Número 5 – fevereiro/março/abril de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

O PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello
Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo

1. Inúmeras vezes relações jurídico-administrativas, sobreposse contratuais, são ulteriormente proclamadas como nulas e, em tais casos, a Administração normalmente entende que, dado o vício que as enfermava, delas não poderia resultar comprometimento algum do Poder Público, uma vez que "o ato nulo não produz efeitos".

Assim, esforçada em tal pressuposto, pretende que sua contraparte nada tem a receber por aquilo que realizou, inobstante haja incorrido em despesas e mesmo cumprido prestações das quais a Administração usufruiu ou persiste usufruindo, como ocorre nas hipóteses em que o contratado efetuou obra em proveito do Poder Público.

Trata-se, pois, de saber se o Direito sufraga dito resultado. Ou seja: importa determinar se a ordem jurídica considera como normal e desejável que, *vindo a ser considerada inválida dada relação comutativa*, a parte que já efetuou suas prestações deva ficar a descoberto nas despesas realizadas, entendendo-se, assim, que o aumento do patrimônio do beneficiado pela prestação alheia é um incremento justo, merecendo ser resguardado pelo sistema normativo e, correlatamente, que o empobrecimento sofrido pelo adimplente é - também ele - justo, motivo pelo qual não deve ser juridicamente remediado mas, inversamente, cumpre que seja avalizado pelo Direito.

2. Ao lume de noções jurídicas correntes, em face do princípio da equidade ou mesmo do simples princípio da razoabilidade - que há de presidir qualquer critério interpretativo - parece difícil sufragar a intelecção de que, em todo e qualquer caso e independentemente das circunstâncias engendradoras do vício

que enferma a relação, caiba à contraparte da Administração arcar com os custos que ela lhe causou e que, inversamente, esta última deva absorver as vantagens que captou sem indenizar o onerado. Mesmo a um primeiro súbito de vista, tão desatado entendimento apresenta-se como visivelmente chocante, repugnando ao próprio senso comum e a um mínimo de sensibilidade jurídica ou a rudimentos de ética social.

De fato, não é aceitável, em boa razão, que o engajamento de dois sujeitos, em relação reputada inválida - se a invalidade proclamada foi fruto da ação conjunta destas partes contrapostas - deva receber do Direito um beneplácito acobertador dos efeitos benéficos que o vínculo invalidado fez surdir para uma parte e a confirmação dos efeitos detrimentosos que gerou para a outra.

3. É que, como em obra teórica o dissemos:

*"Os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis, não **deveriam** ser produzidos. Por isto não **deveriam** produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que **produzem** efeitos jurídicos. Podem produzí-los, até mesmo **per omnia secula**, se o vício não for descoberto ou se ninguém os impugnar.*

*É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, os atos **nulos** e os **anuláveis**, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé. É o que sucede quanto aos atos praticados pelo chamado "funcionário de fato", ou seja, aquele que foi irregularmente preposto em cargo público.*

Além disto, se o ato nulo ou anulável produziu relação jurídica da qual resultaram prestações do administrado (pense-se em certos casos de permissão de uso de bem público ou de prestação de serviço público) e o administrado não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, a invalidação do ato não pode resultar em locupletamento da Administração à custa do administrado e causar-lhe um dano injusto em relação a efeitos patrimoniais passados.

Na invalidação de atos administrativos há que distinguir duas situações;

*(a) casos em que a invalidação do ato ocorre **antes de o administrado incorrer em despesas** suscitadas seja pelo ato viciado, seja por atos administrativos precedentes que o condicionaram (ou condicionaram a relação fulminada). Nestas hipóteses não se propõe qualquer problema patrimonial que despertasse questão sobre dano indenizável.*

*(b) casos em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, **já desenvolveu atividade dispendiosa**, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em*

atendimento à convocação por ele feita, seja por ter efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro.

Em hipóteses desta ordem, ***se o administrado estava de boa fé e não concorreu para o vício do ato fulminado***, *evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos seria tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração. Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas, como, a* ***fortiori****, hão de ser respeitados os efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida. Segue-se, também que, se o administrado está a descoberto em relação a pagamentos que a Administração ainda não lhe efetuou, mas que correspondiam a prestações por ele já consumadas, a Administração não poderia eximir-se de acobertá-las, indenizando-o por elas.*

Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, ***ipso facto****, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as conseqüências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos, gozam de* ***presunção de legitimidade****. Donde, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (****vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmen****te), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou - como, de resto, teria de confiar.*

Aliás, a solução que se vem de apontar nada mais representa senão uma aplicação concreta do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, na qual o princípio da responsabilidade do Estado está consagrado de maneira ampla e generosa, de sorte a abranger tanto responsabilidade por atos ilícitos quanto por atos ***lícitos*** *(como o seria correta fulminação de atos inválidos)* (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 8ª ed., 1996, pags. 286-287 - todos os grifos, salvo o penúltimo, são do original).

Em outro trecho da mesma obra, ao tratarmos do tema licitação, tornamos a focalizar o assunto nos seguintes termos:

"*Conforme deixamos anotado no capítulo próprio (Cap. VII, nº 167), ao proceder à invalidação a Administração estará,* ***ipso facto,*** *proclamando em abertas e publicadas que, em momento anterior, afrontou o Direito. Seria absurdo que o violador do Direito, justamente ao se auto-acusar ou ao se reconhecer procedentemente acusado de transgressor do Direito - condição para invalidação do ato - lançasse sobre ombros alheios gravames patrimoniais decorrentes de ato seu. Já se a invalidação é decretada pelo Judiciário, a inculca de infrator da ordem jurídica ainda é*

mais significativa, pois terá provindo do Poder supremamente qualificado para a dicção do Direito no caso concreto.

Acresce que, dada a presunção de legitimidade dos atos administrativos, os administrados que atuaram em sua conformidade nada mais fizeram senão arrimar-se em um esteio pressupostamente sério e sólido. Seria descabido, então, que sofressem prejuízos exatamente por agirem segundo o que deles se esperava" (pags. 347-348).

Assim, ressalvados os casos em que o administrado atuou dolosamente, com *má-fé*, de maneira a iludir a Administração induzindo-a *à suposição de que estava a compor ato juridicamente liso e concorrendo* dessarte para que se produzisse ato viciado ou, daquel' outros em que - ainda pior - *se concertou com agentes administrativos* para, em atuação conjunta, fraudarem o Direito, não se pode admitir que a invalidação acarrete um enriquecimento do Poder Público e um empobrecimento do administrado.

4. Com efeito, precisamente para evitar situações nas quais um dado sujeito vem a obter um locupletamento à custa do patrimônio alheio, sem que exista um suporte jurídico prestante para respaldar tal efeito, é que, universalmente, se acolhe o princípio jurídico segundo o qual *tem-se de proscrever o enriquecimento sem causa* e, conseqüentemente, desabona-se interpretação que favoreça este resultado injusto, abominado pela consciência dos povos.

Cumpre, portanto, de um lado, verificar o que é e como se caracteriza o enriquecimento sem causa, examinando seu cabimento e aplicação no âmbito do direito administrativo.

5. Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrém, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um **princípio geral do direito**.

No preciso dizer de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA:

"..... los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la consciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos ***y objetivada en la lógica misma de las instituciones"*** (Curso de Derecho Administrativo, obra conjunta com TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, vol. I, pag. 400, Ed. Civitas, Madrid, 1981, reimpressão da 3a ed. - grifos nossos) .

Sublinhe-se que os princípios gerais de direito estão *subjacentes* ao sistema jurídico-positivo, não porém, como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento, porquanto seus diversos institutos jurídicos, quando menos considerados em sua complexidade íntegra, traem, nas respectivas composturas, ora mais ora menos visivelmente, a absorção dos valores que se expressam nos sobreditos princípios.

Igualmente felizes são as averbações de O. A. BANDEIRA DE MELLO ao anotar que tais princípios "*se infiltram no ordenamento jurídico de dado momento histórico*" ou que traduzem "*o mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira*" e ao ressaltar que são "*as teses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado*", conquanto não se achem expressadas em texto legal específico. No exemplário de tais princípios gerais, o autor menciona, entre outros, o de que ninguem deve ser punido sem ser ouvido, **o do enriquecimento sem causa**, o de que ninguém pode se beneficiar da própria malícia etc . (Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol I, pas. 406-407, Ed. Forense, 2ª ed., 1979).

6. Uma vez que o enriquecimento sem causa é um princípio geral de direito - e não apenas princípio alocado em um de seus braços: público ou privado - evidentemente também se aplica ao direito administrativo.

Em obras gerais atinentes a este ramo jurídico, é comum a anotação de que o enriquecimento sem causa é inadmissível e que, em favor do empobrecido, cabe ação para indenizar-se. Sem embargo, muitas vezes - como ocorreu na Itália - toma-se por estribo regra extraída do direito civil. Assim, "exempli gratia", para referir uns poucos autores, ALDO SANDULLI, registra que em qualquer caso no qual

> "*um particular haja, com sacrifício próprio, cumprido por conta da Administração uma obra ou atividade vantajosa para esta última e como tal reconhecida por ela mesma (actio de in rem verso - consentida pelos arts. 2.041-2.042 do Cod. Civil - a quem haja com sacrifício próprio proporcionado a outrém um enriquecimento sem causa) vem geralmente reconhecida como admissível contra a Administração apenas nos casos em que ela própria haja - ainda que implicitamente - reconhecido a utilidade da obra ...."* (Manuale di Diritto Amministrativo, pag 100, 6ª ed. , CEDAM, 1960).

Os Conselheiros de Estado GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA, referindo também o art. 2.041 do Cod. Civil Italiano, igualmente ensinam que se alguém se enriquece sem uma causa jurídica justa em prejuízo de outra pessoa cabe a ação em prol desta última para indenizar-se da correlativa diminuição patrimonial dentro dos limites do enriquecimento produzido. Anotam seu cabimento contra a Administração quando esta reconheça, seja explícita, seja implicitamente - pelo desfrute da atividade ou pela incorporação do produto dela, ou por havê-la utilizado nos próprios fins, a utilidade do trabalho ou da obra efetuada por outrém, com seu sacrifício em prol dela. Indica que são freqüentes

as aplicações de enriquecimento sem causa e, traz como exemplo, não só, mas também, *o de obra demandada a um particular sem obediência às formas prescritas* ("Manuale di Diritto Amministrativo" (pag. 198, Giuffrè Ed., Milano, 1963). M. S. GIANINNI também faz expressa referência à aplicação do princípio do enriquecimento sem causa ao direito administrativo (Istituzioni di Diritto Amministrativo, pags. 516-517 - Giuffrè Ed. , Milano, 1981).

Judiciosamente, entretanto, GUIDO FALZONE, depois de mencionar também o art. 2.041 do Cód. Civil Italiano, que embasa a "actio de in rem verso" nos casos de enriquecimento sem causa, bem como sua aplicabilidade contra a Administração Pública e a resposta positiva que lhe dá "*a generalidade dos autores*", observa, com inquestionável acerto, que a citada regra do Código Civil *não se constitui em um princípio a ser analogicamente aplicado ao direito público, mas que se trata de* "***um princípio geral do nosso ordenamento jurídico e que, como tal, deve aplicar-se perante todos os sujeitos dele, independentemente da natureza jurídica deles***" ("Le Obligazione dello Stato", pag. 154, Giuffrè Ed., Milano, 1960).

De resto, como já registrava ZANOBINI, ainda em 1936:

> "... *largamente admitida, a* ***actio de in rem verso,*** *ou seja a ação de enriquecimento indevido, cuja base promana do princípio romano: «nemo locupletari potest cum aliena jactura». Tal ação é pertinente a qualquer que, como titular de um círculo abstrato de atribuições públicas ("ufficio") ou como sujeito estranho à administração, com próprio sacrifício, haja cumprido obra positivamente vantajosa para uma administração pública. A diferença da ação de enriquecimento indébito daquel'outra que emerge da gestão de negócios é evidente: esta pressupõe apenas a gestão utilmente empreendida e prescinde do efeito realmente útil alcançado; esta baseia-se unicamente sobre tal efeito. Ou seja, sobre um enriquecimento em proveito de uma administração, efetuado a dano do outro sujeito. Além disto, a jurisprudência, tendo em conta que o juízo sobre a vantagem pública importa uma apreciação técnica e discricionária, que só a administração pode expender, subordina a admissibilidade da ação ao reconhecimento da utilidade da obra por parte da própria administração*" (Corso di Diritto Amministrativo, vol I, pags. 271-272, Giuffrè Editore, Milano, 1936)

Ao enunciar princípios gerais *de direito administrativo*, o eminente mestre coimbrão AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, refere o princípio do "*não locupletamento à custa alheia*" (Lições de Direito Administrativo, vol I, pag. 310, Coimbra, 1976).

7. Ainda que não seja o caso de prosseguir desfiando referências ou transcrições de lições correntes a este respeito, posto que são generalizadas em todos os países, para não deixar sem menção ensinamentos provindos da pátria do direito administrativo, isto é, da França, tomemos alguns exemplos do que ali se fixou ao respeito.

WALINE, ao examinar a figura dos "quase-contratos", observa, corretamente que:

> "*O fundamento da obrigação quase-contratual é a preocupação com a justiça comutativa, ou, mais precisamente, o desejo de restabelecer o equilíbrio entre dois patrimônios, dos quais um se enriqueceu enquanto que outro empobreceu, sem que nenhuma causa jurídica válida pudesse justificar estes dois fenômenos correlativos.*
>
> *Enunciar esta proposição é indicar, bem por isto, que o caso típico de obrigação quase-contratual é a que nasce do enriquecimento sem causa...* " (Droit Administratif, pag. 632, Ed. Sirey, 9ª ed, 1963).

Páginas adiante, o autor, após examinar determinadas figuras habitualmente inclusas no âmbito dos quase-contratos (caso da gestão de negócios, do funcionário de fato), anota que existem situações:

> "*que se pode hesitar em qualificar como gestões de negócios, mas que, todavia, são quase-contratuais. São, mais freqüentemente, contratos «ausentes» (manqués), irregulares ou prolongados além de seu termo*".

Em relação a elas, então, menciona numerosas decisões jurisdicionais em que se reconhece o correspondente direito do administrado ser indenizado pelo valor do que fez, inclusive em hipótese na qual, sem nenhum contrato, executou obras em proveito da Administração, que, tendo ciência disto, não se lhe opôs (op. cit. , pag. 636).

Na 2ª edição do reputadíssimo "Traité des Contracts Administratifs" (LGDF, Paris, 1983) de autoria de ANDRÈ DE LAUBADÈRE, FRANK MODERNE e PIERRE DEVOLVÉ (e cuja 1ª ed. é obra exclusiva do primeiro destes autores), em capítulo da lavra de LAUBADÈRE, o enriquecimento sem causa é mencionado no âmbito dos chamados quase-contratos. Assim:

> "*Entre os fatos constitutivos dos quase-contratos compreende-se habitualmente, em direito civil, a repetição do indébito, a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa. Esta distinção encontra-se em direito administrativo, mas nele só a teoria do enriquecimento sem causa foi objeto de um desenvolvimento significativo*" (vol I, pag. 31).

O eminente administrativista, citando literalmente ODENT, registra que o enriquecimento sem causa o qual dá lugar à ação «de in rem verso» em proveito do «empobrecido», constitui

> "*um «princípio geral de direito, aplicável sem texto ao direito administrativo" (op. e loc. cits.)*

Em seguida declina as condições de sua aplicação, reportando-se a numerosas decisões do Conselho de Estado, a saber: que (a) o réu haja efetivamente se enriquecido, que haja extraído proveito do comportamento do empobrecido; (b) que a tal enriquecimento corresponda um empobrecimento do autor da ação, estabelecendo-se de maneira certa a relação entre estes

fenômenos; (c) que o enriquecimento e o correlativo empobrecimento hajam sido sem causa, pois se existir um título jurídico justificativo do enriquecimento descaberá a ação e (d) que a ação de enriquecimento sem causa apresente um caráter subsidiário, ou seja, que o autor careça de outra via própria para fundamentar sua pretensão (pags. 34 e 35). E mais além, precisa que as obras efetuadas *devam ter sido úteis à Administração* e que hajam sido efetuadas *com seu assentimento, ainda que tácito* (op. cit. pags. 515).

8. Sobre o tema do enriquecimento sem causa em direito administrativo francês é sabidamente preciosa a monografia de GABRIEL BAYLE. Em seu excelente estudo, no qual examina minuciosamente a jurisprudência do Conselho de Estado, o autor registra que, antes mesmo da adoção do princípio pela jurisprudência civil, antes da Corte de Cassação consagrá-la na famosa decisão Boudier (1892), o Conselho de Estado, implicitamente, reconheceu:

> "*que o direito à indenização do quase-contratante da administração poderia fundar-se sobre o princípio geral de direito de que "«ninguém pode enriquecer-se à custa de outrém», uma vez preenchidas as condições particulares de sua operatividade. Estas condições são em número de tres: é preciso que haja assentimento da coletividade pública enriquecida, utilidade geral da despesa feita pela pessoa empobrecida e proveito extraído sem causa jurídica pela administração. Quando estas tres condições estejam preenchidas, deve ser possível ligar a teoria administrativa ao princípio geral de que a administração não deve se enriquecer sem fundamento jurídico à custa de particulares*".

O autor aponta, então, como inaugural, o aresto Lemaire do Conselho de Estado (1890) (L' Enrichissement sans cause en Droit Administratif, pag. 23, LGDF, Paris, 1973), mas seu reconhecimento na qualidade de princípio geral só ocorreria em 1961, segundo ensina RENÉ CHAPUS (Droit Administratif, vol I, pags. 891-892, 6ª ed., 1992, Montchrestien, Paris).

Em relação às sobreditas condições que o monografista examina com cuidadosa minúcia, no que concerne ao "assentimento" da Administração, indica que, malgrado sua ressonância jurídica, é uma pura noção "de fato", tal como a de "urgência" ou de "necessidade" (op. cit. pags. 123-124) e que pode manifestar-se de diferentes modos, seja em modalidades internas, seja em modalidades externas à vontade administrativa. Como modalidades internas, menciona as formas explícita, tácita ou presumida (pag. 125). Após referir que a manifestação "*pode provir também da vontade deliberada de se aproveitar de um trabalho fornecido pelo empobrecido*", menciona ainda a hipótese, reconhecida pelo Conselho de Estado, como dando margem à ação de enriquecimento sem causa, em que

> "*o assentimento simplesmente presumido da administração seja suficiente para estabelecer o liame de fato necessário para por em causa a responsabilidade quase-contratual. É o que ocorre quando ela decide não se opor à oferta de colaboração da contraparte, seja tendo sido*

«preliminarmente informada» do cumprimento das prestações e «longe de proibí-las» empenha-se em «controlar-lhe a execução», seja por «havê-las mesmo acompanhado» «não se tendo oposto à execução», seja, enfim, porque as operações foram efetuadas, sob seu controle e fiscalização ao mesmo tempo" (pag. 126).

9. O autor é explícito em indicar que **o enriquecimento sem causa tem lugar mesmo em hipótese no qual o contrato não é apenas nulo, mas inexistente** "*do que resulta que a noção de enriquecimento sem causa pode comparecer onde tenha havido de fato execução de um contrato que em direito não existe"* (pag. 128). Acrescenta, ainda, sempre com amparo em jurisprudência, que o consentimento de fato pode ser extraído simplesmente do que denomina assentimento manifestado por elementos externos à vontade administrativa (em oposição aos que dantes foram mencionados e que lhe mereceram a categorização de internos à vontade administrativa), arrolando como tais, a urgência, a necessidade ou o caráter indispensável das prestações, os quais fazem presumir o consentimento administrativo (idem ibidem). Em resumo anota que a Administração "*que se aproveita do enriquecimento sem causa, aceita beneficiar-se disto. É nesta aceitação ou intenção que reside em definitivo a originalidade do quase-contrato de enriquecimento sem causa*" (pag. 130) e conclui, a final, que :

"*A administração que aceita implicitamente beneficiar-se de uma prestação ou de um trabalho fornecido, deve em troca pagar o devido ao particular; ela não pode, invocando sua própria irregularidade ou o fato de que haja dado seu assentimento à irregularidade cometida, conservar consigo o que não lhe pertence senão como contrapartida de uma remuneração*" (pag. 197).

10. No Brasil, LUCIA VALLE FIGUEIREDO e SÉRGIO FERRAZ, em monografia sobre "Dispensa de Licitação", ao estudarem hipóteses em que um particular desenvolve atividade de proveito coletivo sem que hajam sido cumpridas as formalidades pre-contratuais ou contratuais anotam que:

" ... *o problema só adquire relevância se presentes os seguintes dados: a) enriquecimento ou proveito para a coletividade; b) empobrecimento ou depreciação patrimonial para o prestador de serviços; c) relação de nexo entre um e outro dos fenômenos acima apontado; d) ausência de causa para a concretização dos aludidos fenômenos*" (Dispensa de Licitação, pags. 95-96, Malheiros Editores, 3ª Ed. Rev. dos Trib., 1980).

Expõem que se a Administração não se opôs a tal atividade e, dessarte, consentiu tacitamente em sua realização, **ficará obrigada a indenizar seu autor**, se impossível ou inconveniente a restauração ao "statu quo ante" (op. cit. pags. 95 a 102, notadamente 101-102). Após examinarem o tema do enriquecimento sem causa e do quase- contrato, fazendo ampla menção à citada obra de

GABRIEL BAYLE, reputam, entretanto, que a solução adequada, no Brasil, é a da responsabilidade do Estado, com base na correspondente previsão constitucional. É que, de acordo com tais autores:

> "*Na realidade, o princípio jurídico, que o tema coloca em pauta, é o da igualdade na distribuição das cargas públicas. Aquele que presta um serviço à coletividade fará, nas circunstâncias a que em seguida nos dedicaremos, jus à reparação,* ***mesmo sem regularidade formal da relação jurídica****, porque, em virtude da ação ou omissão do Estado, restou desprivilegiado frente aos demais administrados, quanto à repartição das cargas públicas genéricas. E essa situação, no direito brasileiro, se soluciona com remissão ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal*" (op. cit., pag. 100).
>
> De seu turno, o prestigioso HELY LOPES MEIRELLES, ensina:
>
> "*Todavia,* ***mesmo no caso de contrato nulo ou de inexistência de contrato****, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados para a Administração ou dos fornecimentos a ela feitos, não com fundamento em obrigação contratual, ausente na espécie, mas sim no dever moral de indenizar o benefício auferido pelo estado, que não pode tirar proveito da atividade particular sem o correspondente pagamento*" (Direito Administrativo Brasileiro, pag. 192, Ed. Rev. dos Trib. 10ª ed, 1984).

Em abono desta assertiva, o autor cita os julgados, do TJRJ "in" RF 153/305; do TJSP "in" RT 141/686, 185/720, 188/631, 242/184 e do 1º TASP Civil "in" RT 272/513.

Relembre-se que o direito constitucional brasileiro expressamente incorpora a moralidade administrativa como princípios a que estão sujeitos a Administração Direta, Indireta ou Fundacional de quaisquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 37, "caput").

11. De todo modo, como se vê, por um ou outro fundamento, o certo é que não se pode admitir que a Administração se locuplete à custa alheia e, segundo no parece, *o enriquecimento sem causa* - que é um princípio geral do Direito - supedaneia, em casos que tais, o direito do particular indenizar-se pela atividade que proveitosamente dispensou em prol da Administração, ainda que a relação jurídica se haja travado irregularmente ou mesmo ao arrepio de qualquer formalidade, desde que o Poder Público haja assentido nela, ainda que de forma implícita ou tácita, inclusive a ser depreendida do mero fato de havê-la boamente incorporado em seu proveito, salvo se a relação irrompe de atos de inquestionável má-fe, reconhecível no comportamento das partes ou mesmo simplesmente do empobrecido.

Tem-se, portanto, que a *regra geral*, que o *princípio retor na matéria*, evidentemente é - e não pode deixar de ser - o da radical vedação ao enriquecimento sem causa. Logo, *para ser excepcionado, demanda o concurso*

de sólidas razões em contrário, quais sejam: *a prova, a demonstração robusta e substanciosa de que o empobrecido obrou com* ***má-fé***, ***concorrendo***, ***deliberada e maliciosamente*** *para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida*. É que, em tal caso, haverá assumido o risco consciente de vir a sofrer prejuízos, se surpreendida a manobra ilegítima em que incorreu. Fora daí, entretanto, seria iníquo sonegar-lhe a recomposição do desgaste patrimonial decorrente de relação jurídica travada com o patrocínio do Poder Público, sob a égide de sua autoridade jurídica, mas ao depois considerada inválida.

Firmados estes pontos, impende, ainda, tecer algumas considerações, conquanto muito breves, sobre o tema da boa-fé.

12. Anote-se, liminarmente, que boa-fé - noção acolhida pelo Direito e, dessarte, juridicizada - é conceito capturável no âmbito da moral e não no confronto da conduta questionada com o ordenamento jurídico positivo. Fácil é percebê-lo.

Existem comportamentos de boa-fé que, nada obstante, constituem-se em condutas injurídicas. Sirva de exemplo, a ocupação de imóvel por quem, erroneamente, suponha-se proprietário dele ou imagine tratar-se de bem derelicto. O mesmo dir-se-á da posse e subseqüente investidura como servidor público, de candidato concursado, que, em detrimento de outrém, foi chamado fora da ordem de classificação, mas ignorava tal circunstância invalidante de sua nomeação.

Inversamente, existe comportamento de má-fé, que, todavia, não é sancionado pelo Direito, ou seja, não se constitui em procedimento ilícito. É o que ocorre quando alguém se recusa a pagar dívida de jogo, inobstante comprometido com a contraparte, a qual se fiara em sua palavra de que, se perdesse, saldaria o correspondente débito.

13. O que é, pois, agir de boa-fé?

É agir sem malícia, sem *intenção* de fraudar a outrém. É atuar na suposição de que a conduta tomada é correta, é permitida ou devida nas circunstâncias em que ocorre. É, então, o oposto da atuação de má-fé, a qual se caracteriza como o comportamento *consciente e deliberado* produzido com o intento de captar uma vantagem indevida (que pode ou não ser ilícita) ou de causar a alguém um detrimento, um gravame, um prejuízo, injustos.

No comportamento do *administrado* em relação à Administração, sua má-fé tanto pode derivar de uma conduta autônoma, nos termos indicados, quanto de um *conluio com agentes públicos, tendo em vista o alcance de objetivos vedados pela lei*.

Esta última hipótese - a do conluio - é, certamente, da máxima gravidade. Donde, quando menos em hipóteses deste jaez, uma vez demonstrada a

ocorrência de tal vício, seria de todo em todo inaceitável que o administrado pudesse, em nome do princípio do enriquecimento sem causa, eximir-se ao peso dos dispêndios não acobertados em que haja incorrido. É que, na referida hipótese, - ter-se concertado de má-fé com agentes do Poder Público - seria compreensível o entendimento de que assumiu a correlata álea inerente à mencionada conduta viciosa, isto é, o risco de ser colhido pelo reconhecimento do dolo e apanhado antes de captar qualquer proveito ou até mesmo do ressarcimento das despesas até então efetuadas sob a capa do negócio censurável.

Sem embargo, é certo que nesta matéria deve-se agir com cautela para prevenir injustiças e suposições sempre fáceis, imaginosas ou levianas. Assim, só se deve dar por ocorrida a hipótese ante *demonstrações substanciosas da existência de conluio*, pena de encampar juizos precipitados dos quais resultariam soluções ensejadoras de enriquecimento injusto de uma parte em detrimento de outra; isto é, do Poder Público, em agravo do administrado.

14. Acresce que, esteja ou não em pauta, a suposição de conluio, o certo é que dolo, má-fé, à toda evidência, não se presumem. Bem o disse CARLOS MAXIMILIANO, o príncipe de nossos mestres de exegese:

> "*O dolo não se presume: na dúvida, prefere-se a exegese que o exclui.*
>
> *Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de* ***indícios decisivos, bem fundadas conjeturas****, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intúitos contrários ao Direito, ou à Moral*" (Hermenêutica e Aplicação do Direito - Ed. Da Livraria do Globo, 2ª ed., 1933, pag. 282 - grifos não são do original).

Deveras, não se toma como premissa corrente, o patológico, o anômalo. Por isto, a má-fé, para ser admitida como existente, demanda que dela se faça prova substante ou, quando menos, que se possa depreendê-la de indícios veementes, de elementos que precedendo ou circundando o ato (ou a relação jurídica), concorram de modo robusto para levar a uma convicção sólida de que a parte ou as partes agiram maliciosamente, animados por intúito vicioso.

É certo, ademais, que diversos fatores e de variada ordem, inclusive relacionados com o comportamento pregresso das partes, se adicionam aos elementos extraídos diretamente da compostura do ato e seu entorno, interferindo para fortalecer ou infirmar eventual suspeita de má-fé. Assim, "exempli gratia", sua correção habitual ou, inversamente, seus antecedentes desfavoráveis, concorrerão para orientar a intelecção do exegeta em relação ao caso "sub examine". De outra parte, a grandeza das vantagens que a parte auferirá, contrastados com a extensão dos prejuízos a que ficará exposto, se surpreendida a eventual malícia, hão se ser tomados em conta, para sopesar-se a plausibilidade desta possível ocorrência. É bem de ver que nenhum destes aspectos têm força decisiva, pois são dados exteriores à questão central posta em pauta. De outro lado, sua importância na avaliação global dela irá variar em

função da tipicidade maior ou menor com que se apresentem. Sem embargo, não podem ser postergados, pois concorrerão utilmente para um juízo mais completo e equilibrado.

Assim, inexistindo transparente expressão de má-fé por parte do administrado, não se poderá concluir que este concorreu para o ato viciado mediante procedimento malicioso, senão quando a articulação dos vários elementos a que se aludiu obrigue o pensamento a direcionar-se e a residir neste termo, não sendo suficientes para estabelecê-lo meras presunções, simples suspeitas, desvalidas de amparo fático ou desprovidas de consistência psicológica. É que, a ser de outro modo, instalar-se-ia a insegurança, a suspicácia, a fragilidade dos liames constituídos sob a égide do Poder Público.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Texto publicado originalmente na Revista de Direito Administrativo, vol. 210, pgs. 25-35.