não procuramos decidir qual é o direito que *prevalece*, mas sim, verdadeiramente, quem tem o único direito que é possível, em exclusivo, incidir sobre esse mesmo bem.

Nesse sentido, poderia parecer que as regras 3, 4 e 5 são necessariamente inaplicáveis aos casos de benefícios, por pressuporem que todas as pessoas podem usar livremente todos os bens (seja quem for o seu titular), o que é incompatível com o conceito de propriedade privada. No entanto, isto não é verdade: as regras 3, 4 e 5 não negam a propriedade privada, mas apenas a exclusividade como sua característica inerente. Efectivamente, as regras 3, 4 e 5 permitem que um indivíduo adquira a exclusividade (pagando aos outros para não usarem o seu bem), embora esta não faça parte do seu direito “de propriedade”. Assim, quando perguntamos se é o titular do bem que tem o direito a utilizá-lo exclusivamente ou se são as restantes pessoas que têm direito a usá-lo livremente, aquilo que se pergunta não é se há ou não direito à propriedade privada, mas sim se a exclusividade é uma característica deste direito ou se é meramente uma condição que o seu titular pode adquirir (através da negociação ou da imposição). Imaginemos que B tem o direito de propriedade sobre uma casa, mas que esse direito não tem a

maioria dos casos a vantagem inclui-se dentro do conteúdo essencial do direito de propriedade. V. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, I, cit., p. 437; e PAOLO GALLO, *L'Arricchimento...*, cit., pp. 396-397 (nas suas palavras, “*la titolarità di una situazione di appartenenza non comporta necessariamente l'esclusiva di tutte le utilità insite nella cosa*”).

característica da exclusividade, e que A é um indivíduo que não qualquer direito sobre a casa, mas que a pode utilizar livremente, visto que, naquele ordenamento jurídico hipotético, o direito de propriedade de B não fornece ao seu titular o direito de aproveitar o bem de forma exclusiva. Neste sentido, o direito de A retirar vantagens da casa poderia ser comprado por B, que pagaria para que A não a usasse (regra 3), ou B poderia impor a A que não utilizasse mais a sua casa, desde que pagasse uma determinada quantia (regra 4), ou A poderia forçar B a comprar-lhe o direito de não usar aquela casa, ainda que B não o quisesse (regra 5). É por tudo isto parecer pouco credível que EPSTEIN qualifica uma realidade em que as coisas se passassem nestes termos como um *mundo de pernas para o ar* (“*topsy-turvy world*”¹³⁰).

No entanto, este mesmo autor explica que, aparentemente, sem custos de transacção, haveria o mesmo incentivo às trocas quer o direito de propriedade tivesse, inerentemente, a característica da exclusividade, quer este tivesse de ser adquirido pelo seu titular, pagando para que outro indivíduo não utilizasse o seu bem¹³¹. Imaginemos que B é proprietário de uma laranjeira, tendo o seu direito a característica da exclusividade: quando A se aproxima de B para lhe comprar uma laranja, por 1€, nenhuma das partes deve nada à outra; assim, depois de A a adquirir, ficará com menos 1€ no seu património. Imaginemos agora que B é proprietário da laranjeira, mas que, como o seu direito não tinha a característica da exclusividade, este acordou com A pagar-lhe 100€ para que este não tirasse nenhuma laranja, sendo que este valor seria reduzido em 1€ por cada laranja que A tirasse: quando A se aproxima de B para lhe pedir uma laranja, B deve a A 100€; assim, depois de A a adquirir, ficará com menos 1€ no seu património, pois B só lhe deverá 99€. Este exemplo deixa claro que a decisão de A adquirir ou não

¹³⁰ V. RICHARD A. EPSTEIN, “The Ubiquity...”, cit., p. 4.

¹³¹ V. RICHARD A. EPSTEIN, “The Ubiquity...”, cit., p. 4.

uma laranja não sofre alteração, em termos de incentivos, por a exclusividade fazer, ou não, parte do conceito de ‘propriedade’. Em ambos os casos sacrificará 1€.

No entanto, WITTMAN afasta a ideia de que o resultado é o mesmo (com base num exemplo semelhante), explicando que os custos de transacção aumentam consideravelmente quando a exclusividade tem de ser adquirida pelo proprietário, porque exige que tenha sido previamente fixado o valor de 100€ – pelo acordo entre A e B ou por uma instituição estadual que consiga calcular adequadamente este valor –, enquanto na hipótese em que a exclusividade é inerente à propriedade o valor inicial é sempre de zero¹³² – não sendo necessário negociá-lo, nem fixá-lo.

Contudo, EPSTEIN acrescenta ainda outro motivo¹³³: como a exclusividade é um conceito que tem por referência não apenas uma relação bilateral – entre o proprietário (B) e o *taker* (A) –, mas multilateral, pelo que B teria de pagar a todos os cidadãos do mundo que eventualmente pudessem vir a interferir com a sua laranjeira para não a utilizarem, isto significa que, quanto mais produtivo B se tornasse (quanto mais laranjeiras plantasse ou mais laranjas a sua laranjeira produzisse), mais dinheiro teria de pagar ao resto do mundo. Neste sentido, embora os incentivos de A para comprar uma laranja pudessem, de facto, ser os mesmos, os incentivos para B produzir as laranjas diminuiriam drasticamente num mundo em que a propriedade privada não implicasse a exclusividade da utilização das vantagens associadas ao bem.

Podemos, assim, concluir que a consagração pelo legislador de regras 3, 4 e 5, que assentam na atribuição, àqueles que não são titulares do bem, do direito a utilizá-lo livremente, provocaria um conjunto infundável de complicações nas transac-

¹³² V. DONALD WITTMAN, “Liability for Harm or Restitution for Benefit?”, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 13, n.º 1, (Jan. 1984), (pp. 57-80), p. 69.

¹³³ V. RICHARD A. EPSTEIN, “The Ubiquity...”, cit., p. 5.

ções económicas, que incentivaria, em última análise, a que ninguém produzisse nada, o que criaria uma sociedade caracterizada, nas palavras de EPSTEIN, por “*perfect equality and total starvation*”¹³⁴. Note-se que, embora os exemplos que demos nos últimos parágrafos tenham sido sempre de situações em que o *entitlement* era atribuído ao *taker*, e protegido por uma *liability rule*, KAPLOW e SHAVELL ressalvam que os mesmos resultados negativos, mas em muito maior proporção, seriam provocados por uma *property rule*¹³⁵. É, por isso, economicamente racional rejeitar as regras 3, 4 e 5.

Neste sentido, a questão de saber se há ou não direito a restituição coloca-se quando o indivíduo, que aproveita as vantagens, não é o titular do direito de propriedade sobre o bem, pelo que não há título jurídico para receber aquele benefício¹³⁶.

Importa, assim, voltarmos às normas do Direito português que estudámos no capítulo 2, e tendo em conta o quadro de regras que vimos anteriormente, podemos concluir que: (i) as regras que provocam enriquecimentos forçados, impondo ao enriquecido o pagamento de uma certa quantia por um benefício que não contratou, correspondem sempre a regras 2 ou regras 6, conforme o enriquecido seja, respectivamente, o sujeito activo ou passivo; (ii) as regras que protegem o enriquecido contra enriquecimentos forçados, não criando a obrigação de

¹³⁴ Cf. RICHARD A. EPSTEIN, “The Ubiquity...”, cit., p. 5. Acerca de questões conexas com esta, nomeadamente a possibilidade de o Estado, unilateralmente, realocar os recursos quando os custos de transacção são elevados, v. RONALD M. DWORKIN, “Is Wealth a Value?”, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, n.º 2, (Mar.1980), (pp. 191-226), em especial pp. 200 ss. (a questão torna-se particularmente interessante precisamente quando o que está em causa é a atribuição a outrem do direito à força do trabalho de um indivíduo – ou seja, a escravatura)

¹³⁵ V. LOUIS KAPLOW; e STEVEN SHAVELL, “Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis”, in *Harvard Law Review*, vol. 109, n.º 4, (Feb.1996), pp. 713-790, pp. 757-758, notas 124 (que se refere a uma *liability rule* “normal”) e 125 (que diz respeito a uma *reverse liability rule*).

¹³⁶ V. NIVA ELKIN-KOREN; e ELI M. SALZBERGER, “Towards an economic theory unjust enrichment law”, in *International Review of Law and Economics*, vol. 20, (2000), (pp. 551-573), p. 557.

pagar qualquer quantia, correspondem a normas especiais que manifestam a existência de apenas uma regra de tipo 1 (qualquer aproveitamento de uma vantagem tem de ser negociado com ou pelo seu titular), rejeitando expressamente a aplicabilidade de princípios de tipo 2 ou 6 às situações reguladas.

Como no início deste capítulo constatámos que as *liability rules* deveriam ser utilizadas quando os custos de transacção fossem elevados, e as *property rules* quando fossem reduzidos, podemos agora concluir que o legislador só deverá consagrar regras que imponham a restituição – promovendo o enriquecimento forçado (*liability rules* de tipo 2 ou 6) – quando os custos de transacção forem elevados. Pelo contrário, sempre que os custos de transacção forem reduzidos, a lei não deverá dar ao empobrecido o direito à restituição¹³⁷, porque isso incentivaria os indivíduos a defraudarem as transacções voluntárias no mercado, o que juridicamente se traduz numa violação injustificada da autonomia privada (e, mais especificamente, da liberdade contratual), e economicamente significa a opção por uma solução menos eficiente – visto que, como referimos, à partida o acordo de vontades entre as partes assegura a maximização do bem-estar total, ao contrário de uma transacção imposta do exterior (cujo valor de troca é fixado por um juiz).

No capítulo 4 analisaremos, em concreto, se esta ponderação entre os custos de transacção e o tipo de protecção do titular do direito de propriedade (com exclusividade) foi ou não

¹³⁷ Neste sentido, v. ARIEL POURAT, “Private...”, cit., p. 197, que afirma: “*There is a straightforward rationale to making the implausibility of reaching an agreement (or, in economic terms, high transaction costs) a requirement for imposing a restitution duty. Absent this condition, conferring unrequested benefits would replace consensual transactions. In practical terms, then, this condition mandates that, whenever a consensual transaction is plausible, the benefactor should not be able to take the restitution path.*”; BOUDEWIJN BOUCKAERT; e GERRIT DE GEEST, “Private...”, cit., p. 475; CHRISTOPHER T. WONNELL, “Unjust Enrichment and Quasi-Contracts”, in BOUDEWIJN BOUCKAERT; e GERRIT DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II – *Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2000, (pp. 795-807), p. 795; ROBERT A. LONG, JR., “A Theory of Hypothetical Contract”, in *The Yale Law Journal*, vol. 94, (1984), (pp. 415-434), pp. 420-422.

correctamente feita pelo legislador português. No entanto, antes de partirmos para essa análise, há ainda uma última questão a tratar.

3.4 A LIMITAÇÃO DA APLICAÇÃO DE *LIABILITY RULES* PELO CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA

Depois de limitarmos as situações em que o legislador pode consagrar imposições de restituição àquelas em que os custos de transacção são muito elevados, constatamos que, ainda assim, os efeitos dinâmicos sobre os incentivos podem ser contrários àquilo que a ordem jurídica pretende promover. Embora o objecto do nosso estudo seja o aproveitamento de benefícios não desejados, nem toda a produção de benefícios deve ser incentivada.

Quando afirmamos que as externalidades positivas devem ser internalizadas – permitindo que aquele que a produziu se faça pagar por ela –, a ideia é incentivar aquele que beneficia terceiros com a sua actividade¹³⁸ (ou outros que se dispõem a fazer o mesmo), para não haver uma produção sub-ótima, mas uma produção ótima. Ora, se não queremos incentivar os empreiteiros a alterarem o plano convencionado sem autorização, então não devemos internalizar este benefício (que, em última análise, deveria até ser desincentivado).

Veja-se o seguinte exemplo: a lei ainda qualifica como ‘gestão de negócios’ aquela que é levada a cabo em contrariedade com o interesse e a vontade real ou presumível do dono do negócio (gestão de negócios irregular); assim, a compensação do gestor será a mesma quer conheça a vontade real do dono e escolha agir em contrariedade com ela, quer desconheça a vontade real, tenha presumido qual seria, e tenha errado. Presumindo que o dono do negócio estava em coma e que, por isso, os custos de transacção eram proibitivos, há, então, que

¹³⁸ V. FERNANDO ARAÚJO, *Introdução...*, cit., p. 56.

verificar se a imposição do pagamento de uma quantia é, ou não, eficiente. De acordo com o que acabámos de dizer, o critério utilizado pelo julgador deve ser diferente nos casos em que o gestor conhece a vontade real do dono, daqueles em que este tem de procurar presumi-la. Uma ordem jurídica que protege a liberdade contratual negativa deve desincentivar totalmente qualquer gestão de negócios contra a vontade do dono conhecida pelo gestor. Pelo contrário, assumindo que a ordem jurídica portuguesa considera a gestão de negócios um instituto que promove a entreajuda entre os cidadãos, seria errado aplicar o mesmo critério às situações em que o gestor desconhece a vontade real do dono, porque a aplicação, nesses casos, de um critério puramente subjectivo, que tivesse em conta as suas vontades improváveis, que o gestor não tinha como conhecer, desincentivaria qualquer indivíduo a gerir negócios alheios, o que é precisamente o contrário do que se pretende com a consagração legal desta fonte de obrigações¹³⁹.

Assim, parece-nos que o ideal será encontrar uma solução mista que exija critérios diferentes, dependendo da teleologia dos institutos, para se admitir a imposição do pagamento de uma quantia ao enriquecido, nas situações em que não foi este quem provocou o enriquecimento: quando o enriquecimento tenha sido causado por um comportamento que o Direito deve incentivar, é suficiente a verificação de que existem elevados custos de transacção; pelo contrário, quando o enriquecimento tenha sido resultado de um comportamento que o Direito não deve incentivar, terá de se preencher ainda um segundo requisito, para ser exigível o pagamento do preço onde não existe um contrato prévio.

A este propósito, há que recordar a posição de LONG segundo a qual a restituição só deve ser imposta se se traduzir numa melhoria paretiana, isto é, se ambas as partes ficarem numa posição mais favorável do que se a transacção não tives-

¹³⁹ V. *supra* n.º 2.1.2.

se sido realizada¹⁴⁰. A tese de LONG pretende associar a restituição à teoria do contrato hipotético¹⁴¹. O contrato hipotético é aquele que o tribunal escreve pelas partes porque está convencido de que ambas teriam acordado no seu conteúdo se os custos de transacção fossem reduzidos, neste caso, se, no momento em que houve aproveitamento de uma vantagem, o enriquecido estivesse disposto a pagar por ela¹⁴². Assim, o primeiro requisito para o juiz poder impor um contrato hipotético é os custos de transacção serem muito elevados, pois, caso contrário, como já referimos, sendo as partes os melhores juízos dos seus interesses, a inexistência de contrato traduziria a falta de vontade de uma delas em disponibilizar ou adquirir aquele benefício. O segundo requisito é a eficiência, segundo o critério de Pareto. O motivo para esta exigência é simples: se o juiz deve escrever o contrato que as partes teriam celebrado, e se as partes só realizam transacções se ambas estiverem convencidas de que este as deixa numa posição melhor (ou igual¹⁴³) do que aquela em que estavam anteriormente, então o contrato hipotético só pode ser escrito se colocar ambas as partes numa posição melhor do que estariam se a transacção não se tivesse realizado, por os custos serem muito elevados¹⁴⁴. Como refere o autor, “*the Pareto criterion provides an evidentiary basis for the conclusion that the party would have been willing to pay*”¹⁴⁵. Assim, se o enriquecido disser que preferia não aproveitar aquele benefício e ficar com o dinheiro, a transacção onerosa não se poderá rea-

¹⁴⁰ V. ROBERT A. LONG, JR, “A Theory...”, cit., p. 415.

¹⁴¹ Neste sentido, v. ROBERT A. LONG, JR, “A Theory...”, cit., p. 415.

¹⁴² V. ROBERT A. LONG, JR, “A Theory...”, cit., p. 420, nota 34.

¹⁴³ Como é sabido, considera-se haver uma melhoria de Pareto ainda que uma das partes fique igual e a outra fique melhor. No entanto, por uma questão de facilidade de exposição (para não termos sempre de repetir “melhor ou igual”), referir-nos-emos sempre a “melhor”, devendo aí ler-se ambas as possibilidades.

¹⁴⁴ Notando que nas situações em que se impõe o enriquecimento a lei não se preocupa com a existência de uma melhoria paretiana, v. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria...*, cit., p. 143.

¹⁴⁵ Cf. ROBERT A. LONG, JR, “A Theory...”, cit., p. 423.

lizar; não se podendo retirar o benefício, simplesmente não terá de pagar por ele¹⁴⁶.

Para além disso, LONG fixa o significado de ‘ficar numa melhor posição’, determinando que não se trata apenas de riqueza, mas de outras preferências subjectivas que o enriquecido pudesse ter em conta ao contratar, desde que essas preferências sejam comuns a todos os seres humanos (neste caso já não parece estar em causa um critério subjectivo, mas sim objectivo) ou que, não o sendo, tenham sido adequadamente manifestadas anteriormente. Neste sentido, o autor defende que se certo indivíduo já exteriorizou a sua vontade de não continuar a viver, não deve ter de pagar a quem o salvou; do mesmo modo¹⁴⁷, se o enriquecido teria preferido a liquidez à vantagem de que usufruiu, não deve ter de restituir¹⁴⁸. De acordo com estes exemplos, a gestão de negócios regular deveria dar lugar ao pagamento de uma quantia pelo dono do negócio, mas a irregular – contra o interesse e vontade, real ou presumível, do dono do negócio – já não.

Podemos concluir que a exigência de que a transacção se traduza numa melhoria paretiana protege os indivíduos de contratos que eles não celebrariam se os custos de transacção fossem reduzidos, ou seja, protege totalmente a liberdade contratual negativa. Se uma das partes ficar pior, ainda que a outra fique beneficiada o suficiente para compensar, então as partes não teriam chegado a acordo, logo, não há lugar a restituição.

¹⁴⁶ No context um pouco distinto, DANIEL FRIEDMAN dá conta de uma decisão jurisprudencial - *Berry & Gould v. Berry*, 757 A.2d 108, 118 (Md. 2000) – na qual se considerou que “*restitution should not be granted to create a liability which the plaintiff could not achieve by bargaining*”. Cf. DANIEL FRIEDMANN, “Unjust ..., cit., p. 847, nota 72.

¹⁴⁷ V. ROBERT A. LONG, JR, “A Theory..., cit., pp. 423-427.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, WONNELL defende que seria importante o tribunal ter em conta o prejuízo causado pela iliquidez ao enriquecido, e ter isso em conta para que, no final da transacção, ele não fique *worst off*, ou pelo menos para que esse prejuízo balance com o benefício para quem receberá a restituição. V. CHRISTOPHER T. WONNELL, “Unjust..., cit., p. 802.

Neste sentido, o que se exige é que o dinheiro que o enriquecido pagará seja compensado pelo benefício que recebeu; caso contrário, poderá manter o benefício (visto que não é possível devolvê-lo) sem pagar nada por ele.

Assim, se a vantagem da teoria do contrato hipotético é o respeito pela autonomia privada, o seu principal defeito são, parece-nos, os sinais que dá ao mercado e os efeitos dinâmicos sobre os incentivos. No estudo que já citámos, WITTMAN começa, precisamente, por qualificar a restituição como um incentivo positivo e a indemnização como um incentivo negativo¹⁴⁹. Se a sociedade considera valioso que alguém possa arranjar a casa do seu vizinho em coma para evitar que o telhado caia, o reembolso das suas despesas não pode ficar condicionado à vontade do dono da casa, desconhecida pelo agente. O motivo é simples: se, no momento em que pondera arranjar a casa, o vizinho souber que os seus gastos não serão reembolsados se o dono tiver manifestado a alguém, um dia, a sua estranha vontade de que o tecto caísse, então, naturalmente, preferirá não correr o risco de ter prejuízos que não são compensados. Podemos concluir que, com elevada probabilidade, o vizinho decidirá não arranjar o telhado se não tiver a certeza de qual o valor que este tem para o dono da casa (trata-se de uma atitude típica de dilema do prisioneiro, causado pelo desconhecimento de qual será o comportamento da outra parte, ou, neste caso, a vontade da outra parte). Ora, este conhecimento seria possibilitado pela negociação, mas esta é impedida pelos elevados custos de transacção – neste caso, pela indisponibilidade do dono da casa para negociar. Em consequência, o telhado acabará por cair. Assim, uma destruição de propriedade que poderia ter sido evitada, será provocada pelos incentivos errados que um excesso de valorização das opções subjectivas da contraparte pode causar.

Neste sentido, parece-nos que o critério do contrato hipo-

¹⁴⁹ V. DONALD WITTMAN, “Liability...”, cit., p. 57.

tético deve ser aplicado às situações em que, embora os custos de transacção sejam elevados, o enriquecimento surge como consequência de um comportamento que o Direito quer desincentivar. Se, como vimos, a regra de que só há lugar a restituição quando esta concretizar uma transacção que ambas as partes teriam querido realizar, se os custos de transacção fossem menores, tem como principal problema desincentivar atitudes altruístas que a lei deve promover, então este deve ser o critério aplicável às situações que a ordem jurídica quer desincentivar.

Concluindo, parece-nos que sempre que estivermos perante uma situação em que, *ex ante*, o ordenamento jurídico considere que a actuação que provocou aquele benefício na esfera de terceiro deve ser incentivada, o critério para a restituição deve ser menos exigente do que nos casos em que a actuação é sempre reprovável (pelo que a eventual coincidência com a vontade subjectiva do enriquecido será mero acaso). Nestes últimos casos, o enriquecido só será obrigado a pagar quando esta realocação de recursos se traduzir numa melhoria paretiana – o que, se quisermos ser exactos, faz com que estejamos perante uma transacção involuntária, mas não perante um ‘enriquecimento forçado’ *stricto sensu*, pois, embora o enriquecido não o tenha desejado *ex ante*, tê-lo-ia requerido se tivesse sido possível, pelo que nada está a ser imposto contra a sua vontade. Nos casos que o Direito queira incentivar, não é necessário que este critério se preencha, sendo suficiente a constatação de que era muito custoso ou impossível *ex ante*, chegar a uma solução contratual.

Posto isto, é necessário definir quais as situações em que a ordem jurídica quer incentivar certo agente económico a enriquecer outrem sem o seu consentimento, dando-lhe a garantia de uma restituição. Estas serão apenas de dois tipos: (i) situações em que há “necessidade” da actuação¹⁵⁰ - onde se enqua-

¹⁵⁰ Neste contexto, o termo ‘necessidade’ é utilizado no sentido em que uma das partes ficaria numa situação muito desfavorável se a lei desincentivasse a transferên-

dra a gestão de negócios sem conhecimento da vontade real do dono, mas que é levada a cabo em conformidade com o seu interesse e vontade presumida¹⁵¹ (é “necessário” porque o dono do negócio está impedido de agir), e a realização de benfeitorias necessárias nos casos de monopólio bilateral (é “necessário” por o possuidor precisar de reagir contra a inércia do proprietário na conservação da coisa) -, e também (ii) situações de erro não culposo (nem doloso nem negligente)¹⁵². Estas últimas justificam-se pela necessidade de evitar custos adicionais gerados pelo excesso de zelo, e pela desproporcionalidade que se-

cia da vantagem. No caso da gestão de negócios, são os donos que ficam prejudicados se não houver gestores a intervir; no caso das benfeitorias necessárias, são os possuidores das coisas que ficam prejudicados se não puderem realizar as benfeitorias necessárias à sua conservação. Note-se que não é o mesmo sentido com que o termo ‘necessity’ é normalmente utilizado na doutrina norte-americana - relacionada com as situações de coacção e usura. Neste último sentido, v. P. CSERNE; e A. SZALAI, “On the necessity of necessity: An economic analysis of contracts concluded in a situation of need”, in *Silesian Journal of Legal Studies*, vol. 2, n.º 1, (2010), pp. 11-25: “*In this spirit, we suggest the following economic (incentive-based) definition of necessity, for the pragmatic purposes of contract regulation: the term necessity should refer to cases when price control is the optimal policy to minimize social costs, considering the incentive effects on the class of potential rescuers and victims*”.

¹⁵¹ Note-se que na grande maioria das vezes o interesse e a vontade presumida coincidem com a vontade real, pelo que não se deve desincentivar o gestor a proteger a propriedade ou a pessoa do dono só porque desconhece a sua vontade real.

¹⁵² O critério da culpa deverá ser o mesmo que é utilizado na responsabilidade civil. Em Portugal, este é o do *bonus pater familias*, embora nos pareça extremamente interessante, e muito útil neste âmbito, a regra de *Learned Hand* segundo a qual, simplificada, um comportamento é negligente se o custo de o evitar for inferior ao prejuízo que resulta para a “vítima” (que, neste caso, seria o enriquecido, por ter de pagar). Assim, este critério daria resposta, por exemplo, àquelas situações em que o destinatário da transferência gastou o dinheiro em despesas que nunca teria realizado se soubesse que o dinheiro na sua conta não era, na verdade, seu, pois nesses casos o prejuízo será superior ao custo que teria a prevenção, pelo que não deveria haver obrigação de restituir. Acerca desta regra e da fórmula em que se traduz, v. STEPHEN G. GILLES, “On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury”, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, n.º 3, (2001), pp. 813-861. V. também FERNANDO ARAÚJO, *Teoria...*, cit., pp. 846-855.

ria, muitas vezes, expropriar o empobrecido¹⁵³, por um simples erro que cometeu sem culpa¹⁵⁴. Assim, por exemplo, no caso que demos anteriormente com um erro numa transferência bancária, provavelmente o custo de evitar será reduzido (embora, provavelmente, o prejuízo para o enriquecido de o devolver também seja reduzido, excepto se o enriquecido tiver tomado atitudes confiando naquela nova riqueza¹⁵⁵), e um homem médio seria diligente, pelo que o erro deveria ser considerado negligente. Como as condutas negligentes devem ser desincentivadas, a estes casos aplica-se o critério paretiano. Já se não tivesse havido culpa, o ordenamento jurídico estaria a passar a mensagem de que os agentes económicos só têm de ter a diligência de um homem médio no evitar de danos (pois um dano causado sem culpa não dá lugar, regra geral, a responsabilidade civil), mas já teriam de ter uma diligência muito superior (total!) em evitar conferir benefícios indesejados a terceiros. Assim, se sabem que se provocarem, ainda que com erro desculpável, benefícios a terceiros, nunca verão o enriquecimento restituído, tornar-se-ão excessivamente zelosos, e gastarão recursos (escassos) a prevenir erros, mais do que aquilo que seria recomendável. Consequentemente, quando o erro não for culposo, porque os custos de prevenção são muito elevados, não se exigirá que se preencha o critério do contrato hipotético de LONG, tornando-se legítima a violação da liberdade contratual negativa do enriquecido.

Neste sentido, tendo em conta o exemplo da gestão de negócios que demos anteriormente, para a gestão regular e irregular, em que a vontade do dono é presumida, haverá sempre direito a restituição; pelo contrário, nos casos de gestão irregular em que a vontade do dono é conhecida pelo gestor, e con-

¹⁵³ Neste sentido, v. CHRISTOPHER T. WONNELL, “Unjust...”, cit., pp. 801-803.

¹⁵⁴ V. FERNANDO ARAÚJO, *Teoria...*, cit., pp. 812-813.

¹⁵⁵ Ou, nos casos em que o benefício é dado em espécie e a restituição tem de ser feita em dinheiro. Nestes casos, o custo social do erro é superior ao custo privado de o evitar.

trária à gestão, não deve haver lugar a restituição¹⁵⁶. Note-se que isto não significa introduzir qualquer confusão legislativa, na medida em que a própria lei trata de forma diferente as situações em que o gestor “acerta” na vontade subjectiva do dono (gestão regular), daquelas em que a viola (gestão irregular). Esta distinção já revela um tratamento mais favorável das situações em que se pode concluir – por a gestão ter sido conduzida em conformidade com o interesse e a vontade do dono – que ambas as partes teriam celebrado um contrato se tivessem conseguido. Na nossa opinião, deveria ainda ser feita uma distinção entre a gestão irregular com conhecimento da vontade real e a gestão irregular sem conhecimento da vontade real, sendo que só a segunda daria lugar à aplicação do art. 468.º, n.º 2, – e, consequentemente, a uma restituição.

Resumindo, quando o empobrecido provocou o enriquecimento de terceiro, só terá dinheiro ao pagamento de uma quantia (a título de reembolso, restituição ou indemnização), se os custos de transacção fossem elevados *ex ante*. Nos casos em que a actuação que causou o enriquecimento é juridicamente desvaliosa – não em concreto, mas em abstracto – só há lugar a pagamento se ambas as partes ficarem numa melhor situação do que se a transacção não se tivesse realizado. Note-se que, nestes últimos casos, o enriquecimento, embora não requerido *ex ante*, tem de ser desejado *ex post* para haver restituição, pelo que não se pode dizer que haja uma verdadeira imposição.

Note-se que, até agora, falámos sempre em situações em que o empobrecido age, enriquecendo outrem, que terá (ou não) de restituir. Ficam a faltar aquelas situações, inversas da responsabilidade civil, em que é o próprio enriquecido que interfere no património alheio, aproveitando-se de vantagens destinadas em exclusivo a terceiro – no qual se inclui apenas,

¹⁵⁶ Para um resumo da discussão doutrinária, no ordenamento jurídico português, acerca da opção que deve ser tomada quando a vontade subjectiva do dono não coincide com o seu interesse, objectivamente determinado, v. V. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, cit., pp. 493-494.

das situações que estudámos, o enriquecimento por intervenção e algumas situações de acessão de boa fé. A este propósito, ELKIN-KOREN e SALZBERGER constataam que nestes casos a obrigação de restituir é mais “*intuitive*”, pois impende sobre aquele que aproveitou uma vantagem destinada a outrem, do que quando é o empobrecido a criar a vantagem e a impô-la a outrem¹⁵⁷ (como sempre que são feitas despesas em património alheio). Nestes casos, o comportamento do enriquecido também influenciável pelos incentivos criados pela existência ou não de uma norma que impõe a restituição, pelo que o legislador tem de ter em conta estes efeitos dinâmicos¹⁵⁸.

De facto, nestes casos é o indivíduo que interfere, livremente (ainda que em erro), no direito de outrem, retirando proveito de uma vantagem que não lhe era destinada, pelo que, regra geral, deverá haver sempre lugar a restituição (até porque, na maioria dos casos, os custos de transacção serão bastante reduzidos). Há que dizer que, nestes casos, só poderá haver enriquecimento dito “forçado” se o agente activo, quando retira proveito de vantagens alheias, estiver convencido de que lhe são destinadas – apenas nessas situações podemos dizer que o enriquecido não esperava ter de pagar pelo benefício, sendo que, se soubesse, nunca o teria aproveitado. No entanto, é necessário adaptar o que dissemos até agora, na medida em que é inequívoco que (i) há menor necessidade de tutelar o enriquecido quando é ele próprio a agir, e (ii) a analogia com a responsabilidade civil é tão forte que seria incoerente o ordenamento jurídico apresentar soluções diferentes para as duas situações.

Recorde-se que, na responsabilidade civil subjectiva (regra geral), o lesante terá de indemnizar sempre que tenha agido com culpa ou negligência. Assim, também nestes casos o enriquecido deverá pagar pelo benefício sempre que, estando em erro, não o tenha evitado negligentemente. Paralelamente, só

¹⁵⁷ Cf. NIVA ELKIN-KOREN; e ELI M. SALZBERGER, “Towards...”, cit., p. 555.

¹⁵⁸ V. NIVA ELKIN-KOREN; e ELI M. SALZBERGER, “Towards...”, cit., p. 555.

poderá haver restituição se o erro for não culposo, sendo que um homem médio também o poderia cometer. Embora o resultado seja semelhante há, no entanto, uma distinção entre os casos de responsabilidade civil e os casos de aproveitamento de benefícios alheios: enquanto em relação aos primeiros o princípio geral do Direito das obrigações é o de que os prejuízos são suportados por quem os sofre, sendo necessário o preenchimento dos cinco conhecidos requisitos da responsabilidade civil para transferir a responsabilidade para o lesante (entre eles, a culpa), em relação aos segundos o princípio geral é o da restituição de enriquecimentos injustificados, sendo necessário demonstrar-se a ausência de qualquer culpa para que esta possa não ser imposta.

A grande especialidade destes casos é o facto de o agente activo ser quem deve o pagamento, sendo que essa particularidade inverte totalmente a solução: a questão já não é entre um critério exigente (paretiano), que conduz a que quase nunca haja restituição, e um menos exigente, que a confere em algumas circunstâncias, mas sim entre uma regra geral de existência de obrigação de restituir, e um critério que a dispensa em algumas circunstâncias.

Em suma, quando conduz à promoção de comportamentos que se quer que continuem a ser levados a cabo (atitudes altruístas ou ditadas pela necessidade e acções com uma medida suficiente – não excessiva - de diligência e zelo), ainda que com uma certa margem de erro, dar o direito à restituição é economicamente racional; nas outras situações, se houver direito à restituição, a única justificação terá de ser de ordem moral, através do argumento (com que iniciámos esta investigação) de que é errado enriquecer à custa de outrem. No entanto, consideramos que a própria questão moral é duvidosa, na medida em que põe em causa a autonomia privada (o melhor caminho para a eficiência nas trocas), sendo que é, no mínimo, questionável que alguém possa, moralmente, aproveitar bens alheios ou im-

por a outrem que aproveite os seus bens.

3.5 NOTA CONCLUSIVA DO CAPÍTULO 3

Terminamos este capítulo recolocando uma questão formulada por BOUCKAERT e DE GEEST: quais seriam as consequências económicas de inexistirem transacções de benefícios impostas, isto é, sem previsões normativas de enriquecimento forçado?¹⁵⁹. Ou, em termos menos económicos, o “mundo seria melhor” se não se impusesse a ninguém a restituição dos enriquecimentos? A resposta terá de ser em sentido negativo, por tudo o que já referimos

Em primeiro lugar, muitas transacções que beneficiam ambas as partes não se realizariam, por os custos de transacção serem muito elevados. É por este motivo que o primeiro requisito para haver direito e obrigação de restituir é, precisamente, a impossibilidade de *ex ante* se recorrer a uma solução contratual. Em segundo lugar, muitas actuações que o ordenamento jurídico considera valiosas deixariam de se realizar, pois se o potencial agente não sabe se a contraparte irá, ou não, pagar voluntariamente, preferirá proteger-se, não agindo. Por fim, os agentes passariam a incorrer em elevados custos para se proteger de erros, de forma a não correrem o risco de se verem numa situação em que não têm direito a uma restituição.

Assim, podemos concluir que é economicamente racional que a lei force uma transacção de um benefício, obrigando o enriquecido a pagar por ela, nas seguintes situações:

- i) Quando o agente que causa o enriquecimento tenha sido o empobrecido e o comportamento que resultou no benefício deva ser incentivado pelo Direito (situações de necessidade e erro não

¹⁵⁹ Assim, os autores colocam a pergunta: “*What would be the economic consequences of abolishing quasi contracts?*”, cf. BOUDEWIJN BOUCKAERT; e GERRIT DE GEEST, “Private...”, cit., pp. 473-474.

culposo), se os custos de transacção forem elevados a ponto de impedir uma solução contratual (seja por falta de tempo, por a situação se ter constituído em erro, ou por se tratar de um monopólio bilateral);

ii) Quando o agente que causa o enriquecimento tenha sido o empobrecido e o comportamento que resultou no benefício deva ser *ex ante* desincentivado pelo Direito, desde que os custos de transacção sejam elevados, a ponto de impedir uma solução contratual (seja por falta de tempo, por a situação se ter constituído em erro, ou por se tratar de um monopólio bilateral) e a transacção se traduza numa melhoria paretiana;

iii) Quando o agente que causa o enriquecimento tenha sido o próprio enriquecido, excepto se o benefício tiver sido aproveitado numa situação de erro não culposo (nos mesmos termos da responsabilidade civil).

4. CONCLUSÕES

4.1 A EFICIÊNCIA DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES PORTUGUÊS NA REGULAÇÃO DAS SITUAÇÕES DE ENRIQUECIMENTOS NÃO SOLICITADOS

Visto que, no capítulo anterior, concluímos em que situações, e de que modo, é que a economia “recomenda” ao Direito que imponha enriquecimentos, devemos agora voltar a debruçar-nos sobre as soluções que o legislador português consagrou no Código Civil. Sendo que já as qualificámos sob a perspectiva da sua configuração (na tricotomia de CALABRESI e MELAMED), analisaremos agora a sua eficiência: de acordo com os requisitos que apontámos anteriormente, as regras do Direito das obrigações português que descrevemos no capítulo 2 são economicamente racionais?

Analisaremos brevemente cada um dos casos anteriormente expostos à luz dos requisitos apontados: custos de transacção e critério de eficiência, tendo em conta os efeitos dinâmicos sobre os incentivos.

i) *Caso A*: a situação não especificava as circunstâncias em que A ocupa a casa de férias de B. Podemos conceber duas hipóteses:

a. A está de má fé, sabe que não tem qualquer título jurídico para utilizar a casa, mas fá-lo de qualquer forma. Nesse caso, A poderia ter negociado com B e contratado (por exemplo, o arrendamento da casa), com baixos custos de transacção. Assim, deveria haver lugar a restituição. Nestes casos, uma aplicação literal do n.º 1 do art. 479.º, que determina a restituição, conduziria a um resultado eficiente, se interpretado de forma a que fosse devido o valor de mercado da utilização daquela casa; pelo contrário, se se recorrer a teorias como a do duplo limite, sendo o empobrecimento de B igual a 0 (pois não a teria utilizado, nem arrendado, etc.), não haveria, em concreto, lugar a qualquer restituição, o que é ineficiente do ponto de vista económico, e inconstitucional, do ponto de vista jurídico, pois viola a autonomia privada sem um motivo ponderoso;

b. A está de boa fé, pois estava convencido de que tinha título jurídico para utilizar aquela casa. No entanto, estava em erro. Não sabemos qual o motivo do erro, mas vamos pressupor que esse erro não é negligente. Nesse caso, visto que a ordem jurídica não deve incentivar os agentes económicos a co-

locarem esforços excessivos a tentar evitar erros, a condição para haver restituição deve ser mais leve. Assim, ainda que A nunca tivesse usado a casa se soubesse que tinha de pagar por ela, fica obrigado à restituição. Só o caso concreto nos pode, assim, fazer concluir se a obrigação de restituir imposta pelo art. 479.º, n.º 1 é, ou não, eficiente.

ii) *Caso B*: B está, claramente de má fé, pois sabe que os seus serviços de lavagem de carros não foram solicitados e os custos de transacção são muito reduzidos. Assim, mesmo que A tivesse interesse em lavar o carro, não deverá haver obrigação de restituir, pois B defraudou intencionalmente os mecanismos de mercado que estavam à sua disposição a baixos custos. Assim, o direito à restituição do enriquecimento que o art. 479.º, n.º 1 atribui a B provoca incentivos errados aos agentes económicos.

iii) *Caso C*: estando B numa situação de erro quando entrega as garrafas de vinho à porta de casa de A, os custos de transacção são muito elevados, pois não seria possível já ter negociado e contratado com A previamente. Como vimos anteriormente, só se deve exigir que a transacção beneficie ambas as partes se o erro for negligente (isto é, se os custos de o evitar fossem inferiores ao prejuízo que foi causado à outra parte). Assim, neste caso, parece que o custo de ter atenção ao número da porta na qual se deixam garrafas de vinho seria bastante reduzido, pelo que B foi negligente. Tendo sido negligente, para ter direito à repetição do indevido terá de se verificar que A teria querido celebrar o contrato, se os custos de transacção fossem reduzi-

dos. A imposição da repetição decorre do art. 476.º, n.º 2 sendo que, de acordo com o nosso critério, a adequação económica (ou não) desta norma dependerá da diligência do devedor em erro. Recorde-se que MENEZES CORDEIRO justifica o facto de esta norma não exigir o erro desculpável do dever na ideia de que a lei faz recair sobre o receptor o ónus de rejeitar uma prestação que não lhe seja devida. Para o autor, como já referimos, alguém que recebe uma prestação que não lhe é devida ou está de má fé ou está numa situação de erro indesculpável, pelo que não merece ser protegido. Como referimos anteriormente, se o credor estiver de má fé, isso significa que os custos de transacção são, afinal, reduzidos, pelo que terá sempre de repetir o indevidamente recebido. No presente caso, haveria que determinar se o credor foi negligente ao ter considerado que as garrafas se tratavam de um presente.

No entanto, há algumas situações em que o enriquecido que recebe a prestação não consegue impedir o seu enriquecimento (imagine-se, por exemplo, que o devedor pinta a parede exterior de uma casa sem que o proprietário se aperceba). Nesses casos, já não há motivo para a lei impor a repetição, com o argumento de que o suposto credor não deveria ter recebido uma prestação que não existia. Se estivéssemos perante um desses casos em que o enriquecido não estava de má fé, e não foi negligente, não haveria nada a restituir, de acordo com a aplicação do n.º 2 do art. 479.º (que, recorde-se, MENEZES LEITÃO admite que se aplique à repetição do indevido), pois, no momento em que é pedida a A a restituição das garrafas, estas já tinham sido bebidas. Assim, nestes casos, a lei já não pare-

ce conduzir a resultados eficientes, porque obriga um suposto devedor, em erro não culposo, a sofrer o prejuízo do seu erro, sem qualquer compensação, enquanto outro indivíduo enriquece à sua custa – o que provoca um excesso de zelo por parte de todos os cidadãos que possam, um dia, vir a encontrar-se na posição de B.

iv) *Caso D*: B sabe que os seus serviços médicos não foram contratados, mas A está numa situação em que é impossível a negociação prévia. Assim, os custos de transacção são muito elevados. Sendo que a atitude de A é valiosa aos olhos do Direito, devendo ser promovida, visto que protege um bem essencial (a vida humana), deverá haver lugar a restituição. Assim, a regra do art. 468.º, n.º 1, que determina que B tem direito a exigir o reembolso das despesas suportadas é economicamente racional. A resposta manter-se-ia, ainda que B tivesse manifestado aos seus amigos, na véspera, a sua vontade de morrer.

Visto que B exerceu, na gestão, a sua actividade profissional, teria direito a uma remuneração, nos termos do art. 470.º. Esta compensação é economicamente eficiente, pois B receberia essa quantia se os custos de transacção fossem reduzidos, e tivesse havido a possibilidade de A contratar os seus serviços médicos. Assim, utilizando a terminologia de LONG, o juiz poderia “reescrever” o contrato que inexistiu entre as partes, mesmo contra a vontade eventual de A (caso desejasse morrer).

v) *Caso E*: na medida em que C desconhece se A quereria ou não que o seu telhado fosse arranjado, o natural seria presumir que um homem médio o desejaria. Sendo impossível obter o seu con-

sentimento expresso, os custos de transacção são proibitivos. Neste sentido, é racional que a lei imponha a realização da transacção, visto que a atitude do vizinho C é uma atitude a promover pelo Direito, por salvar o património alheio. Neste sentido, mesmo que A quisesse que o telhado caísse, e nunca tivesse pago pela reparação, deverá haver restituição.

vi) *Caso F*: D conhecia a vontade de A, sabendo que este não pretendia arranjar as canalizações. Assim, neste caso, embora os custos de transacção fossem proibitivos, pois é impossível negociar com alguém em coma, o comportamento de D não deve ser incentivado pelo Direito. Mais do que pelos custos de transacção serem elevados, neste caso a solução contratual é impedida pela falta de interesse de A em realizar a transacção. Neste sentido, ainda que a casa tenha ficado valorizada no mercado, D não deveria ter direito a qualquer restituição, pois defraudou intencionalmente os mecanismos de mercado, atitude que deve ser desincentivada pela lei. Neste sentido, a aplicabilidade do art. 468.º, n.º 2 às situações em que o gestor actua em contrariedade com a vontade real (conhecida) do dono não é economicamente racional.

vii) *Caso G*: B era possuidor de má fé, e, para além disso, o arranjo da bicicleta não era urgente o suficiente para não esperar pelas diligências de A (locador). No entanto, nos termos do art. 1273.º, n.º 2, B tem direito a uma quantia calculada de acordo com as regras do enriquecimento sem causa. Embora se trate de uma benfeitoria necessária, não nos parece que esta atitude de B seja um comportamento a incentivar. Já o seria se, por exemplo, o loca-

dor estivesse em mora quanto à sua obrigação de reparar a bicicleta, recusando-se a fazê-lo, e, por exemplo, B precisasse deste meio para se deslocar para o emprego. Nestes casos, havendo uma situação de monopólio bilateral, em que o locador parece estar a exercer o seu forte poder negocial (por ser o dono da bicicleta) para prejudicar B, já seria de incentivar o arranjo da bicicleta pelo locatário. No entanto, a lei prevê estas situações no art. 1036.º, pelo que, continuar a obrigar o locador a pagar pelo seu enriquecimento fora das situações a incentivar, não nos parece racional.

viii) *Caso H*: mesmo sendo tido como possuidor de má fé (art. 1138.º, n.º 2), o comodatário teria o direito a haver o seu valor. Sendo uma situação de monopólio bilateral, os custos de transacção serão elevados, por estas situações conduzirem, normalmente, a negociações infundáveis entre as duas partes. No entanto, benfeitorizar coisas que o possuidor sabe que não são suas, e que não são essenciais para conservar a coisa, não parece ser, regra geral (ainda que se admita que o juiz, em relação a certa benfeitoria concreta, considere o contrário), um comportamento que a ordem jurídica queira incentivar. Neste sentido, a lei não deve dar a B incentivos a treinar o cão de A para actuar num circo, embora isso aumente o seu valor. Assim, B só deveria ter direito a haver o valor das habilidades, calculadas de acordo com as regras do enriquecimento sem causa (art. 1273.º, n.º 2), se tanto A como B tivessem desejado celebrar um contrato de prestação de serviços de treino canino, caso os custos de transacção fossem reduzidos. Neste caso, isso só aconteceria se A, surpreendentemente, esti-

vesse disposto a pagar aquele valor pelas habilidades circenses do cão (o que será improvável); caso contrário, B não teria direito a restituição. Assim, a lei portuguesa promove, no art. 1273.º, resultados ineficientes.

ix) *Caso I*: B nunca poderia ter negociado com A a troca do tecido do sofá, porque estava convencido de que este lhe pertencia. Assim, a situação de erro torna uma transacção consensual impossível. No entanto, de acordo com o art. 1275.º, B não teria direito a qualquer compensação pela despesa que suportou, pois as benfeitorias voluptuárias não aumentam o valor da coisa, pelo que não há, na verdade, nenhum enriquecimento, na medida em que, nem em concreto, nem em abstracto, se pode dizer que A obteve algum benefício.

x) *Caso J*: entre A e B já existe uma relação contratual, pelo que a negociação de uma nova alteração tem custos muito reduzidos. Por esse motivo, B está a fugir, sem motivo, ao funcionamento normal do mercado. Nesse sentido, não deve ter direito a qualquer quantia. É essa a solução do art. 1214.º, n.º 2, que é, assim, economicamente racional.

xi) *Caso K*: na medida em que B sabe que não é titular da peça, e o seu proprietário estava, na verdade, ao seu lado, os custos de transacção de negociação prévia são muito reduzidos. Assim, não deveria haver lugar a restituição. No art. 1334.º, n.º 2, a lei consagra duas regras diferentes, dando a A a possibilidade de escolher: reconhece o direito de propriedade de A sobre o seu computador, protegendo-o com uma regra 6, podendo impor a B que fique com o seu objecto e lhe pague uma indemnização; e, simultaneamente, reconhece o direito de

propriedade de B sobre a sua peça, protegendo-o com uma regra 2, que dá a A a possibilidade de a adquirir, pagando-lhe uma indemnização. Note-se que, neste caso, ao contrário da maioria das situações de enriquecimento que temos vindo a estudar, há dois direitos em conflito. Quanto à racionalidade económica na norma legal, já tínhamos visto que o mais adequado, em termos de incentivos, seria não dar a B o direito a ser pago pela sua peça. Embora não seja exactamente esta a solução legal, parece-nos que o resultado é igualmente eficiente, porque B, ao agir, não consegue saber qual será a opção de A, pelo que optará – se agir com racionalidade – por não levar a cabo a confusão dos dois objectos.

xii) *Caso L*: estando B numa situação de erro, os custos de transacção seriam muito elevados. Deveria, então, procurar compreender-se se este erro era negligente, tendo em conta os custos de o evitar: se a resposta for positiva, então a sua conduta negligente deve ser desincentivada, mas, se for negativa, já não a devemos desincentivar, pois isso criaria incentivos excessivos ao zelo. No entanto, o art. 1340.º não discrimina as duas hipóteses, obrigando sempre A a pagar uma indemnização a B.

xiii) *Caso M*: estando B de má fé, os custos de transacção eram reduzidos, pelo que deveria ter negociado com o dono do terreno a realização da sementeira. Assim, não deveria haver lugar a restituição. Neste mesmo sentido, e sendo (ao contrário de todos os outros casos que analisámos) ainda possível desfazer a sementeira, A pode optar por o fazer, sendo que só a mantém, pagando uma indemnização, se o desejar, nos termos do art. 1341.º.

xiv) *Caso N*: neste caso, sabendo B que o

bloco de mármore não era seu, os custos de transacção eram baixos, pelo que, se o queria, deveria ter negociado com A a sua compra. Não o tendo feito, não terá direito a qualquer compensação pelo valor da sua estátua. No entanto, se o valor da estátua excedesse um terço do valor do mármore, A teria de pagar a B uma indemnização por essa parte, nos termos do art. 1337.º.

Do que acabámos de expor pode retirar-se uma conclusão essencial: o legislador português não teve a preocupação de promover comportamentos eficientes, incentivando muitas vezes comportamentos ineficientes, colocando a proibição de enriquecimentos injustificados acima de todos os valores.

Como pudemos constatar, há muitas situações em que a lei simplesmente não devia impor a realização da transacção, pois os custos são baixos, pelo que teria sido possível as partes negociarem entre si e chegarem à solução que maximizasse o seu bem-estar, mas impõe. É o caso (i) da gestão de negócios em que o gestor conhece a vontade real do dono e age em contrariedade com ela, (ii) das situações de enriquecimento sem causa em que há má fé do agente activo, (iii) das benfeitorias realizadas pelo possuidor de má fé, sem haver uma situação de necessidade e de dificuldades graves de negociação, e (iv) de alguns (não todos) casos de má fé do autor da acessão industrial. Em todas estas situações, a lei está a restringir a liberdade contratual negativa das partes, sendo que não deveria dar ao empobrecido o direito à restituição (ou deve, se o agente activo for o enriquecido), por os custos de transacção serem reduzidos. De facto, se não há erro, não se verificam constrangimentos temporais, nem estava numa situação de monopólio bilateral, e ainda assim este optou por vias alheias ao mercado, não é aconselhável, ainda que o beneficiário enriqueça à custa de outrem, que seja obrigado a celebrar a transacção. Caso contrário, os agentes económicos serão a incentivados a, no futuro,

escolher vias não contratuais e, por isso, não negociais, que, regra geral, conduzem a resultados menos eficientes.

Note-se que, ainda que a doutrina reduza, através da interpretação das normas, o montante a restituir a zero, restringindo a obrigação de pagar às situações em que o enriquecido retira alguma utilidade do enriquecimento, esta interpretação não resolve o problema. A consequência de uma atribuição de vantagens não requeridas, quando os custos de transacção são reduzidos, deveria ser, simplesmente, a ausência de qualquer pagamento (ainda que o enriquecido reconheça utilidade à vantagem que recebeu). Essa é a única forma de assegurar que não se incentivam os agentes económicos a recorrer a vias *extra-mercado* para obter rendimentos.

Assim, para além das seis situações – que identificámos anteriormente (v. *supra*, n.º 2.2) – em que a lei já permite que o enriquecido não pague qualquer quantia, há ainda outras – apontadas no parágrafo anterior –, em que não deveria existir qualquer regra que permitisse a um indivíduo obrigar terceiros a retirar vantagens dos seus bens, contra a sua vontade, e a ainda pagarem por isso. Curioso é, também, verificar, que, em vários casos, haveria base para analogia entre duas situações e, ainda assim, a lei lhes dá soluções totalmente diversas; assim, por exemplo, qual o motivo para se equiparar a obra não requerida realizada pelo empreiteiro a um dano (obrigando-o a desfazê-la), mas já se considerar que se deve manter as obras em caso de acessão de má fé, ou de gestão de negócios contra a vontade real do dono, conhecida pelo gestor? Não se deveria, também nestas situações, tratar as vantagens criadas pelo autor da acessão e pelo gestor como um dano, para excluir a obrigação de restituir? A única explicação para a divergência de soluções em situações de teleologia idêntica é o facto de cada disposição ter os seus antecedentes legislativos próprios, não havendo uma visão de conjunto sobre a resolução destes proble-

mas¹⁶⁰.

Para que sejam dados aos agentes económicos incentivos à criação de bem-estar de forma eficiente, os proprietários de bens não podem, excepto em casos excepcionais, ter opções de venda a que correspondam, na esfera jurídica de todos os outros cidadãos, obrigações de compra dessas vantagens; e os não proprietários de bens não podem, excepto em casos excepcionais, ter opções de compra a que correspondam, na esfera jurídica dos proprietários dos bens, obrigação de venda dessas vantagens.

No entanto, são poucas as situações em que a lei concretiza aquilo que, a nosso ver, a economia recomendaria. Curioso é notar que estas disposições são, sem dúvida, as mais criticadas pela doutrina (tanto nacional como estrangeira), como vimos no capítulo 2, e voltaremos a analisar em seguida mais pormenorizadamente. Nota-se, no entanto, uma grande dificuldade dos autores em explicar em que situações deve, ou não, haver imposição de restituição, por faltar um critério que conduza sempre à solução mais “justa”. As potencialidades da análise económica do Direito tornam-se inequívocas quando se constata quantas páginas seriam poupadas se se recorresse aos custos de transacção como primeiro argumento e requisito.

Este é, assim, o principal problema da lei portuguesa: tratar indiferenciadamente as situações em que os custos de transacção são elevados e aquelas em que são reduzidos, fazendo prevalecer a ideia de que é imoral alguém enriquecer à custa de outrem. No entanto, esta ideia de que ninguém deve enriquecer à custa de outrem prevalece mesmo nas situações em que esse *outrem* subverteu as regras de mercado, impondo a aquisição de benefícios fora de esquemas contratuais, violando a auto-

¹⁶⁰ No mesmo sentido, em relação à possibilidade de existência de uma expropriação privada, no seu ordenamento jurídico, BELL constata: “*Yet, the various cases in which the law provides for a direct private takings mechanism lack any unifying theme and seem, more than anything else, to reflect historical accident*” – cf. ABRAHAM BELL, “Private...”, cit., p. 558.

nomia privada. Parece-nos que, se a ideia é de moralidade, está em causa uma noção muito perversa de moral.

No entanto, não é o único problema, pois, como vimos, mesmo nos casos em que os custos de transacção são elevados, nem sempre é adequado que haja lugar ao pagamento de uma quantia, pois nem sempre esta realocação de recursos provoca os efeitos sobre os incentivos que se pretende. Assim, as regras que determinam a obrigação de restituir têm de ter maleabilidade suficiente para que, no caso concreto, o juiz possa fazer o juízo mais adequado de eficiência. Não é por acaso que os dois grandes estudos em língua portuguesa sobre o enriquecimento sem causa baseiam as suas tentativas de tornar o regime mais “justo” no art. 479.º, n.º 2, pois é a única norma que dá, expressamente, flexibilidade para introduzir algumas limitações à regra geral de restituição de enriquecimentos injustificados.

Vejam, então, se a forma como a doutrina tem procurado flexibilizar as regras que impõem um pagamento ao empobrecido conduz, ou não, a um resultado mais eficiente do que aquele que encontrámos na lei.

4.2 AS INTERPRETAÇÕES DA LEI QUE A DOCTRINA TEM PROPOSTO CONTRIBUEM PARA UMA MAIOR EFICIÊNCIA?

Todas as normas legais que estudámos no capítulo 2 fazem parte do Código Civil (e mantêm-se intocadas) desde a sua entrada em vigor. Para além disso, quase todas as questões são largamente discutidas na doutrina alemã, italiana e francesa pelo menos desde o séc. XIX, tendo como fonte o Direito romano, sendo que as soluções de cada ordenamento não são sempre coincidentes. Em muitos casos, o legislador português de 1966 limitou-se a receber as regras do Código de Seabra, por não se reconhecer vantagem na alteração, tendo em conta a

falta de consenso acerca da melhor solução¹⁶¹. Assim, é de notar que as soluções em estudo têm uma forte conotação histórica e estão ligadas a grandes debates em busca da solução mais adequada, que, ainda hoje – segundo nos parece –, está por encontrar.

O facto de o objecto do nosso estudo se encontrar na fronteira entre a liberdade de utilização de recursos escassos de cada sujeito, e o princípio, herdado do Direito romano, da proibição de enriquecimentos injustificados, torna extremamente difícil que os autores se entendam, sendo que as propostas variam conforme o valor a que atribuem maior importância. É por este motivo que consideramos que a análise económica pode ajudar a encontrar a melhor solução, porque nos recorda a importância que a lei tem em termos de efeitos dinâmicos sobre os incentivos dos agentes. Se o criador ou aplicador do Direito se encontra perante uma dúvida de muito difícil resolução, não conseguindo decidir se é melhor proteger a liberdade contratual negativa ou se, pelo contrário, é melhor garantir que ninguém enriquece à custa do património, trabalho ou esforço alheio, a melhor forma de “desempate” é ponderar qual das soluções conduz a um resultado mais eficiente.

A propósito das situações de salvamento de vidas humanas (que, no ordenamento jurídico português, se poderão incluir – embora não exclusivamente – no instituto da gestão de negócios¹⁶²) HONORÉ afirma de forma expressiva: “*There is no*

¹⁶¹ V., a título de exemplo, a anotação aos artigos referentes à acessão em PIRES DE LIMA; e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. III – Artigos 1251.º a 1575.º, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Assim, v., por exemplo, o art 1333.º (p. 152) no qual os autores referem, perante uma divergência de soluções com o regime italiano, que “*Não se encontraram razões que justificassem a alteração do nosso regime tradicional*”; já em relação ao art. 1336.º é dito: “*Esta solução tem tradições no nosso direito, e representa a fase terminal de uma longa evolução e o resultado de fundas discussões*”, referindo-se duas correntes no Direito romano clássico (os Sabinianos e os Proculianos). Pode, assim, constatar-se a antiguidade destas questões.

¹⁶² Acerca da inclusão dos actos de socorro e de emergência no instituto do enriquecimento sem causa, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, II, t. III, cit.,

neutrality. If the law does not encourage rescue, it is sure to discourage it. If it does not compensate, it will indirectly penalize. If the rescuer who suffers injury or incurs expense or simply expends his skill goes without compensation, the law, so far as it influences conduct at all, is discouraging rescue"¹⁶³. Foi isto mesmo que tivemos em mente quando propusemos soluções diferentes conforme a actuação em causa deva ser, ou não, incentivada pelo Direito.

Embora o argumento dos incentivos possa parecer ignorado pela lei, não o é pela doutrina nem pela jurisprudência. Assim, todos os manuais, monografias e outros estudos que se debruçam sobre algum dos institutos em estudo, demonstram preocupação em corrigir alguns efeitos injustos e imorais (e ineficientes, acrescentamos nós) que decorrem da aplicação estrita da lei, tal como a descrevemos no capítulo 2. Neste sentido, as interpretações correctivas, extensivas e restritivas das normas em causa são muito comuns, como tentativas dos estudiosos e dos aplicadores do Direito modelarem as leis gerais e abstractas à necessidade de obter resultados justos no caso concreto.

Este é, sem dúvida, um campo em que podemos constatar que o Direito escrito não é o Direito aplicado. Seja por construção doutrinária, seja por aplicação jurisprudencial, é sempre possível encontrar uma forma de evitar a injustiça a que a letra da lei conduz. Assim, a nossa tentativa de análise económica do Direito não se poderia limitar à lei escrita, sendo necessário dedicarmos também a atenção para o Direito tal como é construído por quem o estuda, procurando saber se as propostas interpretativas da doutrina conduzem, ou não, a resultados mais eficientes do que aqueles que temos vindo a apontar.

Com este propósito, concentrámos várias posições dou-

pp.127-131.

¹⁶³ Cf. HONORÉ, Antony M., "Law, Morals and Rescue," in AA. VV., *The Good Samaritan and the Law*, org. James M. Ratcliffe, New York: Doubleday, 1966, p. 239.

trinárias sobre a matéria em três grandes preocupações: com a boa ou má fé das partes, com a planificação patrimonial subjetiva do enriquecido, e com a protecção contra o oportunismo do empobrecido (nos casos em que é este que provoca o enriquecimento de outrem, com único intuito de obter o valor da restituição).

A preocupação com a boa ou má fé das partes encontra-se, principalmente, no Direito italiano¹⁶⁴ (embora também no Direito alemão), sendo que as propostas na doutrina e jurisprudência incidem especialmente sobre os pressupostos da restituição. Assim, não deve haver obrigação de pagar por vantagens não requeridas nas situações em que o empobrecido estava de má fé e, em sentido contrário, impõe-se nas situações em que o enriquecido consentiu, aceitou ou tolerou o enriquecimento¹⁶⁵. Note-se que, em qualquer uma destas situações, os

¹⁶⁴ No ordenamento jurídico italiano, a doutrina chegou a concluir que existia, a par de um princípio de proibição de enriquecimentos injustificados, um princípio segundo o qual o enriquecido teria direito a ser tutelado contra enriquecimentos indesejados. Assim, afirma PAOLLO BASSO, após apresentar o problema do enriquecimento forçado, que “*Invero il nostro Ordinamento riconosce il diritto dell’arricchito ad essere tutelato contro l’imposizione di responsabilità per arricchimento e lo garantisce mediante varie norme di legge quali l’art. 936 c.c. in materia di accessione, gli artt. 1592 e 1593 c.c. in materia di locazione, l’art. 1659 c.c. in materia di appalto, etc...*” (Cf. PAOLLO BASSO, *Arricchimento senza causa*, disponível online em: <http://www.personaedanno.it/enciclopedia/arricchimento-senza-causa> (consultado a 28.09.2012). No entanto, esta tese baseava-se em apenas três normas, excepcionais, sendo que GALLO conclui que “*La disciplina che abbiamo esaminato in materia di addizioni e miglioramenti è sicuramente molto frammentaria e disomogenea*”, e que por isso “*Non è certo facile ricondurre tutte queste fattispecie ad una ratio unitaria*” – PAOLO GALLO, “*Arricchimento senza causa e quasi contratti (e remedi restitutori)*”, in AA. VV., *Trattato di Diritto Civile*, (org. Rodolfo Sacco), Torino: UTET, 1996. De facto, não nos parece correcto, como alguma doutrina entendeu, retirar apenas dos três artigos referidos um princípio geral de não restituição de enriquecimentos indesejados. Tal como no sistema português, o ordenamento jurídico italiano parece tender a não tutelar o enriquecido, mas sim o empobrecido, de acordo com as regras gerais da restituição de acordo com as regras do enriquecimento sem causa ou de outros institutos. No entanto, perante esta ausência de uma solução legal uniforme, a doutrina tem vindo a dedicar-se a esta questão e a sugerir algumas soluções *praeter legem* para este problema.

¹⁶⁵ Na doutrina mais recente, TRIMARCHI defendeu que em situações de enriqueci-

custos de transacção são reduzidos, pelo que estas duas restrições da lei são economicamente racionais.

A preocupação com a planificação patrimonial subjectiva do enriquecido é especialmente demonstrada pelos autores alemães¹⁶⁶, que, mais do que se dedicarem ao estudo dos requisitos, se preocupam com a determinação do montante a pagar (que pode ser zero, embora em abstracto houvesse lugar a obrigação de restituir). Assim, a doutrina maioritária parece defender que o enriquecido de boa fé só terá obrigação de restituir se a vantagem lhe fosse útil, correspondendo ao destino que o próprio pretendia dar aos seus bens¹⁶⁷.

mento forçado a restituição contraria o princípio segundo o qual a ninguém devem ser impostas obrigações contra a sua vontade. Assim, com base do artigo 936 do Código Civil Italiano, sustenta que só deveria haver lugar à restituição se o empobrecido actuasse de boa fé ou se tivesse consentido, aceitado ou tolerado a actuação. V. PIETRO TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano: Giuffrè Editore, 1962, *passim*. PAOLO GALLO também indica dois factores que podem assumir relevância na constituição de uma obrigação de restituir: a vontade do enriquecido e a boa ou má fé do empobrecido. Deste modo, começa por afirmar que “*Un primo fattore che sicuramente può assumere rilevanza a questi fini è costituito dalla volontà dell'arricchito di obbligarsi, vale a dire di devolvere una somma di denaro per i benefici ricevuti*”¹⁶⁵. Isto é, GALLO considera a vontade do enriquecido como um factor essencial para determinar se deverá ou não haver lugar a restituição. Assim, se o enriquecido consentir o enriquecimento, ainda que este não tivesse sido previamente solicitado, terá de o restituir. Este consentimento poderá ser expresso ou tácito (por exemplo, se o enriquecido tivesse conhecimento do comportamento do empobrecido e não o recusasse). Quanto ao segundo factor, só haveria obrigação de restituir se o empobrecido estivesse de boa fé; assim, a má fé do empobrecido excluiria a obrigação de restituir. No entanto, acrescenta que para este fim é essencial que a boa fé do empobrecido seja isenta de culpa; a culpa do empobrecido também excluiria a obrigação de restituir. V. PAOLO GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti...*, cit., pp. 70-71.

¹⁶⁶ A convergência da vontade do enriquecido é também exigida pela maioria dos autores italianos, mas como pressuposto da existência de obrigação de pagar, e não como cálculo do montante. Neste sentido, v., por todos, GIOVANNI PACCIONI, *Della gestione...*, cit. pp. 569-570: o autor sugere que, nessas situações, o *dominus prohibente* só deve restituir se desta restituição não resultasse para ele qualquer dano, relativamente àquele em que ficaria sem a gestão.

¹⁶⁷ Esta posição é protagonizada por LARENZ, assume uma concepção objectiva do enriquecimento, mas defende que quando o enriquecido está de boa fé se deve aplicar o limite do enriquecimento. Este limite, segundo LARENZ, deve calcular-se tendo

Na doutrina portuguesa, as várias teorias dos limites – diversas versões do duplo limite e o triplo limite de MENEZES CORDEIRO¹⁶⁸ – dão muita relevância à salvaguarda da vontade do enriquecido, tendo sempre em conta a averiguação das projecções da transacção no seu património específico. Pelo contrário, MENEZES LEITÃO defende que a regra geral é a da irrelevância da vontade do enriquecido, devendo ser restituído o valor de mercado, excepto quando este estiver de boa fé, sendo que, nestes casos, interpreta o art. 479.º, n.º 2, defendendo que, para efeitos de saber se o enriquecimento ainda existe, ou não, no património do enriquecido de boa fé no momento da obrigação de restituir, se deve ter em conta a “planificação subjectiva” do enriquecido, tal como a doutrina alemã¹⁶⁹. Assim, é

em conta a planificação patrimonial subjectiva do enriquecido, isto é, olhando-se às decisões patrimoniais que o enriquecido pretendia tomar, e verificando-se se aquele enriquecimento teve ou não, nesse contexto, utilidade para ele. Assim, o autor explica que esta solução encontra equilíbrio entre a tutela do enriquecido e a tutela do empobrecido, protegendo ambos na medida certa. O enriquecido só terá de pagar o valor daquilo que lhe é útil, tendo em conta a sua própria planificação de gastos. O empobrecido ao impor benefícios contra a vontade do beneficiado, assume o risco de não vir a ter direito a restituição. Neste sentido, v. KARL LARENZ, “Zur Bedeutung des „Wertsatzes“ im Bereicherungsrecht”, in AA. VV., *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1978, pp. 227-229.

No entanto, esta posição não é única, embora todas se preocupem em valorizar a vontade do enriquecido. REUTER e MARTINEK defendem que a obrigação de restituir deve abranger apenas as despesas que o empobrecido poupou, e não tudo aquilo em que o património do enriquecido aumentou, como é tradicionalmente defendido – v. DIETER REUTER; e MICHAEL MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., *passim*. Por sua vez, KOPPENSTEINER e KRAMER sugerem que se proceda a uma subjectivização do valor do enriquecimento. Isto é, sempre que se estivesse perante um caso enriquecimento forçado dever-se-ia subjectivar o valor a restituir, determinando esse valor por referência às relações específicas entre o enriquecido e o seu património – v. HANS-GEORG KOPPENSTEINER; e ERNST KRAMER, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2.ª ed., Berlin: W. de Gruyter, 1988, *passim*.

¹⁶⁸ Cf. a referência breve feita *supra*, n.º 2.1.1.

¹⁶⁹ É difícil encontrar na jurisprudência dos tribunais superiores portugueses decisões que abordem este problema. No entanto, veja-se o recente Ac. RLx 07/03/2008: perante a inércia do réu em reparar a parte do telhado (que é parte comum) que cobre a parte superior da sua habitação, os autores, condóminos, por notarem que este se encontrava em risco de desabamento, tomaram a iniciativa de proceder ao

necessário verificar se a vantagem obtida fazia parte do plano de gastos futuros daquele indivíduo em concreto, ou se, pelo contrário, o benefício não tem para ele qualquer utilidade¹⁷⁰. Está aqui presente a ideia do contrato hipotético de LONG, o que é uma solução eficiente na maioria das situações (excepto naquelas que o Direito quer promover).

Note-se que, na medida em que as regras do enriquecimento sem causa se aplicam à gestão que foi realizada contra a vontade do dono (real ou presumida), às benfeitorias necessárias e úteis feitas de boa e má fé, e aos casos de união ou confusão de má fé, e de obras, sementeiras ou plantações feitas de má fé em terreno alheio, e subsidiariamente quando não se aplique mais nenhum regime, podemos concluir que esta solução não resolve alguns dos problemas que enunciámos. Embora seja eficiente no desincentivo à gestão de negócio contra a vontade do dono – pois, nestes casos, só haverá restituição se a vantagem for útil para o dono, tendo em conta os recursos que este planeava gastar –, mantendo os incentivos à gestão regular – pois, mesmo que o dono não planeasse ter aquele gasto, se o

seu arranjo, que o réu se recusou posteriormente a pagar. Devido ao não preenchimento dos pressupostos do artigo 1427.º do Código Civil, o tribunal resolveu a questão de acordo com as regras do enriquecimento sem causa, não obstante esse pedido não constar na petição inicial. O Tribunal da Relação procura, assim, verificar se, como considerou a decisão recorrida, a petição inicial integra todos os elementos de facto que justificam a condenação com base no enriquecimento sem causa, apesar de o pedido não ter sido formulado. Durante esta análise, explica-se que “*A mera alegação dos custos suportados com reparações no condomínio levadas a cabo por condômino não serve como alegação de que tais custos traduzem locupletamento do condomínio à custa do condômino e, nessa medida, susceptíveis de ressarcimento*”. Após esta afirmação, caracteriza-se a situação como um enriquecimento por despesas, e realça-se a necessidade de protecção contra enriquecimentos não desejados. É curioso o facto de o Tribunal não só citar a doutrina MENEZES LEITÃO, como também adoptar a sua posição. Assim, a caracterização desta situação como de enriquecimento por despesas, a necessidade de tutela do enriquecido de boa fé e a constatação de que os autores estavam de má fé, leva a Relação a decidir a favor do réu, considerando que a decisão recorrida incorreu em excesso de pronúncia, nos termos do artigo 668.º/1, alínea d) do CPC.

¹⁷⁰ V. LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, cit., p. 446.

gestor não conhecia a sua vontade real, e a vontade presumível era a de que queria aquela gestão, continua a haver reembolso das despesas –, infelizmente esta interpretação do art. 479.º, n.º 2, deixa duas situações desprotegidas: as situações de erro não culposo (nomeadamente a realização de benfeitorias de boa fé, repetição do indevido, entre outras que já referimos) e as de necessidade, pelo possuidor, de que se realizem benfeitorias necessárias à conservação da coisa. Nestes dois casos, o excesso de subjectivismo (por se ter em conta o plano de despesas do enriquecido) aplicado indiscriminadamente irá incentivar os agentes económicos a incorrerem em gastos excessivos de prevenção do erro - por estes serem avessos ao risco de serem totalmente expropriados da vantagem que, sem culpa, conferirem a um terceiro (dependendo da vontade particular de um enriquecido com quem nunca pensaram negociar) –, e provocará negociações infundáveis entre o possuidor e o proprietário no caso das benfeitorias necessárias.

Assim, nestes dois casos, o art. 479.º, n.º 2, não se deveria aplicar, pois só a atribuição de um direito à restituição ao agente em erro não culposo e ao possuidor de coisa que necessita de benfeitorias de conservação seria economicamente racional e eficiente.

Por fim, a última preocupação revelada pela doutrina e pela jurisprudência é a de proteger o enriquecido contra o oportunismo do empobrecido, nos casos em que é este que provoca o enriquecimento de outrem, com o único intuito de obter o valor da restituição. Aí, deverá recorrer-se, como refere TRIMARCHI, à cláusula do abuso de direito¹⁷¹. Nestes casos, sendo que o empobrecido age motivado pela vontade de ser remunerado, há uma actuação em desconformidade com a boa fé, havendo condições para afastar a obrigação de restituir com base no art. 334.º. Visto que, nestas situações, o empobrecido está a agir com a única finalidade de defraudar o funcionamento do

¹⁷¹ V. PIETRO TRIMARCHI, *L'arricchimento...*, cit., p. 12.

mercado, numa situação em que os custos de transacção eram reduzidos, a única solução economicamente racional é excluir a obrigação de pagamento pela vantagem.

Em suma, podemos concluir que as limitações que a doutrina introduz ao regime legal contribuem para o aumento da sua eficiência, embora não resolvam totalmente todos os problemas de incentivos envolvidos. É neste sentido que a análise económica deste regime legal disperso pode contribuir para uma nova leitura da lei, mais restritiva e mais orientada para a promoção de resultados mais eficientes.

Antes de terminarmos este estudo, há ainda uma questão a que se impõe responder: sendo que este regime não está – já o constatámos – totalmente orientado por considerações de eficiência, conferindo aos agentes económicos incentivos “desordenados”, porque motivo é que não surgem problemas com mais frequência? Por dois motivos: em primeiro lugar, porque, como vimos, a doutrina e a jurisprudência estão atentas à necessidade de protecção do enriquecido, sendo que, desde o limite do enriquecimento do art. 479.º, n.º 2, ao abuso de direito, há sempre a possibilidade de flexibilizar a lei escrita e fazer justiça no caso concreto; em segundo lugar, porque alguns dos resultados a que a lei conduz são tão pouco racionais (como o facto de não haver nenhuma norma no regime do enriquecimento sem causa que exclua a obrigação de restituir nos casos em que um indivíduo desempregado, para ganhar dinheiro, faz obras, contra a vontade dos proprietários, nas suas casas), que não chega a ser do conhecimento geral que esses comportamentos são permitidos, e recompensados com uma quantia monetária. Assim, trata-se de uma situação em que podemos dizer, com alguma ironia, que o desconhecimento da lei aproveita a todos nós, pois, se os agentes económicos se apercebessem desta possibilidade, e a lei fosse aplicada literalmente, os resultados obtidos seriam extremamente ineficientes.

4.3 DEZ IDEIAS ESSENCIAIS

Primeira: O Direito português faz, regra geral, prevalecer o princípio da proibição do enriquecimento injustificado sobre a liberdade contratual negativa, impondo o pagamento de uma quantia por vantagens obtidas à custa de outrem, sem causa justificativa, ainda que o beneficiário não as desejasse.

Segunda: Nas situações em estudo, os elevados custos de transacção têm três fontes - constrangimentos temporais, erro e monopólios bilaterais – sendo que, nestes casos, é impossível uma solução contratual entre as partes que garantisse uma transacção voluntária da vantagem.

Terceira: A análise adequada das situações em que um sujeito aproveita uma vantagem que não desejou exige a distinção de dois casos distintos: as situações em que o enriquecido é o agente activo (o inverso da responsabilidade civil) e aquelas em que o enriquecido é o sujeito passivo.

Quarta: Conduz a resultados mais eficientes a atribuição do direito de aproveitar as vantagens de um bem ao seu proprietário em exclusivo, do que a atribuição deste direito sem exclusividade; assim, uma norma que imponha ao enriquecido o pagamento por um benefício que não desejou é: (i) uma *liability rule* com uma *call option* (regra 2), nos casos em que o enriquecido é o agente activo; (ii) uma *liability rule* com uma *put option* (regra 6), nos casos em que o enriquecido é o sujeito passivo.

Quinta: O primeiro requisito para se admitir a protecção do direito de aproveitamento de uma vantagem, com a característica da exclusividade, a um indivíduo, com uma regra de tipo 2 ou de tipo 6, é esta só se aplicar a situações em que os custos de transacção são elevados; ou seja, não poderá haver imposição de pagamento por uma vantagem aproveitada, mas não desejada, quando os custos de transacção são reduzidos, pois isso incentivaria os agentes económicos a defraudar o funcio-

namento do mercado.

Sexta: Só se devem internalizar os benefícios, permitindo que aquele que os produz se faça pagar por eles, quando se pretenda aumentar a sua produção, isto é, quando há vontade de incentivar o comportamento que os gera; ou seja, só se deve impor ao enriquecido o pagamento pelo benefício que aproveitou forçadamente, quando o comportamento que originou a vantagem for socialmente valioso. Assim, nos casos em que a atitude em causa não seja de incentivar, só haverá restituição se ambas as partes tivessem celebrado um contrato de transferência da vantagem, se os custos de transacção tivessem sido reduzidos (logo, quando a realocação da vantagem se traduza numa melhoria paretiana).

Sétima: Sem prejuízo de, no caso concreto, se considerarem outros comportamentos valiosos, em abstracto, parece-nos que: (i) quando for o empobrecido a provocar o enriquecimento, é de incentivar a gestão de negócios em conformidade com a vontade real ou presumida do dono, a realização de benfeitorias necessárias em situações de urgência e as actuações de um sujeito em erro não culposo; (ii) quando for o enriquecido a provocar o seu próprio enriquecimento, são de incentivar apenas as actuações de um sujeito em erro não culposo. A não inclusão neste elenco das situações de erro não culposo provocaria nos agentes económicos a necessidade de incorrerem em elevados custos de prevenção.

Oitava: O Código Civil português contém disposições que impõem ao enriquecido o pagamento pelo enriquecimento injustificado que se verificou no seu património, ignorando o facto de, em muitas delas, os custos de transacção serem reduzidos, pelo que aquele que causou o enriquecimento poderia – e deveria – ter contratado a transacção voluntária da vantagem em causa. Nos poucos casos em que a lei portuguesa protege o enriquecido, não lhe impondo o pagamento de qualquer quantia, verifica-se que existem elevados custos de transacção; no

entanto, sendo a teleologia da solução aplicável a outros casos, não se compreende qual o motivo para o legislador não ter dado a todos os casos com estas características a mesma solução, a não ser por motivos históricos, e por as várias manifestações de enriquecimento forçado só mais recentemente terem começado a ser analisadas em conjunto.

Nona: A interpretação que a doutrina e a jurisprudência continental têm feito das normas em estudo contribui para a sua maior eficiência, embora não resolva totalmente o problema dos incentivos. No ordenamento jurídico português, a exclusão dos casos de má fé de alguma das partes (quando a letra da lei deixe alguma margem para esta interpretação), a limitação do enriquecimento do art. 479.º, n.º 2, em certos casos, e a aplicação da cláusula geral do abuso de direito são as melhores formas de, *de iure condito*, flexibilizar o regime legal, tornando-o mais eficiente.

Décima: A utilidade da análise económica do Direito está em demonstrar que para que sejam dados aos agentes económicos incentivos à criação de bem-estar de forma eficiente, os proprietários de bens não podem, excepto em casos excepcionais, ter opções de venda a que correspondam, na esfera jurídica de todos os outros cidadãos, obrigações de compra dessas vantagens; e os não proprietários de bens não podem, excepto em casos excepcionais, ter opções de compra a que correspondam, na esfera jurídica dos proprietários dos bens, obrigação de venda dessas vantagens. Os casos excepcionais são, assim, as situações em que há elevados custo de transacção que impedem trocas que a ordem jurídica considera valiosas.



BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. X – *Restitution – Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*, (org. Peter Schlechtriem), Tübingen: J. C. B. Mohr e Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.
- _____, *Law and economics*, ed. Eric A. Posner, Aldershot: Ashgate, 2001.
- _____, *Goff & Jones – The Law of Restitution*, 8.^a ed., London: Sweet & Maxwell, 2011.
- ARAÚJO, Fernando, *Introdução à Economia*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2005.
- _____, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 415-434.
- _____, Fernando, *Análise económica do Direito: programa e guia de estudo*, Coimbra: Almedina, 2008.
- ARRUÑADA, Benito, “La contratación de derechos de propiedad: análisis general y aplicación al registro predial portugués”, in *Sub iudice - Justiça e Sociedade*, n.º 33, (Out.-Dez.2005), pp. 105-144.
- AYRES, Ian, “Protecting Property with Puts”, in *Valparaiso University Law Review*, vol. 32, n.º 3, pp. 793-831.
- AYRES, Ian; e Paul M. Goldbart, “Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules”, in *Michigan Law Review*, vol. 100, n.º 1, (Oct. 2001), pp. 1-79.
- BASSO, Paolo, *Arricchimento senza causa*, disponível online em: www.personaedanno.it/enciclopedia/arricchimento-senza-causa (consultado a 28.09.2012).
- BASTOS, Filipe Brito, “O enriquecimento forçado no regime da gestão de negócios e a tutela do enriquecido de boa fé”, in *O Direito*, ano 142, vol. I (2011), pp. 135-147.
- BELL, Abraham, “Private Takings”, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 76, n.º 2, (2009), pp. 517-585.
- BOUCKAERT, Boudewijn; e Gerrit De Geest, “Private Takings, Private Taxes, Private Compulsory Services: The Economic Doctrine of Quasi Contracts”, in *International Re-*

- view of Law and Economics*, vol. 15, (1995), pp. 463-487.
- _____, *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II – *Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2000.
- CALABRESI, Guido, "Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Comment", in *The Journal of Law and Economics*, vol. 11, (1968), 67-73.
- CALABRESI, Guido; e A. Douglas Melamed, "Property rules, liability rules, and inalienability; one view of the cathedral", in *Harvard Law Review*, vol. 85, n.º 6, (April.1972), pp. 1089-1128.
- CAMPOS, Diogo Paredes Leite de, "Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, vol. I, (Jan.-Abr.1982), pp. 39-55.
- _____, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I - *Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- COASE, R. H., "The Problem of Social Cost", in *Journal of Law and Economics*, vol. III, (Out.1960), pp. 1-44.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra: Almedina, 1999.
- COLEMAN, Jules L., "Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law", in *California Law Review*, vol. 68, n.º 2, (1980), pp. 221-249.
- CORDEIRO, António Menezes, "Princípios gerais de Direito", in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 4.º Vol., 1986, pp. 1490-1493.
- _____, *Direitos Reais*, Lisboa: Lex, 1993.
- _____, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II – *Direito das Obrigações*, Tomo III – *Gestão de negócios, enri-*

- quecimento sem causa, responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2010.
- CSERNE, P.; e A. Szalai, “On the necessity of necessity: An economic analysis of contracts concluded in a situation of need”, in *Silesian Journal of Legal Studies*, vol. 2, n.º 1, (2010), pp. 11-25;
- DAGAN, Hanoch, “Mistakes”, in *Texas Law Review*, vol. 79, (2001), 1795-1836.
- DAHLMAN, Carl J., “The Problem of Externality”, in *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n.º1, (Abr.1979), pp. 141-162.
- DUARTE, Rui Pinto, “Dois apontamentos sobre acessão industrial imobiliária”, in AA. VV. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, org. Diogo Leite de Campos, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 783-795.
- DWORKIN, Ronald M., “Is Wealth a Value?”, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, n.º 2, (Mar.1980), pp. 191-226.
- ELKIN-KOREN, Niva; e Eli M. Salzberger, “Towards an economic theory unjust enrichment law”, in *International Review of Law and Economics*, vol. 20, (2000), pp. 551-573.
- EPSTEIN, Richard A., “The Ubiquity of the Benefit Principle”, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 21 (2d series), The Law School University of Chicago, disponível [online em: www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html](http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html) (consultado a 22.09.2012).
- EVANS-JONES, Robin; Phillip Hellwege, “*Restitution, Repetition, Recompense and Unjustified Enrichment in Scots Law*”, in AA. VV., *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, org. John W. Cairns e Olivia F. Robinson, Oxford: Hart Publishing, 2001.

- FEILER, Günter K. H., *Aufgedrängte Bereicherung bei den Verwendungen des Mieters und Pächters*, Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1968.
- FELDMAN, Alan, “Kaldor-Hicks compensation”, in AA. VV., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol 2, org. Peter Newman, London: Macmillan, 1998, pp. 417-421.
- FENNELL, Lee Anne, “Efficient Trespass: The Case for “Bad Faith” Adverse Possession”, in *Northwestern University Law Review*, vol. 100, n.º 3, (2006), pp. 1037-1096.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; e Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, 10.^a ed., Berlim: De Gruyter Recht, 2006.
- FRANCO, António Sousa, “Análise económica do Direito: exercício intelectual ou fonte de ensinamento?”, in *Sub judice - Justiça e Sociedade*, n.º 2, (Jan.-Abr.1992), pp. 63-70.
- FREIRE, Paula Vaz, “O comportamento económico e o imperia- lismo da economia”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 43, n.º 1, (2002), pp. 417-428.
- _____, “A produção privada de bens públicos”, in AA. VV., *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.
- _____, “A obrigação de facultar o acesso a recursos produ- tivos essenciais no direito da concorrência”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 49, n.º 1-2, (2008), pp. 117-139.
- FRIEDMAN, David D., *Law’s order: what economics has to do with law and why it matters*, New Jersey: Princeton Uni- versity Press, 2000.
- _____, “Direito e ciência económica”, in *Sub judice - Justiça e Sociedade*, n.º 33, (Out.-Dez.2005), pp. 31-38.
- FRIEDMANN, Daniel, “Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commis-

- sion of a Wrong”, in *Columbia Law Review*, vol. 80, n.º 3, (Apr.1980), pp. 504-558.
- _____, “Unjust Enrichment, Pursuance of Self-Interest, and the Limits of Free Riding”, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 36, (Winter.2003), pp. 831-867.
- FRATTAROLLO, Vittorio, *L’azione di arricchimento nella giurisprudenza*, Pádua: Edizoioni Cedam, 1974.
- GALLO, Paolo, *L’Arricchimento senza Causa*, Padova: Cedam, 1990.
- _____, “Unjust Enrichment: A Comparative Analysis”, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 40, n.º 2, (Spring.1992), pp. 431-465.
- _____, “Remedies for Unjust Enrichment in the History of Italian Law”, in ELTON J. H. SCHRAGE, *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, in *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, Berlim: Duncker & Humblot, 1995.
- _____, “Arricchimento senza causa e quasi contratti (e remedi restitutori)”, in AA. VV., *Trattato di Diritto Civile*, (org. Rodolfo Sacco), Torino: UTET, 1996.
- _____, “I remedi restitutori in diritto comparato”, in AA. VV., *Trattato di Diritto Comparato*, (dir. Rodolfo Sacco), Torino: UTET, 1997.
- GAROUPA, Nuno, “Análise económica do Direito”, in *Legislação - Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 32, (Out.-Dez.2002), pp. 23-38.
- _____, “Análise económica do Direito: introdução”, in *Sub judice - Justiça e Sociedade*, n.º 33, (Out.-Dez.2005), pp. 7-10.
- GILLES, Stephen G., “On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury”, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, n.º 3, (2001), pp. 813-861.

- GOMES, Júlio Vieira, *A gestão de negócios: um instituto jurídico numa encruzilhada*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.
- _____, *O conceito de enriquecimento: o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.
- _____, “Unjust Enrichment: a Few Comparative Remarks”, in *European Review of Private Law*, n.º 2&3, (2001), pp. 449-473.
- GONÇALVES, Luíz da Cunha, *Tratado de Direito Civil - em comentário ao Código Civil Português*, Vol. XI, Coimbra: Coimbra Editora, 1936.
- HERMALIN, Benjamin E.; Avery W. Katz; e Richard Craswell, “Contract Law”, in A. MITCHELL POLINSKY; e STEVEN SHAVELL, *Handbook of Law and Economics*, Vol. I, Amesterdão: North-Holland, 2007.
- HOFFMAN, Elizabeth; e Matthew L. Spitzer, “The Coase Theorem: Some Experimental Tests”, in *Journal of Law and Economics*, vol. 25, n.º 1 (Apr.1982), pp. 73-98.
- HONORÉ, Antony M., “Law, Morals and Rescue,” in AA. VV., *The Good Samaritan and the Law*, org. James M. Ratcliffe, New York: Doubleday, 1966, pp. 239 ss.
- HUPP, M. Theresa, “Efficient Land Use and the Internalization of Beneficial Spillovers: An Economic and Legal Analysis”, in *Stanford Law Review*, vol. 31, n.º 3, (Feb.1979), pp. 457-475.
- JAKOBS, Horst Heinrich, “Die Begrenzung des Verwendungsersatz“, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 167 (1967), pp. 341-393.
- KAEHLER, Christian-Michael, *Bereicherungsrecht und Vindikation Allgemeine Prinzipien der Restitution – dargestellt am deutschen und englischen Recht*, Bielefeld: Ernest und Werner Gieseking, 1972.
- KAPLOW, Louis; e Steven Shavell, *Property Rules versus Lia-*

- bility Rules: An Economic Analysis, in *Harvard Law Review*, vol. 109, n.º 4, (Feb.1996), pp. 713-790.
- KOPPENSTEINER Hans-Georg; e Ernst Kramer, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2.ª ed., Berlin: W. de Gruyter, 1988.
- KORNHAUSER, Lewis A., “A análise económica do Direito”, in *Sub judice - Justiça e Sociedade*, n.º 2, (Jan.-Abr.1992), pp. 43-50.
- KULL, Andrew, “Rationalizing Restitution”, in *California Law Review*, vol. 83, (1995), pp. 1191-1242.
- LANDES, William M.; e Richard A. Posner, “Salvors, Finders, Good Samaritan, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, n.º 1, (Jan.1978), pp. 83-128.
- LARENZ, Karl, “Zur Bedeutung des „Wertersatzes” im Bereicherungsrecht”, in AA. VV., *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1978, pp. 209-229.
- LEITÃO, Luís de Menezes, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil – Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Coimbra: Almedina, 2005.
- _____, *Direito das Obrigações*, Vol. I – *Introdução. Da constituição das obrigações*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007.
- _____, *Direitos Reais*, Coimbra: Almedina, 2009.
- _____, *Direito das Obrigações*, Vol. III – *Contratos em especial*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.
- LIMA, Pires de; e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I – Artigos 1.º a 761.º, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- _____, *Código Civil Anotado*, Vol. III – Artigos 1251.º a 1575.º, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

- LOEWENHEIM, Ulrich, *Bereicherungsrecht*, 3.^a ed., München: Verlag C. H. Beck, 2007.
- LONG, JR, Robert A., "A Theory of Hypothetical Contract", in *The Yale Law Journal*, vol. 94, (1984), pp. 415-434.
- LORENZ, Werner, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 812-822: *Zweites Buch – Recht des Schuldverhältnisse*, 13.^a ed., Berlin: Sellier – de Gruyter, 1994.
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos – Compra e Venda. Locação. Empréitada*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2007.
- _____, *Direito das Obrigações – Apontamentos*, 3.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2011.
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde, *Análise económica do Direito*, Separata do vol. LVII 1981 do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1982.
- PACCIONI, Giovanni, *Della gestione di affari altrui secondo il diritto romano civile e commerciale*, Cedam: Padova 1935.
- PASOUR, JR, E. C., "The Free Rider as a Basis for Government Intervention", in *The Journal of Libertarian Studies*, vol. V, n.º 4, (1981), pp. 453-456.
- PEREIRA, Paulo Trigo; António Afonso; Manuela Arcanjo; e José Carlos Gomes Santos, *Economia e Finanças Públicas*, 2.^a ed., Lisboa: Escolar Editora, 2007.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota, "Sobre a alegada "superação" do Direito pela análise económica: ilustrada com a análise das medidas da indemnização contratual", in *O Direito e o futuro, o futuro do Direito*, coord. António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Coimbra:

- Almedina, 2008.
- POSNER, Richard A., *The Economics of Justice*, USA: Harvard University Press, 1983.
- POURAT, Ariel, “Private production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits”, in *Michigan Law Review*, vol. 108, (Nov. 2009), pp. 189-227.
- PROENÇA, Margarida, “Racionalidade jurídica e racionalidade económica”, in *Sub judice - Justiça e Sociedade*, n.º 6, (Mai.-Ago.1993), pp. 21-25.
- REIMER, Jürgen, *Die aufgedrängte Bereicherung – Paradigma der „negatorischen“ Abschöpfung in Umkehrung zum Schadensersatz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
- REUTER, Dieter; e Michael Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1983.
- RODRIGUES, Vasco, *Análise económica do Direito: uma introdução*, Coimbra: Almedina, 2007.
- SAMUEL, Geoffrey, “Restitution – Voluntary Payment”, in *The Law Quarterly Review*, vol. 91, (Jul.1975), pp. 308-311.
- SCHLECHTRIEM, Peter; Christoph Coen; Rainer Hornung, “Restitution and Unjust Enrichment in Europe”, in *European Review of Private Law*, n.º 2&3, (2001), pp. 377-415.
- SCHROEDER, Jeanne L., “Three's a Crowd: a Feminist Critique of Calabresi and Melamed's *One View Of The Cathedral*”, in *Cornell Law Review*, vol. 84, (1999), pp. 394-503.
- SCIALOJA, Vittorio, “Della negotiorum gestio prohibente domino”, in *Foro Italiano*, I, (1989), pp. 941-953.
- SERRA, Adriano Vaz, *Enriquecimento sem causa*, Separata dos n.ºs 81 e 82 do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1959.
- _____, *Obrigações de indemnização, colocação, fontes, dano, nexos causal, extensão, espécies de indemnização: direito da abstenção e de remoção*, Separata dos n.ºs 83 e 84 do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1959.

- _____, “Anotação Ac. STJ 16/07/1974”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 108.º, (1975-1976), pp. 253-270.
- SILVA, Miguel Moura e, “A análise económica do Direito em Portugal”, in *Sub judice - Justiça e Sociedade*, n.º 33, (Out.-Dez.2005), pp. 11-14.
- SWAN, Catherine Melissa, “The Restitutionary and Economic Analyses of Salvage Law”, in *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, vol. 23, n.º 1, (2009), pp. 99-110.
- TREBILCOCK, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract*, USA: Harvard University Press, 1997.
- TRIMARCHI, Pietro, *L'arricchimento senza causa*, Milano: Giuffrè Editore, 1962.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007.
- VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2008.
- VIEIRA, José Alberto, *Direitos Reais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- VIRGO, Graham, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford: Clarendon Press, 1999.
- WADE, John W., “Restitution for Benefits Conferred Without Request”, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 19, (1966), pp. 1183-1214.
- WERNECKE, Frauke, *Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht – Eine Untersuchung auf systematischer und rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004.
- WITTMAN, Donald, “Liability for Harm or Restitution for Bene-

fit?”), in *The Journal of Legal Studies*, vol. 13, n.º 1, (Jan. 1984), pp. 57-80.

WONNELL, Christopher T., “Unjust Enrichment and Quasi-Contracts”, in BOUDEWIJN BOUCKAERT; e GERRIT DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II – *Civil Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2000, pp. 795-807.