REGISTRO DE PRODUTO – ENRIQUECIMENTO INDEVIDO – RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

– 1. Exercício de funções públicas pelos particulares. 2. Enriquecimento indevido e sua reparação. 3. Responsabilidade da administração pública pela provocação do enriquecimento indevido. 4. Conclusão.

PARECER

I

CONSULTA

As empresas fabricantes ou distribuidoras dos chamados defensivos agrícolas (inseticidas, fungicidas, herbicidas) não podem comercializar seus produtos, antes de obterem, junto à repartição administrativa federal competente, o registro da substância ou princípio ativo correspondente. Esse registro oficial implica a realização de análises e exames técnicos, que, originalmente efetuados em laboratórios e repartições oficiais, passaram a ser feitos ao depois, em razão de decisão administrativa, por iniciativa e a expensas dos próprios requerentes do registro; de tal sorte que o requerimento inicial deve vir instruído com os resultados desses exames, de acordo com as exigências e especificações estabelecidas pelas autoridades administrativas.

Recentemente, a administração pública entendeu de deferir, sem ulterior exame técnico, os pedidos de registro de produtos, cujos princípios ativos já estivessem registrados. Carregou, portanto, sobre o primeiro titular do registro, todos os ônus econômicos de tais exames.

Diante disso, os advogados Claudineu de Melo, José Roberto Prado de Almeida e Alexandre Bertholdi, na qualidade de integrantes de comissão constituída por empresas do setor agroquímico, vêm-me consultar sobre a legalidade ou legitimidade dessa política administrativa, indagando, na hipótese de esta ser reconhecida como ilegal ou ilegítima, quais as conseqüências jurídicas que daí derivam.

II

PARECER

A discussão da matéria suscitada na consulta deve principiar pelo exame da relação de direito administrativo, relativa ao registro e licenciamento para comercialização dos produtos agrícolas mencionados.

É a questão versada na primeira parte deste parecer.

1. Exercício de funções públicas pelos particulares

1. O Regulamento baixado pelo Decreto federal nº 24.114, de 12 de abril de 1934, exige o prévio registro e licenciamento, no Serviço de Defesa Sanitária Vegetal, dos inseticidas e fungicidas, com aplicação na lavoura, como condição necessária para sua comercialização (art. 52).

Para a obtenção desse registro e da conseqüente licença de comercialização, os fabricantes, importadores ou representantes autorizados devem apresentar ao Serviço de Defesa Sanitária Vegetal, além de outras exigências, uma "certidão de análise realizada no Instituto de Química Agrícola ou outra repartição oficial indicada pelo Serviço" (art. 53, *b*). Dispõe o regulamento que "o Serviço de Defesa Sanitária Vegetal procederá aos ensaios que se fizerem necessários quanto à praticabilidade e eficácia dos produtos e preparados, solicitando, sempre que for conveniente, a colaboração científica do Instituto de Biologia Vegetal e de outras repartições" (art. 55). Mas, acrescenta, "havendo necessidade de ensaios que não possam ser realizados com os recursos da repartição, caberá aos interessados fornecer os elementos indis-

pensáveis a esse fim" (mesmo art. § 1º). "Para efeito de fiscalização", aduz o art. 65, "as análises dos inseticidas e fungicidas com aplicação na lavoura poderão ser executadas, nos estados, pelos laboratórios federais e ainda pelos estaduais e municipais, mediante acordo com os respectivos governos".

Temos, pois, que, no regime instaurado por esse regulamento, os exames técnicos destinados a determinar não apenas a eficiência e utilidade dos defensivos agrícolas, mas também a sua potencialidade toxicológica, competem, primariamente, à própria administração pública. Nada mais razoável que assim seja, levando-se em conta que análises dessa natureza estão compreendidas, necessariamente, no amplo poder de polícia da administração, visando a preservação da saúde e da incolumidade pública e, mais modernamente, do equilíbrio ecológico. A válvula aberta pelo § 1º do art. 55 destina-se, apenas, a cobrir as hipóteses de deficiência de recursos administrativos, para a realização de tais exames, deficiência que se supõe passageira e excepcional, obviamente.

Tais regras foram estabelecidas há mais de meio século. De lá até hoje, como ninguém ignora, o grau de aparelhamento técnico e a qualidade dos recursos humanos de que dispõe a administração pública do país deixou de acompanhar as crescentes exigências tecnológicas modernas. A administração perdeu a possibilidade de desempenhar a contento, com os próprios recursos, essas tarefas inerentes ao seu poder de polícia.

Em 30 de abril de 1980, o diretor da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Produtos Saneantes Domissanitários, do Ministério da Saúde, baixou a Portaria nº 4/Disad, pela qual os requerentes de registro e licenciamento de defensivos agrícolas devem apresentar, com o respectivo requerimento, um relatório técnico acompanhado do sumário dos dados toxicológicos para os ingredientes ativos e referências bibliográficas. Ou seja, transferiu o encargo dos exames técnicos, em todos os casos, para os administrados. Complementarmente, a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária determinou à Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Alimentos (Dinal) a publicação da relação de substâncias com ação tóxica sobre animais ou plantas, já registradas, de sorte que todos os defensivos agrícolas fabricados com base nos princípios ativos já examinados e classificados passariam a ter o seu registro de comercialização deferido sem necessidade de novos exames técnicos (Portaria SNVS nº 10, de 8 de março de 1985). Aparentemente, seguiu-se, nesse particular, o critério adotado pela Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, no tocante ao registro de medicamentos (art. 20, parágrafo único).

2. A análise jurídica dessa regulamentação administrativa revela a atribuição, aos próprios administrados, do exercício de funções administrativas, em especial do poder de polícia sanitária.

Já indiquei que a finalidade do registro dos defensivos agrícolas, junto à repartição administrativa competente, consiste no exame de sua eficiência e do seu grau toxicológico, visando à preservação da saúde pública, da incolumidade biológica e do equilíbrio ecológico. Essa função pública só pode realizar-se, como é óbvio, com fundamento em exames técnicos adequados. Se tais exames fossem realizados pelo próprio administrado requerente, em todos os casos de requerimento de registro, teríamos uma situação de ônus administrativo pessoal, puro e simples: para conseguir o registro e o licenciamento, o requerente teria de apresentar os dados técnicos exigidos pela administração. Mas quando as análises técnicas, realizadas pelos administrados e à sua custa, são aprovadas pelas autoridades administrativas e tornam-se parâmetros de futuros registros de defensivos agrícolas, com a dispensa de novos exames técnicos, temos que o primeiro requerente desenvolveu uma função de interesse público em lugar da administração: ele desempenhou a função técnica que incumbe primariamente ao estado, de analisar e classificar os chamados princípios ativos dos produtos inseticidas, herbicidas e fungicidas, no interesse público.

Observe-se, como assinalado, que no regime do regulamento aprovado pelo Decreto nº 24.114, de 1934, esses exames técnicos devem ser realizados em laboratórios oficiais. A exceção aberta pelo disposto no art. 55, § 1º, no entanto, foi transformada em regra geral pela citada Portaria nº 4/Disad, de 30 de abril de 1980, em manifesta contrariedade à norma regulamentar. Vale dizer: a função pública, por expressa disposição da própria autoridade administrativa, passou a ser exercida pelos particulares, limitando-se a administração a sancionar, de modo pura-

mente formal, os exames e a classificação apresentados pelos requerentes do registro.

3. Deparamo-nos, aí, com o chamado *serviço público impróprio*, segundo a classificação sugerida por Arnaldo de Valles, adotada e difundida por Bielsa (Cf. Cretella Júnior, José. *Curso de direito administrativo*. 7 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983. n. 257). O atendimento de necessidades coletivas não é obtido por meio de prestações da própria administração, mas pela atividade de particulares, com autorização, permissão ou concessão dessa, ou, pelo menos, sob a sua supervisão.

O assunto foi examinado com proficiência pelos autores italianos e franceses.

Na Itália, Aldo Sandulli observa que o exercício de funções e serviços administrativos por parte de pessoas estranhas à administração pública pode dar-se de dois modos: autonomamente (melhor dizendo, profissionalmente), como a atividade dos notários públicos, por exemplo, ou ocasionalmente, como acontece com os síndicos e liquidatários em processos de falência e liquidação administrativa forçada. A doutrina tradicional, como refere Sandulli, interpreta tais situações como de dissociação entre a titularidade do múnus público – que pertence à administração – e a atribuição do seu exercício deferida aos particulares, estranhos ao quadro do funcionalismo público portanto. Por isso mesmo, sustentou-se, somente com base em normas legais é possível estabelecer-se essa dissociação. O particular que exerce funções públicas fica sempre sujeito à fiscalização administrativa, sendo, para efeitos penais, equiparado ao funcionário público (como acontece, aliás, também entre nós) (Sandulli, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. 14. ed. Nápoles, Jovene, 1984. v. 1. n. 115).

Na França, uma parte da doutrina aceita a classificação proposta por André de Laubadère, para as atividades de particulares em colaboração com a administração pública, distinguindo-as em atividades regulamentadas, controladas (ou fiscalizadas), auxiliadas e reconhecidas ou privilegiadas (Cf. Vedel, Georges, com a colaboração de Pierre Delvolve. *Droit administratif*. 7. ed. Paris, PUF, 1980. p. 975 e segs.). O controle do estado sobre as atividades privadas exercidas no interesse público, observa Vedel, exerce-se quer *a priori* – com os processos de declaração ou autorização –, quer *a posteriori* – por meio de fiscalizações as mais variadas –, quer de ambos os modos.

Ainda na França, onde mais se estudou a instituição da polícia administrativa, autores e tribunais estão de acordo em reconhecer que o exercício das chamadas polícias especiais pode ser deferido aos particulares (Negrin, J.P. *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*. Paris, LGDJ, 1971; Picard, Etienne. *La notion de police administrative*. Paris LGDJ, 1984. 2 v.).

Já se disse, aliás, que "o fenômeno mais importante da polícia moderna é a sua difusão no corpo social" (Picard, Etienne, op. cit. n. 453). Tal fenômeno é acompanhado de uma exigência de maior habilitação das pessoas privadas ao exercício de funções públicas e assinala o progressivo apagamento das fronteiras entre o serviço administrativo e as atividades privadas. Discutiu-se a possibilidade jurídica de se fazer essa atribuição do exercício de funções públicas pela via contratual, havendo quem a negasse. Observou-se, entretanto, que essa atribuição não se funda, propriamente, em contrato, mas em um texto normativo, que não precisa ser de lei, mas pode ser editado pela própria instituição administrativa (decreto ou portaria, por exemplo).

4. Assentando, pois, que nas situações objeto da consulta os administrados exercem, efetivamente, uma função pública – ainda que, parcialmente, também em seu próprio interesse –, suscita-se, inevitavelmente, a questão do custeio desse serviço administrativo.

Já assinalei que, se os requerentes do registro e licenciamento fossem obrigados a produzir, todas as vezes, os resultados dos exames técnicos pertinentes, estaríamos diante de um ônus administrativo pessoal; ou seja, uma exigência pública, estabelecida como condição para a realização de um interesse particular. Nessas condições, não haveria o exercício de função pública pelos administrados, isto é, o desempenho de prestações no interesse coletivo.

Mas se os exames técnicos, originariamente realizados por um primeiro requerente, servem como modelo para futuros registros e licenciamentos, o particular que obteve o primeiro registro atuou no interesse público, em substituição à administração. Se se

tratasse de serviço público próprio, o seu custeio realizar-se-ia pelos métodos financeiros clássicos: tributação ou empréstimo público. Cuidando-se de serviço público impróprio, das duas uma: ou a administração reembolsa o particular do custo do serviço realizado, ou o particular é autorizado a cobrar do público a remuneração adequada para cobrir os seus dispêndios na gestão do serviço administrativo.

Sucede, porém, que nas situações examinadas não ocorre nem uma nem outra dessas soluções: não só a administração pública não reembolsa ao primeiro requerente os gastos em que este incorreu com as análises efetuadas, como tampouco está ele autorizado a cobrar do público – vale dizer, dos subseqüentes requerentes de registro – o reembolso dessas despesas.

A exigência da mais elementar justiça, no entanto, impõe a busca de uma solução jurídica para o problema. Entendo que tal solução há de ser encontrada no sistema geral de eqüidade, que permeia todo o ordenamento jurídico, mesmo nos direitos da família romano-germânica, com sua função de auxiliar, suprir e corrigir o direito legislado, analogamente aos *jus honorarium* romano na famosa definição de Papiniano.

É o que procurarei demonstrar na segunda parte deste parecer.

2. Enriquecimento indevido e sua reparação

5. Tanto no direito romano, quanto no direito inglês, a fusão entre *eqüidade* e *direito estrito (aequitas* e *ius civile; equity* e *stricty law)* não significou o desaparecimento da primeira como fonte do direito. Na época da dicotomia, a eqüidade era aplicada por via jurisprudencial: pelo pretor nos *judicia ex bono et aequo,* opostos ao *judicia stricti iuris;* pelo chanceler da Coroa em processos paralelos aos da *common law,* ajuizados perante os tribunais reais. Após a fusão, desapareceu, bem entendido, o dualismo processual, mas não se extinguiu a individualidade do princípio eqüitativo, correspondente às exigências fundamentais da justiça.

Essa individualidade surge à tona, nos sistemas jurídicos da família romano-germânica, principalmente nos casos de lacuna legal. A eqüidade é, então, entendida sob a forma de justiça criada pelo juiz, como se fora legislador, segundo se dizia no Código de Processo Civil de 1939. O código vigente procura cortar as asas da liberdade judicial, dizendo que "o juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei" (art. 127). Mas o legislador processual esqueceu-se de que há regra geral, em nossa legislação, impondo o julgamento pelos *princípios gerais de direito* no caso de omissão dos textos legais (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º). Ora, as soluções de eqüidade constituem princípios desse gênero.

Vem ainda à superfície a eqüidade – agora já não com função substitutiva, mas meramente interpretativa –, quando se trata de temperar o rigor legal. Nos processos de jurisdição voluntária, dispõe o art. 1.109 do Código de Processo Civil, o juiz "não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna".

Esse reaparecimento da eqüidade submersa, por via das decisões judiciais, acabou suscitando na Itália uma controvérsia sobre se os julgamentos por eqüidade seriam constitutivos ou meramente declaratórios. Calamandrei sustentou esta última opinião, sofrendo as críticas de Carnelutti; depois, acabou acolhendo a tese deste, a qual veio a se generalizar na doutrina italiana.

Dizer que o julgamento por eqüidade é constitutivo significa que é o próprio juiz quem cria o direito no caso: ele é a sua fonte. A eqüidade não existiria, assim, antes do julgamento, nem fora do processo.

Ora, essa opinião – como todas as outras defendidas por Carnelutti – padece, obviamente, de *processualite.* Como se a vida jurídica se encolhesse às dimensões processuais, litigiosas ou não, e não se estendesse, todos os dias, ao vasto mundo exterior ao fórum! Como se os princípios do *honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere* não impulsionassem, cotidianamente, miríades de relações jurídicas, inspirando soluções pacíficas e extraprocessuais!

Em nosso direito, sobretudo quando se ordena ao magistrado o julgamento segundo os princípios gerais de direito, não se supõe, escusa dizê-lo, que tais princípios sejam inexistentes antes do processo e do julgamento, vindo a ser *descobertos* ou *criados* pelo julgador. Como poderia, de resto, o juiz obedecer ao ditame processual de fundamentar o decisório, se não demonstrasse que o princípio geral de direito, por ele aplicado no caso,

é largamente sufragado pela *comunis opinio* (e exatamente por isso é que é *princípio geral)*?

A evolução do direito romano, de resto, demonstra a permanente autonomia da eqüidade, como fonte do direito. Especificamente no que tange ao enriquecimento indevido, se a reação do pretor manifestou-se, originariamente, por meio da criação de várias *condictiones* (ações pessoais *bonae fidei)* específicas – como a *condictio sine causa* ou *certi generalis*, a *condictio indebiti*, a *condictio causa data causa non secuta*, a *condictio ob turpem causam* ou a *actio de in rem verso* – na fase final, à época de Justiniano, a *condictio sine causa*, em sua generalidade, absorveu várias delas (Os direitos alemão (§§ 812 e segs. do BGB) e suíço (arts. 62 e segs. do Código das Obrigações) ainda conservam o esquema tipológico das *condictiones* específicas do direito romano clássico. O Código Civil italiano, diferentemente, a par da ação de repetição do indébito (arts. 2.033 e segs.) regula uma ação geral de enriquecimento sem causa (arts. 2.041 e 2.042). Há quem sustente, em direito comparado, a superioridade do sistema de classificação tipológica das hipóteses de enriquecimento indevido à adoção de uma definição ou *Generalklausel* (cf. von Caemmerer, Ernst. *Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause. Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 3, 1966, p. 573 e segs.). À época clássica, aliás, os *prudentes* já fundavam as exigências eqüitativas da *repetitio indebiti*, de modo geral, no direito natural. Vejam-se os textos sempre citados de Pompônio, do *Digesto: Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem* (50, 17, 206); *nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem*. Por isso mesmo, nas questões dubitativas, a opinião autorizada era no sentido de favorecer a repetição e não o lucro adventício: *in re obscura melius est favere repetitioni quam adventicio lucro* (D. 50, 17, 41: Ulpiano).

A eqüidade é, portanto, uma fonte autônoma do direito, atuando não apenas na hipótese de lacuna da lei, mas ainda nos casos em que se faz necessária a integração da norma legal genérica, ou a correção da imposição legal excessivamente rígida.

Nessas condições, é indiferente que o sistema legal de determinado país não contenha disposição específica sobre o enriquecimento indevido. Esse resultado injusto será sempre excluído, no caso concreto, mediante o recurso às exigências da eqüidade, que é um dos princípios gerais do direito, universalmente aplicáveis. Em nosso País, ao contrário do que sucede na Itália, e analogamente ao que ocorre na França, a legislação de direito privado não contém norma geral de vedação do enriquecimento sem causa; mas nunca se pôs em dúvida que aquela proibição constitua um dos princípios enformadores de nosso sistema jurídico.

6. Segundo consenso unânime, os elementos constitutivos do enriquecimento indevido são quatro: o enriquecimento de uma das partes, o empobrecimento de outra, a relação entre esses dois fatos e a falta de justa causa para o deslocamento patrimonial.

7. O enriquecimento deve ser entendido como um efeito ou resultado econômico, isto é, mais como fato jurídico de que como ato ou negócio jurídico. O importante a assinalar sob o aspecto econômico, relativamente à questão objeto da consulta, é que pode haver enriquecimento, tanto pela produção de uma vantagem positiva (*lucrum emergens)*, quanto pelo fato de se evitar uma perda ou de se eliminarem custos ou despesas *(damnum evitans* ou *onus cessans)* (Cf. Esser, Josef. *Schuldrecht, allgemeiner und besonderer Teil.* 2. ed. Karlsruhe, 1960. § 187, 1; Barbiera, Lelio. *L'ingiustificato arrichimento.* Nápoles, Jovene, 1964. p. 311 e segs.; Carbonnier, Jean. Droit civil. 6 ed. Paris, PUF, 1969. v. 4 p. 438. Na doutrina brasileira, cf. Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado.* 3. ed., § 3.144, 2, t. 26).

Nesta última hipótese, correlativo ao enriquecimento é o fato de a outra parte haver sofrido uma perda, ou haver incorrido em despesas, sem causa, em benefício alheio. Sob esse aspecto, assinalam Enneccerus e Lehmann, é indiferente que a economia obtida seja fruto de um desembolso pecuniário, da assunção de uma dívida ou do estabelecimento de um ônus real no patrimônio do empobrecido *(Derecho de obligaciones,* 3. ed. espanhola, Barcelona, v. 2, 2. parte, § 221, 4).

Na questão objeto da consulta, verifica-se que o enriquecimento pode realizar-se exatamente segundo a modalidade da economia de despesas necessárias. Os requerentes do registro e licenciamento de defensivos agrí-

colas são obrigados a apresentar, à autoridade administrativa, os resultados dos exames técnicos efetuados sobre o chamado princípio ativo dos produtos em questão, de acordo com as exigências feitas pelo Poder Público. Tais análises e exames, além de demandarem longo tempo, importam em gastos apreciáveis. Ora, os subseqüentes requerentes do registro de defensivos agrícolas, elaborados com base no mesmo princípio ativo anteriormente registrado, ficam dispensados de realizar esses exames técnicos e, por conseguinte, obtêm o registro em condições muito menos onerosas. Mais ainda: esses novos requerentes fazem substancial economia de tempo, entrando na concorrência comercial com o primitivo requerente, quase que de imediato.

8. Esta última observação conduz o raciocínio, naturalmente, ao exame do empobrecimento.

Com efeito, se as partes em relação às quais ocorreu a deslocação patrimonial são empresas concorrentes, é inegável que onde essa transferência econômica potencializou a capacidade concorrencial de uma delas em detrimento da outra, esta última sofreu, objetivamente falando, um empobrecimento, consistente na deterioração de seu aviamento comercial (A situação foi mal-analisada pelos autores, que se limitaram, em especial na Itália, a discutir a possibilidade de uma ação *de in rem verso* quando os atos de confusão entre produtos concorrentes não foram maliciosamente praticados (cf. Barbiera, Lelio. op. cit. n. 45; e Trimarchi, Pietro. *L'arrichimento senza causa*. Milano, Giuffrè, 1962. p. 18/9). O concorrente, que normalmente seria obrigado a esperar vários anos até a conclusão dos exames técnicos exigidos para o registro de seus produtos, com essa economia de tempo entra desde logo no mercado, reduzindo as probabilidades de lucro do concorrente que primeiro registrou os seus. Pode até mesmo haver uma política deliberada, por parte de algumas empresas, no sentido de aguardar o resultado dos exames e a obtenção do registro do princípio ativo pelo seu concorrente mais adiantado, a fim de se aproveitarem do investimento alheio, sem custo nem demora.

Na questão suscitada na consulta, por conseguinte, o empobrecimento dá-se de duas formas, não se podendo *a priori* asseverar que uma delas é sempre superior à outra. De um lado, há o montante dos gastos incorridos com a realização de exames técnicos. Se tais exames são efetuados pelo próprio requerente, em suas instalações e laboratórios, além das despesas variáveis há também custos fixos a computar, como o investimento em ativos fixos e o emprego de pessoal qualificado. De outro lado, ocorre o prejuízo indireto sofrido com o fato de se favorecerem um ou vários concorrentes no mercado, os quais, sobre serem dispensados desse investimento na análise técnica de seus produtos, ficam ainda liberados para concorrerem desde logo com o primeiro requerente do registro.

9. A conexão entre o fato do enriquecimento e o do empobrecimento consiste em sua mútua dependência. Sem um, não haveria o outro (cf. Barbiera, L. op. cit. p. 248; Carbonnier, J. op. cit. p. 438), isto é, a vantagem de um deve derivar da desvantagem do outro, e vice-versa (Enneccerus & Lehmann. op. cit. § 221, III).

Mas essa correlação necessária dos fatos não significa que ambas as partes entrem, forçosamente, em uma relação imediata, ou seja, uma pagando para outra, ou assumindo a dívida da outra, por exemplo. É perfeitamente admissível que entre o enriquecido e o empobrecido se interponha uma terceira pessoa, constituindo-se o que os alemães denominam "relação trilateral" *(Dreiecksverhältnis)*. Exemplo clássico: adimplemento efetuado por um terceiro, que não é representante do empobrecido (Cf. Esser, J. op. cit. §§ 190 e 197; Enneccerus & Lehmann, op. cit. § 222, II, 2).

Importa lembrar, aliás, que a *actio de in rem verso* foi criada pelo pretor romano para resolver situações de enriquecimento indevido com interposição de pessoa entre autor e réu. O contraente com pessoa *alieni iuris* somente poderia agir contra o *pater familias*, se este houvesse autorizado o negócio. À falta dessa autorização, o réu não era obrigado a pagar as dívidas contraídas pela pessoa em seu poder. Para corrigir esse abuso, criou-se a *condictio*, visando a restituição ao autor daquilo com que o patrimônio familiar se locupletara à custa deste.

Igualmente trilateral foi a situação jurídica julgada pelo famoso *arrêt Boudier*, pelo qual a Corte de Cassação francesa inaugurou a jurisprudência repressora do enriquecimento indevido, ao final do século passado: um

comerciante fornecera adubo a um agricultor, que acabou depois despejado das terras que lavrara; o proprietário agrícola foi condenado a restituir ao comerciante a quantia correspondente ao incremento de valor que suas terras adquiriram com a adubagem (Acórdão de 31 de julho de 1985, Dallaz Périodique, 95. 1.391).

Analisando-se a situação descrita na consulta, observa-se que os fatos geminados do empobrecimento do primeiro requerente do registro e do enriquecimento dos subseqüentes origina-se do ato da administração pública, que aceita esses registros posteriores sem custo para os requerentes e sem reembolso das despesas incorridas pelo titular do primeiro registro. Temos, aí, essa "unidade de circunstância originadora dos ganhos e das perdas", como se exprimem Enneccerus e Lehmann (op. cit. § 221, III). O poder público não é parte na relação de transferência patrimonial – não se enriquece nem se empobrece –, mas é o agente desse duplo efeito. A responsabilidade administrativa que daí deriva será examinada mais adiante.

10. Finalmente, último elemento componente da situação de enriquecimento injusto consiste na falta de justa causa para a transferência patrimonial ocorrida.

A esse respeito, não obstante as críticas dos adeptos do positivismo jurídico à concepção moralizante do instituto, defendida por Ripert, por exemplo, é inegável que o direito assenta-se aí nas exigências da justiça, naquele fundamento de eqüidade que subjaz em todo ordenamento jurídico. É significativo, a esse respeito, verificar que um dos mais eminentes críticos à interpretação do enriquecimento indevido como fundado na moral reconhece que o direito procura, nesse campo, instituir um corretivo *(ein Korrektur)* à circulação ou transferência indevida de bens (Esser, Josef. op. cit. § 187, 2) o que equivale a reconhecer o fundamento eqüitativo do instituto.

Pode-se definir a ausência de justa causa, no enriquecimento indevido, como sendo a inexistência de custo ou sacrifício patrimonial, por aquele que recebeu uma vantagem, sem qualquer justificativa *jurídica*, isto é, não apenas de norma positiva ou convencional, mas também de princípio geral de direito. E é isto, exatamente, o que ocorre na situação descrita na consulta: além de inexistir norma legal que fundamente a regra administrativa geradora dessa transferência patrimonial entre administrados, há positiva violação de norma constitucional, consagradora do princípio básico da isonomia.

Com isto, o raciocínio desemboca no terceiro campo de análise da questão proposta na consulta, ou seja, a responsabilidade da administração pública.

3. Responsabilidade da administração pública pela provocação do enriquecimento indevido

11. No exercício da atividade administrativa, o Estado obedece ao *sistema jurídico* como um todo, vale dizer, o ordenamento global, compreendendo não apenas as regras formais (leis e decretos, estes últimos segundo o princípio da autolimitação da administração pública), mas também os princípios de direito, quer os gerais, quer os particulares ao direito administrativo. "Sem desprezar as precauções da técnica jurídica – escreveu Ernst Forsthoff – a teoria do direito administrativo é obrigada a ir mais além e reconhecer como uma função do estado o fato de realizar o direito, isto é, de realizar os princípios fundamentais de justiça que não são, necessariamente, vinculados à expressão formulada pela lei" (*Traité de droit administratif allemand*. trad. de Michel de Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969. p. 39/40).

Ora, dentre os princípios gerais de direito e também particulares ao direito administrativo, avulta o da igualdade perante a lei. Importa ressaltar o significado da preposição empregada nessa fórmula consagrada. Fala-se em igualdade *perante* a lei *(égalité devant la loi; Gleichheit vor dem Gesetz)* e não em igualdade *da* lei, para significar que, onde não for constitucionalmente proibido (por exemplo, em matéria de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas: Constituição federal, art. 153, § 1º), poderá a lei estabelecer distinções de regime jurídico; mas à falta de distinções legais, a igualdade deve ser preservada de modo absoluto.

Daí a conclusão necessária de que o princípio da igualdade perante a lei dirige-se, antes de tudo, à administração pública e ao Judiciário, poderes encarregados de aplicar a lei (Cf. o pensamento de Anschutz, Gerhard. Apud: Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. t. 4, p. 698/9). Na ausência de

distinções estabelecidas em lei, é vedado à administração pública criar distinções entre os administrados (Sobre o princípio da igualdade no direito administrativo, cf. o autor nacional que melhor versou o assunto, Cretella Júnior, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1983. v. 1, n. 30; idem, *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983. p. 16/7). Em especial, não pode ela escolher entre um e outro interesse privado individual, ao baixar regulamentos ou prestar serviço público, nem pode tampouco privilegiar um administrado em detrimento de outro.

Não há poder discricionário da administração contra o princípio da isonomia, exatamente porque aquele poder, no Estado de Direito, se entende exercido *no quadro geral do ordenamento jurídico*, que compreende, a par da lei formal, também os princípios gerais de direito. As limitações ao poder discricionário da administração pública, salientou Renato Alessi, derivam também "dos princípios gerais do direito e dos princípios eqüitativos, como os da justiça e da paridade de tratamento: de sorte que se devem considerar ilegítimos os atos administrativos emanados em violação desses princípios" (Alessi, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 4. ed. Milano, Giuffrè, 1978. v. 1, p. 252).

"Ilegítimos" os atos administrativos violadores do princípio de igualdade, disse o doutrinador italiano. Vale dizer, antijurídicos.

Ora, o administrado lesado por ato administrativo antijurídico tem o direito de pleitear do poder público responsável a adequada reparação dos prejuízos sofridos.

12. Conforme se viu no curso da exposição que vem de ser feita, o regime administrativo criado com a conjugação da Portaria nº 4/Disad, de 30 de abril de 1980, da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Produtos Saneantes Domissanitários, do Ministério da Saúde, e da Portaria SNVS nº 10, de 8 de março de 1985, da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Alimentos, engendra situações de enriquecimento sem causa, de certos administrados em detrimento de outros. Quer isto dizer que a administração pública, sem lei que a autorize, deixa de tratar igualmente os administrados, provocando, com esse regime de disparidade, pesados ônus econômicos a certos deles, correlativos a indevidas vantagens a outros. E isto, sem que concorra nenhuma justificativa de interesse público, o que constitui clara agravante.

Parece-me que a responsabilidade da administração pública, em tal situação, é irrecusável. A ninguém – seja particular, seja poder público – é lícito provocar ou favorecer o enriquecimento indevido de outrem. Aquele que sofreu indevida diminuição em seu patrimônio, por obra da administração pública, tem direito e pretensão contra esta, para haver reparação do dano, independentemente da ação de locupletamento injustificado, intentável contra o que se enriqueceu à sua custa.

A administração pública somente se livra dessa responsabilidade, na situação exposta na consulta, caso condicione os subseqüentes registros de defensivos agrícolas ao reembolso proporcional, ao anterior ou anteriores titulares de registro, das quantias por estes despendidas com as análises e exames técnicos; que foram efetuados, como se precisou, no interesse público e não meramente particular.

4. Conclusão

Em conclusão a todo o exposto e respondendo à consulta formulada, sou de parecer que:

1. O regime de registro e licenciamento para a comercialização de defensivos agrícolas, instituído pela Portaria nº 4/Disad, de 30 de abril de 1980, da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Produtos Saneantes Domissanitários, do Ministério da Saúde, configura a atribuição do exercício de função pública a particulares.

2. O deferimento automático e gracioso de pedidos de registro e licenciamento de produtos cujo princípio ativo já foi objeto de análise e classificação, em processo anterior de registro, engendra o enriquecimento indevido dos posteriores requerentes, em detrimento do primitivo titular de registro.

3. Se a administração pública provoca ou favorece o enriquecimento indevido de certos administrados, em prejuízo de outros, pratica ato antijurídico, pelo qual responde diante dos prejudicados.

São Paulo, 5 de fevereiro de 1988. – *Fábio Konder Comparato*, professor titular na Faculdade de Direito na Universidade de São Paulo; Doutor em direito pela Universidade de Paris.