

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público

Marcos Sousa e Silva

**OBRIGAÇÕES ESTATAIS EM FACE DOS
CONTRATOS INVÁLIDOS**

**Brasília – DF
2008**

Marcos Sousa e Silva

**OBRIGAÇÕES ESTATAIS EM FACE DOS
CONTRATOS INVÁLIDOS**

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

**Brasília – DF
2008**

Marcos Sousa e Silva

OBRIGAÇÕES ESTATAIS EM FACE DOS CONTRATOS INVÁLIDOS

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

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

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O trabalho teve o objetivo de analisar os principais pontos acerca da obrigatoriedade de o Estado indenizar o particular que lhe prestou serviços sem cobertura contratual ou com base em contrato declarado nulo ou inválido. Foram apresentadas teses a respeito da aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa, tanto na esfera cível como na administrativa. Abordaram-se as possibilidades de utilização do instituto nas contratações com o Poder Público, diante da legislação ordinária e dos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública. Foram analisadas decisões de Tribunais do Poder Judiciário brasileiro e a Doutrina especializada, a fim de apresentar várias opiniões pontuais acerca do tema, sem se afastar de uma visão global do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito. Por ser o princípio do enriquecimento sem causa um corolário dos princípios constitucionais, concluiu-se no sentido de que a melhor interpretação do dispositivo legal a ele aplicável é no sentido de buscar efetivamente e com lisura ressarcir o particular prejudicado que tenha prestado serviço sem cobertura contratual válida para a Administração Pública, observando-se o princípio da boa-fé objetiva, o efetivo prejuízo experimentado pelo particular, o real enriquecimento da Administração a fim de que o ressarcimento respeite o interesse público, não esquecendo, ainda, de buscar encontrar a responsabilidade do servidor público.

Palavras-chave: contrato administrativo – nulidade – indenização - enriquecimento ilícito.

ABSTRACT

The work had the objective to analyze the main points concerning the obligatoriness of the State to indemnify the particular one that it on the basis of gave to services without contractual covering or null or invalid declared contract to it. They had been presented theses regarding the application I begin of it that prohibition the enrichment without cause, as much in the civil sphere as in the administrative one. The possibilities of use of the institute in the acts of contract with the Public Power, ahead of the usual legislation and the attainments principles constitutional to the Public Administration had been approached. Decisions of Courts of the Brazilian Judiciary Power and the specialized Doctrine had been analyzed, in order to present some prompt opinions concerning the subject, without if moving away from a global vision of the Administrative law in the Democratic State of Right. For being the beginning of the enrichment without cause a corollary of the principles constitutional, it was concluded in the direction of that the best interpretation of the legal device applicable it is in the direction to search effectively and with smoothness to repay particular the wronged one that has given service without valid contractual covering for the Public Administration, observing itself the beginning of the objective good-faith, the effective damage tried for the particular one, the real enrichment of the Administration so that the compensation respects the public interest, not forgetting, still, to search to find the responsibility of the server public.

Key-words: administrative contract – nullity – indenization - the enrichment illicit

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO CONTRATO	
ADMINISTRATIVO	9
2.1. Princípio da legalidade	10
2.2. Princípio da moralidade.....	11
2.3. Princípio da isonomia	12
2.4. Princípio da eficiência.....	14
3 O CONTRATO ADMINISTRATIVO	16
4 A INVALIDAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	19
5 AS CONSEQUÊNCIAS DA INVALIDAÇÃO DO CONTRATO	
ADMINISTRATIVO	23
6 O PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	27
6.1 Enriquecimento sem causa no Direito Privado	27
6.2 Enriquecimento sem causa no Direito Público	30
7 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	34
8 O DISPOSITIVO LEGAL APLICÁVEL AOS CONTRATOS NULOS	37
9 O VALOR DA INDENIZAÇÃO	42
10 A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Há várias fontes de obrigação do Estado moderno. São leis que concedem incentivos fiscais, contratos que obrigam o estado a pagar pelas obras ou serviços que lhe foram prestados, atos ilícitos cometidos pelos agentes públicos que provocam danos a terceiro e, conseqüentemente, a obrigação de indenizar.

Enfim, são inúmeras as maneiras de instituir obrigações do Estado.

Um dos meios de que se vale o Estado para cumprir suas inúmeras funções é realizar suas atividades com apoio da iniciativa privada. Uma das fontes mais rica e que possui um conjunto diversificado de situações fáticas que ensejam a criação de obrigação para o Estado é o contrato administrativo.

O contrato administrativo tem importância tão significativa no ordenamento jurídico brasileiro, que a própria Constituição Federal tem diversos dispositivos que dispõem sobre as normas que tem reflexos nas relações contratuais com a Administração Pública. Nesse quadro, o contrato administrativo tem grande valor na criação de obrigação ao Estado.

O presente trabalho tem por escopo uma questão singular das obrigações estatais. O estudo das obrigações do Estado derivadas de contrato inválido ou nulo.

Serão discutidas as origens das obrigações do Estado, suas fontes, principalmente as com matiz contratual.

Primeiramente, trataremos os princípios constitucionais aplicáveis ao contrato administrativo e que servem de fundamento de validade para a aplicação do princípio do enriquecimento sem causa do Estado em detrimento do particular.

Serão aprofundadas as premissas básicas dos princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade e da eficiência.

Depois, faremos um estudo sobre o contrato administrativo, com oferecimento de conceitos fornecidos pelos principais administrativistas brasileiros e a apresentaremos a diferenciação básica entre contratos administrativos típicos e atípicos e demonstraremos que, para o Estatuto Licitatório, essa diferenciação foi bastante mitigada.

Nos dois capítulos subseqüentes, será analisada a questão da invalidade dos contratos administrativos e sua repercussão no âmbito do direito administrativo, notadamente na obrigação de indenizar do Estado.

No capítulo seis é trazida à baila a questão do enriquecimento sem causa do Estado em detrimento do particular. São estudadas as origens do princípio que veda o enriquecimento ilícito e sua aplicabilidade tanto no Direto Público quanto no Privado.

Nos quatro capítulos posteriores são estudados os requisitos legais que o administrador público, ao declarar nulo ou inválido o contrato, deve obediência para o fiel cumprimento do princípio da moralidade, eficiência e da legalidade. Nesses capítulos foram analisados casos concretos com estudo de julgados em que nossos Tribunais aplicaram o princípio do enriquecimento sem causa nas relações entre particulares e o Estado.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Podemos analogamente avaliar que os princípios fundamentais são como luzes irradiantes para a interpretação constitucional. Afinal, eles provêm o intérprete com elementos axiológicos para uma razoável interpretação e, assim sendo, desenvolvem uma lógica sistêmica ao ordenamento constitucional.

Indiferentemente ao grau de abstração revelada pelo ordenamento constitucional, cada princípio oferece uma capacidade de enquadramento valorativo de normas jurídicas do ordenamento constitucional, servindo a adequação de regras (ou normas jurídicas) aos casos concretos. Deste modo, a interpretação constitucional encontra-se operacionalizada por princípios que então procedem à justificação valorativa das regras do direito positivo¹.

Por isso, os princípios constitucionais são como ‘agentes catalisadores’ do ordenamento constitucional, definindo estratégias razoáveis de interpretação, vez que cada princípio emana uma dose de legitimação à constituição, fazendo-se desta última muito mais do que um simples aglomerado de regras jurídicas desconexas umas com as outras.

Antes de tudo, a desconsideração dos princípios constitucionais destruiria à própria integridade do corpo constitucional, em função da imperativa necessidade de reconhecimento de certa conexão elementar entre princípios e a própria normatividade do texto constitucional.

Os princípios constitucionais, portanto, demandam análise direcionada à legitimidade de regras, ou normas jurídicas. Estes princípios não se identificam apenas com um único caso concreto, mas com uma percepção mais genérica do ordenamento jurídico.

Como podemos deduzir, os princípios desfrutam de posição hierárquica superior em relação às normas jurídicas, haja à vista representarem *guiding-forces*, ou valores coordenativos, da totalidade do ordenamento jurídico-constitucional.

¹ SARMENTO, Daniel. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, org.: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 142

Neste ponto, se juízes procedem a julgamentos em conformidade com elementos principiológicos da constituição, igualmente o cidadão comum possui o mesmo direito de evocar os princípios constitucionais.

Sobre os princípios constitucionais, José Afonso da Silva², citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, assim se posiciona:

“Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípio, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 37 dispõe que 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. Esses são, exatamente, os princípios constitucionais que interessam ao presente trabalho.

2.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade caracteriza-se pela previsão de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei. É, sem dúvida, um dos princípios mais importantes do Estado Democrático de Direito. É a garantia de que o Estado também está submetido à força da lei.

Para o Direito Administrativo, esse princípio evita que os agentes públicos cometam excessos e deixem de cumprir suas obrigações.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello³, “o princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exarcebamento personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 92.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 100.

messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso)”.

Para a Administração, o princípio da legalidade somente a permite realizar o que a lei autoriza. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ assevera que esse princípio nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que define esses direitos, estabelece limites da atuação estatal que venha a restringir o exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Não se pode confundir o princípio da legalidade com o princípio da reserva de lei. Este é uma limitação a forma de regulamentação de determinadas matérias, cuja natureza é indicada pela própria Constituição, aquele significa a submissão ao império da Constituição e das leis.

2.2. Princípio da moralidade

O princípio da moralidade encontra-se expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Esse princípio assegura que a atuação da administração, além de não poder distanciar do princípio da legalidade, deve obedecer às normas da moral, da ética, da correção, da boa-fé e da lealdade.

De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado.

O princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz das orientações, decisivas e substanciais, que prescrevem o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a

⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 20 ed.. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 58

sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

Como princípio autônomo e de valia tendente ao crescimento, colabora, ao mesmo tempo, para reforço dos demais e para a superação da dicotomia rígida entre Direito e Ética, rigidez tão enganosa quanto aquela que pretende separar Direito e Sociedade, notadamente à vista dos avanços teóricos na reconceituação do sistema jurídico na ciência contemporânea⁵.

2.3. Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, também chamado de princípio da impessoalidade, evidencia a necessidade de o Poder Público dispensar aos seus administrados todos ônus e bônus de forma igualitária. Isso não quer dizer que todos as pessoas serão tratadas igualmente. Pelo contrário. Na verdade, o tratamento é desigual na medida das desigualdades dos administrados.

Mas esse tratamento desigual deve está agasalhado pelo princípio da proporcionalidade. O que a Constituição veda é a concessão de vantagens indevidas com base em elementos geradores de desigualdade.

Esse princípio significa tanto a atuação impessoal, genérica, ligada à finalidade da atuação administrativa que vise a satisfação do interesse coletivo, sem corresponder ao atendimento do interesse exclusivo do administrado, como também imputa ao órgão ou entidade pública e não ao agente a atuação administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, em termos de contrato administrativo, já teve oportunidade de se manifestar sobre norma estadual que tratava sobre procedimento para se contratar com o Poder Público, no julgamento da ADI 3070/RN, Relator Min. Eros Grau. Como veremos, entendeu a Suprema Corte desarrazoada a exigência por conter elementos discriminatórios sem qualquer plausibilidade:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11, §

⁵ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 1997. p. 67-68.

4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. LICITAÇÃO. ANÁLISE DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS IMPOSTOS PAGOS À FAZENDA PÚBLICA DAQUELE ESTADO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DISTINÇÃO ENTRE BRASILEIROS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT; 19, INCISO III; 37, INCISO XXI, E 175, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional o preceito, segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 2. A Constituição do Brasil proíbe a distinção entre brasileiros. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária no âmbito estadual é incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do artigo 19. 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 6. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.

Odete Medauar⁶, por sua vez, bem explica o princípio da impessoalidade:

Com o princípio da impessoalidade, a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em concursos públicos, licitações, processos disciplinares, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais.

2.4. Princípio da eficiência

⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006, p. 126.

Esse princípio tem dois entendimentos possíveis explorados atualmente pela doutrina de Direito Administrativo. O primeiro diz respeito ao próprio servidor público que não pode agir de forma amadora, prevendo o texto constitucional, inclusive, a avaliação periódica do servidor. O segundo refere-se à Administração Pública, no sentido dela atender aos padrões de excelência tanto na gestão dos bens e recursos públicos quanto no atendimento do cidadão que busca e necessita dos seus serviços.

Alguns administrativistas não enxergam nesse princípio qualquer avanço no sentido de que, na verdade, o cumprimento desse princípio torna-se difícil em virtude de seu caráter genérico. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'⁷

Confira-se, na lição de Moreira Neto⁸, o conteúdo do princípio da eficiência (2005, p. 106-107):

De um lado, o conceito de eficiência foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial, ocasião em que começou a ser definido como a relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados, daí passando à Economia, onde se aproximou e até certo ponto se confundiu com o conceito de produtividade, ou seja, de uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos, daí chegando à administração privada e à pública.

De outro lado, destaca-se sua origem em estudos jurídicos doutrinários de vanguarda, desenvolvidos desde meados do século XX, por juristas do porte de Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de poder-dever de administrar afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr eficácia, para estabelecer como

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 92.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Editora Forense, 2005. p.85.

um passo adiante, **o dever da boa administração, que passou a ser respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltados à eficiência da ação administrativa pública.**

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se atos que, simplesmente estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais, que esses atos devam ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades para eles previstas em lei.

Essas exigíveis qualidades intrínsecas de excelência haverão, por certo, de ser numerosas, sendo, assim, imprescindível defini-las através de parâmetros objetivos, previamente fixados, destinados à aferição dos resultados alcançados pela ação administrativa.

Esses parâmetros poderão ser fixados pela lei, pelo ato administrativo, pelo contrato administrativo ou pelo ato administrativo complexo, sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (*feed-back*), tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, de outro modo, chegar-se-ia ao arbítrio no controle.

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.

(grifamos)

3 O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Hoje já não existem dúvidas sobre a possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos administrativos com o particular, como havia no princípio do século XX. Alegava-se que, com fundamento na supremacia do interesse público,

não poderia figurar a Administração como parte contratual, porquanto suas obrigações somente poderiam originar-se de atos administrativos⁹.

A própria Constituição Federal refere-se a contrato administrativo ao cuidar da obrigatoriedade de licitação para sua celebração e quando trata da possibilidade de haver a prestação de serviços por particulares por permissão ou concessão de serviços públicos, dentre outras.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁰, o contrato Administrativo “é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público patrimoniais, do contratante privado”.

A Lei nº 8.666/93 conceituou o contrato administrativo no parágrafo único do artigo 2º:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Para Hely Lopes Meirelles¹¹, contrato administrativo é o ajuste que a administração pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para consecução do objetivo de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria administração.

Carlos Ari Sunfeld¹², de forma bastante elucidativa, traça os contornos do contrato administrativo:

“É perfeitamente natural ao contrato administrativo a faculdade de o Estado introduzir alterações unilaterais. Trata-se de instrumentá-lo como os poderes indispensáveis à persecução do interesse público. Caso a Administração ficasse totalmente vinculada pelo que avençou, com o

⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 254.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 610.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 188

¹² SUNFELD, Carlos Ari. *Contratos Administrativos – Acréscimos de obras e serviços – Alteração*. Revista Trimestral de Direito Público, p. 152.

correlato direito de o particular exigir a integral observância do pacto, eventuais alterações do interesse público – decorrentes de fatos supervenientes ao contrato – não teriam como ser atendidas. Em suma, a possibilidade de o Poder Público modificar unilateralmente o vínculo é corolário da prioridade do interesse público em relação ao privado, bem assim de sua indisponibilidade”.

Devemos observar que os conceitos acima referem-se apenas aos denominados contratos administrativos propriamente ditos, que são justamente aqueles em que a Administração atua nessa qualidade e, portanto, dotada das prerrogativas características de direito público (supremacia). Entretanto, sempre foi defendida pela doutrina a possibilidade de a Administração celebrar contratos sob normas predominantes de direito privado, caso em que, em princípio, encontra-se ela, a Administração, em posição de igualdade com o particular contratante. Costuma-se denominar essa espécie como contrato administrativo atípico. Exemplo clássico são os contratos de locação em que a Administração figura como locatária.

Apesar desse entendimento doutrinário, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 62, § 3º, I, embora haja reconhecido expressamente a existência de contratos cujo conteúdo fosse regido predominantemente por norma de direito privado, fez estenderem-se a tais contratos as principais prerrogativas da Administração aplicáveis aos contratos administrativos propriamente ditos, como a possibilidade de modificação unilateral do contrato, o poder de rescindi-lo unilateralmente, a fiscalização de sua execução e aplicação de sanções.

Observa-se que perdeu importância a distinção entre contratos administrativos típicos e atípicos.

Para o presente trabalho essa diferenciação também não traz qualquer relevância, já que o princípio do enriquecimento sem causa, que é, em última análise, a razão de ser da obrigatoriedade de a Administração Pública indenizar o particular que sofre empobrecimento causado pelo enriquecimento da Administração, sem justa causa que o sustente.

4 A INVALIDAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A constatação de vício e a invalidação de um contrato administrativo têm algo em comum, mas que não é suficiente para confundir as duas situações. O ponto comum, que as tornam semelhantes numa primeira vista, é a falta de conformidade com o ordenamento jurídico. Elemento que tanto um contrato inválido quanto um contrato meramente viciado carregam. Entretanto, as conseqüências que o sistema prescreve para cada uma delas as distinguem de modo marcante.

O contrato será meramente portador de vício caso não obedeça, não se amolde, ao quadro normativo que lhe é superior e serve de fundamento, mas, mesmo assim, permaneça válido no ordenamento jurídico. A constatação de que um contrato é portador de vício se dá por um juízo.

A invalidação vai mais além de um simples juízo quanto à adequação entre normas. É manifestação normativa também, cujo propósito é a expulsão de norma desconforme ao ordenamento. Esta manifestação advém de um órgão dotado de competência para tanto – pode ser a própria Administração ou o Judiciário, quando provocado.

O juízo de constatação de um vício no contrato não é suficiente, por conseguinte, para torná-lo inválido. É possível afirmar, seguindo essa mesma linha de raciocínio, que o juízo que constata o vício de um contrato é condição necessária de sua invalidação, mas não suficiente. É perfeitamente admitida pelo Direito a hipótese segundo a qual exista um juízo constatando o vício de determinado contrato sem que este deve ser invalidado pela autoridade competente.

É o próprio ordenamento jurídico que determina, para algumas situações, que contratos portadores de vício permaneçam no sistema como válidos.

Isso acontece, por exemplo, como os chamados “contratos irregulares” que apesar de apresentarem vícios de legalidade, permanecem válidos no sistema em virtude de seus vícios não importarem substancial afronta ao Direito.

Também há casos em que, ao invés de promover a invalidação, deve-se corrigir o defeito que maculava o contrato. Esta correção se opera por meio de ato administrativo denominado convalidação. A convalidação opera efeitos retroativamente, é concebida para incidir sobre situação passada – a do contrato

viciado que se quer sanar. Sua razão de ser é validar, além de se preservar os efeitos do contrato produzido com vício. Assim, ao se convalidar, além de se conservar a legalidade da atividade administrativa – uma vez que se corrige a ilegalidade –, preservam-se os efeitos do contrato originalmente produzido com vício.

Dois podem ser os sujeitos produtores do ato convalidador: a Administração mesma ou o particular interessado pelo contrato viciado. A Administração convalida quando produz um ato administrativo com fim de corrigir o contrato praticado com vício. Por óbvio que este ato – o ato convalidador – deve ser conforme o Direito. O ato de convalidação provém do particular quando a manifestação deste era um pressuposto legal para a expedição de ato administrativo anterior que fora editado com violação desta exigência.

É necessário que a convalidação atenda a dois pré-requisitos básicos: a) que o contrato objeto da convalidação possa ser produzido sem vício; b) que não tenha havido impugnação ao contrato viciado.

O primeiro dos requisitos tem justificativa evidente. Não se pode convalidar um contrato quando sua existência em si importe a manutenção do vício que o macula. Não se poderá convalidar pela impossibilidade de corrigir seus vícios. Nessa classe enquadram-se os contratos maculados com vícios de conteúdo, de causa, de motivo, de finalidade.

A segunda exigência (que não tenha havido impugnação ao contrato viciado) tem que ver com os fundamentos da convalidação. A convalidação, além de atender ao princípio da segurança jurídica. Pela convalidação, como foi dito, são preservadas situações de fato e de direito, já estabelecidas com base em um contrato da Administração portador de vício de legalidade.

Determinar quando um contrato deva ser invalidado ou quando deve ser convalidado ou estabilizado constitui uma das questões mais tormentosas do direito administrativo.

Ao se invalidar um contrato administrativo busca-se extinguir-se os efeitos por ele produzidos ou – quando a invalidação se der antes da eclosão de sua eficácia – evitar que venha a produzi-los.

O contrato administrativo é uma norma jurídica que prescreve obrigações para a Administração e para o particular contratado. Como tal, é capaz de produzir efeitos de natureza jurídica e de ordem fática.

A eficácia jurídica diz respeito às prescrições emanadas do contrato, produtoras de relações jurídicas entre as partes. Esses efeitos podem tomar diversos contornos, tais como a obrigação de executar o objeto do contrato, de pagar ao contratado o valor avençado correspondente à execução daquele objeto, entre outros.

Eficácia fática é a repercussão que o mandamento provoca no ambiente social no qual está inserido. O contrato ganha eficácia fática quando são produzidos fatos para dar cumprimento às cláusulas nele estabelecidas. Como, por exemplo, a execução do contrato por parte do contratado e o pagamento do preço avençado pela administração contratante.

Ao contrário do que se possa imaginar num primeiro momento, quando um contrato administrativo já executado é invalidado nem sempre se dá, como decorrência necessária, a desconstituição de toda a gama de conseqüências dele derivadas.

Com o advento da invalidação é possível afirmar, com segurança, apenas que não há preservação dos efeitos jurídicos próprios do contrato. Isto significa dizer que não persiste obrigação contratual para qualquer das partes.

O contrato, por ter sido invalidado, não tem mais o condão de prescrever obrigações para as partes contratantes. Não é mais tido como ato jurídico válido. Entretanto, se deixa de existir como ato jurídico válido, ganha nova coloração do Direito ao ser tornar “contrato inválido”. Passa a ser fato jurídico. Como tal, provoca uma nova série de efeitos jurídicos, não mais como fonte direta que era, mas como fato que provoca a incidência de outras normas jurídicas.

O contrato inválido perde sua eficácia jurídica, o mesmo não se pode afirmar para sua eficácia de ordem fática. Algumas das situações fáticas criadas a partir do contrato inválido não são suscetíveis de desconstituição. Situações irreversíveis por sua própria natureza, como a demolição de um prédio, por exemplo, ou aquelas cuja desconstituição implique um prejuízo maior ao interesse público do que o causado pela sua manutenção afrontosa à legalidade, são exemplos de efeitos que, não obstante derivem de um contrato inválido, permanecem no mundo fenomênico, produzindo reflexos jurídicos.

A preservação de efeitos de um contrato viciado, por mais que sirva para salvaguardar o equilíbrio das relações sociais, dando proteção à segurança jurídica e à boa-fé dos administrados que se dispõem a contratar com a Administração,

jamais poderia, mesmo com tudo isso, implicar uma desvalia do princípio da legalidade. Isso porque é justamente a observância deste princípio o maior instrumento concebido para dar consecuições aos fins acima arrolados. Relegá-los a um segundo plano, esquecê-lo, com a justificativa de buscar os fins por ele resguardados, seria um paradoxo. A partir desse ponto, novo questionamento se coloca: como se poderia preservar os efeitos de um contrato viciado e, ao mesmo tempo, prestigiar o princípio da legalidade?

A solução para esse dilema é flexibilizar o conceito rígido de invalidação – invalidação como ato retroativo que sempre tem como consequência o desfazimento de todos os efeitos da norma anulada -, para adequá-lo à convivência com situações posta por atos (aqui em sentido amplo, englobando os contratos inválidos que merecem ser preservados).

A desconstituição dos efeitos jurídicos do contrato traz várias consequências que visam à proteção da legalidade, a maioria delas de cunho sancionador para os responsáveis pela transgressão à lei, como a responsabilização administrativa, cível e penal do agente público causador da ilegalidade, a não-aprovação das contas públicas da pessoa estatal, ato que pode refletir inclusive na esfera de direitos políticos dos agentes envolvidos e a constituição de título jurídico suficiente para fundamentar o ressarcimento de terceiros prejudicados com a ilegalidade, entre outras.

Assim, após a análise do caso concreto pelo administrador, poder-se-á verificar que do instrumento jurídico não se extraem efeitos válidos (nulidade absoluta).

Após a invalidação, a situação existente passará a ser um fato com consequências jurídicas, pois eventual prestação de serviços em favor da Administração, evento que depende de comprovação, não pode ser desfeita e ao executor dos serviços, que sofreu diminuição patrimonial sem norma jurídica que o agasalhe, deve ser garantido o ressarcimento do efetivo prejuízo.

5 AS CONSEQUÊNCIAS DA INVALIDAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Vejamos a lição de Lúcia Valle Figueiredo¹³ acerca da invalidação do contrato administrativo:

Se invalidado o contrato administrativo, ou mesmo seus aditamentos, há de remanescer, consoante nosso sentir, o fato administrativo. Suprime-se do mundo jurídico a norma contratual, quer seja referente ao contrato original, quer seja ao aditamento, mas não se pode suprimir o fato administrativo. É dizer: as conseqüências jurídicas de ter existido, como declaração socialmente reconhecível, antes da invalidade. (...)

Quando afirmamos que o contrato é extinto, ou deve ser extinto, de maneira anormal, nas hipóteses já estudadas, na verdade só pretendemos afirmar que deixará de servir de supedâneo para que o administrado, no outro pólo da relação jurídica, possa invocá-lo como norma individual garantidora de seu direito. Poderá, entretanto, invocá-lo como fato jurídico a gerar responsabilidade administrativa. Deveras, deixando o contrato de ser uma norma, transfigurando-se, destarte, em fato jurídico, desencadeará, só por só, outras normas do ordenamento jurídico, que poderão ir em socorro do contratado, dependendo, evidentemente, de sua boa ou má-fé.

Assevera Jacintho de Arruda Câmara¹⁴:

O contrato, por ter sido invalidado, não tem mais o condão de prescrever obrigações para quem quer que seja. Não é mais tido como ato jurídico válido. Entretanto, se deixa de existir como ato jurídico válido, ganha nova coloração do Direito ao se tornar 'contrato inválido': passa a ser fato jurídico. Como tal, provoca uma nova série de efeitos jurídicos, não mais como fonte direta que era (ato jurídico válido), mas como fato que provoca a incidência de outras normas jurídicas – é o caso, por exemplo, da norma que pune o responsável pela celebração do contrato nulo. (...)

A desconstituição dos efeitos jurídicos traz várias conseqüências que visam à proteção da legalidade, a maioria delas de cunho sancionador para os responsáveis pela transgressão à lei. Citem-se algumas: a) responsabilização administrativa, penal e cível do agente público causador da ilegalidade; b) não aprovação das contas públicas da pessoa estatal, ato que pode refletir inclusive na esfera de direitos políticos dos agentes envolvidos; c) constitui título jurídico suficiente para fundamentar o ressarcimento de terceiros prejudicados com a ilegalidade – para citar as mais marcantes.

Essas conseqüências só podem ser obtidas decretando-se a invalidade do contrato (mesmo que seja apenas para desconstituir seus efeitos jurídicos). São conseqüências de ordem prática, e de incontestável relevância, que a invalidação com preservação dos efeitos fáticos pode gerar.

¹³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos Contratos Administrativos*. 3 ed.. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 99-100.

¹⁴ CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Temas de direito administrativo*. Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 43-45.

Oportuno expor a abalizada opinião de Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁵ no tocante à anulação de ato em relação ao qual já foi exercida atividade dispendiosa em benefício da Administração:

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

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

Na invalidação de atos administrativos há que distinguir duas situações:

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

(b) casos em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, já desenvolveu atividade dispendiosa, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em atendimento à convocação por ele feito, seja por ter efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro.

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

Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, “ipso facto”, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Onde, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se

¹⁵ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17 ed.. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 438-440.

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.”

Por conseguinte, se for invalidado o contrato celebrado entre o prestador de serviço e o ente público e demonstrada a prestação em benefício da coletividade, a Administração deverá indenizar o executante, desde que respeitados determinados limites jurídicos.

A responsabilidade extracontratual do ente estatal, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, também incide, ante a existência de nexos causal direto entre ação ou omissão dessa pessoa diante do particular prejudicado.

Ressaltamos, neste ponto, o dever de o administrador verificar, dentre outras questões, a boa ou má-fé do particular que objetiva ser ressarcido em razão de contrato ilegal e o benefício auferido pela Administração – inclusive com a dedução dos prejuízos diretos e indiretos causados pelo contrato original.

Não é lícito nem moral que a Administração acresça a seu patrimônio em detrimento de alguém que lhe prestou serviços de boa-fé, conforme corroboram os **princípios da legalidade e da moralidade**. Aponto, ainda, o **princípio da impessoalidade**, eis que uma pessoa não pode ser prejudicada em benefício da coletividade sem amparo jurídico.

Hely Lopes Meirelles¹⁶ atesta o dever moral da Administração de não tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento:

O contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo eficaz entre os contratantes, só subsistindo suas conseqüências em relação a terceiros de boa-fé. Todavia, mesmo no caso de contrato nulo ou inexistência de contrato, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados para a Administração ou dos fornecimentos a ela feitos, não com fundamento em obrigação contratual, ausente na espécie, mas, sim, no dever moral e legal (art. 59, parágrafo único) de indenizar o benefício auferido pelo Estado, que não pode tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento.

Jacinto de Arruda Câmara¹⁷ explica a origem e a tipologia do princípio da proibição do enriquecimento sem causa:

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 ed.. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 209.

¹⁷ CÂMARA, Jacinto de Arruda. *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 83-84.

A proibição do enriquecimento sem causa é encarada como princípio geral do Direito; vista e aplicada com se fosse a representante do princípio da equidade no plano patrimonial. A regra da equidade, que prescreve a igualdade de todos perante a lei, assume no campo patrimonial a feição do princípio do não enriquecimento sem causa: ninguém pode enriquecer à custa de outrem sem que haja causa jurídica para tanto.
(...)

Parece possível sintetizar a idéia da seguinte forma: por 'enriquecimento' toma-se qualquer proveito de cunho patrimonial auferido por uma pessoa; enquanto a 'causa' para justificá-lo deve estar encampada numa norma jurídica. Havendo proveito patrimonial sem que haja norma jurídica que legitime o motivo que o ensejou, tem-se o chamado 'enriquecimento sem causa'. A tipologia do princípio que proíbe o enriquecimento sem causa estaria completa quando ao enriquecimento desprovido de causa jurídica correspondesse o empobrecimento do agente causador do aumento patrimonial, surgindo, neste caso, a obrigação daquele para com este.

Yussef Said Cahali entende que se deve fazer a distinção entre a obrigação e a responsabilidade sobre a aplicação do dever de indenizar, vejamos o que diz esse nobre jurista:

Sem procedimento contrário a direito, sem violação de uma obrigação precedente (dano contratual) ou de uma norma jurídica (dano extracontratual), não se pode falar tecnicamente de dano e, por conseguinte, só se chamará ressarcimento a soma que compuser um prejuízo deste gênero...Muito diversa é a noção que possuímos de indenização, a qual ocorre quando alguém sofre em proveito alheio uma diminuição nos seus bens jurídicos, sem que exista na origem do prejuízo um ato qualquer contrário a direito. A lei ou o contrato criam em certas circunstâncias esse dever de indenizar. E como observa Minozzi nada é mais fácil que diferenciar na prática as indenizações dos ressarcimentos. Estes derivam do inadimplemento das obrigações ou dos atos ilícitos; aquelas de atos autorizados pelo contrato ou pela lei. Estes têm um caráter secundário, isto é, surgem no lugar de outra que se deixou de cumprir; aquelas têm caráter de obrigação primária, isto é, surgem imediatamente, como consectário do exercício de um direito.¹⁸

6 O PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

6.1 Enriquecimento sem causa no Direito Privado

¹⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. p.02

O princípio da proibição do enriquecimento sem causa, como o próprio nome evidencia, quer dizer que a ninguém é lícito enriquecer a custa de outrem sem causa jurídica que lhe assegure.

Segundo Washington de Barros¹⁹, os Romanos já consagravam o pagamento indevido como modalidade de enriquecimento ilícito, cujos requisitos eram o pagamento, ser este devido, o erro do "solvens", a boa fé de quem recebeu e que o indevido não fizesse incorrer na pena do dobro aquele que o negasse. Ainda sobre os requisitos exigidos pelos Romanos, cabe observar que no caso de má fé por parte do "accipiens", o caso era de "condictio furtiva".

Caio Mário da Silva Pereira²⁰, da mesma forma, cita que os Romanos tentaram desenvolver princípios referentes à aplicação da teoria do enriquecimento indevido com base na equidade, mas, no entanto, eles não conseguiram atribuir a esta modalidade de obrigação o desenvolvimento desejado, cabendo aos legisladores contemporâneos a evolução e o aprimoramento do instituto.

Entre os Romanos, o pagamento indevido era uma espécie de enriquecimento ilícito, onde o lesado podia contar com a ajuda de um processo chamado de "condictiones" para reaver o que pagou erroneamente. As "condictiones" eram usadas em dois casos: 1) por aqueles que pagavam supondo dever, e, portanto, tinham o direito de repetir o que pagaram; 2) aqueles que pagavam por causa inexistente ou em razão de evento futuro, que não se consumou. No primeiro caso ocorria a "condictio indebiti", e na segunda hipótese a "condictio ob rem". Outras formas de "condictiones" eram conhecidas pelos Romanos, entretanto, não tinham como pressuposto a existência de um pagamento indevido.

Entre as "condictiones", existem as "condictio sine causa" que os Romanos, usavam nos casos em que as partes, num mesmo negócio, tiveram o propósito de realizar atos distintos, ocorre que um pensou estar efetuando um empréstimo, e o outro, quando recebeu o suposto empréstimo pensou tratar-se de uma doação. Havia ainda a "condictio causa data non secuta", onde a repetição de coisa dada em função de causa futura, mas que não se realizava.

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, 4º Volume - Parte Geral das Obrigações*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p.52.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Volume VII*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p.92.

Modernamente, é possível afirmar que esse princípio se encontra em grande parte dos ordenamentos jurídicos dos países tidos por civilizados. Em alguns sistemas, esse princípio vem de forma expressa. Outros reconhecem sua existência como regra de evitar decisões injustas.

O Código Civil de 1916 não trazia em seu bojo a previsão específica do princípio impeditivo do enriquecimento sem causa. Clóvis Beviláqua²¹ explicou as razões para tal exclusão:

Por mais que variemos as hipóteses, veremos que o Direito e a equidade se podem plenamente satisfazer, sem criarmos, nos Códigos Civis, mais esta figura de causa geradora de obrigação, ou seja, uma relação obrigacional abstrata e genérica.

Tem razão Endemann, quando pondera: 'A maior dificuldade, para a exata compreensão do conceito das *conditiones*, vem de que os casos particulares se foram formando à medida que as necessidades práticas os ofereciam, e a equidade os reclamava, e de que eles se não deixam subordinar, em seu conjunto, a um princípio unificador, nem abrangem todas as necessidades'.

E, se assim é, se não se pode, numa fórmula geral, indicar quando o enriquecimento é injusto ou sem causa; e se aqui fala mais alto a equidade para restabelecer o equilíbrio dos interesses e dar satisfação aos reclamos da verdadeira justiça; e se, finalmente, os casos, que escapam às aplicações diversas das regras especiais relativas às variadas relações de direito, entram no círculo da restituição do pagamento indevidamente recebido, contentemo-nos com essa idéia, que é clara, segura e exata.

Mesmo não tendo uma previsão expressa sobre o princípio do enriquecimento sem causa, o Código Civil de 1916 continha vários dispositivos que deixavam claramente aberta a possibilidade de intérprete aplicá-los, como o previsto nos artigos 513 e 515, que prevê ao possuidor de má-fé a responsabilidade por todos os frutos colhidos e percebidos e pela perda ou deterioração da coisa, o disposto no artigo 964, que mandava ressarcir o pagamento indevido, o descrito no artigo 1.332, que previa a indenização ao gestor de negócios.

O Supremo Tribunal Federal, na vigência do Código anterior, teve a oportunidade de fazer uso do princípio que veda o enriquecimento ilícito, conforme mostra a ementa do RE 19.651, relator Ministro Luís Gallotti:

Juros compensatórios e juros moratórios. Os primeiros são devidos pelo atraso do devedor (mora), enquanto os segundos assentam numa causa diversa: sendo-lhes estranha qualquer idéia de mora ou culpa do devedor,

²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações, Edição Histórica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 118.

mediante eles se exerce o princípio de justiça, que proíbe o enriquecimento injusto de um com dano de outro, e por isso impõe a quem sem justa causa retenha ou tire proveito de capitais alheios dar ao seu titular o correspondente pelo uso, que se calcula pela taxa legat.

O Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, também sob égide do Código Civil anterior, mesmo sem previsão explícita, aplicavam o princípio do enriquecimento sem causa, conforme pode ser conferido dos julgados abaixo:

Civil – Promessa de compra e venda – Resolução – Indenização – Resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel – Indenização pelo uso, que representa, ‘ultima ratio’, o ressarcimento correspondente ao enriquecimento injusto – Inconsistência da alegação de negativa de vigência do art. 510 do Código Civil, estranho aos lides da controvérsia – Decisão que não implicou alteração do pedido nem da causa de pedir (STJ, 3ª Turma, Resp 37.911, rel. Min. Costa Leite).

Compromisso de compra e venda – Imóvel – Rescisão – Perda das parcelas pagas – Admissibilidade – Imóvel usufruído por dois anos pelos réus – Compensação devida – Perda, contudo, que deve se limitar ao prejuízo – Determinada a remuneração da autora com 10% do montante pago – Recurso provido. Para que não haja enriquecimento injusto, a solução é determinar que as perdas das quantias pagas se limite aos prejuízos sofridos pela vendedora” (TJSP, APC 234.819-2, rel. Des. Scarance Fernandes).

O Código Civil atual, no artigo 884, dispõe que aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido devidamente atualizado.

De acordo com a cláusula geral do art. 884 do Código Civil brasileiro, teríamos então os seguintes pressupostos constitutivos do enriquecimento sem causa:

- a) existência de um enriquecimento;
- b) obtenção desse enriquecimento à custa de outrem;
- c) ausência de causa justificativa para o enriquecimento.

Em face do art. 884, sempre que se verificasse a reunião de todos esses pressupostos, seria possível interpor uma ação a exigir a restituição do enriquecimento sem causa. O problema, no entanto, é serem tais pressupostos tão amplos e genéricos que possibilitaria uma aplicação indiscriminada dessa cláusula geral, colocando em causa a aplicação de uma série de outras regras de Direito positivo.

Por esse motivo, o legislador brasileiro decidiu consagrar expressamente, no art. 886, a denominada “subsidiariedade” do instituto do enriquecimento sem causa”, determinando que não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios de se ressarcir do prejuízo sofrido. A referida norma pretende estabelecer que a ação de enriquecimento seja o último recurso a utilizar pelo empobrecido.

6.2 Enriquecimento sem causa no Direito Público

Da mesma forma como se dava na seara do Direito Privado na égide do Código Civil anterior, no Direito Público não havia uma norma específica tratando do princípio do enriquecimento sem causa como o faz, hoje, o Código Civil Brasileiro de 2002 e a Constituição Federal de 1988.

O Constituição Federal no seu artigo 37, § 6º, determina que o Estado deve indenizar os danos provocados por seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros.

Por outro lado, o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal determina que a Administração Pública, direta e indireta, deve obediência ao princípio da moralidade, legalidade e impessoalidade.

Outro dispositivo constitucional que reflete a aplicação do princípio do enriquecimento sem causa é o que determina ao Estado o pagamento de justa indenização ao proprietário de imóvel desapropriado, evitando, assim, que o Estado enriqueça injustamente às custas do particular.

O Supremo Tribunal Federal, também no âmbito do Direito Público, reconhece a existência do princípio do enriquecimento sem causa no Ordenamento Jurídico pátrio. Vejamos a ementa do AgRg 182.458-1, Relatado pelo Ilustre Ministro Marco Aurélio:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ATUAÇÃO DO RELATOR - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. A apreciação do pedido formulado no agravo de instrumento é atribuído, consoante o artigo 28 da Lei nº 8.038/90, ao relator. Descabe cogitar de usurpação da competência da Turma, quando, a fim de bem desempenhar o mister, necessita dizer da configuração, ou não, de infringência constitucional, isto para definir o enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea "a" do inciso III do artigo 102 do Diploma Maior. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE

MERCADORIAS E SERVIÇOS - CRÉDITO - CORREÇÃO - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. Homenageia o princípio da não-cumulatividade decisão no sentido de considerar-se os créditos pelo valor devidamente corrigido, isso em face da passagem do tempo até a vinda a balha de definição da legitimidade respectiva, por ato da Fazenda do Estado. Descabe falar, na espécie, de transgressão ao princípio da legalidade. O alcance respectivo há de ser perquirido considerada a garantia constitucional implícita vedadora do enriquecimento sem causa.

O princípio do enriquecimento sem causa não se aplica somente quando o Estado se locupleta em detrimento de particular. A recíproca também é verdadeira. Havendo enriquecimento do particular em desfavor do Estado sem norma jurídica que o agasalhe, forçoso reconhecer o dever de indenizar deste, sob pena de enriquecimento ilícito a favor da beneficiado em detrimento do poder público estatal.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu a favor do Estado, no julgamento do Resp 77.624, Relator Ministro Demócrito Reinaldo:

Processual civil – Desapropriação – Indenização da posse pelo valor integral do imóvel – Impossibilidade. A posse de imóvel, como os demais bens, é indenizável, desde que é historicamente negociável e suscetível de valoração e avaliação. É injurídico, todavia, indenizar-se a posse mediante a quantificação integral do imóvel, como se o ressarcimento (ao mero possuidor) recaísse sobre a posse e o domínio. A indenização integral, 'in casu', considerado o proprietário, ao mesmo tempo, como possuidor e proprietário, importa em enriquecimento ilícito do expropriado em detrimento de órgão público expropriante, com desafeição à justeza da reparação que o princípio constitucional preconiza. Recurso provido. Decisão indiscrepante.

Para ser aplicado direta e autonomamente como fonte de obrigações do Estado, é necessário que se perfaçam os seguintes requisitos: a) deve haver situação de desequilíbrio patrimonial derivado de comportamento probo (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.

Nesse contexto jurídico, deverão ser verificados os requisitos à incidência do princípio da proibição do enriquecimento sem causa. Os elementos deverão ser comprovados pelo particular que possui interesse em receber a indenização e atestados pelo gestor público, que deverá investigar a veracidade dos documentos e

informações apresentados, no sentido de se aplicar aos fatos apurados os termos jurídicos explicitados.

Dentre os elementos objetivos, é imprescindível que o administrador verifique o enriquecimento do ente público como causa do empobrecimento do particular, sem a existência de fundamento jurídico amparando essa mudança patrimonial.

A inexistência de causa jurídica, na hipótese em análise, dependerá da invalidação do contrato, tornando-o sem efeitos jurídicos (nulidade absoluta).

Depois, deverá ser demonstrada a prestação de serviços onerosos pelo particular (diminuição patrimonial privada), em relação aos quais a coletividade obteve proveito (acréscimo patrimonial em função do interesse público primário).

Explana Jacintho de Arruda Câmara²² nos relata que:

**Outros requisitos essenciais à aplicação autônoma do princípio da proibição do enriquecimento sem causa são, por assim, dizer, de ordem objetiva.
(...)**

O primeiro deles é de inclusão óbvia. A própria designação do princípio a se aplicar traz embutida a necessidade de que haja enriquecimento.

**O problema está na verificação empírica da existência desse requisito; isto é, às vezes torna-se difícil saber em que medida determinada prestação executada, parcial ou totalmente, rendeu benefícios patrimoniais à Administração. Isto porque não é sempre que a execução de um contrato inválido renderá proveito efetivo ao contratante (Poder Público). G. Bayle lembra, oportunamente, que o critério para aferir se determinada prestação executada foi ou não útil à Administração deve se basear nas necessidades de interesse da coletividade (geral), e não os habitualmente empregados no direito privado.
(...)**

Outro requisito de ordem objetiva, por assim, dizer, é o empobrecimento do requerente. Para que exista direito à indenização é necessário que haja dano – o que, no caso da aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa, se faz na forma de ‘empobrecimento’ do requerente.

Ademais, convém lembrar que o princípio em exame não visa pura e simplesmente a eliminar o enriquecimento desprovido de causa – até porque esse pode-se dar fortuitamente, como lembra Ripert e Boulanger, citados por G. Bayle; mas sim, e mais propriamente, coibir situação de desequilíbrio (injustiça) provocada pelo enriquecimento de alguém à custa do empobrecimento de outrem, sem norma jurídica que o justifique. Sem empobrecimento não há situação de desequilíbrio a

²² CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Temas de Direito Administrativo. Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*. Editora Malheiros. São Paulo. 1999, p. 102-103.

coibir; não haverá, portanto, suporte de fato para a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa. (grifamos)

Após a verificação da existência de todos os pressupostos de ordem objetiva, como enriquecimento do Estado, empobrecimento do particular, nexos de causalidade entre eles, etc, cumprirá ao administrador verificar a presença do requisito subjetivo (boa-fé).

7 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva pode ser vislumbrada como um valor, norteador de todo o ordenamento jurídico, isto porque, exprime-se como o princípio da confiança, da lealdade, que se relaciona com a honestidade e probidade com a qual toda pessoa deve condicionar o seu comportamento nas relações sociais.

A boa-fé objetiva pode ser conceituada como um dever das partes contratantes de se comportar, dentro de uma relação jurídica, de forma escorreita, leal e correta, para o fiel cumprimento do avençado.

O princípio da boa-fé objetiva encontra respaldo no princípio constitucional da moralidade. Sobre o princípio da moralidade, trazemos a colação o pensamento do Celso Antônio Bandeira de Mello²³:

²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. in. *Revista de Direito Administrativo*. nº 183, p.146.

(...) Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

Assim, podemos concluir que a caracterização da violação ao princípio da igualdade deve de ser criteriosamente analisado à luz do caso concreto apresentado. Sendo que os critérios apriorísticos listados apenas limitam-se a tracejar os indícios de uma potencial agressão, a qual se evidenciará ou não após uma efetiva avaliação do trato legal escolhidos e suas conseqüências perante o ordenamento constitucional, sendo portanto de relevante importância a atividade a ser desempenhada pelo intérprete e aplicador da lei questionada⁽⁴⁰⁾.

A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. Essa lei, contudo - de resto qualquer outra dentro do nosso ordenamento jurídico - é presumida constitucional, até que, por decisão de órgão judiciário competente, se lhe recuse validade, quer no plano formal, quer sob o aspecto material.⁽⁴¹⁾

Jacinto de Arruda Câmara²⁴ adequadamente expõe a questão da necessidade de boa-fé para verificação do enriquecimento ilícito com base no princípio da moralidade juntamente com o princípio da isonomia previstos constitucionalmente.

De par com o princípio da isonomia, também podemos arrolar como fundamento da vedação ao enriquecimento sem causa da Administração, no caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da moralidade.

(...)

Tais fundamentos cumprem dupla função. De um lado, prescrevem a obrigação de o enriquecido ressarcir quem o beneficiou; assim garante a isonomia e a moralidade. Em direção inversa, mas para garantir os mesmos valores da isonomia e da moralidade, eles exigem que o empobrecido, causador do enriquecimento, tenha agido de boa-fé, sem a intenção viciada de se locupletar indevidamente com uma situação não disciplinada por norma jurídica específica.

Só de boa-fé o empobrecido poderá invocar o princípio da proibição do enriquecimento sem causa para buscar ressarcimento. De outro modo – ou seja, caso o propiciador do enriquecimento (empobrecido) aja de má-fé –

²⁴ CÂMARA, Jacinto de Arruda. *Temas de Direito Administrativo. Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 102-103.

não haverá como cogitar de sua aplicação, pois faltará requisito essencial para a incidência dos seus fundamentos básicos; faltará situação de fato que enseja a aplicação de norma garantidora da equidade e da moralidade.

Portanto, destacamos, é imprescindível a averiguação e comprovação da boa-fé de eventual pessoa a ser ressarcida em razão do princípio da proibição do enriquecimento sem causa, em especial em face das indicações em sentido inverso averiguadas em primeira instância no Judiciário.

A Administração Pública jamais poderia indenizar alguém que, sem título jurídico amparando seu direito, agiu de má-fé. O princípio da moralidade impede o enquadramento de atos antiéticos na hipótese de incidência do princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

Referido princípio, como visto, é utilizado para se evitar uma situação de injustiça, em virtude da qual a sociedade seria beneficiada em detrimento de única pessoa. Os princípios da moralidade, da legalidade e da impessoalidade o amparam.

Da mesma forma, peremptoriamente, esses princípios administrativos afastam a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa diante de eventual ato imoral ou ilícito praticado pelo particular interessado. Conluíus, fraudes e outros atos desleais que objetivem desvirtuar o ordenamento jurídico não são protegidos – contrariamente, suscitam punição.

Nessa linha, deve estar claramente demonstrada a boa-fé da pessoa a ser beneficiada pelo princípio do enriquecimento sem causa.

8 O DISPOSITIVO LEGAL APLICÁVEL AOS CONTRATOS NULOS

Há no Estatuto Licitatório dispositivo legal que disciplina que a declaração de nulidade do contrato com a Administração opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que eles, ordinariamente, deveria produzir.

Seguindo o raciocínio transcrito logo acima, que defende um abrandamento da retroação dos efeitos da declaração de nulidade, o legislador, no parágrafo único do artigo 59, assevera que 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 pro outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo a responsabilidade de quem lhe deu causa.

O professor Marçal Justen Filho²⁵ traz um resumo à aplicação do mencionado artigo, diz ele:

O terceiro de boa-fé não pode ser prejudicado pelo vício que desconhecia, nem poderia conhecer. Se foram cumpridas, ainda que aparentemente, todas as etapas do procedimento licitatório, daí derivando uma contratação, a Administração tem que responder integralmente pelos atos praticados.

Todos os princípios em que se funda a ordem jurídico-administrativa inaugurada com a Constituição Federal de 1988 estão implícitos no artigo 59 e se parágrafo único. Vício a que se comina nulidade arruína as entranhas do ato ou contrato, impedindo-o de produzir efeitos válidos. Daí o caráter principiológico e, pois, geral da norma, inadmissível que leis estaduais, municipais ou distritais, a par de regulamentos internos de entidade da Administração Indireta, relevem a presença de vício dessa gravidade e suportem-lhe os efeitos contra a lei federal²⁶.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, não obstante a violação a dispositivo legal, deixou de declarar a nulidade do ato administrativo, conforme se verifica do julgado abaixo:

De fato, trata-se de uma questão *sui generis*. Comprovou-se não haver superfaturamento; comprovou-se que a empresa que contratara com o Município é idônea; comprovou-se que os serviços contratados foram

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005. p. 535

²⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2007. p. 673.

efetivamente realizados e comprovou-se que nenhum prejuízo sofrera o Município.

Outrossim, há vícios formais de contratação, visto que a licitação foi iniciada por tomada de preços, quando o deveria ser por concorrência e as entidades de classe haveriam de ser notificadas do seu curso. Por essa irregularidade formal foram condenados os que promoveram a licitação a devolverem ao Município o valor que excedeu da modalidade tomada de preços para o valor real contratado.

Efetivamente, a condenação desbordou o permitido no art. 11 da Lei n. 4.717/65. A condenação, embora não tenha o Município sofrido prejuízo algum, nem a coletividade, vai enriquecer a municipalidade sem causa, à custa dos seus funcionários, que agiram, embora com irregularidade formal, na mais estrita legalidade. Não houve qualquer ato lesivo ao patrimônio público, visto que os princípios de moralidade administrativa foram todos seguidos, e a obra concluída.

Vejo que a ação popular (...) por não haver ato lesivo ao patrimônio público, perdeu objeto, sendo a condenação dos funcionários um excesso formal, que peca tanto quanto eles ao realizarem tomada de preços, ao invés de concorrência pública." (Recurso Especial n. 43.918-3/MS: 2ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. 5.10.1994, *DJU*, de 31.10.1994).

Porém, com base no artigo 60 da Lei 4320/64, que veda a realização de despesa sem prévio empenho, temos alguns julgados que não reconhecem a possibilidade de a Administração indenizar o particular. Dispõe o artigo 60 da Lei nº 4.320/64.

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Sobre esse dispositivo legal José Teixeira Machado Júnior e Heraldo da Costa Reis fazem o seguinte comentário²⁷:

"O empenho é o instrumento de que se serve a Administração a fim de controlar a execução do orçamento. É através dele que o Legislativo se certifica de que os créditos concedidos ao Executivo estão sendo obedecidos.

O empenho constitui instrumento de programação, pois, ao utilizá-lo, racionalmente, o Executivo tem sempre o panorama dos compromissos assumidos e das dotações ainda disponíveis.

O empenho é uma garantia para os fornecedores, prestadores de serviços e empreiteiros, contratantes em geral, como já foi dito.

O conceito de empenho pressupõe anterioridade. O empenho é ex-ante. Daí o receio de ter uma definição legal de empenho meramente formal. No entanto, a prática brasileira é a do empenho ex-post, isto é, depois de

²⁷ MACHADO Jr., José Teixeira. *A Lei 4320 Comentada*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora IBAM, 1995. p.119.

executada a despesa, apenas para satisfazer ao dispositivo legal, ao qual o Executivo não quer obedecer, por falta de capacidade de programação. Pelo conceito da Lei nº 4.320/64, não há empenho a posteriori”.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp 545.471, Primeira Turma, Relatora, Min. Denise Arruda, em julgado que examinou contrato verbal de prestação de serviços entre o Município de Morretes/PR e a Viação Estrela de Ouro Ltda, caso em que a municipalidade emitiu, e não pagou, cheque a título de contraprestação pelo arrendamento de ônibus utilizados no serviço de transporte coletivo, no que concerne ao pagamento de despesa sem prévio empenho, entendeu que:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CHEQUE PRESCRITO. CONTRATO VERBAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. TRANSPORTE. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO E PRÉVIO EMPENHO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59, § 4º, DA LEI 4.320/64, 59 E 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. OCORRÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DE ORDEM CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 37, XXI). FINALIDADE (LEI 8.666/93, ART. 3º). FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REGRA GERAL: CONTRATO ESCRITO (LEI 8.666/93, ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO). INOBSERVÂNCIA DA FORMA LEGAL. EFEITOS. NULIDADE. EFICÁCIA RETROATIVA (LEI 8.666/93, ART. 59, PARÁGRAFO ÚNICO). APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO FINANCEIRO. PROVIMENTO.

1. Da análise do acórdão recorrido, verifica-se que não há dúvidas quanto à existência do contrato verbal de prestação de serviços celebrado entre o Município de Morretes/PR e a Viação Estrela de Ouro Ltda, bem como do cheque emitido e não-pago pela municipalidade a título de contraprestação pelo arrendamento de três ônibus efetivamente utilizados no transporte coletivo. Nesse contexto, a questão controvertida consiste em saber se, à luz das normas e princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, é válido e eficaz o contrato administrativo verbal de prestação de serviço firmado.

2. No ordenamento jurídico em vigor, a contratação de obras, serviços, compras e alienações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e entidades da administração pública indireta, está subordinada ao princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação pública, no escopo de assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes e a seleção da proposta mais vantajosa (CF/88, art. 37, XXI; Lei 8.666/93, arts. 1º, 2º e 3º).

3. Além disso, a Lei 8.666/93, na seção que trata da formalização dos contratos administrativos, prevê, no seu art. 60, parágrafo único, a regra geral de que o contrato será formalizado por escrito, qualificando como nulo e ineficaz o contrato verbal celebrado com o Poder Público, ressalvadas as pequenas compras de pronto pagamento, exceção que não alcança o caso concreto.

4. Por outro lado, o contrato em exame não atende às normas de Direito Financeiro previstas na Lei 4.320/64, especificamente a exigência de prévio

empenho para realização de despesa pública (art. 60) e a emissão da 'nota de empenho' que indicará o nome do credor, a importância da despesa e a dedução desta do saldo da dotação própria (art. 61). A inobservância dessa forma legal gera a nulidade do ato (art. 59, § 4º).

5. Por todas essas razões, o contrato administrativo verbal de prestação de serviços de transporte não-precedido de licitação e prévio empenho é nulo, pois vai de encontro às regras e princípios constitucionais, notadamente a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, além de macular a finalidade da licitação, deixando de concretizar, em última análise, o interesse público.

6. No regime jurídico dos contratos administrativos nulos, a declaração de nulidade opera eficácia *ex tunc*, ou seja, retroativamente, não exonerando, porém, a Administração do dever de indenizar o contratado (Lei 8.666/93, art. 59, parágrafo único), o que, todavia, deve ser buscado na via judicial adequada.

7. Recurso especial provido

Outro exemplo bastante interessante sobre a aplicação dos princípios norteadores do enriquecimento sem causa foi o julgamento dos Embargos Infringentes 152.433, Rel. Des. José Osório do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual o Tribunal decidiu manter a anulação do contrato, condenando o contratado ao pagamento do prejuízo porventura apurado em liquidação de sentença. Foi assumida, inclusive, a possibilidade de não existir prejuízo, hipótese na qual não restaria condenação aos contratados. Ficou clara a intenção do Tribunal em anular o contrato, mas com a manutenção dos efeitos fáticos dele oriundos que não sejam contrários ao Direito.

Outro exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo foi dado no julgamento da Apelação Cível nº 229630, relatada pelo Des. Cunha Cintra, traz a anulação de sentença de primeiro grau que, aplicando o caráter absoluto à orientação segundo a qual os contratos nulos não devem produzir quaisquer efeitos, manda o contratado devolver toda a remuneração recebida em virtude de execução de contrato nulo. Entendo que tal solução implicaria em enriquecimento sem causa da Administração Municipal, o Tribunal de Justiça paulista reformou a decisão, reduzindo a condenação para o montante correspondente ao lucro do contratado. Tal decisão preserva, pelo menos parcialmente, os efeitos fáticos produzidos por um contrato julgado nulo.

Sob a égide do Decreto-lei nº 2.300/86, que disciplina a matéria antes da Lei 8.666/93, o Tribunal Regional da Primeira Região, no julgamento da AC nº

96.01.02676-2/DF, aplicou o princípio do enriquecimento sem causa, conforme se verificado do julgado abaixo:

I- O ordenamento jurídico brasileiro acata a teoria do risco administrativo, conforme se infere do art. 37, parágrafo 6º, da Carta Magna. O Estado responde pelos prejuízos que seus agentes causarem a terceiros, independentemente de culpa.

II- Se o Estado não paga por um serviço que lhe foi prestado, o caso é de inexecução do contrato, não se podendo aplicar à espécie a teoria da imprevisão, o fato do príncipe ou o fato da Administração. Em sendo assim, cabe à União pagar o que deve.

III- Se o agente era incompetente para a prática do ato administrativo, tornando este nulo de pleno direito, não pode o administrado arcar com os prejuízos que sofreu com a prestação de um serviço e o não pagamento pelo Estado.

IV- A legislação que regia a espécie à época era o Decreto-lei 2300/86, que previa casos de dispensa de licitação, em situações de emergência.

V- A União é parte legítima na causa, posto que o ato administrativo foi praticado por servidor da Secretaria Nacional de Habitação do extinto Ministério da Ação Social, que não detinha personalidade jurídica própria.

Se restar configurada falta funcional, deverá o administrador tomar todas as providências a para apuração das responsabilidades, e, no caso de ocorrência de crime contra a Administração Pública, o Ministério Público deverá ser cientificado pelo Gestor Público, conforme dispõe a Lei nº 8.112/90, aplicável ao Distrito Federal por força da Lei nº 197/91.

9 O VALOR DA INDENIZAÇÃO

Superadas essas questões, o gestor público deverá verificar o valor da indenização a ser oferecida ao particular que prestou serviços de boa-fé à Administração, situação em que esta se enriqueceu e aquele empobreceu sem a existência de causa jurídica justificadora.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AGRESP 332956, entendeu que a devolução simplesmente da diferença havida entre o valor da obra licitada e o valor da obra realizada daria ensejo ao enriquecimento sem causa da administração, porquanto, nessa sistemática de cálculo poderiam ficar parcelas de serviços realizadas pelo particular sem o devido pagamento.

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.

Um dos fundamentos do princípio da proibição do enriquecimento sem causa é o enriquecimento injustificado do ente estatal. Portanto, o benefício obtido pela coletividade – interesse público primário – será o limite máximo a ser pago ao particular.

O administrador deverá apurar todos os prejuízos diretos e indiretos causados pelo contrato inválido, incluindo os administrativos e os judiciais. É imprescindível que sejam verificados os danos trabalhistas, tributários e outros já apresentados, bem como aqueles que poderão vir a transparecer.

Após o abatimento de tais prejuízos causados à coletividade, deverá ser verificado o efetivo proveito obtido pelos cidadãos do Distrito Federal em face dos

aventados serviços prestados pelo particular, atingindo-se o valor do enriquecimento obtido pelo ente público – limite máximo a ser pago.

Nessa linha, antes do pagamento, é imprescindível que sejam verificados os prejuízos colhidos pelo particular. Essa pessoa terá o direito a indenização limitado por esse valor.

Todavia, consoante exposto anteriormente, essa quantia também não poderá ultrapassar o enriquecimento obtido pela Administração, sob pena de se subverter os fundamentos do princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

Isto é, o valor da indenização terá como limite a menor quantia obtida entre a avaliação do enriquecimento patrimonial da Administração (benefício referente ao interesse público primário) e o empobrecimento do particular.

Corroborando tal entendimento, leciona Jacintho de Arruda Câmara²⁸:

Na verdade, no caso de aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa, o valor da indenização sofre limitação de ambos os aqui denominados requisitos objetivos: ela não poderá ser superior a qualquer deles, devendo corresponder ao que importar o menor valor. Isto porque, de um lado, ela não poderá superar o valor do enriquecimento do requerido; e, de outro, não poderá ser superior ao dano ou prejuízo sofrido (empobrecimento). **Só desse modo se garante o equilíbrio da situação patrimonial desprovida de norma específica que a regule.** (grifamos)

Jacintho de Arruda Câmara²⁹ apresenta advertência no mesmo sentido:

Em suma, aplicar autonomamente o princípio da proibição do enriquecimento sem causa – com maior razão quando esta se dá contra a Administração Pública – exige cuidado na investigação de seus requisitos, sob pena de propiciar uma desastrosa inversão na relação patrimonial: passando o particular, antes lesado, a enriquecido indevidamente e a Administração (isto é, toda a coletividade) a suportar o ônus injusto, em lugar de suposto enriquecimento. (grifamos)

²⁸ CÂMARA, Jacintho de Arruda, *Temas de Direito Administrativo. Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 102-104.

²⁹ Idem, p.104

10 A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO

Destaco ser imprescindível, antes de se realizar qualquer pagamento, que o administrador respeite os parâmetros legais aplicável ao caso concreto e verifique a veracidade dos documentos e informações apresentados, porquanto a violação de normas e princípios administrativos poderá acarretar responsabilização penal, civil e administrativa.

A norma do artigo 59 da Lei nº 8.666/93 determina a retroação dos efeitos da declaração de nulidade, mas não desonera a Administração Pública de indenizar o particular pelos serviços prestados, desde que não tenha dado causa à nulidade e que tenha executado todas as parcelas de boa-fé.

Porém, essa mesma norma legal determina que seja apurada a responsabilidade do servidor público ou servidores públicos que deram causa à nulidade.

É, sem dúvida, norma de caráter didático-repreensivo para que evite contratações nulas, pois se a norma legal não disciplinasse qualquer penalidade para quem causasse dano ao erário ou celebrasse contrato eivado de vício capaz de levá-lo à nulidade seria um incentivo a que contratações desse jaez espalhassem entre órgãos do Poder Público.

Entretanto, os Tribunais pátrios, em relação à obrigação de o servidor público ressarcir o Estado pelo ato praticado, somente tem determinado o ressarcimento se devidamente comprovado o prejuízo, sendo irrelevante, repito, para fins de ressarcimento, a simples pecha de nulidade do ato.

Vejamos alguns julgados:

DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE CONHECIMENTO - PEDIDO DE CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ADMINISTRADOR REGIONAL - PERMISSÃO DE FEIRANTES - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO CAUSADORA DE PREJUÍZOS AO ERÁRIO E DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. ATOS DE IMPROBIDADE, QUE IMPORTAM DANO, DECORREM DE CONDUTAS ILEGAIS DO AGENTE PÚBLICO, DOLOSAS OU CULPOSAS, QUE TENHAM REPERCUSSÃO LESIVA AO ERÁRIO OU AO PATRIMÔNIO PÚBLICO, PELO QUE, SE NÃO HÁ PREJUÍZO, É INVIÁVEL FALAR-SE EM RESSARCIMENTO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR PARTE DO ESTADO.

2. A LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS QUE JUSTIFICA A CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DEVE SER CABALMENTE

DEMONSTRADA PELO AUTOR DA AÇÃO, ENQUANTO QUE, NO CASO DE OFENSA A PRINCÍPIOS, HÁ QUE SE PERQUIRIR A INTENÇÃO DO AGENTE, PARA VERIFICAR SE HOUVE DOLO OU CULPA, POIS, DE OUTRO MODO, NÃO OCORRERÁ O ILÍCITO PREVISTO NA LEI.

3. NO CASO DOS AUTOS, ALÉM DE NÃO TEREM SIDO FEITAS PROVAS QUE DEMONSTRASSEM PREJUÍZOS AO ERÁRIO, O RÉU, ADMINISTRADOR REGIONAL, COMPROVOU QUE, DESDE O INÍCIO DE SUA GESTÃO, ADOTOU CONDUTAS TENDENTES À REGULARIZAÇÃO DA FEIRA PERMANENTE QUE É O OBJETO DA DEMANDA, TENDO, INCLUSIVE, ENCAMINHADO À PROCURADORIA DO DISTRITO FEDERAL, CONSULTA VOLTADA AO EXAME DE LEGALIDADE DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA A SER INSTAURADA PARA PROMOVER A OCUPAÇÃO DOS BOXES. (TJDFT, Rel Costa Carvalho, APELAÇÃO CÍVEL 20010110849604APC).

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PREFEITO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DAS NOMEAÇÕES. RESSARCIMENTO. SERVIÇOS PRESTADOS. DANO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA. OUTRAS PENALIDADES AFASTADAS. DESCABIMENTO. LEI Nº 8.429/92, ARTIGO 12, INCISO III.

I - Assentado pelo aresto recorrido que não houve dano ao erário público, uma vez que os servidores em questão, ainda que irregularmente contratados, teriam prestado os respectivos serviços, é inviável na seara do recurso especial, sob pena de revolvimento da matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ), pretender a imposição de ressarcimento.

II - Reconhecida pelo Tribunal a quo, nos autos de ação civil pública movida contra Prefeito, a conduta ímproba em razão das referidas contratações, a nulidade das mesmas é conseqüência natural, não podendo aquela Corte ter afastado todas as penalidades previstas na Lei nº 8.429/92 (artigo 12, inciso III), dispensando o agente público responsável de qualquer sanção. Precedente: REsp nº 513.576/MG, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 06/03/2006.

III - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, com o restabelecimento da decisão monocrática no que diz respeito às penalidades impostas ao réu JOÃO OTÁVIO DAGNONE DE MELO, com exceção do ressarcimento relativo aos salários dos servidores. (STJ REsp 828478/SP, Relator Ministro Francisco Falcão).

CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido nesse trabalho teve a preocupação central de trazer a lume uma interpretação parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8666/93, pertinente aos efeitos do contrato declarado nulo, em face dos princípios administrativos em face da realidade posta ao administrador público pelo legislador.

Nesse sentido, os princípios constitucionais aplicáveis ao contrato administrativo e que servem de esteio para a aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa em função das novas diretrizes do Estado Democrático brasileiro foram analisadas de forma a afastar a premissa de que o contrato nulo não produz efeitos e sua nulidade deve ser declarada, sempre, com retroação máxima, sem levar em consideração as alterações fáticas que possam ter ocorrido durante a prestação total ou parcial do objeto contratual.

O estudo focou-se no sentido de oferecer subsídios para os administradores no que tange a aplicação dos dispositivos legais que tratam da indenização em caso de o contrato ser declarado nulo ou inválido.

Foi oferecida uma visão pragmática de como o administrador deve se comportar para averiguar a possibilidade de pagamento de indenização ao particular e como se deve levar a efeito esse objetivo.

Afastou o conceito de supremacia do Poder Público, fundada em concepções autoritárias e que deixa em segundo plano os outros princípios, em benefício da eficiência legal e dos princípios constitucionais da moralidade e da legalidade.

Restou demonstrado que o artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 não agasalha a tese de que o contrato declarado nulo não tem qualquer consequência fática. Pelo contrário, a norma constitucional assegura a qualquer prejudicado o direito a receber indenizações por atos comissivos ou omissivos dos agentes públicos que lhe cause prejuízo, indiferentemente de esse ato ser materializado em ato ou contrato administrativo.

Por outro lado, restou claro que o princípio da moralidade não afasta a aplicabilidade da norma que impede o enriquecimento sem causa da Administração em detrimento do particular que com ela contrata. Na verdade, a vedação ao enriquecimento sem causa tem como sustentação o princípio da moralidade.

Demonstrou-se, ainda, a possibilidade de a declaração de nulidade ou invalidade do contrato administrativo vir a sofrer um abrandamento no sentido de

serem resguardadas as situações fáticas que não podem sofrer alterações sem aumentar os prejuízos. Há casos em que a anulação dos efeitos do contrato traz maiores gastos de recursos públicos do que a manutenção de seus efeitos.

No repertório de jurisprudência de nossos Tribunais encontram-se inúmeros julgados que possibilitaram a manutenção dos efeitos fáticos do contrato, como tivemos a oportunidade de citar.

Ressaltou-se, por outro lado, a necessidade de o administrador público averiguar se o particular agiu de boa-fé. A presença confirmada da boa-fé, no caso de anulação de contratos administrativos, é pressuposto básico para o ressarcimento do particular. Sem ela, não há a possibilidade jurídica de se efetuar o pagamento da indenização, sob pena de afrontamentos aos princípios da moralidade e da eficiência.

Em relação ao valor a ser pago a título de indenização, como o que o princípio veda é o enriquecimento ilícito, é possível afirmar que o benefício recebido pela Administração, sem computar qualquer lucro ao particular, deve ser o limite para o pagamento da indenização. Veja-se, que não se busca honrar as cláusulas contratuais declaradas nulas, mas evitar que a Administração sofra o incremento em sua esfera jurídica em detrimento do particular. Esse incremento deve servir de balizamento para a fixação do valor devido.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Temas de direito administrativo*. Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos Contratos Administrativos*. 3 ed.. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005.

MACHADO Jr., José Teixeira. *A lei 4320 comentada*. 26 ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1995.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10 ed. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Celso A. Bandeira de. *Revista de direito administrativo*. nº 183, p.146.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4º Volume - Parte Geral das Obrigações. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume VII. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2007.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, org.: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SUNFELD, Carlos Ari. *Contratos Administrativos – Acréscimos de obras e serviços – Alteração*. Revista Trimestral de Direito Público.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http: www.stf.gov.br> Acesso em Jun., 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http: www.stf.gov.br>. Acesso em Jun., 2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Disponível em:<http: www.trf1.gov.br>. Acesso em Jun., 2008.