

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em
Direito Administrativo

Arthur Porto Carvalho

**O princípio da vedação ao enriquecimento sem
causa do Estado na declaração de nulidade
dos contratos administrativos.**

Brasília – DF
2012

Arthur Porto Carvalho

O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa do Estado na declaração de nulidade dos contratos administrativos.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Flávio Henrique Unes Pereira.

Brasília – DF
Fevereiro / 2012

Arthur Porto Carvalho

O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa do Estado na declaração de nulidade dos contratos administrativos.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Brasília – DF

2012

À Noreh e Iasmin,
Meu chão e meu céu...

AGRADECIMENTOS

Como demonstração da minha gratidão, registro, aqui, os meus mais sinceros agradecimentos:

- aos meus queridos pais, Angélica e Getúlio, pela dedicação incondicional;
- ao professor e orientador Flávio Henrique Unes Pereira pela paciência e incentivo;
- aos meus colegas de trabalho da Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações pelas palavras de incentivo;
- aos meus irmãos, Livia e Matheus, com quem discutir pontos relevantes desta singela obra;
- aos meus sobrinhos, Geórgia, George, Gustavo, Antônio, Fernanda, Maria Luiza e Ana Maria, os quais sem saber me alegro com o simples fato de existirem;
- E principalmente a Deus que, através das coincidências da Vida, tentou, sem êxito, permanecer no anonimato.

RESUMO

O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa tem seus alicerces no Direito Romano, sendo concebido pela denominadas *condictiones*, embora ainda não sistematizado, influenciou profundamente a disciplina deste princípio no direito contemporâneo alemão, suíço, francês, português e brasileiro. A equidade e a tutela da moral fundamentam a sua existência, visto que este princípio foi concebido para desfazer situações injustas de deslocamento patrimonial. Por ser um princípio geral do direito, irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, ou seja, não apenas para o direito privado, como também para o direito público. Seus requisitos tradicionais são: a) enriquecimento; b) empobrecimento correlato da outra parte; c) relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) ausência de justa causa. Além destes, há a necessidade deste princípio apenas ser aplicado em caráter subsidiário, isto é, caso inexista outra forma de tutela do direito do empobrecido. E outros dois requisitos de caráter negativo: inexistência de culpa ou dolo/má-fé do empobrecido, por força do princípio que veda alegar a própria torpeza. Na Lei de Licitação e Contratos Administrativos este princípio encontra-se positivado na hipótese de anulação do contrato, reconhecendo o direito do contratado ser indenizado pela Administração pelo que já tiver executado do contrato anulado. Entretanto, o dispositivo afasta este direito se a nulidade for imputada ao contratado empobrecido. Assim, influenciado pela doutrina civilista, nos casos de dolo ou culpa do contratado não caberá direito de indenização, em face não só da vedação à alegação da própria torpeza, como também pelo princípio constitucional da moralidade administrativa e por previsão legal expressa na Lei nº 8.666/93. Ressalva-se apenas a hipótese de culpa concorrente com a Administração, neste caso a indenização será cabível, porém, proporcionalmente reduzida.

Palavras-chave: vedação ao enriquecimento sem causa. Contratos administrativos. Nulidade. Dolo ou culpa do administrado. Vedação à alegação da própria torpeza. Moralidade administrativa. ressarcimento.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	8
2. O princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.....	12

2.1. Imprecisões terminológicas.....	12
2.2. Origem romana.....	13
2.3. Natureza jurídica	15
2.4. Fundamento	18
2.5. Requisitos	21
2.5.1. Enriquecimento.....	22
2.5.2. Empobrecimento correlato da outra parte.....	25
2.5.3. Relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento.....	27
2.5.4. Ausência de justa causa.....	28
2.6. Outros requisitos.....	31
2.6.1. A subsidiariedade da ação de enriquecimento.....	32
2.6.2. Ausência de má-fé do empobrecido, em buscar fim ilícito ou imoral.....	34
2.6.3. Vontade e culpa do empobrecido.....	41
3. Vedação ao enriquecimento sem causa nos contratos administrativos.....	45
3.1. Limites à aplicação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa nos contratos administrativos anulados.....	52
3.1.1. Elemento subjetivo do contratado.....	52
3.1.2. Vedação ao confisco.....	66
3.1.3. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	70
3.1.4. Indenização prevista ao contratado.....	82
4. Conclusões.....	87
5. Referências bibliográficas.....	93

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico trata dos limites da aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa do Estado frente ao particular, que com ele

celebra contrato viciado, vindo a ser declarado nulo. Nesta situação, compete ao Estado, em regra, ressarcir o particular pelo que já foi executado do contrato.

Assim, o tema lida com os limites da aplicação do referido princípio no âmbito dos contratos administrativos, que está previsto no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93.

A escolha deste tema deve-se ao oscilante tratamento da doutrina e, por consequência, da jurisprudência, no que diz respeito aos efeitos da participação agente contratado na geração da nulidade contratual. Isto é, se a provocação da nulidade pelo particular contratado atinge seu direito ao ressarcimento pelo que já foi executado.

A relevância desta questão, do ponto de vista acadêmico, decorre do embate do princípio que a vedação ao enriquecimento sem causa, impedindo o Estado de se locupletar à custa do particular, com o princípio da moralidade administrativa que tutela a ética nas relações travadas pela Administração Pública, impedindo o reconhecimento de efeitos jurídicos decorrentes da conduta ímproba.

Igualmente, do ponto de vista prático, o tema também é relevante, tendo em vista o número significativo (de difícil contabilidade) de contratos celebrados pela Administração Pública que são declarados nulos, por vícios provocados pelo particular contratado ou pelo conluio deste com o gestor público. Não havendo uniformidade de posicionamento na doutrina e na jurisprudência a respeito do direito ao ressarcimento do particular.

O tema desenvolvido nesse trabalho gira em torno dessa problemática: para examiná-la, formula-se a indagação: há direito ao ressarcimento pelo serviço já executado pelo particular contratado pela Administração, ainda que ele tenha dado causa à nulidade do contrato?

A aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa poderia ser afastada por força da má-fé (aqui já incluído o conluio) ou culpa do contratado na anulação do contrato?

A má-fé do contratado justificaria o “confisco” do Estado sobre a indenização do contratado pelo que já executou no contrato?

Diante da testilha acima utilizaremos como marco teórico o princípio da moralidade administrativa e da vedação ao benefício que decorre da própria torpeza, tendo em vista que ambos os princípios são escorados em valores éticos, cuja violação não é tolerada em diversas passagens no direito positivo (*ex vi*, art. 37,

*caput*¹, do Constituição Federal, arts. 11, *caput* e inciso I e 12, inciso III da Lei nº 8.429/92², arts. 150 e 883 do Código Civil,³ etc).

A vedação ao enriquecimento sem causa é um princípio geral do direito, com raízes na equidade, que existe de forma positivada no Direito desde o remoto Direito Romano, onde era conhecido como: *nemo potest lucupletari, jactura aliena*. Por isso, invariavelmente defendeu-se a sua aplicabilidade tanto no âmbito do direito privado (art. 884 do Código Civil)⁴ como do direito público (art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

Como a abordagem deste trabalho refere-se aos contratos administrativos, centralizaremos nossa análise no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93: “A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”

O dispositivo acima constitui a positivação do princípio que veda o enriquecimento sem causa da Administração, visto que impede que o Estado se locuplete. Isto é, ainda que viciado o contrato ou a licitação, a Administração terá

¹ **Art. 37 da constituição Federal.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

² **Art. 11 da Lei nº 8.429/92.** Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os **deveres de honestidade**, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Art. 12 da Lei nº 8.429/92. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

³ **Art. 150 do Código Civil.** Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

Art. 883 do Código Civil. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

⁴ **Art. 884 do Código Civil.** Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

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

que pagar pelo serviço prestado (ou pelo fornecimento do produto) pelo administrado.

De outro lado, o dispositivo legal prevê uma restrição à aplicação do princípio: desde que a causa da nulidade não seja imputável ao particular contratado. E, a partir deste limite expresso na lei, a doutrina e a jurisprudência dos nossos tribunais tem apresentado entendimentos dissonantes.

Grandes referências da doutrina administrativa pátria como Marçal Justen Filho, Jesse Torres Pereira Júnior e Celso Antônio Bandeira de Mello apresentam posicionamentos distintos acerca do tema. Por consequência, a jurisprudência pátria, em especial do Superior Tribunal de Justiça ainda não atingiu uniformidade de entendimento que se espera de uma norma expressa na lei, como revelam os acórdãos dos REsp n.º 408.785/RN, n.º 440.178/SP e n.º 579.541/SP, que serão examinados neste trabalho.

No que tange aos conceitos/categorias teóricas que serão abordados no trabalho monográfico, além do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa; outros dois serão examinados: o princípio da vedação ao confisco; e o princípio da vedação à obtenção de benefício decorrente da própria torpeza.

Examinaremos se o princípio da vedação ao confisco poderá ser utilizado como escudo do contratado, garantindo-lhe a indenização pelos bens fornecidos, ainda que dê causa à nulidade do contrato. Do outro lado, analisaremos se o princípio da proibição da alegação da própria torpeza, originário das relações contratuais civis, impedirá o contratado, responsável pela nulidade do contrato, de ressarcir-se pelos serviços já executados no contrato administrativo.

A pesquisa do presente trabalho será basicamente bibliográfica, ou seja, pesquisa dogmática documental, visando apurar a coerência dos princípios e regras citadas, bem como aplicação destes na jurisprudência.

Assim, tendo em vista que o foco deste trabalho diz respeito aos efeitos da nulidade dos contratos administrativos, serão examinadas as obras que tratam de licitações e contratos administrativos. Além de obras do ramo do Direito Civil, Direito das Obrigações, uma vez que a vedação ao enriquecimento sem causa é um princípio geral do direito que, inicialmente, foi desenvolvido no âmbito do direito privado.

Do ponto de vista legislativo nossa análise focará nas normas em vigor, em especial: na Constituição Federal, que prevê expressamente os princípios da moralidade administrativa e vedação ao confisco; na Lei nº 8.666/93, que consagra o

princípio do enriquecimento sem causa nos contratos administrativos; e na Lei 10.406/2002 (Código Civil) que disciplina a vedação ao enriquecimento sem causa em capítulo específico.

Por fim, no que tange à jurisprudência, como centralizaremos nossa análise na Lei nº 8.666/93 (parágrafo único do art. 59), nos restringiremos à pesquisa, via internet, dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, em face da sua competência constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal.

2 - DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

2.1 Imprecisões terminológicas

Inicialmente convém esclarecer que o enriquecimento sem causa não se confunde com o enriquecimento sem contraprestação, uma vez que este último, em

regra, é escorado numa causa jurídica, como, por exemplo, no contrato de doação ou disposição testamentária. Em verdade, o enriquecimento sem causa pode ser considerado uma espécie do gênero enriquecimento sem contraprestação, embora esta hipótese seja conhecida por decorrer de uma causa lícita, de ato ou negócio jurídico válido.

Outrossim, frequentemente a doutrina refere-se ao enriquecimento sem causa como “enriquecimento ilícito”, tendo em vista que, como o enriquecimento não decorre de uma causa jurídica, ou seja, não decorre de causa acobertada pela ordem jurídica, entendeu-se que o enriquecimento seria ilícito. Por isso, tais expressões são utilizadas como sinônimas.

Segundo o Código Civil (art. 186) a ilicitude decorre da ação ou omissão voluntária, ou por negligência ou imprudência do agente que viola direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Isto é, a ilicitude pressupõe dolo ou da culpa do agente. Todavia, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, como ainda veremos neste trabalho, não pressupõe dolo ou culpa do enriquecido para justificar seu dever de ressarcir ao empobrecido, mas a ausência de causa que justifique o enriquecimento. Como leciona Pontes de Miranda (1984, V. 26, p. 120):

A parença entre o enriquecimento injustificado e o ato ilícito (arts. 159 e 160), gerador de dever de indenizar, começa na formação mesma dos suportes fáticos. Em ambos, cogita-se de alteração no estado de coisas entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Mas logo percebe que o ser contrário a direito não é requisito que se encontre em todos os casos de pretensão pelo enriquecimento indevido, nem no é, tão-pouco, a culpa: enriquecimento injustificado pode entrar no mundo jurídico, ainda que não tenha havido culpa, nem, sequer, que se trate ato (e.g., avulsão).

Além disso, no nosso ordenamento jurídico o enriquecimento ilícito encontra-se definido na Lei n.º 8.429/92 como hipótese de improbidade administrativa praticada por agente público (com ou sem participação de particular), que consiste em auferir, dolosamente, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade (art. 9º). Ou seja, o “enriquecimento ilícito”, previsto no âmbito do direito público é inconfundível com o “enriquecimento sem causa”, na medida que aquele requer a configuração de uma serie de requisitos desnecessários (e até distintos) daqueles previstos para configuração do enriquecimento sem causa.

Ademais, na Exposição dos Motivos do livro do Direito das Obrigações Código Civil em vigor, o elaborador Agostinho Alvim, citado na obra de Giovanni

Ettore Nanni (*apud*, 2010, p. 105), esclareceu a adoção, pelo código, do nome “enriquecimento sem causa”, trançando a distinção das duas terminologias:

“O nome dado a esta figura pelo anteprojeto foi o de enriquecimento sem causa.

Também se diz enriquecimento injusto, enriquecimento indevido ou indébito. Outros preferem enriquecimento ilícito.

Em matéria de *enriquecimento*, ‘o momento’, como dizem os cultores das ciências naturais, não é a ilicitude, e sim a carência de causa.

Dizemos nós que o *prius* é a falta de causa; a ilicitude é uma decorrência, é *posterius*.

(...)

Aliás, a expressão enriquecimento ilícito está sendo agora empregada entre nós com alusão aos que se enriquecem inescrupulosamente à custa de cargos públicos que exercem, ou posições de caráter político de que desfrutam.”

Assim sendo, neste trabalho adotaremos o termo “enriquecimento sem causa” que é cunhado no Direito, desde o Direito Romano, como as *conditiones sine causa*. Além disso, evita confusão com as expressões já positivadas no nosso ordenamento que exigem comportamento ilícito do enriquecido, diferentemente do enriquecimento sem causa que dispensa esta circunstância para sua configuração.

2.2 Origem Romana

Historicamente o enriquecimento sem causa era tratado como uma regra de equidade, buscando equalizar a situação jurídica dos agentes envolvidos. De outro lado, segundo o autor Caramuru Afonso Francisco (*apud* DE LUCCA, 2003, p. 99), dizer que a origem do instituto encontra-se na equidade não diz muito, vez que o Direito é a arte de bom e do equânime.

Em verdade, o princípio do enriquecimento ilícito tem seu nascimento em Roma, fruto da necessidade de regular situações imprevistas no campo obrigacional do Direito Romano, mas que precisavam encontrar soluções de equidade para corrigir desequilíbrios patrimoniais injustos (VENOSA, 2009, p. 199). Ou seja, esta teoria, desde sua concepção, já apresentava caráter subsidiário às regras jurídicas estabelecidas, aspecto este que nosso Código Civil perpetua no seu art. 886: “*não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios de se ressarcir do prejuízo sofrido.*”

Por isso, no Direito Romano, a disciplina do princípio da proibição ao enriquecimento sem causa foi rebaixada as *condictiones*, baseadas na equidade e dirigidas a cada caso concreto, sem criar posição dogmática acerca do instituto. As *condictiones* que se destacaram foram a: *condictio indebiti*; *condictio causa data non securita*; *condictio ob injustam causam* e *condictio ob turpem causam*.

A *condictio indebiti* é a principal *condictio* conhecida, consiste no chamado enriquecimento com indébito, se foi solvido o que não se devia, solveu-se o indevido (MIRANDA, 1984, p.131). É a típica situação do agente que paga indevidamente por erro, seja quanto à pessoa, seja quanto à existência da própria obrigação. Registre-se que, se o credor encontrar-se de má-fé, seria o caso de enquadramento na *condictio furtiva*, nesta hipótese não seria objeto da ação de enriquecimento injustificado, mas de responsabilidade civil do credor (MIRANDA, 1984, p. 144).

Em verdade, a *condictio indebiti* seria uma espécie de cláusula geral proposta para evitar o enriquecimento injustificado, por isso não é difícil verificar que as demais *condictiones* podem ser consideradas desdobramentos de *condictio indebiti*.

A *condictio causa data non securita* consiste na restituição de coisa dada em troca de outra que não o foi ou troca por serviço não realizado, como por exemplo, na hipótese do pagamento do “dote” antes do casamento, não vindo este a ocorrer. (VENOSA, 2009, p. 201).

Já a *condictio ob causam finitam* é aquela hipótese na qual a causa existia, porém, deixou de existir antes do término da execução da obrigação. Assim, o que se prestou posteriormente foi atribuído sem dever do devedor. Por exemplo, sendo requerida a resolução de contrato bilateral, o que se prestou por erro, após a data da resolução do contrato, poderá ser objeto de restituição (MIRANDA, 1984, p.144).

Por outro lado, se alguém não estava obrigado, paga dívida alheia, para liberar coisa sua, e o direito de garantia não existia, pode repetir o que pagou se ignorava ou o direito de garantia não existia. Esta é a *condictio ob causam datorum* (MIRANDA, 1984, p. 142). Se, porém, quem pagou entendeu que lhe cabia esta obrigação perante o devedor, não poderá repetir do credor, pois o que este recebeu era devido.

Por fim, cabe destacar a *condictio ob turpem vel iniustam causam*, que consiste no direito de repetição quando a causa for imoral (torpe) ou ilegal (injusta). Para o direito romano, nesta situação, o credor estava obrigado a restituir o que recebera por causa imoral (CARVALHO SANTOS, 1958, p. 434). Isto é, como esclarece Giovanni Nanni (2010, p. 11), “aquele que havia dado alguma coisa

agindo com honestidade utilizava-se da *condictio* para obter a restituição daquele que a recebeu injustamente.” Por outro lado, se o próprio empobrecido deu a coisa agindo com intenção ilícita ou imoral, não poderia invocar a *condictio* para obter a restituição, pois é vedado alegar a própria torpeza.

Registre-se que no nosso código civil há dispositivo com conteúdo semelhante: “art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.” Face à pertinência deste dispositivo neste trabalho voltaremos à sua análise no item 2.6.2.

Foi sobre este alicerce, das *condictiones*, que surgiu a teoria do enriquecimento sem causa. Embora o Direito Romano não tenha apresentado sistematização a respeito do instituto, é inegável que a contribuição romana que influenciou o desenvolvimento do instituto em ordenamentos jurídicos estrangeiros (como na Alemanha, Suíça, França e Portugal), inclusive o nosso, como se depreende da redação do Código Civil em vigor.

2.3 Natureza jurídica

No Direito Romano, quando foi concebido, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa foi tratado como quase-contrato, ou seja, à semelhança do contrato entendeu-se que há formação de vínculo obrigacional entre as partes, contudo, sem caráter de estipulação formal através de acordo de vontades. Os romanos, por enaltecer o formalismo contratual, criou a categoria dos quase-contratos e colocou a vedação ao enriquecimento entre os quase-contratos (PEREIRA, 2005, p.10).

Outrossim, André de Laubadère, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello (*apud*, 2009, p. 322), inclui o enriquecimento sem causa no âmbito dos quase-contratos: “Entre os fatos constitutivos dos quase-contratos compreendem-se habitualmente, em direito civil, a repetição do indébito, a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa.”

Outra parcela da doutrina francesa como Laurent, Lamrombière e Demolobe, defendem que a vedação ao enriquecimento sem causa seria uma variedade da

gestão de negócios⁵, como “quase gestão de negócios” ou “gestão de negócios anormal” (*apud* CARVALHO SANTOS, 1958, p. 380). Contudo, citando Cunha Gonçalves, Carvalho Santos (1958, p. 381) criticou esse enquadramento, uma vez que pode haver locupletamento sem gestão alguma de negócios alheios, já que, em regra, o locupletador age por conta própria e não no interesse de terceiro, senão vejamos:

“O locupletamento pode dar-se por ato do locupletador ou de terceiro. Doutra lado, na ação de não locupletamento, a restituição a fazer é muito mais restrita do que o reembolso das despesas e prejuízos do gestor.”

Do mesmo modo não é possível encaixar a vedação ao enriquecimento sem causa na teoria da responsabilidade civil, uma vez que pode haver locupletamento ainda que locupletador permaneça em atitude puramente passiva, sem ter desejado ou sequer previsto o seu enriquecimento (CARVALHO SANTOS, 1958, p. 382). Poderia se argumentar que responsabilidade objetiva também prescinde de culpa ou dolo do agente. Porém, a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, depende de nexo de causalidade para sua configuração, em regra, corporificada nos riscos da atividade desempenhada pelo causador do dano. Todavia, há casos de locupletamento em que sequer existe atividade do locupletador ou de terceiro (avulsão - art. 1251 do Código Civil).

Majoritariamente, insere-se a vedação ao enriquecimento sem causa dentre os princípios gerais do direito⁶, em face do seu caráter subsidiário, ou seja, é invocado sempre que houver omissão da lei (CARVALHO SANTOS, 1958, p. 378-379). Por isso a ação de *in rem verso* só deve ser intentada quando o indivíduo, que se julga lesado, não tiver ao seu dispor uma ação específica baseada em contrato ou preceito especial de lei, conforme estabelece nosso atual Código Civil no art. 886⁷.

Desde o remoto Direito Romano a vedação ao locupletamento era consagrada na cláusula geral: “*nemo potest lucupletari, jactura aliena*” - ninguém pode locupletar-se à custa alheia. Ou, de acordo com Pompônio(*apud*, GARCIA;

⁵ A gestão de negócios, segundo o art. 861 do Código Civil, é ato jurídico unilateral daquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão do negócio alheio, dirigindo-o segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com quem tratar.

⁶ São enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003).

⁷ **Art. 886.** Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

ALVES, 2002, p. 190): “*jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletatiorem*” - por direito da natureza é justo que ninguém se enriqueça com prejuízo e incúria de outrem.

Sua natureza de norma principiológica também é lembrada por Agostinho Alvim (1957, p. 6) que leciona: “Os Códigos que seguem o sistema tradicional procuram coibir o enriquecimento sem causa, onde quer que se apresente. Onde se pode dizer que tal proibição informa todo sistema”.

Em verdade, considerar a vedação ao enriquecimento sem causa um dos princípios gerais do direito foi imprescindível no nosso ordenamento, em face da omissão do nosso código civil pretérito⁸, que deixou de consagrá-lo no seu texto. Assim, aplicar este princípio, como método de integração do Direito, passou a ser a única alternativa quando o fato jurídico não se enquadrava em qualquer das espécies de vedação ao locupletamento prevista no antigo código civil, por força do disposto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Nosso Código Civil em vigor corrigiu essa falha positivando a vedação ao enriquecimento sem causa, como forma de obrigação unilateral, no seu art. 884: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” Ou seja, a vedação ao locupletamento continua sendo um princípio geral do direito amplamente reconhecido, porém, no nosso direito posto, assume a natureza jurídica de ato unilateral.

Entendemos, contudo, que introduzir o enriquecimento sem causa dentre os atos unilaterais revela-se um equívoco, uma vez que no ato unilateral obrigacional há ato de vontade de uma das partes, bem como é justificada por uma causa. Diferentemente, o enriquecimento sem causa pode decorrer inclusive de fato da natureza, independente da vontade das partes, sendo que um dos seus requisitos é justamente a ausência de causa que justifique o enriquecimento.

Assim, enquadrar o enriquecimento sem causa nos limites conceituais das obrigações por ato unilateral seria retirar o caráter geral inerente a este instituto, vez que deixaria diversas situações de locupletamento fora das balizas dos atos unilaterais. Fato que contrariaria a própria finalidade do instituto, de abarcar a

⁸ Código Civil de 1º de janeiro de 1916, foi revogado em 10/01/2003 pelo código atual.

generalidade de hipóteses de enriquecimento injustificado. Por isso, é considerado um princípio geral do direito, com finalidade integrativa do ordenamento, face à impossibilidade real do legislador antever todas as situações específicas de enriquecimento.

2.4 Fundamento

Demogue e Rouast tratadistas franceses, citado por Carvalho Santos, defendem que o princípio que veda o enriquecimento sem causa melhor se justifica com o conceito do “equilíbrio dos patrimônios”, ou de “segurança estática das fortunas”, tendo em vista que o equilíbrio ou a segurança se rompe logo que se opera um deslocamento de valores, sem haver uma “força-causa” ou “energia criadora” que o justifique (*apud*, 1958, p. 380).

Nesse diapasão Cunha Gonçalves salienta que, para fundamentar a ação de locupletamento, nenhuma teoria é precisa além dos princípios clássicos da justiça e do direito: dar a cada um o seu (*suum cuique tribuere*), não lesar ninguém (*neminem laedere*). Sendo o não enriquecimento uma resultante destes dois axiomas jurídicos. O locupletamento pode nascer tanto de fato lícito como ilícito, mas sempre uma lesão involuntária do patrimônio alheio. De outro lado, não restituir patrimônio alheio ou não indenizá-lo é praticar ato ilícito, vez que a pessoa estaria conscientemente apropriando-se de algo que não lhe pertence, aproveitando de trabalho de outrem contra a sua vontade, que não pretendeu beneficiar o locupletador (*apud*, 1958, p. 382).

Seguindo esse raciocínio, Carvalho Santos (1958, p. 383) conclui que a equidade é a base justificadora do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa:

A equidade, a nosso, ver, é o fundamento do princípio do não locupletamento à custa de outrem. Vale o mesmo que dizer que CUNHA GONÇALVES está com a razão, quando assevera que para justificar a ação de não locupletamento nenhuma teoria é precisa além dos princípios clássicos da justiça e do direito a que aludiu, porquanto êsses princípios nada mais traduzem do que regras de equidade.

De outro lado, Emerson Garcia (2002, p. 190-191), criticando o enfoque patrimonialista que a doutrina, influenciado pelo direito romano, tem imposto à teoria

do enriquecimento sem causa, acrescenta mais um fundamento para justificar esse princípio: a tutela da moral. A doutrina patrimonialista é incompleta porque omite situações nas quais não tenha ocorrido transferência de ordem patrimonial, mas apenas uma vantagem correlacionada à ação ou omissão de outrem, como por exemplo: o fornecimento de informação valiosa ou benefício moral. Por isso, o autor define que:

“O princípio do não-locuplemento indevido reside na regra de equidade que veda a uma pessoa enriquecer às custas do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, sem o concurso da vontade deste ou o amparo do direito – e tal ocorrerá ainda que não haja transferência patrimonial.”

Nesse sentido, o professor Agostinho Alvim (1957, p.11), defende a moral como o fundamento mais diretamente relacionado à condenação do enriquecimento, esteja ela expressa ou latente no ordenamento. Neste ponto, Serpa Lopes (1962, p. 69), também defende com maestria a moral, ligada ao princípio da justiça, como fundamento norteador da vedação ao enriquecimento:

“Um preceito moral, na verdade, nos proíbe enriquecer com a fortuna alheia. Mas porque razão há êsse ditame moral? E a resposta só pode ser técnica e consiste em que seria uma injustiça desequilibrar-se um patrimônio contra a vontade do seu titular, sem lhe proporcionar os meios indispensáveis a obter o seu reequilíbrio. Assim, não nos ligamos exclusivamente a um aspecto técnico da obrigação senão a um princípio superior de ordem moral, mas que lastreia de um modo geral, todo o Direito e não particularmente o instituto de que estamos cogitando. Critica-se a teoria da equivalência das prestações, acusando-a de nos dar um aspecto matemático. Não é verdade. O desequilíbrio se traduz em fatos matérias que serão apreciados através de um sentimento de Justiça. Não se trata de pura e simplesmente de valores que se desencontram e se desajustam em planos não proporcionais, senão valores que se desencontram e se desajustam de acôrdo com critérios de apreciação inspirados no princípio de Justiça.”

Registre-se que o civilista Carvalho Santos (1958, p. 382), afasta o dever moral como justificativa do não locupletamento, por entender que: “o dever moral tem por característica não dar direito de ação para exigir coisa alguma nele fundado, enquanto o não locupletamento é fundamento da ação *in rem verso*”.

Aparentemente é justificável que o tradicional autor civilista, cuja obra foi escrita na década de 50, exclua a moral como fundamento da ação *de in rem verso*, visto que naquela época o dano moral não era judicializável. Todavia, não se deve confundir a moral como bem objeto da relação jurídica, com a moral fundamento para reparação do dano. Como destaca Serpa Lopes: “as obrigações não nascem

simplesmente para peso de uns e benefícios de outros. Elas nascem e se desenvolvem numa destinação patente de ordem moral e econômica, mantendo o equilíbrio da própria vida.”

Registre-se que a moral tem fundamental relevância desde as primeiras tentativas de conceber a teoria do enriquecimento sem causa, como se viu na *condictio ob talem* examinada no item 2.2 desta obra, que desde o longínquo Direito Romano, afasta o direito do empobrecido se a causa do negócio jurídico for imoral.

Com efeito, embora a moral não fosse reconhecida expressamente como bem jurídico tutelável, ela já era utilizada como fundamento para não permitir aplicação da “vedação ao enriquecimento sem causa”, nos casos de negócios jurídicos com fins imorais.

Acrescente-se que na atualidade o dever moral é amplamente garantido no nosso ordenamento. A moral no sentido do dever de lealdade, foi incorporada no nosso Código Civil em vigor, como se depreende dos princípios do direito contratual: probidade e boa-fé (art. 422). De outro lado, no âmbito do direito público, a tutela da moralidade administrativa encontra amparo no próprio texto constitucional (art. 37, *caput*).

Assim, entendemos que tanto a equidade como a moral são os alicerces que justificam a existência do princípio que veda o enriquecimento sem causa. Ainda, há autores, como Pontes de Miranda (1984. p. 120), que defendem a “justiça comutativa” como o principal fundamento deste princípio: “O fundamento das relações jurídicas pessoais por enriquecimento injustificado está em exigência de justiça comutativa, que impõe a restituição daquilo que se recebeu de outrem, sem origem jurídica”. Na realidade, a justiça comutativa aproxima-se muito da noção de equidade, que busca conferir justiça ao caso concreto.

Ainda, cabe registrar o entendimento de Giovanni Nanni (2010, p. 118), que não considera a equidade, o dever moral e a justiça comutativa como fundamentos da proibição ao enriquecimento sem causa por entender que: “Ainda que a justiça comutativa, a equidade e o dever moral sejam mandamentos de grande carga valorativa, isoladamente, não desfrutam de fundamento em texto de lei no direito brasileiro.”

Data máxima vênia, não é o que vislumbramos acima. O dever moral encontra-se exaustivamente tutelado no nosso ordenamento em diversas passagens. E a equidade, embora tradicionalmente seja relegada à função de norma integrativa do direito, suprimindo eventuais lacunas, ela também é encontrada com

frequência no ordenamento. Somente no texto do Código Civil a equidade é utilizada nos seguintes dispositivos: 413, 479, 944, 953, 954, 928. Ademais, acrescenta-se que a equidade é utilizada como uma das facetas do princípio da razoabilidade, proporcionando a harmonização da norma geral ao caso individual, conforme leciona o professor Humberto Ávila na sua festejada obra “Teoria dos Princípios” (2004, p. 103).

2.5 Requisitos

A doutrina apresenta um variado rol de requisitos para configuração do enriquecimento sem causa, não existindo uniformidade a respeito, uma vez que este instituto foi desenvolvido em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente na França e na Alemanha, que influenciaram os demais ordenamentos. (NANNI. 2010. p. 232).

A doutrina alemã foca atenção nos elementos objetivos (empobrecimento; enriquecimento; nexos entre ambos; e ausência de justa causa). A doutrina francesa, influenciada pela sua jurisprudência, apresenta as mesmas condições, porém com mais nuances. Por exemplo, o autor francês François Gore, citado por Giovanni Nanni (2010, p. 234), divide as condições para configuração do enriquecimento sem causa em três categorias: elementos materiais (enriquecimento, empobrecimento e correlação entre ambos); elementos de ordem jurídica (ausência de escoramento jurídico do enriquecimento e inexistência de outra ação); e elementos de ordem moral (empobrecimento deve ser produzido contra vontade do empobrecido e o enriquecimento não deve decorrer de culpa do enriquecido).

O nosso direito positivo, alinhando-se a doutrina tradicional, elenca quatro requisitos para aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa: a) enriquecimento; b) empobrecimento correlativo da outra parte; c) relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) ausência de justa causa. Estes requisitos são extraídos do texto do art. 884 do Código Civil : “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

2.5.1 Enriquecimento

É o primeiro requisito que deve ser examinado, pela própria definição do princípio do não locupletamento. O enriquecimento é vantagem, que pode ser material, intelectual ou moral (CARVALHO SANTOS, 1958, p. 383). Acrescentando-se que, segundo Agostinho Alvim (1957, p. 18), o benefício moral deve ter apreciável em pecúnia. Outrossim, o enriquecimento também acontece se o enriquecido deixar de pagar uma despesa prevista ou de entregar o bem. Ou seja, o enriquecimento pode consistir em não ter sido desfalcado o patrimônio.

Como exposto, o enriquecimento pode ser extra-patrimonial como, por exemplo, a restituição da liberdade, na hipótese do indivíduo que fez diligências e contraiu despesas para providenciar a libertação de um sujeito preso ou internado em hospital psiquiátrico. Neste caso, o enriquecimento “moral” ou “imaterial” tem reflexos pecuniários visto que provocou empobrecimento de outrem, por isso, tal enriquecimento pode ser avaliado economicamente.

Serpa Lopes (1962, p. 82), lecionando sobre o tema, classifica o enriquecimento em direto ou indireto, o direto é aquele que decorre diretamente de ato ou omissão do empobrecido, em virtude de relação direta entre os dois patrimônios interessados. Por outro turno o enriquecimento indireto ocorre à custa de outrem, ou seja, por intermédio de um terceiro patrimônio. Por exemplo, um comerciante (empobrecido) que fornece adubos ao arrendatário (terceiro) de um prédio, poderá, no caso de despejo e insolvência do arrendatário, reclamar o respectivo valor do arrendante (enriquecido), tendo em vista que o terreno foi beneficiado. Isto é, ocorrem dois deslocamentos patrimoniais, o primeiro do empobrecido para o intermediário (terceiro) e depois deste para o enriquecido.

Como o enriquecimento indireto envolve três partícipes, o pressuposto fundamental para sua configuração é o nexu causal. Em outras palavras, como ensina Giovanni Nanni (2010, p. 247): “há de estabelecer um liame entre o enriquecido e um fato que se ligue ao empobrecido”.

Registre-se que, o professor Fernando Noronha, citado por Nanni (*apud*, 2010, p. 247), defende existir duas condições específicas para o empobrecido propor ação na hipótese de enriquecimento indireto: primeiro, que o devedor seja insolvente, vez que enquanto o devedor tiver como pagar não haverá justificativas

para demandar o beneficiário final; segundo, que o enriquecimento tenha sido obtido a título gratuito, porque, neste caso, justifica-se colocar em plano superior o interesse do prejudicado, que experimentou uma redução patrimonial, acima do interesse do terceiro, que não teve negócios com ele.

De outro lado, há autores, como Mário Júlio de Almeida Costa e João Matos Antunes Varela, que fazem a coerente distinção entre o enriquecimento real e o enriquecimento patrimonial. O primeiro corresponde ao valor objetivo da vantagem adquirida, já o segundo corresponde à diferença, para mais, produzida na esfera econômica do enriquecido, ou seja, a diferença entre a situação em que o beneficiário se encontra e aquela que estaria caso a deslocamento patrimonial não tivesse acontecido. Para melhor esclarecimento, um exemplo: a pessoa que recebe por engano charutos e bebidas destinadas a outrem, o enriquecimento real medir-se-á pelo valor dos artigos consumidos, já o enriquecimento patrimonial determinar-se-á pelo preço dos produtos que ele estaria disposto a adquirir, ou pelo preço que ele teria de dar, se não houvesse ocorrido o engano (*Apud* DE LUCCA, 2003, p. 104-105).

Essa distinção tem o efeito prático de alterar o valor que seria devido na restituição. Contudo, o texto do art. 886 do Código Civil pátrio não define se o enriquecimento previsto seria o real ou se, de forma mais abrangente, seria o patrimonial, já que o dispositivo impõe obrigação de “restituir o indevidamente auferido”. Por isso, segundo De Lucca (2003, p.106), nessa situação “deverá o juiz, utilizando-se da equidade, avaliar a extensão do locupletamento injusto e o grau de desequilíbrio patrimonial experimentado pelas partes, de forma a melhor decidir a questão.”

Ainda, cabe ressaltar que, tem-se defendido que o enriquecimento deve ser “permanente” do ponto de vista processual, isto é, que o proveito do enriquecimento exista no momento da propositura da ação, ainda que o bem obtido esteja subrogado em outro. Porque o locupletamento se desconfiguraria caso o bem obtido tenha sido consumido ou disperso sem nada produzir (CARVALHO SANTOS, 1958, p. 385). Assim, por exemplo, estabelece o Código Federal Suíço das Obrigações no art. 64, traduzido por Souza Diniz (1961, p. 167), vejamos:

“A restituição não pode ser exigida desde que aquele que recebeu (indevidamente) demonstre que não mais estava enriquecido ao tempo da exigência de volta, a não ser que se tenha êle privado do enriquecimento, e com isso não se achasse de boa-fé ou que devesse contar com a restituição.”

Neste ponto convêm transcrever o disposto parágrafo único do art. 884 Código Civil pátrio: “Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”

Pela parte final do dispositivo acima se verifica que o Código Civil adotou o posicionamento defendido por Carvalho Santos, vez que não se exige que a coisa exista no momento da prolação da decisão judicial, mas que a coisa exista no momento em que for exigida pelo empobrecido. Ou seja, que a coisa não tenha sido consumida pelo enriquecido no momento da propositura da ação, porque o valor do bem a ser indenizado será aferido no momento desta propositura.

2.5.2 Empobrecimento correlato da outra parte

É necessário que exista pessoa que sofra empobrecimento, esta que reivindicará a aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, uma vez que o enriquecimento de uma das partes deverá ocasionar um sacrifício econômico suportado pela outra parte, ou seja, exige-se que a perda seja apreciável economicamente (VENOSA, 2009, p. 213).

O empobrecimento, embora deva provocar enriquecimento alheio, não será necessariamente na mesma medida. Quando forem idênticos os valores não haverá dificuldade para mensurar o quantum restituível. Por outro lado, o valor pecuniário restituível do empobrecido não se confunde com o conceito de dano decorrente de inadimplemento obrigacional ou responsabilidade extracontratual, vez que estes, por decorrerem de ato ilícito, geram o dever de indenizar os prejuízos efetivos (dano emergente) e lucros cessantes, independentemente do valor enriquecido pelo locupletador.

Na hipótese de locupletamento, toda vez que o valor enriquecido for menor que o prejuízo, o prejudicado deverá contentar-se com uma parcial restituição até a concorrência do proveito tirado pelo locupletador. De outro vértice, sendo o prejuízo menor que o valor locupletado, não pode pretender senão o necessário para indenizá-lo (CARVALHO SANTOS, 1958, p. 386). Isto é, como didaticamente exemplifica Newton de Lucca (2003 p. 108):

“Se o enriquecimento foi de \$100,00 e o empobrecimento foi de \$90,00, nada há a restituir além dos \$90,00, valor total do prejuízo. À outra parte caberá o saldo de \$10,00. Se o empobrecimento foi de \$100,00 e o enriquecimento apenas de \$90,00, a restituição será de apenas \$90,00 porque os \$10,00 remanescentes não passaram a integrar o patrimônio do beneficiário.”

Ou seja, verifica-se que o valor do enriquecimento será sempre o limite máximo do valor a ser restituído, ainda que o prejuízo apurado supere o enriquecimento obtido pelo locupletador.

Isto ocorre porque, segundo o doutrinador alemão Gerota, a ação de enriquecimento não é uma ação de indenização, isto é, sua finalidade precípua não é indenizar o *solvens*, mas restabelecer um equilíbrio de patrimônios por uma justa compensação (*apud*, VENOSA, 2009, p. 211). Ou seja, o enfoque na vedação ao enriquecimento sem causa é restabelecer o equilíbrio dos patrimônios, na medida do possível, já que o enriquecido não será afetado em seu patrimônio além do que enriqueceu, afinal este não poderia ser sacrificado pelo erro de outrem.

Assim, arremata Silvio Rodrigues (2005, p. 425): “quando houver diferença entre os montantes do enriquecimento e do empobrecimento, a indenização se fixará na menor cifra menor.”

Por outro turno, como bem ressalta Pontes de Miranda (1984, p.167), o valor do empobrecimento não é apurado pelo valor do bem ao tempo em que se deu o enriquecimento, mas sim pelo valor do enriquecimento apurado no momento que se exerce a pretensão: “se o bem, ficando com o demandante, valeria a , mas com o demandado passou a valer $a + x$, é $a + x$ que se há de prestar”. Ou seja, se o enriquecido, por erro, recebeu ações na bolsa de valores e esta, no momento do exercício da pretensão pelo empobrecido, valiam mais do que na época da transferência, o valor a ser restituído será o valor atual, uma vez que o valor do dano subiu porque o valor enriquecido também evoluiu. Assim, como tratamos no item anterior deste trabalho, o valor a ser restituído é quantificado e fixado no momento da exigência da repetição do indébito, tenha o valor do bem (ou do serviço) sofrido desvalorização ou valorização após a sua prestação, é o que se depreende do art. 884 do Código Civil.

Ainda, tem-se classificado o empobrecimento em positivo ou negativo. O positivo seria aquele facilmente assimilável, decorrente da perda material de patrimônio. De outro lado o empobrecimento negativo decorreria da execução de

serviço prestado sem a devida contraprestação do beneficiado, como, por exemplo, a prestação de um trabalho manual ou intelectual, que embora não dispendioso do ponto de vista pecuniário, decorreu do esforço alheio, sendo o empobrecimento quantificado pelo valor da remuneração que o executor deixou de receber (CARVALHO SANTOS, 1958, p. 386).

Nesse sentido, Agostinho Alvim (1957, p. 21) ensina que o empobrecimento configura-se tanto na hipótese de efetiva diminuição patrimonial, como na situação de ter impedido o seu aumento. Como, por exemplo, alguém que presta uma informação privilegiada a cerca de determinado parentesco, que permite a quem recebeu candidatar-se a uma herança ou mesmo investigar uma paternidade, com reflexos patrimoniais. Segundo Agostinho:

“em qualquer destes casos o enriquecimento poderá dar-se, sem que se possa falar em empobrecimento, no sentido patrimonial. E, a não ser na hipótese do espírito de liberdade, terá havido enriquecimento à custa alheia, e portanto, sem justa causa para reter.”

Por outras palavras, se o enriquecimento decorrer do livre exercício da própria vontade do empobrecido, que concede espontaneamente condições para enriquecimento alheio, não será caso de enriquecimento sem causa, já que este enriquecimento terá causa na vontade alheia, como veremos no item 2.6.3.

Assim, em face da abrangência que foi dada ao termo “empobrecimento”, alguns autores chegam a defender que este elemento deixou de ser requisito como configuração do locupletamento indevido, ou seja, ele seria dispensável. Como sustentam os autores Júlio Manuel Ferreira Gomes e Luiz Menezes Leitão, citados por Giovanni Nanni (*apud*, 2010, p. 256), pois entendem que, quando se diz que o enriquecimento foi obtido à custa de outrem, quer dizer que foi obtido pela usurpação de uma competência alheia, de um direito reservado a outrem, independente desta pessoa ter sofrido, ou não, o dano.

Registre-se que nossa doutrina civil contemporânea tem agasalhado este posicionamento, de desconsiderar o empobrecimento alheio como requisito do enriquecimento sem causa. É o que se depreende do enunciado nº 35 da Jornada de Direito Civil: “a expressão ‘*se enriquecer à custa de outrem*’ do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.”

2.5.3. Relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento

Este terceiro requisito é comumente indicado como o nexos causal que liga o enriquecimento de uma das partes com o empobrecimento da outra. Isto é, na ação de *in rem verso*, deve-se demonstrar a existência de interdependência entre o enriquecimento de um com o empobrecimento do outro. Ou seja, é a união destes dois elementos vinculados por uma relação de causa e efeito (SERPA LOPES, 1962, p. 83).

Pontes de Miranda (1984, p. 168), entretanto, critica a denominação deste requisito como “nexo causal”, uma vez que esta definição reduziria o segundo requisito (empobrecimento) ao de identidade entre a pessoa que presta e o credor do enriquecimento e entre a pessoa que recebe e o devedor do enriquecimento, fato que não necessariamente acontece nas hipóteses de enriquecimento sem causa, já que uma das hipóteses de enriquecimento decorre de erro de terceiro que realiza adimplemento de dívida alheia. Se a dívida for inexistente, o terceiro que pagou é que tem ação de enriquecimento e não o devedor.

De fato, não há exigência de tal identidade, o pressuposto é que haja *causa comum* ao enriquecimento e à perda. É o que se entende por imediatidade da relação entre o enriquecido e o empobrecido.

Como arremata Silvio Rodrigues (2005, p. 425), o enriquecimento e o empobrecimento devem ser resultantes de um mesmo fato. Assim, se um indivíduo presta um serviço, sem ser remunerado, sofre empobrecimento correspondente ao enriquecimento do beneficiado, sendo ambos causados pelo mesmo fato, isto é, o serviço prestado.

2.5.4. Ausência de justa causa

Para completar o arco de requisitos para configuração do locupletamento injustificado, exige-se que o enriquecimento se dê sem uma causa que o justifique, quer porque falte, quer porque contrário ao direito (GOMES, 2008, p. 301).

Existe grande celeuma em definir o que vem a ser causa. Por ser um conceito jurídico indeterminado cunharam-se diversas acepções. Elenca Gionani Nanni

(*apud*, 2010, p. 262)., citando Antônio Junqueira Azevedo, para o termo causa as seguintes acepções: causa fato-jurídico (*causa efficiens*); causa-motivo, quando o motivo é psicológico; causa-justa-causa, se o motivo é objetivo; causa da juridicidade (*civilis ou naturalis*); causa da atribuição patrimonial (da atribuição de direito); causa do negócio (*causa finalis*).

Assim, face à indeterminação do seu conceito, no enfoque dos negócios jurídicos, a causa tradicionalmente não ensejava significativa importância, por isso não era alçada como elemento de validade do ato jurídico. Nesse sentido, adotando a teoria anti-causalista no negócio jurídico Clóvis Beviláqua sempre se posicionou pela inutilidade deste requisito: “é ociosa essa cláusula e somente própria para gerar confusões, em um assunto, jurídica e psicologicamente, claro.” (*apud*, NANNI. 2010. p. 263).

Por outro lado, o conceito de causa sempre foi necessário para desenvolver a teoria do enriquecimento sem causa, já que esta reparação depende da negação da existência de causa. Desse modo, buscou-se conceber a causa como atribuição patrimonial, como aquela prevista no art. 90 do Código Civil de 1916: “Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição”.

Orlando Gomes (2008, p. 301), desenvolvendo este conceito no âmbito do enriquecimento sem causa, leciona que esta “causa” trata-se da *causa da atribuição patrimonial*, ou seja, para identificá-la cabe ao interprete indagar se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo ou por motivo lícito.

De outro lado, deve-se esclarecer que a justa causa que é exigível para evitar o enriquecimento sem causa não se restringe àquela que seria elemento do negócio jurídico, uma vez que esta pode decorrer de atos unilaterais ou mesmo fatos da natureza.

Simplificando o conceito de causa, Agostinho Alvim (1957, p. 25) entende que causa “é aquilo que pode explicar o enriquecimento; é a contraprestação”. Inexistindo esta contrapartida ou sendo ela injusta, o enriquecimento será condenado.

Por outro turno, com a evolução do enfoque do nosso Código Civil de 2002, que passou a ser menos patrimonialista e individualista, agasalhando princípios da solidariedade e função social dos bens e dos contratos, José Roberto de Castro Neves, lecionando sobre o tema em artigo colacionado na obra “Princípios do Direito

Civil Contemporâneo”, coordenado pela professora Maria Calina Bodin de Moraes (2006, p. 193), afirma que:

Admitindo a relação obrigacional como um processo, que exige comportamentos de ambas as partes, a “causa” do negócio não pode ser vista apenas como interesse da contraprestação ou uma manifestação da liberalidade, mas deve ser compreendida como intercâmbio negocial inserido e preenchendo uma função social.

Segundo Castro Neves, a posição que defende o negócio anticausalista, merece reflexão, principalmente com o advento do novo Código Civil que incorpora definitivamente a noção de função social do contrato no art. 421. Com efeito, defende que a função social do contrato se verifica precisamente na sua causa. “Afinal, o interesse das partes no negócio deve está em consonância com o ordenamento jurídico, sob pena de o ato não cumprir a sua função social” (*ob cit.* p. 201). Ou seja, no fundo o autor acaba retornando a ideia de que a causa legítima é aquela que encontra respaldo no ordenamento jurídico.

É o entendimento exposto por De Lucca (2003. p. 109), que ressalta a necessidade da causa está abrigada na ordenação jurídica, ali encontrando respaldo para justificar a aquisição, modificação ou extinção de um direito. Do contrário, se inexistir este respaldo também inexistirá causa que justifique o enriquecimento.

Como no campo negocial privado, tudo que não for proibido é permitido, qualquer enumeração de causas possíveis que, ausentes, justificam o acionamento da ação locupletamento (ação de *in rem verso*) é exemplificativa, ou seja, há flagrante impossibilidade de estabelecer balizas rígidas onde se encaixariam todas as causas.

Nesse sentido, conclui Nanni (2010, p. 270) em sua tese de doutoramento:

“Em conclusão, por mais que se pretenda alinhar quais as situações em que se apresenta justa causa para o enriquecimento, impedindo a configuração do locupletamento indevido, cuida-se de mera enumeração exemplificativa, reservando-se campo para inscrição de outras circunstâncias, a serem inferidas da casuística e do mundo fenomênico do direito.”

Por fim, cabe ressaltar que a ação de vedação ao locupletamento também terá escoramento se a causa, supervenientemente, deixar de existir. Ou seja, se a causa inicialmente presente, desaparecer. Embora essa norma não tenha sido consagrada em todos os ordenamentos estrangeiros, como o Italiano, na maioria

deles, como art. 62 do Código Federal suíço⁹ das obrigações suíço, o art. 479 do Código Civil português¹⁰ e o art. 812 do BGB germânico¹¹ acolheram esse entendimento. E, a exemplo destes, o nosso novel Código Civil de 2002, diferente do revogado de 1916, estabeleceu no seu art. 884 o seguinte: “A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, *mas também se esta deixou de existir.*”

É o caso, por exemplo, da hipótese já citada do arrendatário que permanece na posse do imóvel do arrendador depois de expirado o prazo de validade do contrato. Neste período sem cobertura contratual deixa de haver justa causa para o enriquecimento obtido pelo arrendatário.

2.6 Outros requisitos

Além dos requisitos tradicionais da vedação ao enriquecimento sem causa, examinados acima, a doutrina comumente apresenta outro requisito necessário à promoção da ação de *in rem verso*, qual seja, a subsidiariedade da ação. Isto é, a inexistência de qualquer outra ação para socorrer o direito de ressarcimento do empobrecido.

Ainda, por influência das “*condictiones*” do Direito Romano e pela jurisprudência francesa, parcela considerável da doutrina acrescenta outros dois requisitos de caráter negativo, ou seja, de necessária ausência para configuração do direito do empobrecido: o primeiro refere-se a vontade livre ou culpa do empobrecido na promoção do enriquecimento alheio; e o segundo consiste na má-fé do

⁹ **Art. 62 (...)**

(2) Particularmente, tem lugar esta obrigação, quando alguém, sem qualquer causa válida, ou por uma causa que não se realizou, ou que posteriormente veio a faltar, receber uma atribuição. (DINIZ, 1961. p. 167).

¹⁰ **Artigo 479.º**

(Objecto da obrigação de restituir)

1. A obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa compreende tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.

¹¹ **§ 812** (preposição básica)

Quem pela prestação de um outro, ou à custa dêle, por qualquer outro modo, adquirir, sem fundamento jurídico, alguma coisa, estará obrigado, para com êle, à restituição. Esta obrigação existe ainda quando o fundamento jurídico, mais tarde, vier a faltar ou, [quando] com uma prestação, não se realize o resultado visando de acordo com o conteúdo do negócio jurídico.

Como prestação, considera-se também o reconhecimento, realizado por contrato, da existência ou da inexistência de uma obrigação. (DINIZ, 1960. p. 136).

empobrecido que, buscando fim ilícito ou imoral, concorre para nulidade do ato ou negócio jurídico que fundamentaria a ação de *in rem verso*.

Assim, passaremos ao exame destes requisitos, também indispensáveis para propositura da ação de locupletamento.

2.6.1 A subsidiariedade da ação de enriquecimento

Este requisito é escorado na seguinte tese: se o ordenamento jurídico confere ação autônoma para o empobrecido buscar a sua reparação, não haveria razão para este lançar mão da ação de *in rem verso*, tendo em vista que esta nem sempre garantirá a indenização integral do dano sofrido (RODRIGUES, 2005, p. 426).

Porém, cabe ressaltar que essa característica da subsidiariedade, da ação de enriquecimento, não é uníssona no direito comparado. Como informa Serpa Lopes (1962. p. 86-87), há duas correntes a cerca do tema que se contrapõem.

A primeira nega a subsidiariedade como requisito, mesmo na hipótese de caber outra ação, a ação de *in rem verso* seria viável, vez que a proibição ao enriquecimento sem causa é um princípio geral, assim, estende-se como uma infraestrutura sobre todo o direito, que surgiria sempre que as instituições jurídicas especiais estivessem em contradição com o princípio da equidade. Nesse sentido encontra-se o direito germânico. Serpa Lopes, citando o autor germânico Gerota, informa que haveria apenas duas situações nas quais a jurisprudência germânica excepcionalmente a ação de *in rem verso* como subsidiária: quando houvesse concorrência com ação reivindicatória a justo título; e quando houvesse concorrência com ação contratual. Isto é, em regra, a ação não seria subsidiária, salvo nestes casos destacados.

Já a segunda corrente, que defende o caráter subsidiário da ação de *in rem verso* tem como maior expoente a jurisprudência francesa, tendo em vista que, se houvesse outro meio legal para assegurar a restituição do empobrecido, seria inútil suscitar a ação de locupletamento (NANNI, 2010. p. 273).

O nosso direito comungou com este último entendimento, embora não previsto no código civil anterior, nossa doutrina tradicionalmente defende o caráter subsidiário da ação de *in rem verso*. Registre-se que o professor Agostinho Alvim (1957. p. 33), primeiro grande expoente sobre tema, embora negue o caráter

subsidiário, sustenta que dispendo alguém de outra ação, se a propuser a de enriquecimento, não deve ser repellido. Afinal, seria uma opção do ofendido defender seu direito com o instrumento que entender mais conveniente ao caso concreto.

De outro lado, Serpa Lopes (1962, p. 89), menos flexível, assevera:

“Para nós, a ação de enriquecimento sem causa não pode, de um modo geral, ser franqueada a todos os casos concomitantemente com as ações próprias do direito disputado. Deve-se evitar que tão alto remédio se converta em panacéia. Mas o seu caráter subsidiário, longe de lhe diminuir o valor, ao contrário aumenta-o.”

Nesse sentido, Orlando Gomes (2008, p. 302) defendendo o caráter subsidiário da ação de *in rem verso*, leciona que: “Se não fora assim, todas as ações seriam absorvidas pela de *in rem verso*, convertido o princípio condenatório do enriquecimento sem causa numa panacéia.”

De outro lado, Giovanni Nanni (2010, p. 276-277) leciona que a doutrina italiana, respaldada na jurisprudência, distingue duas espécies de subsidiariedade: a abstrata e a concreta.

A subsidiariedade em abstrato significa que, a mera existência de outra ação abstratamente disponível, impede o exercício da ação de enriquecimento sem causa. Todavia, este entendimento, segundo Nanni, não aparenta ser a melhor regra a ser destinada ao novo código civil brasileiro, visto que sua rigidez pode reduzir exageradamente o campo de exercício da ação de enriquecimento.

Com efeito, a jurisprudência italiana adotou o conceito da subsidiariedade em concreto, vez que atenua a rigidez do conceito em abstrato, pois prioriza análise do caso concreto. Logo, serão as peculiaridades da questão posta em juízo que revelaram a possibilidade, ou não, de propor outra espécie de demanda para recompor a perda sofrida.

Remeter a decisão ao caso concreto aparentemente dificulta o exame deste requisito, afinal com quais parâmetros seria feita tal análise? Neste ponto o autor delimita como seria a avaliação *in concreto*: sempre que a ação de enriquecimento, por via oblíqua, for utilizada como instrumento para obter aquilo que a lei proíbe, ação de enriquecimento não poderá ser manejada (NANNI. 2010, p. 277).

Ou seja, se, por exemplo, dívida prescrita ou obrigação natural fosse paga, como o empobrecido não poderia propor ação de repetição do indébito, não poderá ele demandar via ação de *in rem verso* contra o enriquecido, uma vez que a lei veda a repetição de dívida prescrita ou obrigação natural (art. 882 do Código Civil). Isto é,

a ação de *in rem verso* não poderá ser usada para, por via indireta, fraudar a aplicação da lei.

Para melhor esclarecimento o autor Philippe Drakidis, citado por Nanni, apresenta de forma didática cinco proposições que auxiliará o interprete a verificar o preenchimento do requisito das subsidiariedade:

1) Se não existe nenhuma regra legal que governe a situação examinada, a ação *in rem verso* pode e deve funcionar plenamente. 2) Não se pode falar em ação de enriquecimento se há outra ação de direito comum disponível. 3) É necessário velar para que a ação *in rem verso* não sirva de subversão a 'afastar' as disposições imperativas e não mascare uma fraude à lei. 4) Não deve ser exercida ação *in rem verso* se ação de direito comum foi perdida por erro ou negligência imputáveis ao demandante. 5) Excepcionalmente, por medida de equidade, se a ação de direito comum for ineficaz em consequência da insolvabilidade do devedor, a ação *in rem verso* somente pode ser exercida se o enriquecido sem causa é um terceiro." (apud NANNI, 2010, p. 278)

Desse modo percebe-se que a subsidiariedade não se restringe à verificação de inexistência de ação de outra ação possível, o preenchimento deste requisito demanda a análise do próprio direito objeto da ação *in rem verso*. Por isso, a subsidiariedade não deve ser vista como um pressuposto de natureza processual, mas um elemento de direito material a ser analisado em conjunto com o mérito da questão, impedindo que, por meio dessa pretensão, viole-se ou fraude-se a lei (NANNI, 2010, p. 283).

Este requisito já se encontra positivado no nosso Código Civil no art. 886: "Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido."

A interpretação literal do dispositivo acima parece ter exigido apenas a subsidiariedade em abstrato para propositura da ação *in rem verso*. Todavia, a interpretação literal deste dispositivo, como vimos, pode resultar em propositura da ação de *in rem verso* em flagrante fraude à lei, o que obviamente não foi a intenção do legislador do Código Civil. Por isso, a interpretação deste dispositivo legal deve ser sistemática, em conjunto com as demais normas do ordenamento, de modo que a sua afirmação não implique em fraude à observância de outra norma legal.

2.6.2 Ausência de má-fé do empobrecido, em buscar fim ilícito ou imoral

Haveria margem para propor de ação de *in rem verso*, ainda que o enriquecimento fosse produzido por uma causa imoral ou ilícita? Seria possível o empobrecido demandar em face do princípio geral que impede a alegação da própria torpeza? Daí, já se verifica que há uma limitação de natureza principiológica ao manejo da ação de *in rem verso*.

Para entendê-la cabe apresentar em breves linhas a origem desta restrição.

Como explana Miguel Maria de Serpa Lopes (1962. p. 91), o adágio romano *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (se ambas as partes agiram com torpeza, não pode qualquer delas pedir em retorno a importância que pagou) foi criado mais em função da posse do que a título de sanção ao indigno. Somente com o surgimento da máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (a ninguém é dado alegar a própria torpeza) é que a indignidade passou a ser visada diretamente. Foi um movimento iniciado no Direito Canônico, por volta do século XI e XII, com a preocupação da igreja de criar um direito escorado na sua doutrina, que tinha como um dos seus nortes a idéia de impedir a obtenção de uma vantagem ao preço de um delito ou de um pecado. Por isso, era considerada inexistente a obrigação que não respeitasse a lei da Igreja.

No direito comparado, uma das nossas principais matrizes, o Código Civil Napoleônico não cuidou deste princípio expressamente. Da mesma forma silenciou o Código Civil Português, embora o código anterior, de 1867, no seu art. 692, tratasse do assunto¹². De outro lado, outros códigos, como os códigos civis alemão e suíço disciplinaram a aplicação deste princípio nas demandas envolvendo enriquecimento sem causa.

O Código Civil germânico no art. 817, traduzido por Souza Diniz (1960. p. 136-137), assim dispõe:

Se a finalidade de uma prestação estiver determinada de modo que aquele que a recebe atenta contra uma proibição legal ou contra os bons costumes, estará, aquele que receber, obrigado à devolução. A repetição está excluída quando, ao que satisfaz a prestação, for imputável, igualmente, uma contravenção a não ser que a prestação consista em contrair um compromisso; o que foi dado como prestação para a execução de tal compromisso, não pode ser repetido.”

¹² Segundo Serpa Lopes o art. 692 do Código Civil português (já revogado) determinava que “se o contrato tiver por causa ou fim algum fato criminoso, ou reprovado, em que ambos os contraentes sejam conviventes, nenhum deles será ouvido em juízo acerca de tal contrato; mas, se só um dos contraentes fôr de má-fé, não será o outro obrigado a cumprir o que houver prometido, nem a restituir o que houver recebido, e poderá exigir o que houver prestado.” (SERPA LOPES, 1962. p. 92).

Ou seja, a ação de *in rem verso* somente poderá ser proposta pelo empobrecido se o enriquecido pretendeu infringir norma legal ou atentar contra os bons costumes. Porém, havendo torpeza bilateral, inviável a propositura da referida ação. Por sua vez o art. 66 do Código Suíço, preocupa-se tão-somente com o *animus* do empobrecido para vedar o direito à repetição: “O que foi dado com a intenção de conseguir um resultado ilícito ou contra os bons costumes, não pode ser repetido.” Não deixa de ser uma solução inteligente, uma vez que o direito de repetir não sofre qualquer interferência das intenções do enriquecido, esteja este de boa-fé ou de má-fé.

E o nosso código adotou a solução suíça, que embora sintética, tem a virtude de centralizar a investigação da limitação da ação de *in rem verso* nas intenções do empobrecido, conforme se depreende do *caput* do art. 883: “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.” Além disso, a torpeza bilateral também está proibida, mas na parte geral do código, no art. 150: “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.”

Nossa doutrina, combinando as normas acima, que já existiam no Código anterior revogado¹³ e citando o legado do direito romano, que concebeu a “*condictio ob turpem vel iniustam*”, ensina que o empobrecido tem o direito de repetição pelo que deu ao enriquecido quando a coisa é dada por causa torpe ou injusta. Porém, esta “*condictione*” só pode ser alegada pelo empobrecido quando este agir honestamente, caso contrário, não terá direito à repetição. É o que leciona Orlando Gomes (2008. p. 298):

“Pela *condictio ob turpem causam* se aquele que recebeu a prestação a aceitou para fim ilícito ou imoral, constituindo a aceitação fato proibido por lei, quem a cumpriu pode pleitear a restituição. Mas, se deu alguma coisa para obter tais fins, não terá direito à repetição. Está excluída também a torpeza dos dois lados”.

Assim, pode-se extrair que esta *condictio* assegura ao empobrecido o direito de repetição, desde que ele tenha agido com fins lícitos e morais, independentemente do enriquecido ter visado tal finalidade. Do contrário, caso tenha agido com torpeza não terá legitimidade para propor ação de *in rem verso*, do mesmo modo ocorrerá se a torpeza for bilateral.

¹³ Arts. 97 e 104 do Código Civil de 1916.

Ou seja, ainda que diante destas circunstâncias de ilicitude e imoralidade a ação de locupletamento será viável se o que deu ignorasse a torpeza ou a injustiça do locupletador (MIRANDA, 184. p. 151).

Registre-se que Clóvis Beliláqua (1957, p. 102) também defendia esta limitação à caracterização da ação de locupletamento: “Quando é o solvente quem revela torpeza, como se der alguma coisa para obter um fim ilícito ou imoral, também não terá *jus* à restituição.” Esta também é a solução dada pelo nosso direito moderno, sob o mesmo fundamento, de que a repetição deve ser recusada por não encontrar amparo na equidade, como ensina Caio Mário (PEREIRA, 2005. p. 302).

Com efeito, é possível concluir que o princípio que veda a alegação da própria torpeza não cerceia, em todos os casos, o exercício da ação de *in rem verso* nos casos de negócios ilícitos ou imorais. Esse princípio só terá uma ação neutralizadora da *in rem verso* quando o autor tiver participado ciente da conclusão de um contrato imoral ou ilícito e tenha pretendido enriquecer-se por tal meio. Ao contrário, o afastamento desta regra se impõe todas as vezes que em que interessado não teve esta intenção (SERPA LOPES, 1962. p. 94).

Cabe atentar que existe corrente doutrinária, baseada na teoria das nulidades, defendendo que: a nulidade resultante do contrato ilícito, imoral ou proibido por lei, tem por efeito colocar as partes contratantes no mesmo estado em que estariam se a avença não tivesse existido. Isto é, realizada a prestação, o que prestou poderá buscar a restituição, face à ausência de contraprestação, retornando as partes ao *status quo ante*.

Nesta questão, Carvalho Santos (1958, p. 435) defende que há equívoco do interprete em sustentar indistintamente o retorno das partes ao estado anterior à avença, uma vez que “quando a lei nega efeito aos atos ilícitos, imorais ou contrários à lei refere-se ao próprio contrato, a este que tem em vista, e não ao pagamento.” Para melhor esclarecer, Santos cita didática passagem da obra de Giorgi sobre o tema:

“Suponhamos um contrato ilícito, em que não foi efetuado ainda o pagamento; e porque em face de um contrato ainda não executado existem apenas palavras e promessas, é possível impedir que essas promessas e aquelas palavras se convertam em fatos. Mas se o pagamento já foi efetuado, a disposição não teria sentido, porque a causa ilícita já produziu o seu efeito, e não teria mais como impedi-lo, mas, sim, de destruí-lo, fazendo tudo voltar ao estado anterior, mediante a restituição. O pagamento não apresenta mais como efeito do contrato ilícito, que ainda se pode impedir a verificação, mas como um fato já consumado, não obstante a proibição. Ora, para destruir êsse fato e ordenar a restituição, a lei daria ensejo a um inconveniente muito mais grave, qual seria o de prestar o seu

braço forte em apoio de quem cometeu a torpeza ou fato ilícito, deixando o campo livre a investigações judiciais vergonhosas e indecentes.”

Em verdade, a conclusão acima nada mais é do que um reflexo do princípio geral do direito de que ninguém pode ser atendido invocando a própria torpeza. Independente do enriquecido está em conluio, ou não, com o empobrecido, este não poderá alegar a própria torpeza para obter a restituição daquilo que pagou.

Anote-se que Clóvis Beviláqua (1958, p.105), em seus comentários ao art. 971 do código civil anterior, idêntico ao atual art. 883, arremata que o código não vai a socorro do empobrecido desonesto:

“O que deu alguma coisa para obter um fim imoral não tem direito de repetição. A imoralidade da ação priva o agente de todo auxílio jurídico. Pode o acipiente ser conivente na torpeza ou não; o direito de recusa a *condictio* ao que exerceu corrupção. É um indivíduo que paga a outrem para obter dêle uma desonestidade (*causa futura inhonesta*); o *accipiens* embolsa a quantia e não pratica o ato; o Código não vai em socorro do *tradens*, concedendo-lhe o direito de repetir, tal como fazia o direito romano, quando havia torpeza de ambas as partes: *ubi dantis et accipienstis mutua turpido versatur, non posse repeti dicimus*”.

Ou seja, como expõe Newton de Lucca (2003. p. 95): “o Direito nega proteção às partes envolvidas nesta espécie de negócio, as quais agem de acordo com o próprio risco.”

Por outro lado, Carvalho Santos (1957. p. 436) faz uma ressalva: embora a lei não tolere, por ódio à desonestidade, que seja repetido pagamento para que uma pessoa cometa ato ilícito ou imoral, ou omissão ilícita, tal preceito não pode ser aplicado se o pagamento é efetuado para alguém se abster de praticar ato ilegal ou imoral. A distinção tem todo cabimento, na primeira hipótese a torpeza é de ambas as partes, na segunda hipótese é apenas de quem recebe o pagamento.

A lei veda a repetição quando a torpeza é praticada e não se esta deixou de ser praticada. Ao abster-se de praticar ato ilegal o *accipiens* que recebeu o pagamento será considerado enriquecido sem causa, uma vez que é dever de todos abster-se de praticar ilicitudes, não lhe sendo devido locupletar-se por essa conduta. Por exemplo, se o ladrão é remunerado pela vítima por aquele ter restituído a *res furtiva*, o ladrão poderá sofrer repetição por enriquecimento sem causa, já que teria a obrigação legal de devolver aquilo que não lhe pertence. Aliás, nesta hipótese aplica-se o entendimento já exposto acima: a torpeza apenas do enriquecido não fulmina o direito de repetição do empobrecido.

Ademais, há outro ponto pouco abordado na doutrina. O empobrecido que pagou determinada quantia para obter fim imoral ou ilícito, não terá direito a repetição do que deu, mas o enriquecido consolidará este enriquecimento no seu patrimônio? Ainda que também esteja agindo como as mesmas torpes intenções?

O nosso código civil anterior não resolveu expressamente esta questão. No entanto, da vedação ao direito de repetição ao empobrecido, naquelas circunstâncias previstas no art. 971¹⁴, é possível concluir que aquele código de 1916 optou por deixar o enriquecido apropriar-se do bem do empobrecido. Afinal, o empobrecido consciente dos seus atos, assumiu o risco de promover um negócio ilícito. Além disso, do contrário, estar-se-ia autorizando o empobrecido reintegrar seu bem alegando a própria torpeza, colocando em risco a dignidade da Justiça que, por via transversa, conferiria efeitos a negócios com fim torpe.

De outro lado, o antigo código português revogado, segundo transcrição de Serpa Lopes (1962. p. 92), estabelecia distinta solução no parágrafo único do seu art. 692, senão vejamos:

“Se o contrato tiver causa ou fim algum fato criminoso, ou reprovado, em que ambos os contraentes sejam coniventes, nenhum deles será ouvido em juízo acerca de tal contrato; mas, se só um dos contraentes fôr de má-fé, não será o outro obrigado a cumprir o que houver prometido, nem a restituir o que houver recebido, e poderá exigir o que houver prestado. Acrescenta no parágrafo único: na hipótese da primeira parte dêste artigo, e sendo a causa ou o fim do contrato um fato, qualquer recompensa dada ou prometida SERÁ PERDIDA em favor dos estabelecimentos de beneficência pupilar.”.

Da norma acima se verifica que, caso apenas um dos contraentes estiver de má-fé, não será o outro obrigado a cumprir o prometido nem restituir o que houver recebido e poderá exigir o que houver prestado. Até aqui não há novidade na disciplina deste assunto. No entanto, se ambos os contraentes visavam a celebração de contrato que tem por fim fato criminoso ou reprovado, a recompensa dada ou prometida será confiscada em favor de estabelecimentos de beneficência. Ou seja, percebe-se que a antiga norma portuguesa autorizou o Judiciário examinar contrato bilateralmente torpe, porém, sem acolher a pretensão de qualquer das partes, vez que será decretado o perdimento dos bens em favor de instituição beneficente.

Contudo, embora louvável do ponto de vista ético, o dispositivo acima foi revogado não foi repetido pelo Código Civil português de 1966 em vigor.

¹⁴ **Art. 971.** Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

No entanto, o parágrafo único do art. 883 do novo Código Civil pátrio de 2002, aparentemente foi influenciado pelo antigo código civil português tem a seguinte redação: “No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.”

Note-se que o dispositivo acima, seguindo a orientação do *caput* do art. 883, preocupa-se tão-somente com a torpeza do empobrecido, pois aplica-se independentemente da torpeza ser bilateral. Ou seja, diferente da antiga norma portuguesa não exige conivência de ambos os contratantes. Logo, se quem deu, tinha fins ilícitos ou imorais, terá seu bem revertido em favor de estabelecimento local de beneficência, ainda que o enriquecido não tivesse o mesmo propósito torpe.

Esta hipótese, porém, dificilmente chegará aos tribunais, como alerta o professor Fernando de Noronha, citado por Newton de Lucca (*apud*, 2003, p. 95-96), uma vez que, como a norma nada concede ao empobrecido, é improvável que este provoque a manifestação do Judiciário. A não ser por repugnante sentimento de revanchismo, já que nada restará ao empobrecido ele cuidará para que nada permaneça com o enriquecido. Em outras palavras, o Judiciário seria usado como instrumento de vingança.

Não é por outra razão que Caio Mário (2005. p. 302). crítica ao referido dispositivo legal, por entender não ter competência o Judiciário para adentrar ao campo da iliceidade:

“Ao aditar o preceito do art. 882 o que consta do parágrafo único, o Código incide numa falha injustificável. Movimentada a justiça, para a restituição que alguém entregou para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei, o certo é que o juiz encerre de plano a ação, recusando-se a discutir a pretensão ob turpem causa.”

Todavia, ainda que fosse desconsiderada a crítica acima, há que se reconhecer que solução acima proposta, além de questionável eficiência do ponto de vista prático, se restringe a disciplinar a situação daquele que pagou com bens a avença. Daí questiona-se, e se o empobrecimento decorreu da execução de atividades ao enriquecido, como tais serviços já prestados seriam revertidos às instituições de beneficência? O dispositivo não prevê qualquer consequência para o enriquecido neste caso. Assim, embora bem intencionada a proposta do legislador, a solução prevista, além de ineficaz, é incompleta por não abranger todas as formas de enriquecimento sem causa.

Por estes motivos que não comungamos com a solução proposta no parágrafo único do art. 883. Aquele que empobreceu por buscar fins ilícitos ou imorais assumiu o risco de agir em desconformidade com o direito, não sendo sequer admissível sua demanda, vez que seu pedido é juridicamente impossível (inciso III, do parágrafo único do art. 295 do Código de Processo Civil)¹⁵. Com efeito, não caberia ao Poder Judiciário sequer examinar o mérito da pretensão para extinguir o processo, conforme prever o inciso I do art. 267 do Código de Processo Civil.

2.6.3 Vontade e culpa do empobrecido

Poucos doutrinadores se preocuparam em estudar a vontade do empobrecido ou a sua culpa como circunstância que influencia a aplicação princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Afinal, teria o empobrecido direito repetir o que deu se agiu conscientemente? Ou ainda, poderia manejar ação de *in rem verso* se o enriquecimento alheio decorreu exclusivamente de sua culpa, seja por imprudência, negligência ou imperícia?

Enfrentando este questionamento, Carvalho Santos (1958, p. 386) parte do princípio de que locuplemento sem causa é aquele que é obtido sem o locupletador ter direito. Considera-se sem direito, ensina Santos, quando há vontade ou culpa do empobrecido ou falta obrigação preexistente ou texto de lei sobre qual fundá-lo. Ou seja, o autor apresenta como requisitos negativos, à configuração da justa causa, a culpa do empobrecido ou vontade deste em se empobrecer ou a existência de obrigação preexistente ou texto de lei que respalde o enriquecimento.

Com efeito, verifica-se que este autor introduz a culpa e dolo (vontade consciente) do empobrecido como elemento subjetivo do empobrecido que fulminam o seu direito à restituição. Tendo em vista o objetivo deste trabalho, vale transcrever trecho do entendimento de Carvalho Santos (1958, p. 386) ao tratar da culpa do empobrecido:

¹⁵ **Art. 295.** A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

(...)

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando

(...)

III - o pedido for juridicamente impossível;

“Se a vontade do prejudicado concorreu não se pode falar em enriquecimento ilícito, porque *volenti non fit injuria*.

Não se deve também o empobrecimento ser imputável ao prejudicado, porque eis que haja culpa de sua parte não pode êle pretender nenhuma compensação, mesmo porque o dano é reputado não existente: *qui sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.*”

Assim, percebe-se que independente da finalidade ilícita ou imoral alvejada pelas partes, havendo atuação voluntária e consciente do empobrecido ou participação culposa do mesmo no enriquecimento alheio, não poderá aquele pretender qualquer reparação, vez que nesta situação o dano será considerado inexistente.

De forma semelhante, o professor Miguel Maria de Serpa Lopes (1962. p. 95) defende como elementar da estruturação jurídica do enriquecimento sem causa, ter sido o empobrecimento produzido sem a concorrência de ato voluntário do empobrecido. Neste caso, segundo o autor o enriquecimento seria explicável como sendo uma liberalidade, ou seja, ele teria uma causa:

“O enriquecimento é sem causa, isto é, trata-se de um incremento levado ao patrimônio de outrem sem ser impulsionado por uma causa, por uma contraprestação necessária à equivalência das obrigações. Desde que, no entanto, o empobrecido realizou êsse incremento em favor do patrimônio alheio, com pleno conhecimento de sua própria ação, é claro ter sido êle produzido por um ato próprio, só explicável como sendo uma liberalidade.”

De outro lado, quando configurada a culpa do empobrecido, segundo Serpa Lopes (1962. p. 95) a ação de *in rem verso* poderá sofrer restrições. Citando o doutrinador Demogue, Lopes leciona que o empobrecimento não poderá decorrer de ato culposo do empobrecido, porém acontecendo, esta culpa não extinguirá, mas diminuirá os direitos que lhe assistam contra o enriquecido. Vale transcrever este posicionamento:

“Exige-se, portanto, um empobrecimento não imputável a um ato culposo do empobrecido (62).

Resulta daí a possibilidade de uma interpretação da culpa na ação *de in rem verso*.

Destarte, as duas situações – a resultante de culpa e a decorrente do enriquecimento sem causa – podem coexistir através de uma conciliação entre ambas.

O empobrecido, refere DEMOGUE, responderá pela sua culpa consoante o direito comum e a indenização por êle devida influirá no sentido de diminuir os direitos que lhe assistam contra o enriquecido (63).”

Daí é possível concluir que Serpa Lopes traz um entendimento distinto, aproximando os institutos do enriquecimento sem causa ao da responsabilidade civil, ao defender que as duas situações - a resultante de culpa e a decorrente do enriquecimento sem causa - podem coexistir. E como acontece na responsabilidade civil, a culpa concorrente da vítima/empobrecido influirá no sentido de diminuir o direito ao ressarcimento. Ou seja, existe direito de repetição daquilo que foi dado ao enriquecido, porém, de forma mitigada em face da culpa do empobrecido. Adiante, no item 3.1.1, desenvolveremos este assunto no âmbito dos contratos administrativos.

Ainda, cabe registrar o posicionamento de Venosa (2009. p. 214), que elenca como requisito para configuração do enriquecimento sem causa a inexistência de interesse pessoal do empobrecido. Ainda que potencial, seja decorrente de uma relação contratual com o enriquecido, seja de alguma regra legal que os unisse. Ou seja, segundo o autor, se o empobrecimento pode ser justificado por uma relação jurídica contratual ou norma legal que o vincule, ainda que indiretamente, ao enriquecido, este empobrecimento passa a ter uma causa.

Por fim, Caio Mário (2005. p. 302), citando a jurisprudência francesa, arremata que o enriquecimento sem causa depende do preenchimento das seguintes condições para sua configuração:

1º) o empobrecimento de um e correlativo enriquecimento de outro; 2º) ausência de culpa do empobrecido; 3º) ausência de interesse pessoal do empobrecido; 4º) ausência de causa; 5º) subsidiariedade da ação de locupletamento (*de in rem verso*), isto é, ausência de uma outra ação pela qual o empobrecido possa obter resultado pretendido.

Isto é, para propositura da ação de *in rem verso*, além da preocupação com requisitos objetivos (ausência de causa, enriquecimento decorrente de empobrecimento de outrem e subsidiariedade da ação), o interprete deve examinar aspectos de natureza subjetiva do empobrecido, como a seu interesse pessoal na prática do ato que gerou seu empobrecimento (que pode consubstanciar, inclusive, a sua má-fé em buscar um ilícito ou imoral), bem como a culpa do empobrecido, que por meio de conduta negligente, impudente ou imperita provocou o enriquecimento alheio.

3 – VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como vimos capítulo anterior, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, com bases na equidade e no dever moral, foi alicerçado à categoria de princípio geral do direito, conforme majoritariamente sustenta a nossa doutrina. Por consequência, seu âmbito de aplicabilidade não se restringe à ordem jurídica de direito privado, sendo também aplicável à ordem jurídica de direito público, isto é, ao Direito Administrativo. Logo, também é vedado ao Estado, no exercício de suas

funções administrativas, enriquecer-se, sem justa causa, à custa do empobrecimento do administrado.

Nesse sentido leciona um dos expoentes da doutrina administrativista, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 319): “Uma vez que o enriquecimento sem causa é um princípio geral do Direito – e, não apenas princípio alocado em um de seus braços: público ou privado -, evidentemente também se aplica ao direito administrativo.”.

Por isso, o doutrinador italiano Guido Falzone, citado por Celso Antônio (*apud*, 2009, p. 320), sustenta a possibilidade de propor ação *in rem verso* em desfavor do Estado, não por aplicação analógica do art. 2041 do Código Civil italiano (que trata da vedação ao enriquecimento sem causa), mas por aplicação direta deste princípio geral do direito, senão vejamos:

“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, tal como, deve aplicar-se perante todos os sujeitos dele, independente da natureza jurídica deles.”

Aqui cabe esclarecer que os princípios gerais do direito são subjacentes ao sistema jurídico positivo, por isso irradiam seus efeitos ao ordenamento jurídico positivo, não, porém, como um dado externo, mas como elemento que participa da construção do próprio ordenamento, logo, podem ser aplicados supletivamente na hipótese de lacuna no texto legal.

Destaque-se que, segundo Giovanni Ettore Nanni (2010. p. 407), a sujeição da Administração Pública ao princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem causa não viola o princípio da legalidade. Pelo contrário, o confirma, na medida que este princípio é elemento informador de qualquer relação jurídica, seja administrativa, seja privada, guardadas as peculiaridades do regime jurídico público, naquilo que não colidir com o privado.

Como o foco do nosso trabalho refere-se à aplicação do princípio que veda o enriquecimento no âmbito dos contratos administrativos, cabe examinar a Lei n.º 8.663/93, que institui normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública. Outrossim, registre-se que as orientações aqui firmadas também são aplicáveis à teoria do ato administrativo, face ao caráter geral deste princípio.

A Lei nº 8.666/93, influenciada pelo princípio da superioridade do interesse público sobre o interesse particular e da indisponibilidade do interesse público, construiu, para os contratos administrativos, regime jurídico distinto dos contratos

privados, mais rígido, formal e vinculante aos contratantes, além de conferir posição privilegiada aos entes públicos por meio das chamadas “cláusulas exorbitantes”, não comumente encontradas nos contratos privados.¹⁶

De outro lado, embora impregnada pela vontade de conceber um regime jurídico distinto para os contratos administrativos, a Lei nº 8.666/93 não pode desconsiderar os séculos de aperfeiçoamento do regime jurídico privado. Por isso, a Lei nº 8.666/93 determinou a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, nos seguintes termos do art. 54:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Ou seja, na hipótese de lacuna da Lei nº 8.666/93 será aplicável, por exemplo, o princípio geral do direito que proíbe o enriquecimento sem causa, não só por ser um princípio geral que norteia direito obrigacional, mas também em face da sua positivação no código civil pátrio, como exposto no capítulo anterior.

Entretanto, a Lei nº 8.666/93 deixou apenas pequena margem de lacuna para aplicação deste princípio geral, uma vez que estabeleceu expressamente a sua aplicação no parágrafo único do art. 59, no caso de declaração de nulidade do contrato, nos seguintes termos:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Do *caput* do art. 59, verifica-se que, constatado o vício na licitação ou na contratação, a declaração de nulidade opera-se retroativamente, impedindo a produção de efeitos jurídicos futuros, bem como desconstitui os pretéritos. Por isso, o dispositivo acima deve ser interpretado juntamente com o §2º do art. 49¹⁷, uma vez

¹⁶ (Ex. alteração unilateral do contrato, aplicação de penalidades, restrição ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*, etc).

¹⁷ **§ 2º do art. 49:** A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

que a nulidade da licitação gerará, reflexamente, a nulidade dos atos posteriores, inclusive o contrato, ou seja, invalidará também os atos já produzidos.

De outro vértice, o parágrafo único do art. 59 reconhece a produção de um efeito, mesmo com a invalidação do contrato: o direito de repetição do administrado pelo que já tiver executado do contrato anulado, uma vez que a nulidade não exonera o Poder Público de indenizar o contratado pelo serviço já realizado até a data da declaração da nulidade e outros eventuais prejuízos comprovados. Isto é, veda-se explicitamente o enriquecimento sem causa do Estado, que se enriqueceria com a declaração de nulidade, caso os serviços contratados já tenham iniciado a sua execução.

Em verdade, como a invalidação busca desconstituir os atos já praticados, o dispositivo acima busca repor as partes contratantes ao estado que anteriormente se encontravam, com a aplicação do regime jurídico válido, como didaticamente exemplifica Marçal Justem Filho:

“Um exemplo permite compreender facilmente o raciocínio. Suponha-se um contrato administrativo nulo, em que o defeito resida no ato de instauração da licitação. Reconhecido o defeito e pronunciada a nulidade com efeito retroativo, ter-se-ia de reconstituir a situação fática anterior à contratação. Isso significa não apenas que o particular teria de restituir à Administração as prestações que houvesse recebido, mas também a própria Administração teria de adotar idêntica conduta. Ou seja, não seria cabível que a Administração incorporasse em seu patrimônio a prestação recebida do particular e se recusasse a produzir a remuneração correspondente alegando nulidade.”(2010. p. 744).

Assim, descoberta a nulidade no processo licitatório ou no contrato consequente, o Estado deve devolver o bem comprado ou ressarcir o contratado na hipótese deste ter prestado serviço previsto no contrato. Como leciona Marçal Justem Filho (2010, p. 744): “O Estado não pode se apropriar de um bem privado, a não ser mediante desapropriação, com o pagamento do justo preço.”

Ademais, seria inconcebível que o particular, confiando na presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, fosse punido por uma nulidade decorrente da própria atividade administrativa do Estado. Afinal, a Administração tem o dever de dirigir a licitação e formalizar o contrato administrativo dentro dos padrões legais. Não pode ser imputado ao contratado a responsabilidade por vício na licitação e na formalização do contrato (NIEBUHR, 2008, p. 499).

No Estado Democrático de Direito, o princípio da obrigatoriedade das leis e da presunção de legitimidade dos atos administrativos, conferem segurança jurídica ao administrado que contrata com o Estado, vez que este tem o dever de exercer a sua

função administrativa de acordo com lei, como determina o princípio da legalidade. Isto é, atuar de acordo com a lei configura verdadeiro dever de conduta do Estado, uma espécie de boa-fé objetiva que, indiretamente, tutela a confiança do administrado na legalidade dos atos e contratos administrativos. Assim, quebrada essa confiança, o administrado lesionado terá direito de ser ressarcido pelo que prestou.

Além disso, assim como na hipótese de nulidade de contrato, na situação de inexistência do próprio contrato também será cabível propor ação de repetição em desfavor da Administração. É o que defende Hely Lopes Meirelles (2005, p. 233):

“Todavia, mesmo no caso de contrato nulo ou de inexistência de contrato pode torna-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 e legal (art. 59, parágrafo único) de indenizar o benefício auferido pelo Estado, que não pode tirar proveito de atividade do particular sem o correspondente pagamento.” Grifo nosso.

Segundo esse entendimento Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (1992, p. 86-87) lecionam que, se o particular executa atividade em proveito coletivo, sem que tenham sido cumpridas as formalidades pré-contratuais ou contratuais, terá direito ao ressarcimento, se preenchidos os seguintes requisitos:

“(a) enriquecimento ou proveito para coletividade; (b) empobrecimento ou depreciação patrimonial para o prestador de serviços; (c) relação de nexo entre um e outro dos fenômenos acima apontados; (d) ausência para a concretização dos aludidos fenômenos”

A primeira questão aqui seria definir o que seria “proveito para a coletividade”. Seria aquele proveito que indistintamente atinge toda coletividade, em detrimento daqueles proveitos individualizados? Ou seria proveito coletivo todo aquele que atinge o interesse público ou/e a finalidade prevista na lei, independente de ter beneficiado um ou muitos administrados? Entendemos que deve ser considerada esta última definição, uma vez que seria uma tarefa difícil não enxergar proveito coletivo em atos que atingiram as finalidades previstas em lei.

Segundo, em que situação a Administração estaria obrigada a ressarcir o particular que presta serviço em proveito coletivo? Segundo os autores seria aquela em que fosse configurada “falta da Administração”. Isto é, situações nas quais o Estado teria o dever de prestar a atividade, porém se omitiu. Assim, se a Administração não consentiu com a realização da atividade pelo particular de

interesse coletivo, mas não ofereceu oposição, ela teria tacitamente autorizado tal atividade, logo, ficaria obrigada a indenizar este particular, mesmo sem regularidade formal da relação jurídica (1992, p. 90-93).

Com efeito, como o dever de ressarcimento foi justificado na “falta da administração”, conceito cunhado para justificar a responsabilidade civil do Estado, o direito do particular não estará escorado na vedação ao enriquecimento sem causa, mas sim na responsabilidade civil do Estado, prevista no §6º do art. 37 da Constituição Federal.¹⁸ Assim sendo, em última análise, é o princípio da igualdade (igualdade na distribuição das cargas públicas) que escora o direito do empobrecido, vez que restou desprivilegiado frente aos demais administrados.

Segundo o mesmo sentido, Marcelo Meireles Lobão (2008, p. 74), autor da obra “Responsabilidade do Estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade”, sustenta que o dever de ressarcimento da Administração, nesta hipótese de nulidade contratual, decorre da responsabilidade civil do Estado e não do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Assim, leciona que: “quando determinada situação preenche simultaneamente os pressupostos fáticos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade, prevalece essa em detrimento daquele.”

Isto é, em face do caráter subsidiário do princípio que veda o enriquecimento sem causa, esta hipótese seria tratada como espécie de responsabilidade civil do Estado, como base no que dispõe o art. 886 do Código Civil: “Não haverá restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.”

Segundo o referido autor a preferência conferida à responsabilidade civil se explica pelo fato desta solucionar o problema de modo mais complexo e completo, vez que disciplinaria situações como, por exemplo, a interrupção do nexa causal por fato exclusivo de terceiro, pela concausabilidade ou por fato exclusivo do ofendido (2008. p. 75).

Assim, o autor pavimenta todo seu entendimento enquadrando o enriquecimento sem causa do Estado decorrente da anulação do contrato, como típica hipótese de responsabilidade civil do Estado para que a presente situação seja regulada pelas regras atinentes à responsabilidade civil. Contudo, tal

¹⁸ “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

posicionamento é pautado como se inexistisse norma específica regulando a vedação do enriquecimento do Estado nos casos de anulação de contrato administrativo: o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93.

Ainda, cabe atentar que as regras do código civil, inclusive aquela prevista no seu art. 886, só poderiam ser aplicadas de forma supletiva. Ou seja, somente se inexistisse regra expressa na Lei nº 8.666/93 que regulasse o enriquecimento sem causa do Estado, conforme autoriza o art. 54 da Lei nº 8.666/93: “aplicando-se-lhes, *supletivamente*, os princípios da teoria geral dos contratos e as *disposições de direito privado*.”

Em que pese o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa tenha caráter subsidiário, a aplicação deste princípio na Lei nº 8.666/93 não será subsidiária, visto que esta lei positivou a aplicação deste princípio no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93.

Cabe reconhecer, entretanto, que a jurisprudência pária tem indicado que o dever de indenizar as despesas advindas do adimplemento do contrato até a declaração de nulidade decorre da responsabilidade civil do Estado, senão vejamos o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

3. Acudindo o terceiro de boa-fé aos reclamos do Estado e investindo em prol dos desígnios deste, a anulação do contrato administrativo quando o contratado realizou gastos relativos à avença, implica no dever do seu ressarcimento pela Administração. Princípio consagrado na novel legislação de licitação (art. 59, Parágrafo Único, da Lei n.º 8.666/93).

(...)

6. Indenizabilidade decorrente da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, gerando a confiabilidade em contratar com a entidade estatal.

7. O dever de a Pessoa Jurídica de Direito Público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que eivada de vícios, decorre da Responsabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37, da CF. (REsp 547.196/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 04/05/2006, p. 134, REPDJ 19/06/2006, p. 100).Grifo nosso.

Assim, verifica-se que a doutrina pátria tem avançado seu entendimento em conferir ao administrado, que executou serviço à Administração, direito de repetição, inclusive em situações de inexistência formal do contrato. Não só com base no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93, como também com fundamento constitucional no §6º do art. 37 da Carta Magna.

Por fim, é oportuno registrar o entendimento do autor Jacintho de Arruda Câmara (CÂMARA, 1999, p. 187), que reclama cuidado especial no exame dos

requisitos necessários à aplicação do referido princípio no Direito Público, em face da singularidade da presença do Poder Público como requerido, *in verbis*:

“Para ser aplicado direta e autonomamente como fontes de obrigações do Estado é necessário que se perfaçam os seguintes requisitos: a) deve haver situação de desequilíbrio patrimonial derivado do comportamento probó (de boa fé) do administrado; b) deve haver enriquecimento do Poder Público e empobrecimento do administrado; c) não deve existir causa jurídica para o enriquecimento da Administração, como também não pode haver regra específica para regular o caso, condição que elimina a aplicação autônoma do princípio; d) é necessária a existência de uma relação entre o enriquecimento do Poder Público e o empobrecimento do administrado.”

Em verdade todos os requisitos listados acima são os mesmos do direito privado, analisados neste trabalho nos itens 2.5 e 2.6. E, o único requisito “estranho” aos tradicionalmente arrolados na doutrina civil, refere-se à exigência do comportamento probó (de boa-fé) do administrado, que provavelmente foi posto pelo autor em face da ressalva expressa prevista no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93, que examinaremos no próximo item deste trabalho.

3.1 LIMITES À APLICAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ANULADOS.

Os limites à aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa nos contratos administrativos, que foram anulados no decorrer de sua execução são identificados quando se examinam os requisitos para configuração do princípio. Isto é, não haverá aplicação se ausentes os requisitos, são eles: enriquecimento de uma das partes; empobrecimento da outra; nexó entre o enriquecimento e o empobrecimento; inexistência de causa jurídica que justifique o enriquecimento e subsidiariedade da aplicação do princípio.

Além destes requisitos, expomos no item 2.6 deste trabalho que existem outros dois requisitos, de caráter negativo, para viabilizar a aplicação do mesmo: a vontade ou culpa do empobrecido na promoção do enriquecimento alheio; e a má-fé do empobrecido que, buscando fim ilícito ou imoral, concorre para nulidade do ato ou negócio jurídico que fundamentaria a ação de *in rem verso*.

Neste trabalho defendemos que estes requisitos negativos são aplicáveis não apenas no direito privado, como também no direito público, em específico, nos contratos administrativos anulados. Nosso legislador, inclusive, para expurgar qualquer dúvida acerca deste limite, ressalvou, no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93, que: “do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, *contanto que não lhe seja imputável*”.

Assim, abordaremos este limite que foi expressamente posto na Lei nº 8.666/93, sob o enfoque da doutrina e jurisprudência pátria.

3.1.1 - Elemento subjetivo do contratado

Este elemento diz respeito ao estado anímico do administrado que contrata com a Administração. Se agiu de boa-fé ou de má-fé, se a anulação do decorreu de sua conduta dolosa ou culposa, se havia ou não finalidade ilícita ou imoral por parte do particular.

Inicialmente, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 326) no seu artigo “*O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo*”, a noção de “boa-fé” e de “má-fé” acolhida pelo Direito, é conceito capturável no âmbito da Moral, por isso não necessariamente a conduta de boa-fé será acolhida no ordenamento jurídico. Por isso, não é difícil encontrar situações “antijurídicas” decorrentes de comportamentos de boa-fé, como, por exemplo, a investidura de candidato concursado que, em detrimento de outrem, foi chamado fora da ordem de classificação, mas ignorava essa circunstância invalidante. De outro lado, o comportamento de má-fé, por si só, não configura um procedimento ilícito, como por exemplo, alguém que se recusa a pagar dívida de jogo, ainda eu tenha se comprometido com a outra parte a realizar o pagamento.

Por outro turno, como o Direito aproxima-se muito mais da noção de Moral do que se distancia, em regra, o comportamento de boa-fé das partes é amplamente tutelado pelo ordenamento jurídico. Por consequência, a má-fé do sujeito, em regra, não é tolerada, configurando elemento tipicamente negativo, que fulmina potencial pretensão do sujeito.

E o que é agir de boa-fé? A doutrina costuma classificar a boa-fé em duas sub espécies: boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A primeira, consiste na ignorância do sujeito a respeito de possível vício do ato jurídico, ou seja, refere-se ao aspecto psicológico do sujeito. Já a segunda, corresponde a um comportamento positivo de uma das partes, que confere confiança e expectativa à outra parte acerca da validade do ato. Por isso, sustenta-se que esta boa-fé objetiva tutela a ética e a lealdade nas relações jurídicas, estabelecendo como dever das partes a obrigação de não frustrar a confiança alheia. Em suma, enquanto a boa fé subjetiva refere-se à ciência acerca de determinada ilicitude, a boa-fé objetiva refere comportamento ético das partes.

Como leciona Marçal (2010, p. 748): *“Afigura-se irrebatível que a indenização em favor do particular, cujo patrimônio seja afetado por atuação indevida da Administração Pública, depende de sua boa fé.”* Isto é, a boa-fé é do administrado é condição para existência do direito à indenização. Daí se conclui que a má-fé do administrado fulmina o seu pretendido direito.

Da definição de boa-fé extrai-se a definição de má-fé, vez que é o oposto. O sujeito que age de má-fé é aquele que dolosamente busca obter vantagem indevida (que pode ou não ser ilícita) ou causar prejuízo a alguém, mediante prática de conduta desleal e/ou fraudulenta.

Segundo Celso Antônio (2009, p. 327), a má-fé pode derivar tanto de conduta autônoma do administrado, como também do “conluio com agentes públicos, tendo em vista o alcance dos objetivos vedados pela lei.”.

Por isso, o autor defende que, constatada a má-fé do administrado ou o seu conluio com agente público, seria inaceitável conceder qualquer espécie de ressarcimento ao administrado por eventual prejuízo decorrente da nulidade do ato, sob a justificativa de enriquecimento sem causa do Estado, senão vejamos:

“Esta última hipótese – a do conluio – é certamente, da máxima gravidade. Donde, quanto menos em hipóteses deste jaez, uma vez demonstrada a ocorrência de tal vício, seria de 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 como 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.”

Isto é, o administrado ao agir de má-fé, ou em conluio, na produção de ato administrativo ou celebração de contrato com a Administração, assume o risco de ser apanhado praticando a conduta censurável, aniquilando até mesmo o direito ao ressarcimento das despesas até então efetuadas a pretexto da celebração ou execução ato/contrato administrativo.

Por outro turno, como a má-fé não se presume, o seu reconhecimento demanda a sua demonstração. Ainda mais no Direito Administrativo, visto que o ato administrativo tem o atributo da presunção de legitimidade e de veracidade. Ou seja, os atos presumem-se legais e verdadeiros até que se prove o contrário, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p.197/198):

Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas por abrangerem situações diferentes. A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato a lei; em decorrência desse atributo, presume-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

A **presunção de veracidade** diz respeito aos **fatos**; em decorrência desse atributo, presume-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública. Grifo original.

Desse modo, a configuração da má-fé não poderá está escorada em meros indícios, isto é, deve ser consubstanciada em provas acerca do comportamento desonesto. Ademais, Bandeira de Mello (2009, p. 326) ressalta que, se a regra nestas situações é aplicar o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, o seu afastamento demanda o concurso de sólidas razões em contrário: qual seja a prova da má-fé, senão vejamos:

“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 substancial de que o empobrecido obrou com **má-fé, concorrendo, deliberada e maliciosamente**, para produção de ato viciado, do qual esperava captar vantagem indevida. É que é tal caso haverá assumido o risco consciente de vir a sofrer prejuízos se surpreendida a manobra ilegítima em que incorreu.” Grifo original.

No mesmo sentido, Marçal Justem Filho (2010, p. 748) defende o afastando a aplicação do referido princípio àqueles que tiverem atuado maliciosamente, vez que este princípio é fundado em juízo ético-moral. Ademais, citando a doutrina francesa de Pouyaud, se aplicada no direito brasileiro, ressalta que os vícios de forma não

afetariam o direito do administrado, diferentemente ocorreria se a ilicitude recaísse sobre o objeto que tivesse causa torpe. Vale transcrever seu entendimento:

“Por igual, o particular que tiver atuado maliciosamente não pode ser beneficiado pela teoria da vedação ao enriquecimento sem causa, que se funda em juízo ético-moral. Aquele que atuou de modo reprovável eticamente não pode invocar benefícios fundados na equidade. Mas cabe nesse caso, precisar mais adequadamente o tema, tal como o faz a doutrina francesa. Após apontar a aplicação do *adágio in pari causa turpitudinis cessat repetitivo*, Pouyaud assinala que ‘A exceção é limitada em princípio somente aos contratos imorais – por seu objeto ou por sua causa – enquanto que a repetição é geralmente admitida para os contratos ilícitos.’ Colocando a questão nos termos do Direito Brasileiro, poderia distinguir-se entre contratos nulos por vício de forma e por ilicitude de objeto, por exemplo. Assim, aqueles poderiam gerar direito à repetição, enquanto esses não gerariam tal efeito.”

Registre-se que a ressalva do autor, com base na doutrina francesa, tem coesão com nosso direito, uma vez que o controle das formalidades necessárias para celebração dos contratos administrativos compete ao Poder Público. Cabe à Administração zelar pela regular condução do processo licitatório e da execução do contrato, dever este que decorre do próprio princípio da legalidade. E, se a formalidade não estiver expressamente prevista em lei, o vício será sanável, com a convalidação do ato/contrato, ou seja, não será caso de anulação (DI PIETRO, 2010, p. 208 e 248).

Afinal, como assenta Marçal (2010, p. 750): “Se todo particular tem o dever de atender e respeitar atos administrativos dotados de um mínimo de aparência de regularidade, isso significa a impossibilidade de imputar-se ao dito particular algum defeito de conduta quando atua de modo a respeitar a atividade administrativa.”

Assim, pode-se concluir que a boa-fé do contratado, que se presume, contribui para afirmação do seu direito de repetição. De outro lado, a má-fé afasta o direito de repetição não apenas quando atribuída de exclusivamente ao administrado, como também na hipótese de conluio com agente público, visando fraudar a aplicação da lei, causando prejuízo a outrem ou ao erário.

Não obstante, cabe ressaltar que alguns autores administrativistas, estudiosos do tema, não incluem a má-fé como elemento negativo do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Isto é, ainda que o administrado tenha concorrido dolosamente (de má-fé) para invalidação do contrato terá direito ao ressarcimento das prestações já efetuadas.

É o que defende Marcelo Meirelles Lobão (2008, p. 115). Segundo o autor a aplicação do instituto prescinde do exame do estado subjetivo ou axiológico das

partes envolvidas, pois entende que a análise do suporte fático é eminentemente objetivo, como aparenta a redação do art. 884 do Código Civil. Ademais, ressalta que impedir o ressarcimento configuraria verdadeira sanção por ato ilícito, o que seria incabível já que o nosso ordenamento exige que toda sanção tenha expressa previsão legal, que, no caso, inexistiria. Vale transcrever seu posicionamento:

“Em que pese opiniões em contrário, não há espaço – nem no terreno da responsabilidade, tampouco no campo da proibição do enriquecimento injustificado, salvo reduzidas exceções previstas em lei (v.g. cláusula penal) – para falar em sanção por ato ilícito.

A doutrina moderna inclina-se a expurgar do campo obrigacional os meios repressivos como fundamento de aquisição ou perda de direitos. Conforme a linha da teoria desenvolvida por Eduardo Garcia de Enterría, o contexto da obrigação de indenizar deve ser deslocado da órbita do ofensor para a órbita da esfera jurídica do ofendido.

Além do mais, uma sanção de tal natureza – decaimento das prestações executadas em virtude de má-fé – dependeria necessariamente de prévia e expressa determinação legal. Como não existe previsão legal de tipo infracional, com a cominação da referida sanção, não há como legitimar que o Estado se enriqueça em detrimento do contratado.”

Com a devida vênia, ousamos discordar do referido autor. Em que pese sanções ao contratado demandem previsão em lei para sua aplicação, o impedimento ao ressarcimento do contratado que agiu de má-fé não constitui sanção. Em verdade, o presente caso cuida da não aquisição de direito (de ressarcimento) e não da aplicação de uma sanção. Se assim não o fosse, toda situação na qual o demandante sofresse um desfalque, e não fosse ressarcido, seria caso de sanção. Não é necessária previsão de “clausula penal” para aquele que provoca a nulidade do contrato administrativo perca o direito ao ressarcimento. O próprio Código Civil, norma geral de aplicação supletiva (art. 54 da Lei nº 8.666/93), resolve a questão na sua parte geral ao tratar do dolo, ao dispor, no art. 150, que as partes que agem com dolo não terão direito de reclamar indenização: “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização”. Ou seja, ainda que o não ressarcimento venha a ser considerado uma espécie de sanção, esta penalidade está prevista na Lei nº 10.409/2002 (Código Civil), que se aplica, supletivamente, aos contratos administrativos.

Ademais, registre-se que, como assentado no item 2.2 e 2.6.2 deste trabalho, desde o Direito Romano, quando foi cunhado o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, a presença da má-fé do empobrecido sempre retirou sua chance de pleitear o ressarcimento, circunstância conhecida pelos romanos como

condictio ob turpem vel iniustam. Ou seja, se a *condictione* – motivo que justifica o pleito do empobrecido - é ilícita ou imoral, inexistirá escoramento lícito ou moral para utilizar o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, que tem raízes no princípio da equidade e da moralidade.

Não é por outra razão que o Código Civil, em vigor, ao tratar das espécies de enriquecimento sem causa estabelece no seu art. 883: “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”. Embora aparentemente, do ponto de vista topográfico, esta norma do código encontre-se apartada em outro capítulo (do pagamento indevido), não podemos esquecer que as espécies de “pagamento indevido” tratadas neste capítulo são, de fato espécies de “enriquecimento sem causa”, sendo o pagamento indevido (art. 876) uma de suas espécie como já ensinava o Direito Romano, conforme expomos no item 2.2.

Além disso, não podemos esquecer que existe outro princípio geral do direito que impede a alegação da própria torpeza para obter direito que julga inadimplido: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Princípio este que, na hipótese de conluio, encontra-se positivado no art. 150 do Código Civil. Não obstante, anote-se, que a aplicação deste princípio não se restringe a hipótese de conluio de ambas as partes (dolo bilateral), sendo aplicável ainda que apenas uma das partes tenha atuado com fins ilícitos, uma vez que a outra parte – que comportou-se com fins lícitos - poderá pleitear a anulação do ato, em face do vício de dolo do consorte, previsto no art. 145 do Código Civil.

Por isso, o adágio: “ninguém poderá alegar a própria torpeza” é dirigido aqueles que agem com dolo, visando fim ilícito, por isso estão impedidos de demandar alegando a própria torpeza, esteja, ou não, em conluio com a outra parte.

Ainda assim, não é necessário, sequer, socorrer-se do Código Civil utilizando-se da abertura do art. 54 da Lei nº 8.666/93, visto que o parágrafo único do art. 59, expressamente, excepcionou o direito ao ressarcimento do contratado que deu causa à nulidade do contrato: “A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, *contanto que não lhe seja imputável*”. Ou seja, o direito à indenização somente existirá se não for imputável à nulidade ao contratado.

Noutro lado, registre-se que o autor Marcelo Lobão (2008, p. 113) reconhece que a má-fé do contratado afasta a responsabilização civil do Estado. Porém,

entende que o contratado poderá valer-se do princípio que veda o enriquecimento sem causa, por ser norma subsidiária. Ou seja, se o ressarcimento a aquele que agiu de má-fé não é autorizado pela responsabilidade civil, seria pela proibição ao enriquecimento sem causa, aplicando-se o art. 883 do Código Civil.

Entretanto, como vimos no item 2.6.2, a má-fé do empobrecido também elimina o direito ao ressarcimento escorado no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, uma vez que este princípio, que é fundado na equidade e na moralidade, não poderia autorizar ressarcimento daquele que deu causa à nulidade da avença. Além do que, como já reiterado, o próprio dispositivo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não confere direito de indenização nesta hipótese.

Ainda, merece ser mencionada a interessante interpretação do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 feita pelo autor Toshio Mukai. Na sua obra *Licitações e Contratos Públicos*, entende que a ressalva contida na parte final do dispositivo “contanto que não lhe seja imputável” apenas se refere aos “outros prejuízos regularmente comprovados”. Ou seja, a indenização ao contratado pelo que ele executou estaria garantida, ainda que tivesse provocado a nulidade (com ou sem má-fé). Vale colacionar seu entendimento:

“Em segundo lugar, o contratado terá direito a indenização por *outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não seja imputável*, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Portanto, somente os outros prejuízos é que dependerão, para serem indenizados ao contratado, do fato de este não ter dado causa à celebração do contrato ilegal, e empenharão a responsabilidade do funcionário que lhes deu causa.

Já quanto ao que foi executado, e que não constituem, com precisão, prejuízos à Administração, a indenização é de rigor, independente do fato de o ‘contratado’ ter ou não dado causa à contratação irregular.”(MUKAI, 2008, p. 169)

Para melhor entendimento da interpretação acima, vale novamente transcrever o dispositivo legal citado:

“A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, *contanto que não lhe seja imputável*, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”

Da leitura do dispositivo se verifica que a esta interpretação não poderia prevalecer.

Primeiro, o trecho “contanto que não lhe seja imputável”, refere-se à “nulidade”, logo a leitura pode ser feita da seguinte forma: “contanto que a nulidade não seja imputável ao contratado, a Administração não está exonerada do dever de indenizá-lo pelo que houver executado e por outros prejuízos regularmente comprovados”. Ou seja, o trecho “contanto que não lhe seja imutável” não se refere especificamente “aos outros prejuízos comprovados”, pois não há elemento conectivo entre eles. Seria se, por exemplo, fosse a seguinte redação: “... por outros prejuízos regularmente comprovados, *neste caso* contanto que não lhe seja imputável”.

Segundo, veja que o dever de indenização se biparte em duas parcelas: a contra-prestação pelo que o contratado houver executado; e outros prejuízos regularmente comprovados. Porém, nenhum deles é destacado no dispositivo, seja para conceder, seja para afastar. Isto é, ou é devido a Administração pagar as duas parcelas ou ambas são afastadas (se a nulidade for imputada ao contratado).

De qualquer modo, não teria escoramento jurídico a interpretação que restringe às consequências da nulidade, causada pelo contratado, apenas aos prejuízos regularmente comprovados, vez que viabilizaria indiretamente a violação do princípio constitucional da moralidade administrativa e do princípio geral do direito que proíbe a alegação da própria torpeza. Por exemplo, seria admitido ao contratado alegar a própria torpeza para obter indenização perante a Administração pelo que executou do contrato. Certamente esta não foi a intenção do nosso legislador que no art. 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de forma repetitiva, assegurou a conformidade com o princípio da moralidade e da probidade administrativa.

Ademais existindo mais de uma interpretação possível, deve-se privilegiar aquela que estiver de acordo com a ética, como ensina o professor Carlos Maximiliano (1993, p. 161), na sua clássica obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*:

“Em resumo: não pode haver Direito contra a Moral, embora nem todos os ditames desta encontrem sanção nos códigos(2). Por isso, leis positivas, usos e costumes e atos jurídicos interpretam-se de acordo com a ética; exegese contrária a esta jamais prevalecerá.”

Por outro turno, questiona-se: quando o contratado agir com culpa, tendo provocado a nulidade do contrato por sua própria conduta negligente, caberá repetição em desfavor da Administração?

Neste ponto, adianta-se que não há uniformidade na doutrina.

O professor Jacintho de Arruda Câmara (1999, p. 176) enfrentando a questão, entende que as duas situações (da má-fé/dolo ou culpa do contratado) são distintas, por isso, merecem tratamento distinto, uma vez que a culpa não afeta o nexos causal necessário para aplicação do princípio que veda o locupletamento e nem desnatura o requisito de índole subjetiva ou axiológica deste princípio. Para melhor análise, cabe transcrever seu posicionamento:

“Por fim outra variável que ganha relevância ao se tratar de situações em que o contrato é invalidado, após sua execução, por culpa do ex-contratado diz respeito à subjetividade do comportamento culposo. Ou seja, é importante saber se o administrado agiu com simples culpa ou se teve dolo na prática da invalidade – isto é, se usou da má-fé para celebrar contrato inválido.

Como foi visto quando o administrado age com má-fé tem-se por afastada a aplicação do princípio da proibição ao enriquecimento sem causa, por ausência de requisito subjetivo ou axiológico da incidência do mesmo. Donde, tendo em vista o quadro em exame, cabe a conclusão segundo a qual, quando essa característica for encontrada, não será devida indenização ao ex-contratado mesmo que das prestações executadas a Administração tenha tirado proveito.

Por outro lado, quando o administrado estiver de boa-fé, a culpa pura e simples que ele apresentar na invalidade do contrato – por ter agido com negligência ou imprudência – não representará impedimento à incidência do princípio da proibição ao enriquecimento sem causa.

Conforme se demonstrou, a culpa desqualificada não constitui óbice ao emprego deste princípio, pois não afeta o nexos causal necessário à sua consecução, nem tampouco representa fato impeditivo à sua aplicação, uma vez que o comportamento culposo, por si só, não desnatura o requisito de índole subjetiva ou axiológica que lhe é necessário.”

Em outras palavras, defende o autor que a má-fé do contratado afeta o nexos causal necessário para configuração do enriquecimento sem causa, vez que para configuração deste exige-se que o contratado esteja de boa-fé. Como na situação de mera culpa, por negligência ou imprudência, o contratado ainda se encontraria de boa-fé, logo, restaria ileso seu direito de repetição com base no enriquecimento sem causa. Ou seja, quando o contratado provocar a nulidade do contrato por comportamento negligente ou impudente não afetará seu direito de ressarcir-se pelo que executou do contrato, pois terá agido de boa-fé.

No mesmo sentido, expõe Marçal Justem Filho (2010, p. 751), citando o doutrinador francês Chapus, que a tutela por via do enriquecimento sem causa pode

conviver com o elemento subjetivo culpa, vez que “a mera culpabilidade do sujeito não pode justificar que o Estado se aproprie dos seus bens.”

De outro lado, a doutrina civil, que construiu a teoria geral da proibição ao enriquecimento sem causa, tem pendido para extinção (ou diminuição) do direito de repetição daquele que dá causa, por culpa, ao enriquecimento alheio.

Como tratamos no item 2.6.3, segundo os autores Carvalho Santos e Caio Mário da Silva Pereira, a culpa do empobrecido constitui circunstância que impede à aplicação do princípio que veda o locupletamento. Para Carvalho Santos (1958, p. 386) se há culpa do empobrecido não há que se falar em dano. Se foi o próprio lesado, por culpa, que provocou a sua lesão, não haveria razão para buscar uma compensação financeira sobre a outra parte. Do mesmo modo, Caio Mário (2005, p. 302), seguindo a jurisprudência francesa, arrola a ausência de culpa do empobrecido como um dos requisitos necessários para configuração do referido princípio.

Por outro turno, Miguel Maria de Serpa Lopes (1962, p. 95) traz um entendimento distinto, aproximando os institutos do enriquecimento sem causa ao da responsabilidade civil, ao defender que as duas situações - a resultante de culpa e a decorrente do enriquecimento sem causa - podem coexistir. E, como acontece na responsabilidade civil, a culpa concorrente da vítima/empobrecido influirá no sentido de diminuir o direito ao ressarcimento. Ou seja, existe direito de repetição daquilo que foi dado ao enriquecido, porém, de forma mitigada, face à culpa do empobrecido.

Dos entendimentos expostos acima, comungamos com o último de Serpa Lopes, pelos motivos que passamos a expor.

Primeiro, diferente do respeitável entendimento do professor Jacintho Câmara, entendemos que a nulidade decorrente da culpa exclusiva do empobrecido influi diretamente no nexo causal existente entre o empobrecimento e o enriquecimento alheio, uma vez que o empobrecimento terá decorrido de fato inescusável do próprio empobrecido, ainda que reflexamente enriqueça outrem. Afinal, como ensina Carvalho Santos (1958, p. 386), se há culpa do empobrecido o dano inexistente.

Então, seria possível afastar o direito de ressarcimento do empobrecido, mesmo este atuando de boa-fé, já que culpa não retira a situação subjetiva de boa-fé do empobrecido? Entendemos que sim, desde que a nulidade decorra exclusivamente do comportamento do empobrecido, visto que se a culpa foi

concorrente com a da Administração o nexa causal não será rompido, já que ambas as partes provocaram a nulidade do contrato. Porém, ressarcimento nesta hipótese será reduzido, como leciona Serpa Lopes (1962, p. 95).

É inegável que este entendimento é influenciado pela doutrina da responsabilidade civil, que defende a mitigação da direito de indenização na hipótese de concorrência de culpa entre vítima e ofensor, conforme leciona Aguiar Dias, citado por Sergio Cavalieri Filho (*apud*, 2002, p. 55): “Quanto aos demais domínios da responsabilidade civil, a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos”. Consolidando este entendimento o novo Código Civil expressamente estabeleceu no seu art. 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

No campo da Responsabilidade Civil, onde a concorrência de culpas foi muito mais explorada pela doutrina do que no enriquecimento sem causa, há observações que, por analogia, podem ser aplicadas a este instituto. Como, por exemplo, questões referentes a influências da culpa da vítima (empobrecido) e do dolo do ofensor na fixação da indenização quando concorre com a culpa da vítima. Nestes casos, Calos Alberto de Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 371 e 373), ao comentar o art. 945 do Código Civil, ensinam que:

“Para que a culpa da vítima influencie na fixação da indenização é necessário, primeiro, que haja nexa causal entre a sua participação e o evento danoso; segundo, que a participação não se confunda com aquela do ofensor, isto é, seja, autônoma, não uma consequência do ilícito por ele praticado; terceiro, que seja também ilícito e culpável o ato da vítima, com o que estão excluídos os atos praticados pelos inimputáveis; quarto, que seja feita ponderação da gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano; quinto, que seja aferida não apenas a concorrência para o ato danoso, mas também, se o seu ato aumentou o dano.

(...)

Se há dolo do ofensor, não incide o dispositivo; o dolo do ofensor é suficiente para causação do dano, se comparado com a culpa do ofendido. Na nossa avaliação, o balanço da gravidade da culpa do ofendido, nos termos do dispositivo, não tem peso igual ao dolo do ofensor, daí ser inviável levá-la em conta, em tal situação, para fixar a indenização.” Grifo nosso.

No entanto, no que toca a definição da proporcionalidade da indenização, mesmo a doutrina no campo da responsabilidade civil pouco tem avançado, visto que há grande dificuldade em se estabelecer a parcela indenizatória que deve ser reparada pelo agente causador do dano. Grandes nomes do direito civil, como Serpa Lopes (1962), Aguiar Dias (*apud*, DIREITO; CAVALIERI, 2004), Caio Mário (2005),

não tiveram dúvida em admitir que a melhor solução, no caso de culpa comum da vítima e do ofensor, seria entregar a estimativa da indenização ao arbítrio do juiz, uma vez que o caso concreto revelaria qual seria a proporção atribuível a cada parte no montante do prejuízo.

Na doutrina administrativista, à luz da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o professor Jacintho de Arruda Câmara (1999, p. 147), enfrenta o tema, asseverando que, ocorrendo culpa concorrente, os prejuízos devem ser divididos na proporção da participação de cada uma das partes. Porém, ressalta que a Lei 8.666/93 excepcionou esta regra, ao estabelecer que o contratado, ainda que por culpa concorrente, não terá direito a qualquer indenização, senão vejamos:

“Portanto, deve-se considerar culpa concorrente na invalidação de contrato firmado entre administrado e administração nos casos em que haja atuação deliberada de ambos em proceder de modo a cometer o ilícito, ou ainda quando houver dolo por parte do administrado e negligência ou imprudência por parte do Poder Público.

Ao ocorrer culpa concorrente, a regra geral na responsabilidade civil (patrimonial) é a de que se processe a divisão dos prejuízos de maneira proporcional à participação de cada um. Essa regra, todavia, pode ser alterada por determinação legal – e é o que ocorre em matéria de contratos administrativos. Visando nitidamente à moralização das relações contratuais entre administrados e Administração, a lei que rege a matéria estabeleceu que os danos sofridos pelo ex-contratado em virtude de contrato administrativo inválido cuja invalidade tenha dado causa (‘lhe seja imputável’) – mesmo que concorrentemente com a Administração – não seriam ressarcidos. Se o ex-contratado mobilizou capital para realização do contrato inválido, se despendeu recursos na elaboração de projetos, se gastou muito na contratação de pessoal etc., nenhum desses prejuízos pode ser repartido com a Administração: é o que determina a lei, para os casos em que ele tiver concorrido para invalidade.”

Preliminarmente, registre-se que, para Câmara, culpa concorrente seria a “atuação deliberada de ambos em proceder de modo a cometer o ilícito, ou ainda quando houver dolo por parte do administrado e negligência ou imprudência por parte do Poder Público”, ou seja, em ambas as situações o administrado não age tecnicamente com culpa, mas sim com dolo ou em conluio com o agente público; ou contando com a negligência (culpa) deste.

Logo, segundo o posicionamento acima, a culpa em sentido estrito, do contratado não implicaria no afastamento ao direito de indenização. Até mesmo porque, como já citamos neste trabalho, este autor defende que a culpa pura e simples não representa impedimento à incidência do princípio da proibição ao enriquecimento sem causa (1999, p. 176).

De qualquer modo não podemos negar que a redação do texto legal do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93, não autoriza a indenização ao

contratado se a nulidade do contrato for imputável a ele. Isto é, se a nulidade decorreu de sua negligência, com base neste dispositivo legal, está vedada qualquer espécie de indenização ao mesmo.

Em verdade, a interpretação literal do parágrafo único do art. 59, não abre margem para ressarcimento na hipótese de culpa concorrente, visto que a nulidade continuaria a ser imputável ao contratado, seja concorrente ou não com a Administração. Entretanto, as normas jurídicas não podem ser interpretadas desconectadas com os princípios e institutos jurídicos que as escoram. E a Administração que nega o direito ao ressarcimento, mesmo que reduzido, ao administrado, em situação que ambos concorreram para a nulidade do negócio, não está agindo de acordo com os princípios da moralidade administrativa e da razoabilidade, haja vista que a Administração também deu causa à nulidade. Se ambas as partes provocaram a nulidade do contrato não há razão para que apenas uma delas venha a sofrer todas as consequências desfavoráveis desta nulidade. Admitir tal conclusão afrontaria o próprio princípio da igualdade, vez que estaríamos tratando distintamente pessoas que igualmente deram causa a nulidade. Ademais, como a Administração poderia justificar o não ressarcimento do contratado com base em erro que ela mesmo, também, cometeu?

Outrossim, como ensina Jessé Torres Pereira Júnior (2003, p. 614), ordinariamente, haverá concorrência de culpas, uma vez que é dever de ambas as partes examinar as cláusulas e condições que estão a contratar, sendo, em princípio, inescusável para ambas a presença do vício

E, neste caso, de concorrência de culpas, o contratado teria direito a que parcela de ressarcimento? Somos pelo entendimento de que a contratada terá direito ao pagamento da importância correspondente apenas ao custo do que executou, extraída à parcela remuneratória do preço (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 615). Tendo em vista que desta maneira ambas as partes, que provocaram a nulidade, serão afetadas desfavoravelmente pela mesma: o particular, que não será integralmente retribuído; e a Administração, que terá que arcar com os custos de novo procedimento licitatório para complementação do objeto do contrato anulado.

Portanto, entendemos que a má-fé (ou dolo) e a culpa do contratado são circunstâncias que devem ser consideradas na apreciação acerca da existência do direito de indenização. Afinal, desde a concepção da vedação ao enriquecimento sem causa no Direito Romano que a situação subjetiva do empobrecido interfere na concessão do direito de repetição. E, nesse sentido evoluiu a doutrina civil acerca do

tema, com a relevante contribuição da jurisprudência francesa. Assim acontecendo, inclusive, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como veremos adiante. Além, obviamente, da sua consolidação legislativa no texto da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que afastou expressamente o direito de repetição daquele que provocou a nulidade do contrato.

3.1.2 Vedação ao confisco

Marçal Justem Filho (2010, p. 751), citando o doutrinador francês Chapus, defende que a tutela por via do enriquecimento sem causa pode conviver com o elemento subjetivo “culpa”, vez que “a mera culpabilidade do sujeito não pode justificar que o Estado se aproprie dos seus bens.”. Em outras palavras, o autor expõe o seguinte entendimento: ainda que o particular seja culpado da nulidade, não poderá o Estado de apropriar dos bens do particular fornecido por meio do referido contrato.

Ora, se este comportamento do Estado não é tolerado quando o particular provocou a nulidade por culpa, do mesmo modo não será tolerado caso a nulidade decorra da má-fé (dolo ou simulação) do particular, porque do mesmo modo estaria havendo o confisco de bens pelo Estado. Inclusive, o autor, citando trecho do Recurso Especial nº 200200108733 passa este entendimento: “Dito em outras palavras, eventual defeito ético na conduta do particular não pode ser invocado para cristalização de situação ainda reprovável, consistente no Estado expropriar seus bens.” (2010, p.751).

Ainda, entende Marçal que o comportamento ilícito do administrado legitimará à Administração aplicar as sanções previstas por ilícitos administrativos ou penais ao administrado. Porém, ressalta que “não está prevista, entre as sanções por ilícitos administrativos ou penais dessa ordem o confisco de bens.” (2010, p.751). Ou seja, o autor segue caminho semelhante ao trilhado por Marcelo Meireles Lobão, exposto acima no item 3.1.1, que enquadra a não aquisição do direito de indenização como hipótese de sanção.

Assim, levantou-se a questão envolvendo o confisco de bens, como espécie de limitação à aplicação do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

Todavia, neste ponto, ousamos não comungar com a tese acima pelos motivos que passamos a expor.

Preliminarmente, vale buscar a definição de confisco. Segundo registra De Plácido e Silva (1993, p. 505):

“**Confisco.** ou *confiscação*, é vocábulo que deriva do latim *confiscatio*, de *confiscare*, tendo o sentido de ato pelo qual se apreende e se adjudicam ao fisco bens pertencentes a outrem, por ato administrativo ou por sentença judiciária, fundados em lei.

Em regra, pois confisco se indica uma punição. Quer isto dizer que sua imposição, ou decretação, decorre da evidência de crimes ou contravenções praticados por uma pessoa, em virtude do que, além de outras sanções, impõe a lei a perda de todos ou parte dos bens em seu poder, em proveito do erário público.” Grifo nosso,

Desta conceituação, verifica-se que o confisco é uma espécie de sanção decorrente de determinado comportamento ilícito do administrado que tem seu bem perdido em favor do Estado, desde que tenha amparo na lei. Registre-se que o confisco foi arrolado pela nossa Constituição Federal como espécie de sanção na esfera criminal (alínea “b”, do inciso XLVI do art. 5º), com a denominação de perda de bens.¹⁹

Outrossim, da definição de Plácido e Silva se constata que o confisco só abrange a perda de bens, ou seja, não se refere a serviços prestados pelo particular.

Daí, desenha-se a seguinte assertiva: se o contrato for de fornecimento de bens o “princípio” da vedação ao confisco assegura a restituição dos mesmos, ainda que a o contratado tenha gerado a nulidade contratual, de outro lado, se o contrato for de prestação de serviços, este contratado não terá o mesmo benefício e “perderá” a remuneração pelo serviço executado, caso tenha gerado a mesma nulidade primeiro contratado. Ora, seria lícito tratar desigualmente os administrados que contratam com o Poder Público quando a lei assim não faz?

Outro ponto, sendo o “princípio” da vedação ao confisco inerente às relações jurídicas travadas entre Estado e particular (pois daí decorre sua nomenclatura), nas relações jurídicas travadas entre particulares, tendo um deles se enriquecido sem causa à custa do outro, este não poderá suscitar o “princípio” do não-confisco, já

¹⁹ **Art. 5º ...**

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

que este “princípio” decorre da relação jurídica com o Estado. Ou seja, no direito privado não haveria essa salvaguarda do empobrecido culpado ou de má-fé, este sofreria a perda do bem em relação ao outro particular. Logo, o enriquecimento sem causa no direito público teria aplicação distinta em relação ao direito privado, vez que, além da vedação ao confisco não ser aplicável no âmbito privado, haveria um tratamento distinto entre o empobrecido que presta serviço em relação a aquele que fornece bens.

Registre-se que Celso Antônio Bandeira de Mello (2009. p. 319), citando os autores Eduardo Garcia de Enterría e Osvaldo Aranha de Mello, expõe que a aplicação do referido princípio no âmbito do direito público não traz qualquer distinção, por ser um princípio geral do direito: “Uma vez que o enriquecimento sem causa é um princípio geral de Direito – e não apenas princípio alocado em um dos seus braços: público ou privado -, evidentemente também se aplica ao direito administrativo”.

Ainda, levando-se adiante a premissa da vedação ao confisco, veremos outra situação anômala: o contratante antiético, que atenta contra a moralidade administrativa, teria situação mais favorável do que aquele que celebra contrato com outro particular, já que aquele receberá de volta o bem que forneceu, este não, por não contratar com o Poder Público. Ou seja, nesta situação, a tutela da moralidade administrativa estaria um degrau abaixo da proteção à moralidade do direito privado. Embora caiba reconhecer que, na esfera do direito sancionador, o particular que tem comportamento contrário à moralidade administrativa poderá sofrer sanções por improbidade administrativa, desde que o ato seja praticado por agente público (arts. 1º e 3º combinado com o art. 11 da Lei nº 8.429/92²⁰), bem como eventualmente sua conduta pode ser tipificada como crime previsto na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

²⁰ **Art. 1º** Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

(...)

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (grifos nossos)

Por todas estas implicações, cabe questionar: o chamado “princípio” da vedação ao confisco encontra-se positivado no nosso ordenamento? Sim, a nossa Constituição o prevê, porém, ele se encontra incluído na Seção II - “Da Limitação ao Poder de Tributar”, do Capítulo I - “Do Sistema Tributário Nacional”, do Título IV - “Da Tributação e do Orçamento”, da Constituição Federal, mais precisamente no inciso IV do art. 150: “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco”. Em face deste princípio veda-se a onerosidade excessiva do tributo, impedindo-o que tenha efeitos semelhantes ao do confisco. Isto é, como se fosse uma penalidade (MACHADO, 2003, p. 169). Percebe-se então que este princípio preza pela moderação da carga tributaria, impedindo que o tributo tenha elevada repercussão sobre a atividade produtiva do contribuinte, de modo a paralisá-la ou obstruí-la. Não tendo qualquer aplicabilidade fora do âmbito do direito tributário.

Por conseguinte, percebe-se que, como princípio jurídico, “a vedação ao confisco”, foi consagrado apenas no Direito Tributário, não havendo indicação semelhante no Direito Administrativo.

De outro lado, poder-se-ia alegar que o comportamento do Estado, de se apropriar de bens alheios sem justa indenização, viola as normas de desapropriação que garante a justa e prévia indenização ao particular expropriado, nos termos estabelecidos no inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal. Entretanto, este entendimento não se sustenta. Quando o Estado deixa de indenizar (ou restituir) o bem fornecido pelo contratado que deu causa à nulidade do contrato, tal procedimento não pode ser equiparado a um procedimento formal de desapropriação previsto na legislação, que tipifica taxativamente as hipóteses que ensejam desapropriação. E, a anulação contratual não é uma delas.

Então, poder-se-ia entender que tal conduta estatal seria equiparável à desapropriação indireta (que também é indenizável)? Afinal, como leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro (2010, p. 173): “Desapropriação indireta é aquela que se processa sem observância do processo legal; costuma ser equiparada ao esbulho e, por isso mesmo, pode ser obstada por ação possessória”. Porém, do mesmo modo, o comportamento “confiscatório” do Estado não seria equiparável à desapropriação indireta, uma vez que nesta a indenização tem fundamento em atividade ilícita do Estado (esbulho), não sendo imputado qualquer comportamento ilícito ao expropriado, diferente da circunstância que estamos analisando, quando o

administrado ilicitamente dá causa à nulidade do contrato e, por consequência, à perda do seu direito de indenização.

Além disso, vale acrescentar que, se o direito de propriedade do contratado deve ser respeitado, porque foi garantido expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXII), o princípio da moralidade administrativa também o foi no art. 37, *caput*. Ademais, o direito e propriedade requer do proprietário a realização da sua função social. Então, questionamos: será que esta propriedade, utilizada para fins ilícitos para obter vantagem indevida em desfavor da Administração, estaria realizando a sua função social?

Ademais, como já exposto anteriormente, não podemos esquecer que aquele que age de má-fé tem contra si um princípio geral do direito que o impede pleitear em juízo: ninguém poderá alegar a própria torpeza em benefício próprio - *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Assim, aquele que contratou com a Administração e provocou a nulidade do contrato por prática de ato ilícito, não poderá em juízo, ou mesmo administrativamente, alegar a própria torpeza de sua conduta com o fim de obter indenização ou a devolução do bem que investiu na execução do contrato.

Por fim, ainda cabe ressaltar que, se entendêssemos que o contratado, responsável nulidade terá sempre direito de indenização (ou restituição do bem), sob pena de tal comportamento estatal implicar em confisco, estaríamos contradizendo o que dispõe o texto do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93. Se for seguir esse entendimento, quando a ressalva do parágrafo do art. 59 seria aplicável? Ou será que, como confisco não atinge “os serviços prestados”, a ressalva da norma somente seria aplicada quando o objeto do contrato fosse à prestação de serviços?

Contudo, como expomos acima, não há escoramento legal para realizar tratamento distinto entre o contratado que presta serviço daquele que fornece bens, afinal, ambos sofrem perdas pecuniariamente aferíveis. O fato da perda patrimonial se corporificar em um bem não torna o contratado imune de sofrer as consequências de suas ilicitudes.

Portanto, entendemos que a ressalva prevista no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 não constitui espécie de confisco, ou seja, não constitui espécie de sanção, mas sim hipótese de não aquisição do direito de indenização. Se o contratado deu causa à nulidade do contrato ele não terá direito à indenização, seja decorrente de contrato de prestação de serviços, seja de contrato de fornecimento de bens.

3.1.3 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Para estudo da jurisprudência, considerando que a Lei nº 8.666/93 é uma lei ordinária federal, optamos neste trabalho por coletar acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, por ser o tribunal superior responsável pelo controle da inteireza positiva da autoridade e da uniformidade da interpretação das leis federais, bem com da uniformização da interpretação da legislação nacional, como leciona José Afonso da Silva (1999, p. 562).

Ademais, registre-se que não encontramos acórdãos do Supremo Tribunal Federal abordando o tema, provavelmente por ser o assunto é intimamente ligado a interpretação da legislação infra-constitucional.

Inicialmente, analisando os primeiros acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que enfrentaram a questão nevrálgica sob estudo - limites da aplicação do princípio da proibição ao enriquecimento sem causa nos contratos administrativos – constatou-se que o posicionamento daquela Corte era oscilante entre considerar, ou não, a presença da má-fé do contratado como circunstância limitadora do direito à indenização, conforme se denota das ementas abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. PAGAMENTO PELAS OBRAS REALIZADAS. ART. 59, DA LEI 8.666/93. - A existência de nulidade contratual, em face da alteração de contrato, que no mesmo campo de atuação, ou seja, obras em vias públicas, modifica o objeto originalmente pactuado, não mitiga a necessidade de pagamento pelas obras efetivamente realizadas. - A devolução da diferença havida entre o valor da obra licitada e da obra realizada, daria causa ao enriquecimento ilícito da administração, porquanto restaria serviços realizados sem a devida contraprestação financeira, máxime, **ao se frisar que o recorrente não deu causa à nulidade**. - Agravo regimental improvido. (AGRESP 200100862497, FRANCISCO FALCÃO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 16/12/2002);

RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO DO CONTRATO EM VIRTUDE DE FALSIDADE DOCUMENTAL. ARTS. 39 E 49 DO DECRETO-LEI N. 2.800/86. PRETENSÃO DA UNIÃO DE DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA PELA OBRA EXECUTADA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. Do exame dos artigos 39 e 49 do Decreto-lei n. 2.800/86, vigente à época, conclui-se que a anulação da licitação, com a conseqüente nulidade do contrato, opera efeitos ex tunc. **No entanto, a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela**

empresa, como na hipótese em exame. Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular, não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa. Precedentes. Recurso especial não conhecido.

(RESP 200200108733, FRANCIULLI NETTO, STJ - SEGUNDA TURMA, 30/06/2003);

ADMINISTRATIVO. OBRAS EMERGENCIAIS. CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DIREITO À INDENIZAÇÃO.

1. A eventual declaração de nulidade do contrato administrativo não tem o condão de exonerar a Administração Pública do dever de indenizar as obras já realizadas, desde que (1º) tenha ela, Administração, auferido vantagens do fato e (2º) que a irregularidade não seja imputável ao contratado.

2. Reconhecido nos autos que as obras foram não apenas orientadas, acompanhadas e incentivadas pelo município, como também resultaram no seu interesse exclusivo, não há como negar o direito à indenização pleiteada.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(RESP 200100424759, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, 03/05/2004);

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.

1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

2. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio.

3. A ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo (Rafael Bielsa, “A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, RDA 38/40).

4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se

que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado.

5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé. 6. Recursos especiais improvidos.

(RESP 200301298896, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 19/04/2004);

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ADMINISTRATIVO. FRAUDE NA LICITAÇÃO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. PRETENSA NULIDADE DO CONTRATO NÃO IMPLICA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS APÓS A EXECUÇÃO DA OBRA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ESTADO. AFASTAMENTO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Demanda envolvendo contratos administrativos, firmados entre o INSS e Arrimo Engenharia Ltda, para a edificação de imóveis destinados à instalação de Postos de Benefícios nas cidades de Cáceres, Pontes, Lacerda, Mirassol D'Oeste e Rosário Oeste, localizadas no Estado do Mato Grosso.

3. Pretensão reconvenicional da autarquia de nulidade do contrato administrativo, em face de fraude apurada na licitação, e da conseqüente devolução das quantias pagas, não obstante a execução da obra contratada.

4. Revela-se inequívoco o direito de a empresa contratada auferir contraprestação pelo serviço prestado (recebimento do preço avençado), mesmo em se tratando de contrato supostamente eivado de nulidade, uma vez que a devolução das quantias pagas por obra já executada implicaria no locupletamento indevido da Administração Pública, em frontal inobservância ao princípio da moralidade administrativa.

5. Precedente desta Corte no sentido de que "do exame dos artigos 39 e 49 do Decreto-lei n. 2.800/86, vigente à época, conclui-se que a anulação da licitação, com a conseqüente nulidade do contrato, opera efeitos ex tunc. No entanto, a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa, como na hipótese em exame. Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular, não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa". (REsp 408785/RN, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, publicado no DJ de 30.06.2003).

6. Deveras, é assente na doutrina que "ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias ao bom asseguramento do interesse público, de sorte que pode adotar providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações no ajuste inicial. Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca poderá a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para o contratante privado." (Celso Antônio Bandeira de Mello in Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 14ª Ed., 2002, pág. 561) e que "mesmo no caso de contrato nulo pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização." (Hely Lopes Meirelles, in Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, 13ª ed., 2002, pág. 231).

7. Recurso especial improvido.

(RESP 200400841410, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 01/07/2005).
Grifo nosso.

Dos acórdãos acima verifica-se que o AGRESP 200100862497 (1ª Turma), o RESP 200100424759 (2º Turma) e o RESP 200301298896 (1ª Turma) sustentaram a inexistência de direito à indenização ao contratado, caso este tenha provocado a nulidade do contrato. Além disso, registre-se que no RESP 200301298896 o Min. Relator José Delgado deu ênfase à violação do princípio constitucional da moralidade, tendo em vista que, como princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não poderia ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração agindo com comprovada má-fé.

De outro lado, os acórdãos nº RESP 200200108733 (2ª Turma) e RESP 200400841410 (1ª Turma), assentaram que a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa. Ou seja, o contratado terá direito à indenização ainda que tenha agido de má-fé, provocando a nulidade do contrato por usar documento fraudado. Curiosamente este entendimento é escorado também na tutela do princípio da moralidade administrativa, nos seguintes termos:

“ (...) Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa. (...)” (RESP 200400841410, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 01/07/2005).

Daí verifica-se que tanto na primeira como na segunda turma do STJ haviam entendimentos completamente dissonantes, utilizando-se do princípio da moralidade

administrativa tanto para negar, como para conceder o direito de indenização ao contratado de má-fé.

Cabe destacar, entretanto, que tem predominado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de afastar o direito de indenização ao contratado que, de má-fé, provocou a nulidade do contrato, ainda que em conluio com o agente público, uma vez que, antes de ser vedado o enriquecimento sem causa, é vedado também ao particular alegar a própria torpeza para obter indenização junto à Administração. Além disso, reitera-se a necessidade de preservar o princípio da moralidade administrativa. E lógico, ressalta-se que a má-fé não se presume, por isso, deve ser comprovada, ainda mais considerando que os atos administrativos são dotados de presunção de veracidade e legitimidade. Para melhor entendimento, vale colacionar os arestos mais recentes do STJ sobre o tema:

ADMINISTRATIVO. INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ. CONTRATO PARA AQUISIÇÃO NO MERCADO INTERNACIONAL DE CAFÉ. OPERAÇÃO “PATRÍCIA” OU “LONDON TERMINAL”. MANOBRAS ESPECULATIVAS. PRETENZA NULIDADE DO CONTRATO NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR O CONTRATADO DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR A MÁ-FÉ. SÚMULA N.º 07/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

1. Demanda envolvendo contrato administrativo firmado entre o extinto Instituto Brasileiro do Café – IBC e empresas exportadoras para uma operação de compra de lotes de café em grãos do tipo “robusta” no mercado de Londres, denominada “Operação Patrícia” ou “Operação London Terminal”, concebida pelo governo federal como forma de contrariar manobras especulativas que estavam mantendo em baixa a cotação do café brasileiro no mercado internacional, gerando prejuízos para a receita cambial do país. Pretensão de afastar o ressarcimento ao contratado ante a nulidade da avença.

2. Alegação de invalidade pela própria parte que o engendrou, resultando na violação do princípio que veda a invocação da própria torpeza ensejadora de enriquecimento sem causa

3. Acudindo o terceiro de boa-fé aos reclamos do Estado e investindo em prol dos desígnios deste, a anulação do contrato administrativo quando o contratado realizou gastos relativos à avença, implica no dever do seu ressarcimento pela Administração. Princípio consagrado na novel legislação de licitação (art. 59, Parágrafo Único, da Lei n.º 8.666/93).

4. Os pagamentos parciais revelam o reconhecimento da legitimidade do débito.

5. À luz da prova dos autos, em essência, a contratada coadjuvou o Estado-Soberano numa operação de defesa do produto nacional, cujo contrato de sindicabilidade restrita pelo STJ (Súmula n.º 05), manteve-se hígido, posto não invalidado por ação autônoma própria.

6. Indenizabilidade decorrente da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, gerando a confiabilidade em contratar com a entidade estatal.

7. O dever de a Pessoa Jurídica de Direito Público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que evitada de vícios, decorre da Responsabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37, da CF.

8. Deveras, "... 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 fato, 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 que, 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 liminarmente), 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.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, in “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 14ª ed., 2002, p. 422-423).

9. **Assim, somente se comprovada a má-fé do contratado, uma vez que veda-se-lhe sua presunção, restaria excluída a responsabilidade da União em efetivar o pagamento relativo à “Operação Patrícia”,** matéria cuja análise é insindicável por esta Corte Superior, ante a incidência do verbete sumular n.º 07, tanto mais quando o Tribunal de origem, com cognição fática plena, afastou a sua ocorrência.

10. Recurso que implica na análise não só do contrato como também dos fatos, violando as Súmulas n.ºs 05 e 07, do E. STJ.

11. **Deveras, é princípio assente no ordenamento que “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contratantes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros”** (art. 104, do Código Civil de 1916), motivo pelo qual, veda-se à União, beneficiando-se da própria torpeza, consubstanciada na simulação perpetrada com a finalidade de manipular o mercado do café, alegar a nulidade do contrato sub examine.

12. Ademais, caberia à União, uma vez verificada a suscitada ilegalidade do contrato, responsabilizar os agentes públicos que se diz terem exorbitado de seus poderes bem como pleitear, pela via judicial própria, a anulação da avença, destaque-se, firmada há mais de 20 (vinte) anos.

13. Recurso especial conhecido, mas desprovido.

(RESP 200300199932, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 04/05/2006);

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. Contrato celebrado entre Município e empresa particular, no qual o prefeito municipal consta como sócio. Merece subsistir o entendimento da Corte de origem, no sentido de que o contrato entre a Prefeitura Municipal e a empresa da qual o prefeito é sócio, está eivado de ilegalidade, seja em virtude da necessidade de prévia licitação, seja em decorrência da inequívoca afronta aos princípios administrativos que sempre devem nortear o Administrador público, notadamente a moralidade e a impessoalidade administrativa. Não prospera o argumento no sentido de proibição ao enriquecimento ilícito, uma vez que não deve ser invocado por aquele que firmou contrato com a Administração Pública, em nítida afronta ao princípio da moralidade e constatada má-fé. No mesmo sentido, confira-se: REsp 579.541, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/4/2004. O Tribunal a quo decidiu o feito de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental improvido.

(AGA 200400452192, FRANCIULLI NETTO, STJ - SEGUNDA TURMA, 21/09/2006);

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONSTATADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.

2. Não há como alterar as conclusões obtidas pelo Tribunal de origem que, com base nas provas dos autos, entendeu ter havido a efetiva prestação do serviço por parte da autora. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Não sendo o caso de valor exorbitante, ante o arbitramento dos honorários em 10% (dez por cento) do valor da causa, não cabe a esta Corte modificar o decisório sem incursionar no substrato fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não-provido.

(AGA 200801183346, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 11/03/2009);

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA EVENTUAL MÁ-FÉ DA EMPRESA CONTRATADA.

1. A jurisprudência pacífica no âmbito das Turmas que compõem a Seção de Direito Público desta Corte é no sentido de, in verbis: "[...] ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade" (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009). Outros precedentes: REsp 753.039/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 03 de setembro de 2007; REsp 928315/MA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29 de junho de 2007; e REsp 545471/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 19 de setembro de 2005.

2. No caso sub examinem, a municipalidade agravante sustenta que o Tribunal de origem assentou ter sido a contratação da empresa agravada viciada com má-fé. Todavia, a leitura atenta do acórdão a quo, precisamente de fl. 449, evidencia que o Tribunal de Justiça paulista reputou viciada de má-fé a própria contratação direta, ao argumento da ausência dos requisitos autorizadores para tanto, sem, no entanto, ter explicitado qual ato praticado pela contratada teria a propriedade de contaminar a avença.

3. Deveras, a exegese da jurisprudência desta Corte é no sentido de que a simples contratação direta não é suficiente para evidenciar a má-fé do contratado; ao revés, deve ser comprovado o ato que induziu a Administração a erro e propiciou a contratação direta viciada. E, embora o acórdão a quo assevere a ocorrência de ato de má-fé antes da própria contratação, não consta desse julgado nenhuma indicação da prática objetiva de ato por parte da contratada nesse sentido.

4. Caso fosse admitida de má-fé a pura e simples contratação direta, não haveria razão de ser a própria jurisprudência do STJ, a qual preconiza que os serviços efetivamente prestados devem ser pagos sob pena de enriquecimento ilícito.

5. Agravo regimental não provido.

(AGRESP 200901743487, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, 09/08/2010). Grifo nosso.

Examinando os acórdãos acima, é fácil constatar que a má-fé do contratado foi reconhecida pelo STJ como circunstância que afasta qualquer espécie de indenização pleiteada com base no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93. Aliás, os acórdãos AGA 200801183346 e AGRESP 200901743487 já iniciam a ementa informando que esta é a jurisprudência pacífica das turmas que compõem a Seção de Direito Público da Corte. Outrossim, percebe-se que há grande preocupação em reiterar que a má-fé não se presume, ou seja, que deve ser demonstrada para excluir o direito de indenização do contratado. Como por exemplo, no AGRESP 200901743487 não se presumiu a má-fé do contratado pelo simples fato de ter sido contratado diretamente, sem licitação, com a Administração.

Ainda, das ementas acima transcritas, vale registrar três curiosidades no RESP 200300199932.

Primeiro, o Min. Relator Luiz Fux aparentemente mudou seu posicionamento anterior (do RESP 200400841410 que, citando o precedente do RESP 408785/RN, defendeu o cabimento do direito de indenização ainda que a nulidade decorra de documento fraudado pelo particular), passando a defender que a má-fé do contratado afasta o direito de indenização, desde que comprovada.

Segundo, o direito de indenização do contratado foi escorado tanto na responsabilidade civil do Estado (art. 37, §6º da Constituição Federal), quanto no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, prevista no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93.

Terceiro, que a má-fé, naquele caso, foi da União, que teria anulado contrato por vício por ela gerado. Por isso, ela não poderia alegar a própria torpeza para anular o ato. Ou seja, a má-fé da parte enriquecida a impede de alegar a própria torpeza para beneficiar-se com possível isenção de responsabilidade.

Como tais acórdãos preocuparam-se demasiadamente em ressaltar apenas a má-fé do contratado, no caso de mera culpa do particular, seu direito estaria salvaguardado? Não necessariamente. Encontramos apenas dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que abordam a questão da culpa do contratado, são eles:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 8.666/93. SÚMULA 7/STJ. DEVER DE INDENIZAR DA ADMINISTRAÇÃO. Para a exata aplicação do artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, necessário se faz a aferição de quem foi o culpado pela realização do contrato administrativo irregular, o que implica no reexame do

quadro fático-probatório constante nos autos. Incidente, pois, a Súmula nº 07/STJ. Ademais, a Administração não pode locupletar-se indevidamente em virtude de nulidade de contrato administrativo, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados ou pelas obras realizadas. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 200100163408, PAULO MEDINA, STJ - SEGUNDA TURMA, 02/12/2002);

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRA PÚBLICA. RECAPEAMENTO ASFÁLTICO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. REQUISITOS. EXAME. SÚMULA 7/STJ. PREQUESTIONAMENTO.

1. O recurso foi interposto nos autos de ação de cobrança ajuizada contra o Município de Bragança Paulista, pleiteando-se o pagamento de diferença relativo à execução de serviço de recapeamento asfáltico, não previsto no contrato.

2. A sentença julgou improcedente a ação, extinguindo o processo nos termos do inciso I do artigo 269 do Código de Processo Civil.

3. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação interposto pela empresa, asseverando: "Não há que se alegrar enriquecimento ilícito para se justificar o recebimento de valores fora do objeto do contrato, isto porque, como fundamentado na sentença, a autora, empresa conceituada no mercado da construção civil, **não poderia cometer erro tão primário, seja porque eventuais serviços extracontratuais devem ser arcados pela própria autora, por conta e risco** (fls. 309 verso).

4. No especial, alegou-se, em síntese, ter havido enriquecimento ilícito do Município pelo não pagamento dos serviços prestados, ainda que realizados em desconformidade com o objeto do contrato e do termo aditivo.

5. Violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. O recurso não enseja conhecimento, pois não foram indicados os motivos pelos quais foi requerida a nulidade do julgado. Argumentos genéricos não traduzem especificamente em que consistiu a suposta negativa de prestação jurisdicional. Incidência da Súmula 284/STF.

6. Prequestionamento. Não foram prequestionados o disposto nos artigos 886 do Novo Código Civil, artigos 59, parágrafo único e 79, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, malgrado tenha havido oposição de embargos de declaração. Aplicação da Súmula 211/STJ.

7. Dissídio Pretoriano. É inviável o conhecimento do dissídio pretoriano com relação ao julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ante o impedimento da Súmula 13/STJ.

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

8.1. Na seara do Direito Privado, o saudoso Orlando Gomes identifica alguns requisitos para que se configure o enriquecimento sem causa: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; e d) a falta de causa ou causa injusta (Obrigações. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 250).

8.2. **No âmbito do Direito Público, Marçal Justen Filho alerta-nos, contudo, sobre a necessidade de verificar a boa-fé do particular, "na medida em que sua participação na consumação do resultado danoso pode afetar a extensão de seus direitos"** (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pág. 520). Em outras palavras, **se houver concorrência do particular, deve haver redução da indenização correspondente às perdas e danos sofridas, tendo em vista a ocorrência de culpa concorrente.**

8.3. No caso em análise, para se verificar se houve ou não enriquecimento sem causa, seria imprescindível examinar, entre outros aspectos: a) a existência de boa-fé da contratada; b) se para a conclusão do serviço de pavimentação, era realmente indispensável o excesso perpetrado pela empresa recorrente que, ao seu livre arbítrio, extrapolou os limites da avença; c) valor total do contrato; d) extensão do excesso; e) previsão orçamentária; f) fiscalização da obra por parte da Municipalidade (art. 67, da Lei nº 8.666/93).

8.4. No entanto, ante a deficiência de elementos fáticos delineados no acórdão impugnado, é impossível verificar, nos estreitos limites do apelo raro, a ocorrência ou não de enriquecimento sem causa.

Solução em contrário à adotada pelo aresto impugnado afrontaria o disposto na Súmula 7/STJ, de seguinte teor: "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial".

9. Recurso especial não conhecido.

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

No acórdão AGRESP 200100163408 verifica-se que o tribunal, embora não examine o mérito a respeito da culpa, adianta que “para a exata aplicação do artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, necessário se faz a aferição de quem foi o culpado pela realização do contrato administrativo irregular”. Em outras palavras, para aplicação do princípio da proibição ao enriquecimento sem causa, o exame da culpa das partes é imprescindível para concessão, ou não, da indenização ao contratado.

De outro lado, é difícil visualizar a situação na qual a nulidade do contrato foi provocada por culpa exclusiva do contratado. Afinal, os contratos administrativos são verdadeiros contratos de adesão, constatada a ilicitude de determinada cláusula contratual, esta deve ser imputada primeiramente à Administração, que confeccionou o contrato (e tem o dever constitucional de obedecer ao princípio da legalidade), apenas na hipótese da ilicitude decorrer de erro primário²¹ do contratado é que este seria considerado também responsável pelo vício. Ou seja, na hipótese de nulidade decorrer de situação culposa, em regra, será caso de culpa concorrente, como foi explicado na ementa do acórdão REsp 1165987/SP. Por consequência, a indenização deve sofrer natural redução, na medida que ambas as partes contribuíram para os danos apurados.

Outrossim, do acórdão acima é possível concluir que, se há “repartição” dos prejuízos na hipótese de culpa concorrente (como ocorre na responsabilidade civil), então no caso de culpa exclusiva do contratado, este não teria qualquer direito frente a Administração.

²¹ Entenda-se por erro primário aquele considerado inadmissível por um particular que regularmente contrata com a administração pública. Isto é, aquele erro que poderia ser evitado pela diligência ordinária da empresa. Se o caso exigir diligência extraordinária da empresa contratada, este erro não pode ser imputado ao contratado.

Por fim, cabe o registro do acórdão RESP 200500848775, que aborda a questão da vedação ao confisco como um dos fundamentos para evitar o enriquecimento sem causa do Estado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO NULO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAÇÃO.

1. O ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento sem causa em face de contrato administrativo declarado nulo porque inconcebível que a Administração incorpore ao seu patrimônio prestação recebida do particular sem observar a contrapartida, qual seja, o pagamento correspondente ao benefício. Precedente: AgRg no REsp 332956/SP DJ 16.12.2002.

2. No mesmo sentido, é a posição da doutrina acerca do tema, in litteris: 7) Os Efeitos da Invalidação do Ato Administrativo (...) Um exemplo permite compreender facilmente o raciocínio. Suponha-se um contrato administrativo nulo, em que o defeito resida no ato de instauração da licitação. Reconhecido o defeito e pronunciada a nulidade com efeito retroativo, ter-se-ia de reconstituir a situação fática anterior à contratação. Isso significa não apenas que o particular teria de restituir à Administração as prestações que houvesse recebido, mas que também a própria Administração teria de adotar idêntica conduta. Ou seja, não seria cabível que a Administração incorporasse em seu patrimônio a prestação recebida do particular e se recusasse a produzir a remuneração correspondente, alegando a nulidade. (...) Ou seja, o Estado não pode apropriar-se de um bem privado, a não ser mediante desapropriação, com o pagamento de justo preço. É evidente que seria inconstitucional o Estado comprar um bem e, em seguida, anular o contrato e ficar com o bem sem pagar o preço. Muito mais despropositado seria produzir esse resultado mediante a invocação de defeito na própria atividade administrativa pública. A anulação contratual não pode gerar efeitos equivalentes aos do confisco. Tudo aquilo que não é lícito ao Estado obter diretamente também é ilícito ser obtido por via indireta - especialmente, por meio de um ato administrativo reputado inválido.

No exemplo considerado, existem apenas duas alternativas jurídicas: ou o Estado devolve o bem comprado ou indeniza o particular pelo preço correspondente. Em qualquer caso, deverá ademais de tudo compor outras perdas e danos decorrentes de sua atuação defeituosa. (...) Bem por isso, a solução já fora consagrada no âmbito do Direito francês, no qual se admite que a teoria do enriquecimento sem causa 'permite assegurar indenizações, que a equidade recomenda, nos casos especialmente em que as obras foram executadas ou as prestações fornecidas com base em um contrato que, finalmente, não foi concluído, que foi entranhado de nulidade, que atingiu a seu termo ou em que nenhum instrumento foi preparado ou ainda à margem de um contrato'. (...) (In Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição - Dialética, páginas 517/519) 3. In casu, o Tribunal local determinou o pagamento de R\$ 38.974,38 (trinta e oito mil, novecentos e setenta e quatro reais e trinta e oito centavos) que entendeu valor acima do preço de mercado da obra, obstando a devolução integral de 50.000,00 (cinquenta mil reais) que encerrava locupletamento, conforme precedentes da Corte.

4. Inexiste dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade. Precedente: EREsp 260821/SP DJ 13.02.2006) 5. Não há ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

6. Recurso especial desprovido.
(REsp 753.039/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 03/09/2007, p. 122). Grifos nossos.

Da leitura do acórdão verifica-se que o relator limitou-se a trazer a vedação ao confisco como mais um argumento para impedir o enriquecimento sem causa do Estado. Isto é, não confrontou este argumento (da vedação ao confisco) com a possível má-fé do contratado. Até mesmo porque, no caso sob exame, imputou-se a nulidade do contrato à Administração, sem qualquer alusão à situação subjetiva do contratado.

Em síntese, verifica-se que a jurisprudência do STJ inicialmente mostrou-se vacilante em aplicar a ressalva prevista no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93. Contudo, evoluindo seu entendimento sobre o tema, a Seção de Direito Público daquela Corte firmou posicionamento pelo reconhecimento da perda do direito de indenização na hipótese de má-fé. Já na hipótese da nulidade decorrer da culpa do contratado, poucos arestos enfrentaram esta questão, ainda assim, nestes, o tribunal reconheceu a necessidade de examinar a culpa do contratado como condição de exame do direito de indenização, bem como ponderou, expressamente, pela redução deste direito na hipótese de culpa concorrente.

3.1.4 – Indenização prevista ao contratado

Como expomos no item 2.5.2, tradicionalmente, a indenização prevista ao empobrecido, com fundamento no enriquecimento sem causa é apurada com um limitador: o valor do enriquecimento.

O empobrecimento, embora provoque o enriquecimento alheio, não será necessariamente na mesma medida. Quando forem idênticos os valores não haverá dificuldade para mensurar o quantum restituível. De outro lado, o valor pecuniário restituível do empobrecido não é mensurado pelo conceito de dano decorrente de inadimplemento obrigacional ou responsabilidade civil, vez que, por decorrerem de ato ilícito, geram o dever de indenizar os prejuízos efetivos (dano emergente) e lucros cessantes, independentemente do valor enriquecido pelo locupletador.

O ultra-citado parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93, embora nitidamente inspirado na aplicação da proibição ao enriquecimento sem causa nos

contratos administrativos, explicitamente estabeleceu maior abrangência à indenização devida ao contratado, visto que a Administração tem o dever de “indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados.” Isto é, se a indenização estivesse restrita ao adimplemento pelo serviço prestado (ou o bem fornecido), a indenização estaria limitada ao enriquecimento obtido pela Administração. Porém, como esta ainda deverá indenizar “outros prejuízos regularmente comprovados”, não há dúvida que a indenização poderá ser superior ao valor do serviço ou bem fornecido à Administração.

Para melhor entendimento, cabe definir o termo “indenização” citado no dispositivo legal. Segundo De Plácido e Silva (1993, p. 452-453), autor estudioso do vocabulário jurídico, indenização significa:

“INDENIZAÇÃO: derivado do latim *indemnis* (indene), de que se formou no vernáculo (indene), de que se formou no vernáculo o verbo *indenizar* (reparar, recompensar, retribuir), em sentido genérico quer exprimir toda *compensação* ou *retribuição monetária* feita por uma pessoa a outrem, para reembolsar de despesas feitas ou para ressarcir de perdas tidas.

E neste sentido, indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez ou para reparação de prejuízo ou dano de que se tenha causado a outrem.

É, portanto, em sentido amplo, toda reparação ou contribuição pecuniária que se efetiva para satisfazer um pagamento a que se está obrigado ou que se apresenta como um dever jurídico.

Traz a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo de que se desfaleceu pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofridos (danos), ou ainda de acrescê-lo dos proventos, a que faz jus a pessoa, pelo seu trabalho.”

Ou seja, indenizar significa recompor, monetariamente, o lesado, de forma que retorne ao seu *status quo*, seja para reembolsar as despesas feitas, seja para ressarcir as perdas sofridas. Pela redação do dispositivo legal, o dever de indenização ao contratado restringe-se, a princípio, ao que “este houver executado até a data em que ela (*a nulidade*) for declarada”. Isto é, a Administração terá que adimplir o contrato até a data da decretação da nulidade, remunerando o contratado pelo que este já tiver executado do objeto do contrato. Este valor não demanda comprovação de dano, basta verificar se o serviço foi prestado ou o bem fornecido e o seu respectivo valor fixado no contrato para fundamentar o pedido de indenização.

Além deste valor, o dispositivo acresce outros prejuízos que podem eventualmente ser indenizados, desde que regularmente comprovados pelo contratado, como, por exemplo, o custo da desmobilização.

Veja que solução semelhante foi prevista no §2º do art. 79 da Lei nº 8.666/93, que arrola as verbas indenizatórias na hipótese de rescisão antecipada do contrato por interesse público ou por caso fortuito ou força maior, sem culpa do contratado:

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII²² a XVII²³ do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

- I - devolução de garantia;
- II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;
- III - pagamento do custo da desmobilização.

Não há como negar que o dispositivo acima também é escorado pelo princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, uma vez que assegura ao contratado, que não deu causa à rescisão antecipada do contrato, o direito ao ressarcimento pelos prejuízos comprovados, à devolução da garantia, os pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e o pagamento do custo da desmobilização.

Cabe registrar que Marçal Justem Filho (2010, p. 752), interpretando o parágrafo único do art. 59, entende que os lucros cessantes devem ser incluídos neste cálculo, por entender que esta indenização decorre da responsabilidade civil do Estado:

“É inconstitucional a restrição imposta no parágrafo único do art. 59. A Administração tem o dever de indenizar o contratado não apenas ‘pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada’. O particular tem o direito de ser indenizado amplamente pelas perdas e danos sofridos. Indenizar apenas o que ele estiver executado significaria restringir o ressarcimento apenas de uma parte dos danos emergentes, o que conflita com o art. 37, §6º, da CF/88.

O Estado terá de indenizar por todos os danos e pelo lucro que ele adviria se o contrato fosse integralmente executado.”

Adiante, ao comentar o §2º do art. 79 Marçal (2010, p. 866) reitera a inclusão dos lucros cessantes na hipótese de rescisão antecipada, sem culpa do contratado, ensinando, porém, que esta parcela não corresponde à contraprestação integral

²² **XII** - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

²³ **XVII** - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

estabelecida no contrato, mas apenas ao valor correspondente ao lucro que seria auferido se o contrato fosse mantido:

“O §2º refere-se a ressarcimento por “prejuízos” comprovados. Isso significa indenização restrita a danos emergentes. Também os lucros cessantes devem ser indenizados. Ou seja, o particular não terá direito de receber o valor integral da prestação que o contrato impunha à Administração. Tem o direito de receber o valor ‘dos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão’ (inc. II). Mas quanto ao remanescente do contrato, o particular tem direito ao valor do lucro que auferiria se o contrato fosse mantido. Isso se impõe porque a proposta formulada pelo particular e aceita pela Administração tinha em vista a execução da prestação como um todo. Se o particular soubesse de antemão, que o contrato se restringiria a um montante mais reduzido, sua proposta seria diferente. Eventualmente não teria sequer participado dessa licitação. A Administração através da faculdade de rescisão unilateral, não pode subtrair do contratado o lucro que ele obteria através da execução integral.” Grifo nosso.

Percebe-se que o entendimento do autor é congruente, seja na hipótese de nulidade contratual seja na hipótese de rescisão antecipada, vez que em ambas, a princípio, decorre de ato unilateral da Administração. Afinal, se o particular soubesse de antemão que o contrato se restringiria a um montante mais reduzido, sua proposta seria diferente ou talvez nem tivesse participado do certame.

Se o particular, acreditando na credibilidade da palavra dada pelo Poder Público através do processo licitatório, que é escorada na presunção de veracidade e de legitimidade, celebrou contrato na expectativa real de auferir determinada parcela de lucro, seria atentatório à boa-fé objetiva negar o direito aos lucros cessantes.

Cabe lembrar que a boa-fé objetiva confere o dever de conduta leal entre as partes, impedindo que uma delas se utilize instrumentos que frustrem as expectativas da outra parte no negócio jurídico firmado. Assim, se o vício encontrado no contrato é imputável à conduta da Administração e esta, no exercício do seu poder-dever de autotutela, o declara nulo, não estaria esta atuando com a lealdade esperada se frustrasse a expectativa de lucro do contratado por fato que este não deu causa.

E, não é demais esclarecer que nem o parágrafo único do art. 59, nem o §2º do art. 79 da Lei nº 8.666/93, impedem o pagamento dos lucros cessantes, uma vez que o primeiro dispositivo destaca que outros prejuízos regularmente comprovados serão indenizados, e o segundo dispositivo alerta que o contratado será ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido.

4 – CONCLUSÕES

Por fim, cumpre apresentar as conclusões e fundamentos deste modesto trabalho:

Enriquecimento sem causa não se confunde com enriquecimento ilícito. Em que pese diversos autores utilizem estas denominações como sinônimas, o enriquecimento sem causa não necessariamente decorre de ato ilícito. Ademais, no nosso ordenamento, enriquecimento ilícito é definido como uma das hipóteses de improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/92, enquanto o enriquecimento sem causa encontra-se positivado no Código Civil de 2002 no livro do Direito das Obrigações.

Sobre o alicerce das *condictiones*, concebidas no Direito Romano, surgiu a teoria do enriquecimento sem causa. Embora nesta época ainda não houvesse sistematização a respeito do instituto, já que era aplicado casuisticamente, não se pode negar a contribuição romana no desenvolvimento do instituto em

ordenamentos jurídicos estrangeiros (como na Alemanha, Suíça, França e Portugal) inclusive o nosso, como se depreende da redação do Código Civil em vigor.

Majoritariamente a doutrina insere a vedação ao enriquecimento sem causa dentre os princípios gerais do direito, uma vez que informa todo o ordenamento jurídico, com o fim de evitar consolidação de situações desproporcionais. Tendo caráter subsidiário, ou seja, é invocado sempre que houver omissão da lei. Por isso, enquadrar o enriquecimento sem causa nos limites conceituais das obrigações por ato unilateral, como fez o código civil em vigor, seria retirar o caráter geral inerente a este instituto, vez que existem diversas situações de locupletamento fora das balizas dos atos unilaterais.

A equidade, assim como a moral, fundamentam a existência do princípio que veda o enriquecimento sem causa, visto que este princípio foi concebido para desfazer situações injustas de deslocamento patrimonial. Não é censurável enriquecer-se com a fortuna alheia, porém, será injusto se o enriquecimento acontecer contra vontade do empobrecido sem causa que justifique e sem lhe oferecer meios para obter o seu reequilíbrio.

Os requisitos do princípio geral do direito extraídos do art. 884 Código Civil, são: a) enriquecimento; b) empobrecimento correlativo da outra parte; c) relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) ausência de justa causa.

O enriquecimento é vantagem, que pode ser material, intelectual ou moral apreciável em pecúnia. Além disso, também pode ser indireto, quando decorrente de fato de terceiro, que repercute no patrimônio de outrem (empobrecido). O enriquecimento deve subsistir no momento da exigência de ressarcimento pelo empobrecido, ainda que deixe de existir posteriormente.

Por sua vez o empobrecimento, embora provoque o enriquecimento alheio, não será necessariamente na mesma medida. Havendo dissonância entre os valores do empobrecimento e do enriquecimento, será restituível o menor deles, vez que o objetivo da vedação ao enriquecimento sem causa é tanto evitar o enriquecimento infundamentado, quanto salvaguardar o prejuízo provocado ao empobrecido. Ou seja, na prática, o valor do enriquecimento será sempre o limite máximo do valor a ser restituído.

O terceiro requisito é comumente indicado como o nexos causal, que liga o enriquecimento de uma das partes com o empobrecimento da outra. Em verdade o

enriquecimento e o empobrecimento devem ser resultantes de um mesmo fato, ainda que ambos tenham decorrido de fato de terceiro.

O quarto requisito é a ausência de causa que justifique o enriquecimento. Cabe ao interprete indagar se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo ou por motivo lícito. Por ser um conceito jurídico determinado, não é possível arrolar previamente todas as causas possíveis para justificar o enriquecimento. Ressalte-se que a ação de *in rem verso* também terá escoramento se a causa, supervenientemente, deixar de existir. Ou seja, se a causa inicialmente presente, desaparecer.

Além dos requisitos tradicionais acima ainda há a subsidiariedade da ação de *in rem verso*, uma vez que o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa só será aplicado se inexistir outro instituto jurídico que resguarde o empobrecido, é o dispõe o art. 886 do Código Civil. Todavia, o preenchimento deste requisito não se limita a observância da subsidiariedade em abstrato, uma vez que sempre que a ação de *in rem verso*, por via obliqua, for utilizada como instrumento para obter aquilo que a lei proíbe, esta ação não poderá ser manejada.

Ainda, influenciado pelas *condictiones* do Direito Romano e pela jurisprudência francesa, parcela considerável da doutrina acrescenta outros dois requisitos de caráter negativo, ou seja, de necessária ausência para configuração do direito do empobrecido: vontade livre ou culpa do empobrecido; e a má-fé do empobrecido.

Se o empobrecimento ocorre por livre vontade do empobrecido de enriquecer outrem, este ato passa a ter uma causa, uma vez que o ato é voluntário e espontâneo, assemelhando-se ao contrato de doação, logo o enriquecimento é justificado. Quanto à culpa do empobrecido, comungando com a doutrina de Serpa Lopes entende-se que a culpa não extingue do direito do empobrecido, mas mitiga o alcance da restituição requerida.

De outro lado, a má-fé do empobrecido fulmina qualquer pretensão de ressarcimento. Aquele que empobreceu por buscar fins ilícitos ou imorais assumiu o risco de agir em desconformidade com o Direito, não sendo sequer admissível sua demanda, vez que seu pedido será juridicamente impossível, por não ser permitido demandar alegando a própria torpeza, conforme prevê o art. 883 do Código Civil.

A proibição ao enriquecimento sem causa, por ser um dos princípios gerais do direito, e não apenas um princípio alocado em um de seus braços: público ou privado -, evidentemente também se aplica ao direito administrativo.

Além disso, como a Lei nº 8.666/93 não pôde desconsiderar os séculos de aperfeiçoamento do regime jurídico privado, determinou a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54), o que inexoravelmente envolvia o princípio do enriquecimento sem causa, previsto expressamente no Código Civil. Ainda assim, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi além e consagrou o referido princípio no parágrafo único do seu art. 59, na hipótese de anulação do contrato, não permitindo o locuplemento do Estado em prejuízo do particular.

Como se trata de um princípio geral do direito, os limites para aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa são os mesmos do direito privado. Não satisfeita, a Lei nº 8.666/93 ao positivá-lo estabeleceu expressamente que o contratado não teria direito à indenização se a anulação lhe fosse imputada.

Por consequência, a situação subjetiva (boa-fé ou má-fé) do contratado influirá no respectivo direito de indenização. A má-fé deve ser comprovada, já a boa fé se presume, tendo em vista que ato administrativo tem o atributo da presunção de legitimidade e de veracidade. Isto é, presumem-se legais e verdadeiros até que se prove o contrário, logo o procedimento de contratação com o Poder Público também é alcançado por tal presunção.

Assim como ocorre no direito privado, a boa-fé do particular contribui para afirmação do seu direito de repetição, ainda que tenha provocado à nulidade, se não tinha condições de conhecer da existência do vício. De outro lado, a má-fé afasta o direito de repetição, não apenas quando atribuída exclusivamente ao administrado, como também na hipótese de conluio com agente público, vez que este princípio, fundado na equidade e na moralidade, não poderia autorizar ressarcimento daquele que deu causa à nulidade da avença visando fraudar a aplicação da lei, causando prejuízo a outrem ou à Administração.

Parcela da doutrina critica este posicionamento. Ora, por entender que seria imposta sanção sem previsão legal. Ora, por defender que obstruir o ressarcimento do contratado sob a justificativa de defeito ético implicaria em confisco do Estado sobre bens particulares. E ora, por interpretar o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 no sentido de permitir o ressarcimento pelo serviço executado independente da nulidade do contrato ser, ou não, imputada ao contratado.

Enfrentado os respeitáveis posicionamentos acima verificamos que, se os adotássemos autorizaria o particular alegar a própria torpeza em seu benefício, autorizaria a violação do princípio da moralidade administrativa, privilegiaríamos o

interesse particular em detrimento do interesse público, além de implicar em derrogação tácita do disposto no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93, norma que, expressamente, preocupou-se em não conceder direito de indenização ao particular que deu causa a nulidade do contrato administrativo.

Assim, entendemos que a vedação ao ressarcimento, na hipótese do particular ter causado a nulidade do contrato administrativo, não constitui uma espécie de sanção (que exige prévia previsão legal), mas sim a não aquisição do direito de indenização por não preenchimento de todos os requisitos para tanto. Lembramos que a ausência de dolo/culpa do empobrecido é requisito negativo para configuração do referido princípio.

Além disso, como confisco é uma espécie de sanção arrolada no art. 5º, XLVI, “b” da Constituição Federal, o Estado não estaria confiscando os bens do contratado, este é que não teria direito à indenização dos mesmos.

Ademais, da leitura do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93, o trecho “contanto que não lhe seja imutável” não se refere especificamente ao trecho “aos outros prejuízos comprovados”, visto que não há elemento conectivo se subordine, de forma exclusiva, o primeiro trecho ao segundo. Por consequência, a ressalva do dispositivo atinge tanto o ressarcimento pelo que foi executado, como os outros prejuízos eventualmente demonstrados.

Quando a nulidade contratual decorre exclusivamente da culpa *stricto sensu* do contratado, seja por sua imprudência, negligência ou imperícia, a redação do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93 não oferece outra interpretação que não a perda do direito à indenização. Porém, tendo em vista o contrato administrativo é um típico contrato de adesão, confeccionado integralmente pela Administração, dificilmente a nulidade do contratual será atribuída exclusivamente à culpa do contratado sem que a Administração não tenha concorrido para a nulidade. E, configurada a culpa concorrente de ambas as partes, entendemos cabível a indenização proporcional, correspondente apenas ao custo do serviço que contratou, sem incluir a parcela remuneratória prevista no contrato.

Quanto à análise jurisprudencial, realizada perante o Superior Tribunal de Justiça, verificamos que inicialmente esta Corte mostrou-se vacilante em aplicar a ressalva prevista no parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93. Contudo, evoluindo seu entendimento sobre o tema, a Seção de Direito Público do tribunal firmou seu entendimento pelo reconhecimento da perda do direito de indenização na hipótese de má-fé. Já na hipótese da nulidade decorrente da culpa do contratado,

poucos arestos enfrentaram esta questão, ainda assim, nestes, o tribunal reconheceu a necessidade de examinar a culpa do contratado como condição para o exame do direito de indenização, bem como ponderou, expressamente, pela redução deste direito na hipótese de culpa concorrente.

De outro lado, não sendo a nulidade atribuída ao contratado, este terá direito à indenização pelo que houver executado. Da leitura do ultracitado parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93, verifica-se a indenização prevista ao contratado empobrecido pode ultrapassar os limites do enriquecimento obtido pela Administração, abarcando, além da remuneração pelo serviço prestado, outros prejuízos regularmente comprovados. Com efeito, o particular poderá pleitear, por exemplo, parcelas referentes ao custo da desmobilização e os lucro cessantes.

Diante de todo o exposto, concluímos que o princípio que veda o enriquecimento sem causa, com raízes na equidade e na tutela da moral, não assegura, no âmbito dos contratos administrativos, a indenização à particulares que, buscando fins torpes ou ilícitos ou por culpa exclusiva, deram causa à nulidade do contrato.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1957.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros editores. 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 9ª edição: Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda. 1957.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. edição história, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1958. V. 4.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros Editores. 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3ª edição, revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2007.

DE LUCCA, Newton; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *Comentários ao Novo Código Civil: dos atos unilaterais; dos títulos de crédito, arts. 854 a 926*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003. V. 12.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª edição. São Paulo: Atlas. 2010.

DIREITO, Carlos Alberto de Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. V. 13.

DINIZ, Souza. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações (Livro V do Código Civil)*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora. 1961.

_____. *Código Civil Alemão*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora. 1960.

_____. *Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora. 1962.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2ª edição, revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: editora Lumen juris. 2002.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17ª edição. Revisada e atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Editora Dialética. 2010.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil (Fontes Acontratuais das Obrigações – Responsabilidade Civil)*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1962. V. 5.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas. 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXVI*. 3ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1984

_____. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo IV*. 1ª edição. Campinas –SP: Bookseller. 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2007.

MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento Sem Causa*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010. – (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo).

NEVES, José Roberto de Castro. *O Enriquecimento sem causa: Dimensão Atual do Princípio do Direito Civil*. In: MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Curitiba: Zênite. 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005. V. 2.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 30ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005.

SANTOS. J.M. de Carvalho. *Direito das Obrigações*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1958. V. 12.

_____. *Parte Geral*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1958. V. 2.

SILVA, José Afonso da. *Curso Direto Constitucional Positivo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1993. V. 1, a-c.

_____. *Vocabulário Jurídico*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1993. V. 2, d-i.

VENOSA. Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 9ª edição. São Paulo: Atlas. 2009. (Coleção Direito Civil v. 2).