

A TEORIA DO PRODUTO BRUTO MITIGADO COMO ALTERNATIVA PARA O RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO NAS FRAUDES EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

THE MITIGATED GROSS PRODUCT THEORY AS AN ALTERNATIVE FOR COMPENSATION OF DAMAGES TO THE TREASURY DUE TO FRAUDS IN GOVERNMENT PROCUREMENT

Fabrício Pinto Weiblen

*Mestrando em Direito na Universidade de Lisboa (ULisboa)
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

Roberto Di Sena Júnior

*Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Analista do Ministério Público de Santa Catarina*

Vitor Silveira Pargendler

*Especialista em Direito do Consumidor (Anhanguera-Uniderp)
Técnico do Ministério Público de Santa Catarina*

RESUMO: Apesar de encontrar amparo expresso na Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93), o ressarcimento da íntegra do contrato nos casos de ilícitos e fraudes em contratações públicas ainda é medida excepcional, lastreada na interpretação dos tribunais pátrios de que tal medida acarreta enriquecimento sem causa da Administração Pública. A fim de contornar esse entendimento e, ao mesmo tempo, garantir que as sanções aplicadas tenham força dissuasória de novos ilícitos, as Cortes de Contas desenvolveram a teoria do produto bruto mitigado, que pressupõe a restituição tanto de eventual sobrepreço praticado pelo contratado de má-fé, quanto do lucro sobre a parte que ele efetivamente executou. Embora as decisões judiciais não façam menção nominal à teoria, seus fundamentos têm ganhado cada vez mais espaço na jurisprudência e representa uma alternativa viável e juridicamente robusta à medida mais gravosa representada pela devolução da íntegra do contrato.

PALAVRAS-CHAVE: Contratações públicas. Fraude. Dano ao erário. Teoria do produto bruto. Teoria do produto bruto mitigado.

ABSTRACT: Despite being expressly supported by the General Bidding Law (Act No. 8.666 / 93), the full reimbursement of contract amounts in the event of misconducts and frauds in public procurement is still an exceptional measure, based on the widespread perception held by Brazilian courts that such measure results in the unjust enrichment of Public Administration. In order to circumvent this interpretation and, at the same time, ensure that sanctions applied act as a deterrence against new offenses, Audit Courts have developed the theory of the "mitigated gross product", which entails reimbursements for any malicious overpricing as well as for the profits regarding the works the contracted party actually performed. Although court decisions fail to refer to the theory by its proper name, its foundations have increasingly become more present in case law and represent a feasible and legally robust alternative to a stricter and more burdensome measure, that is reimbursement for the entire contract amount.

KEYWORDS: Government procurement. Fraud. Damages to the Treasury. Gross product theory. Mitigated gross product theory.

Enviado em: 08-07-2020

Aceito em: 1º-10-2020

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é um problema endêmico que afeta diversos setores da sociedade brasileira e gera vultosos danos econômicos e sociais. Não obstante a existência de expressivo aparato normativo e diversas medidas de controle interno e externo em vigor, as contratações públicas continuam sendo uma área particularmente vulnerável a essas práticas ilícitas.

É preciso tornar as punições mais efetivas, muito embora isso esbarre em múltiplos obstáculos, como a interpretação que os tribunais pátrios, via de regra, fazem do princípio da vedação ao enriquecimento sem (justa) causa. No âmbito de contratações fraudulentas, são frequentes os julgados que asseguram o pagamento da parcela executada, mesmo nos casos de comprovada má-fé do contratado. E isso apesar de o parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) prever expressamente que a indenização do contratado pelo que ele houver executado até a data em que for declarada a nulidade só é devida quando ele não tiver com ela contribuído, ou seja, quando sua conduta maliciosa, ilegal ou ímproba não seja a própria causa da nulidade.

O integral ressarcimento do contrato na hipótese de dano ao patrimônio público decorrente de ação ou omissão dolosa ou culposa do contratado, também conhecida no âmbito dos Tribunais de Contas por “*teoria do produto bruto*”, apesar de gozar de amparo legal, é vista por muitos como draconiana. O fato é que muitos parecem não fazer distinção entre a nulidade do contrato decorrente de culpa da Administração (tais como falhas no edital, contratações diretas irregulares, direcionamento do certame, cláusulas restritivas de competição etc.) e aquela que tem por origem a conduta do próprio contratado (v.g., pagamento de propinas, sobrepreço e superfaturamento, conluio entre competidores, fraudes na documentação relativa à qualificação técnica, regularidade fiscal e trabalhista etc.).

No afã de assegurar o poder dissuasório das sanções aplicadas nos casos de fraude em contratações públicas e evitar que as decisões fossem posteriormente revertidas pela via judicial, adotou-se no bojo do Acórdão n. 1306/2017-TCU -Plenário a “*teoria do produto bruto mitigado*”, que apresenta referencial teórico e jurisprudencial embasando o desconto do lucro da empresa, seja ele efetivo ou estimado, em caso de obtenção do contrato por meio de práticas ilícitas e fraudes.

Embora as decisões judiciais não façam menção nominal à teoria, seus fundamentos têm conquistado cada vez mais espaço na jurisprudência e ela representa uma alternativa viável e juridicamente robusta à medida mais gravosa e ainda controversa representada pela devolução da íntegra do contrato. O presente artigo propõe-se a apresentar os fundamentos e as repercussões da referida “*teoria do produto bruto mitigado*” e por que sua adoção representa medida necessária para impedir que empresas lucrem com suas práticas fraudulentas, criminosas e ímprobas.

2 A DEVOLUÇÃO DA ÍNTEGRA DO CONTRATO

O ressarcimento integral é medida que se impõe em qualquer hipótese de dano ao patrimônio público, seja por ação ou omissão dolosa ou culposa do agente público ou de terceiros, e consiste na recomposição do patrimônio do lesado, fazendo com que este, tanto quanto possível, retorne ao estado em que se encontrava por ocasião da prática do ato lesivo¹.

O ressarcimento integral dos danos ao patrimônio público tem previsão no art. 5º, combinado com o art. 18, ambos da Lei n. 8.429/92², o qual deve abranger todos os prejuízos sofridos pelos cofres públicos – ou seja, engloba tanto o que se perdeu quanto o que se deixou de ganhar, ou se ganharia, caso não houvesse ocorrido o evento lesivo:

O vocábulo ressarcimento exprime a ideia de equivalência na contraprestação, apresentando-se correlato à atividade do agente que ilicitamente cause dano ao erário. A contraprestação, consoante dicção da Lei n. 8.429/92, há de ser integral, o que torna cogente o dever de ressarcir todos os prejuízos sofridos pela pessoa jurídica lesada, qualquer que seja a sua natureza. (GARCIA; ALVES, 2017, p. 648)

No âmbito dos contratos administrativos, como se sabe, uma vez constatada a existência de fraude, a anulação é medida que se impõe, tratando-se de poder-dever da Administração Pública³.

¹ Di Pietro destaca que a obrigação de reparar o dano causado tem natureza de verdadeiro princípio geral do direito (DI PIETRO, 2015, p. 991).

² Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.
[...]

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

³ A extinção do contrato pela anulação é também forma excepcional de cessação do ajuste administrativo e só pode

Evidentemente, a questão suscita respostas distintas quando a nulidade decorre de falha da Administração Pública ou de má-fé do contratado, cuja conduta fraudulenta ou ímproba é detectada apenas após a perfectibilização da relação contratual. No primeiro caso, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência, admite-se a indenização do contratado pelo que este houver executado até a data em que for declarada a nulidade e por outros prejuízos devidamente comprovados que ele venha a ter.

Todavia, quando a nulidade do contrato decorre de manifesta má-fé do contratado, o dano ocasionado à Administração Pública é representado pela integralidade do contrato, não podendo o contratado se esquivar dessa obrigação sob o argumento de “*enriquecimento ilícito da Administração Pública*”, já que a relação contratual padece de vício na origem. Essa interpretação encontra respaldo legal, conforme se infere da leitura do art. 49 da Lei n. 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. (grifos acrescidos)

Por sua vez, o art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, a que se refere o dispositivo anterior, estabelece claramente:

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

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

ser declarada quando se verificar ilegalidade na sua formalização ou em cláusula essencial. Assim, tem sido considerado nulo o contrato realizado sem a concorrência quando a lei exige, ou com concorrência fraudada no seu procedimento ou julgamento, ou, ainda, o ajuste que contraria normas legais ou regulamentares em pontos fundamentais de seu conteúdo negocial.

º contrato, como o ato administrativo, há de ser, antes e acima de tudo, legal, isto é, conforme à lei; se a desatende, é inoperante, e assim deve ser reconhecido pela Administração, ex officio ou em recurso hierárquico, ou pelo Judiciário, mediante provocação do interessado, pela via adequada. (MEIRELLES, 2010, p. 315)

Sobre o assunto, Toshio Mukai registra:

Como o ato administrativo nulo não produz efeito jurídicos válidos, também o contrato administrativo (que, no fundo, é um ato administrativo bilateral) não pode produzi-los. Daí a Lei de Licitações determinar o impedimento da produção eficaz de efeitos jurídicos. Como ocorre com o ato nulo, a declaração de nulidade opera *ex tunc* (retroage às origens), podendo ser formalizada somente após ter sido oferecido direito de defesa do contratado por despacho no próprio processo administrativo ou termo, devendo sempre ser indicado os dispositivos legais infringidos. (MUKAI, 2008, p. 168)

Por essa razão, é de se estranhar o entendimento de que “*se o serviço foi prestado, não se pode obrigar à devolução dos valores*”, mormente à luz de previsão expressa no sentido de que, se houver corresponsabilidade do contratado pela nulidade do contrato, não tem ele o direito a receber ampla indenização pelos serviços executados, pois, neste caso, recebeu ilicitamente os valores decorrentes do contrato, devendo ressarcir-los integralmente e de forma atualizada.

Ao comentar o parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações, Marçal Justen Filho registra:

Por igual, o particular que tiver atuado maliciosamente não pode ser beneficiado pela teoria da vedação ao enriquecimento sem causa, que se funda em juízo ético-moral. Aquele que atuou de modo reprovável eticamente não pode invocar benefícios fundados na equidade. [...]

Nesse sentido é que se afirma que a boa-fé do terceiro caracteriza-se quando não concorreu, por sua conduta, para a concretização do vício ou quando não teve conhecimento (nem tinha condições de conhecer) sua existência. O particular tem o dever de manifestar-se acerca da prática de irregularidade. Verificando o defeito, ainda que para ele não tenha ocorrido, o particular deve manifestar-se. Se não o fizer, atuará culposamente. Não poderá invocar boa-fé para o fim de obter indenização ampla. (JUSTEN FILHO, 2019)

Assim, entende-se que a obrigação da Administração Pública de ressarcir o contratado se limita àquilo que foi executado até a declaração de nulidade do contrato – contanto que o contratado não tenha contribuído para a nulidade. Caso tenha contribuído para a nulidade, em especial a título de dolo, ele terá sido remunerado ilicitamente e o ônus de indenizar é invertido, devendo o contratado ressarcir os valores em caso de má-fé.

No âmbito judicial, colhe-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE VACARIA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. [...]. 5. Configuração do ato de improbidade estampada pelo conjunto probatório, consistente em concerto realizado entre empresa privada e agentes públicos para fraudar o procedimento licitatório que objetivava implementar o Plantão 24 horas no Centro Municipal de Saúde do Município de Vacaria, resultando em prejuízo ao Erário, diante da restrição da concorrência. 6. A frustração do procedimento licitatório é considerada ato ímprobo, previsto no art. 10, inciso VIII, cuja lesividade é presumida pela norma, sendo suficiente a culpa *stricto sensu* para a configuração da ilicitude. 7. Elemento subjetivo. Presença do dolo incontroversa e decorrente das ações individualizadas e em conluio dos demandados contrárias a moral objetiva e a ética que deve permear o agir do agente público ou quem com a administração pública venha a contratar. 8. Proporcionalidade da multa civil aplicada em relação ao montante pago na execução do contrato emergencial firmado pela municipalidade com a empresa Mahfus e Nery. **9. Os valores adimplidos pela Administração devem retornar ao Erário, não havendo como ser invocada a vedação de enriquecimento sem causa embora tenha havido a prestação do serviço contratado, pois o benefício auferido pela Administração é involuntário, tendo por origem a comprovada má-fé dos contratantes. Inteligência do art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93. 10. Cabível a determinação de ressarcimento integral do dano (inciso II do art. 12 da Lei n. 8.429/92), uma vez configurado o ato ímprobo, bem como a nulidade da contratação.** (grifos acrescentados)

(TJRS, Apelação Cível N. 70053874285, Terceira Câmara Cível, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 25/09/2014)

Na mesma toada, destacam-se inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao menos em ações diversas da improbidade administrativa, que condicionam o ressarcimento dos contratados pelos gastos incorridos até a declaração de nulidade do contrato administrativo ao fato de eles não terem agido com má-fé:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. CONTRATANTE QUE DEU CAUSA À INVALIDAÇÃO DO INSTRUMENTO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. SÚMULA 83/STJ. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. O Tribunal *a quo*, em virtude da nulidade de contrato administrativo celebrado sem realização de procedimento licitatório devido, afastou o dever de indenizar da Administração ao entender que os agravantes deram causa à invalidação do instrumento. 2. No tocante à levantada contrariedade ao art. 22 da Lei 8906/94 e ao art. 59 da Lei 8666/93, o acórdão recorrido harmoniza-se com a orientação pacífica do STJ de que não há o dever de indenizar por parte da Administração nos casos de ocorrência de má-fé ou de ter

o contratado concorrido para a nulidade. Incidência da Súmula 83/STJ. (grifos acrescidos) (STJ, AgRg no REsp 1394161/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. [...] 4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. **A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado.** 5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé. (grifos acrescidos) (STJ, REsp 579.541/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONSTATADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. **1. Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.** (grifos acrescidos) (STJ, AgRg no Ag 1056922/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ÔNUS DA PROVA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DEVER DE INDENIZAÇÃO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. [...] 2. O acórdão recorrido está em sintonia com entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a vedação do enriquecimento sem causa impede a Administração Pública de deixar de indenizar o contratado pelos serviços efetivamente prestados (excluído o lucro do negócio), sob o argumento de ausência de licitação e inobservância de requisitos formais do contrato. **O ente público somente pode se eximir do pagamento em caso de má-fé do contratado ou quando o último concorre para a nulidade**, circunstâncias não descritas pelo acórdão impugnado. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (grifos acrescentados) (STJ, REsp 1749626/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019)⁴

Importante ainda ressaltar que a declaração de nulidade não se confunde com a rescisão unilateral do contrato administrativo. São situações díspares e que ensejam consequências distintas. No dizer de Lucas Rocha Furtado:

Outra hipótese que pode resultar na extinção do contrato é a anulação dos contratos que se distingue da rescisão porque esta pressupõe a validade do próprio contrato, assim como a validade da própria licitação. Somente parece-nos viável, portanto, a rescisão de contrato que tenha sido celebrado com a observância de todos os procedimentos legais, do contrário deverá ele ser anulado. Ademais, a rescisão unilateral legitima os pagamentos até então efetuados com base no contrato, ao passo que a declaração de nulidade, por operar retroativamente, permite que seja questionada a totalidade dos pagamentos. (FURTADO, 2007, p. 559-560)

A rescisão, que se opera em virtude do descumprimento de obrigações contratuais ou legais, pressupõe a validade do contrato, ao passo que a declaração de nulidade é medida que se impõe quando a Administração tem conhecimento posterior de irregularidades, em virtude de falha sua (dispensa irregular de licitação, contratação direta indevida, edital que restringe indevidamente a competição etc.) ou por má-fé do contratado (quando este pratica sobrepreço,

⁴ Em sentido similar: AgRg no Ag 1056922/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.3.2009; REsp 1.143.969/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 07/11/2017; AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJe de 09/03/2016; AgRg no AREsp 275.744/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17.6.2014; REsp. 1.148.463/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 6.12.2013; AgRg no REsp 1.383.177/MA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013; AgRg no REsp n. 1.394.161/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 16/10/2013; REsp n. 448.442/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 24/09/2010; AgRg no Ag 1.134.084/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 29/06/2009; AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009; AgRg no AREsp 5.219/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2/6/2011; REsp 928.315/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2007; REsp n. 579.541/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/04/2004.

age em conluio com outros licitantes, frauda a constituição de pessoa jurídica participante de certame, omite informações ou adultera documentos). E é justamente nessa última hipótese, em que o contratado concorre para a nulidade ou age com má-fé, que se deve pleitear a restituição da íntegra do contrato, sob pena de se negar validade ao pressuposto amplamente aceito de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

Todavia, são raros os casos nos quais, em sede de improbidade administrativa, a devolução integral do valor do contrato pelo particular tenha sido efetivamente determinada pelo Poder Judiciário brasileiro; prevalece, no mais das vezes, uma aplicação estreita do princípio da vedação ao enriquecimento sem (justa) causa, em desconsideração à regra emanada do art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993.

Por essa razão, defende-se a construção de uma alternativa, em que haja indenização do contratado apenas pela parcela do contrato que ele tenha efetivamente executado, mas com desconto de eventuais lucros. Trata-se de uma situação intermediária: não seria possível falar em enriquecimento sem causa da Administração Pública (pois esta não receberia os custos dos serviços prestados ou dos bens fornecidos em seu favor), mas também seria reprimido o enriquecimento ilícito do particular (que por óbvio não deveria lucrar a partir de sua atuação ilegal), desestimulando novas práticas irregulares. É a distinção entre o que se convencionou chamar de “*teoria do produto bruto*” e “*teoria do produto bruto mitigado*”.

Para melhor demonstrar os fundamentos do posicionamento defendido na presente pesquisa, mostra-se oportuno examinar ditas teorias com a merecida profundidade

3 TEORIAS DO PRODUTO BRUTO E DO PRODUTO BRUTO MITIGADO NAS CORTES DE CONTAS

A estrutura da presente exposição coincide, com algumas diferenças e acréscimos, com a linha de raciocínio desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) por ocasião de tomada de contas especial da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) e adotada no Acórdão TCU 130/2019 - Plenário, Rel. Raimundo Carreiro, de 30/01/2019.

Conforme a teoria do produto bruto, quando há fraude em licitação, a in-

tegralidade da verba pública paga ao contratado é considerada dano ao Erário e deve ser restituída, abrangidos custos (diretos e indiretos), lucro, despesas indiretas e sobrepreço. Considerando que o risco do negócio corre por conta do contratado, este não pode alegar execução parcial ou total do objeto do contrato e detém toda a responsabilidade por ilícitos cometidos no âmbito contratual. Dita teoria equivaleria à tese da devolução da íntegra do contrato nas hipóteses de anulação do contrato administrativo, em virtude de má-fé do contratado: todo o valor por ele percebido é tido como ilícito, contaminado pela ilegalidade praticada.

Tal entendimento é amparado pelo já referido art. 49, § 2º, da Lei 8.666/1993, segundo o qual um procedimento licitatório nulo tem por consequência a nulidade do contrato dela resultante, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 da mesma lei. E essa linha de pensamento é convergente com a teoria geral do negócio jurídico, originária do Direito Civil, segundo a qual a declaração de nulidade de ato ou negócio jurídico produz efeitos *ex tunc*, retroagindo ao instante de sua celebração.

O TCU vem empregando com frequência essa teoria em tomadas de contas especiais referentes a convênios, conforme se depreende dos seguintes enunciados:

Considera-se como prejuízo em valores integrais a aplicação dos recursos do convênio em objeto que se revela inservível ou sem funcionalidade após a sua execução, completa ou parcial. (TCU, Acórdão 2.812/2017 – Primeira Câmara)

A execução parcial do objeto pactuado aliada à imprestabilidade da parcela realizada permite a condenação do responsável pelo valor total dos recursos repassados pelo convênio. (TCU, Acórdão 494/2016 – Segunda Câmara)

Nos casos de execução parcial de objeto de convênio, em que a fração executada não possa ser aproveitada para os objetivos do convênio, impõe-se a devolução integral dos recursos federais repassados. (TCU, Acórdão 5.661/2014 – Primeira Câmara)

Quando o objeto de convênio é executado parcialmente e não se vislumbra a possibilidade de aproveitamento do que foi realizado para posterior conclusão, aduz-se que houve completo desperdício dos recursos repassados, os quais devem ser integralmente devolvidos aos cofres federais. (TCU, Acórdão 5.175/2013 – Primeira Câmara)

Nota-se que condenações de gestores de convênios, cujos empreendimentos se mostram inúteis ou inadequados às funções a que se destinam, englobam

a totalidade dos valores repassados pelos órgãos federais. Todavia, como regra geral, a jurisprudência tem entendido excessiva a aplicação da teoria do produto bruto para casos de nulidade contratual, mesmo que para esta tenha concorrido o contratado, sob o argumento de que se trataria de enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Nesse contexto, uma teoria intermediária seria a denominada “*teoria do produto bruto mitigado*”, conforme se extrai do Acórdão TCU 130/2019:

76. Por outro lado, **nas situações em que a contratada der causa à nulidade, a contrario sensu, não faz sentido aplicar a interpretação tradicional do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993, devendo a indenização à contratada obedecer a outro critério. A saída alvitrada nesses casos para que não seja aplicada a teoria do produto bruto – por ser excessiva e levar ao enriquecimento ilícito do Estado – é a adoção da teoria do produto bruto mitigado**, um abrandamento que corrige as distorções da primeira teoria (produto bruto) e se adere melhor ao nosso ordenamento jurídico. (grifos acrescidos) (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

Prossegue a análise com esclarecedor delineamento da teoria do produto bruto mitigado:

77. A teoria do produto bruto mitigado busca atender ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito da Administração, bem como do contratado, que não pode enriquecer com o lucro do ilícito, sem olvidar, porém, que o poder público deve agir de forma severa em relação aos infratores que causem lesões aos cofres estatais por atos ilícitos. Por essa teoria, **a contratada teria direito de receber como indenização os custos reais por ela suportados para cumprir as obrigações contratuais até a declaração de nulidade do contrato, mas apenas estes custos. Dessa forma, o lucro ou remuneração por ela obtido em função do exercício de sua atividade não seria passível de ressarcimento pela Administração (muito menos, por óbvio, o sobrepreço eventualmente existente no contrato)**. (grifos acrescidos) (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

E conclui:

9. Ante o que consta nos autos, considero adequada a análise efetuada pela SeinfraOperações com o intuito de quantificar o débito. Entendo também adequada a data de ocorrência dos débitos sugerida pela unidade técnica, que adotou uma abordagem conservadora e favorável aos responsáveis, além de ser consonante com a jurisprudência desta Casa citada no relatório precedente.

10. Releva mencionar que a modalidade de quantificação do dano aplicada na presente tomada de contas especial, denominada de

“produto bruto mitigado”, na qual, **em situações de comprovada má-fé do contratado, a indenização por serviços executados limita-se exclusivamente aos custos incorridos na consecução do objeto, não fazendo o contratado jus à margem de lucro relativa aos itens executados**, foi chancelada pelo Tribunal quando julgou o TC 010.851/2016-0 e prolatou o Acórdão nº 1.306/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro. (grifos acrescidos) (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

Desse modo, à luz da teoria do produto bruto mitigado, do valor total pago pelo contratante ao contratado, deve-se descontar o custo comprovado ou estimado, limitado ao custo de mercado, que a empresa teve para executar o empreendimento, e a diferença entre esses dois valores é o que deve ser ressarcido ao poder público pela empresa executora. Por esse método, tanto se evita o indesejado enriquecimento ilícito da Administração, quanto se desestimulam comportamentos ilícitos das empresas licitantes e contratadas, que passarão a adotar maiores cautelas com o receio de sofrerem sanções que sejam desabonadoras e gravosas ao seu patrimônio.

Ainda nos termos do referido acórdão do TCU:

79. A teoria do produto bruto, nesse aspecto, é mitigada pela obrigação de o poder público descontar, do valor total que pagou à empresa que deu causa à nulidade, os custos demonstrados, resultando, assim, em um valor menor de imputação de débito à contratada. Por custos da contratada deve-se entender, no caso de um orçamento típico de obra pública, os custos diretos da planilha orçamentária efetivamente executados, somados às despesas indiretas que usualmente fazem parte do BDI [Benefícios e Despesas Indiretas] do contrato, excluindo-se, obviamente, o lucro (remuneração) contratual declarado como parcela ou componente do BDI. (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

Sobre o tema, a doutrina tem escrito:

[...] o TCU, buscando aderência às melhores práticas internacionais, emplacou a Teoria do Produto Bruto Mitigado no bojo do Acórdão 1306/2017-TCU-Plenário (BRASIL, 2017), construindo um referencial jurisprudencial para se glosar o lucro declarado pela empresa em caso de obtenção do contrato por meio de fraude, como o pagamento de propinas.

Nesse diapasão, há ainda decisões de Tribunais dos EUA favoráveis à glosa dos lucros, tão bem como casos de recuperação do lucro por conta de atividades ilícitas em países como Alemanha, Itália e Suíça. Por fim, dentro do disciplinado no artigo 884 do Código Civil, no inciso I do artigo 19 da Lei Anticorrupção, e no artigo 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa, a sociedade empre-

sária interessada na leniência não pode deter o lucro dos contratos maculados. Em suma, há critérios vários e robustos que sustentam a pertinência em se devolver os valores equivalentes ao lucro nos contratos envolvidos com o pagamento de propinas. (GOMES; ARA-GÃO NETO; BUGARIN; GAMA, 2018, p. 15-16)

A teoria do produto bruto mitigado havia sido anteriormente empregada pelo TCU por ocasião do Acórdão 1306/2017-Plenário (auditoria em contratos de operação do navio-sonda Vitória 10.000). A referida Corte de Contas determinou cautelarmente à contratante (Petrobrás) que limitasse os pagamentos a partir daquela decisão aos custos diários diretos e indiretos que a contratada suportava pela execução do contrato analisado naqueles autos:

9.2. determinar à Petrobras que, na qualidade de contratante, líder do consórcio e operadora do Bloco BM-S-09:

9.2.1. retenha a totalidade dos pagamentos ainda não efetuados à Deep Black Drilling LLP no âmbito do contrato de afretamento do navio-sonda Vitória 10.000; e

9.2.2. em relação ao contrato de prestação de serviços de perfuração do referido bloco, celebrados com a Schahin Engenharia S.A., atualmente denominada Base Engenharia e Serviços de Petróleo e Gás S.A., **limite os pagamentos ainda não efetuados aos valores correspondentes aos custos diários diretos e indiretos efetivamente incorridos pela contratada**, estimados preliminarmente em US\$ 54.220,00. (grifos acrescidos) (TCU, Acórdão 1.306/2017-Plenário, rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017)

O trecho abaixo do Acórdão 1306/2017 - Plenário esclarece como a questão foi enfrentada e a teoria do produto bruto mitigado aplicada nesse relevante precedente:

Inicialmente, a unidade técnica calculou os referidos custos diários diretos e indiretos em US\$ 361.477,00, na forma especificada no relatório. O atual titular da SeinfraOperações, entretanto, se manifestou pela retenção da totalidade do pagamento pendente relativo ao contrato de afretamento da embarcação, promovendo-se apenas o pagamento referente aos custos diários diretos e indiretos do contrato de prestação de serviços, limitado ao valor de US\$ 54.220,00 (corresponde a 15% do valor inicialmente levantado pela unidade técnica, levando-se em conta a proporção dos serviços de perfuração no total do DSC).

Concordo com o último posicionamento da unidade instrutiva. Em juízo de conhecimento não exauriente, **o objetivo da retenção cautelar parcial de pagamentos é o de evitar eventual aumento do dano à Petrobras decorrente de nulidade dos contratos fraudados. A autorização para o pagamento dos custos diretos e indiretos referentes ao contrato de prestação de serviços, por sua vez, visa mitigar o perigo reverso de-**

corrente de eventual retenção total de valores. (grifos acrescentados) (TCU, Acórdão 1.306/2017-Plenário, rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017)

O argumento utilizado foi o de que, embora nulo o negócio jurídico, as contratações geraram serviços e bens fruídos pela contratante, cujos custos, portanto, deveriam descontados do valor total do produto bruto calculado:

É nesse sentido que foi adotada metodologia de ressarcimento seguindo critérios de justiça e equidade com base na <Teoria do Produto Bruto>.

[...]

99. Nesse estudo é demonstrado que o marco legal brasileiro adota a teoria do produto bruto com fundamento no Decreto 5687, de 31 de janeiro de 2006 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), no Código Penal, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Lavagem de Dinheiro.

[...]

100. Mesmo assim, faz-se necessário descontar do valor total a ser restituído a Petrobras os custos efetivamente incorridos pela Schahin, visto que o negócio de perfuração de sondas é lícito. Com isso, embora nulo o negócio jurídico e inválidos os seus atos, as contratações da operação da sonda geraram serviços e bens fruídos pela estatal, cujos custos, portanto, devem ser excluídos do cálculo do valor total do produto bruto calculado. São essas as diretrizes do estudo supracitado [tese de doutorado defendida na Universidad de Salamanca pelo Advogado da União, André Luiz de Almeida Mendonça, com o título "Sistema de principios para la recuperación de activos procedentes de la corrupción"]:

‘Por lo tanto, en definitiva, el principio de integridad significa que el montante a ser restituído al Estado en función del acto corrupto o ímprobo debe representar la exacta reconstitución de las consecuencias patrimoniales y extra patrimoniales causadas por el ilícito según parámetros de justicia y equidad. Para tanto, es indispensable que la cuantificación del montante a ser resarcido considere (i) el producto bruto del ilícito, pero, tratándose de ilícito en el negocio y en la medida de la utilidad experimentada por el Estado, admitiéndose al acusado postular el descuento de los costes lícitos, directos, y razonables por él comprobadamente realizados en la ejecución del objeto del contrato; (ii) la reparación de los daños materiales causados sin incidencia de bis in idem, y; (iii) la reparación de los daños extra patrimoniales o morales según parámetros de proporcionalidad en función de las características del agente y del acto. Así, se garantiza la justa reparación sin enriquecimiento ilícito de uno u otro lado, bien como sin que el daño y riesgo de la conducta sea soportado por la propia sociedad, ya victimizada por el ilícito.’

101. **Afigurar-se-ia incompatível com o Estado de Direito admitir que um agente que compôs uma contratação fraudulenta pudesse reter o lucro decorrente de tal negócio jurídico inválido. Concordar com tal possibilidade representaria tratar de igual forma contratos legais e ilegais, premiando o infrator da lei, o que, definitivamente, não é tolerado pelo Direito. Por outro lado, sob pena de tornar o caminho do criminoso vantajoso, não é possível aceitar que a empresa tenha lucro**

com a atividade ímproba. Assim, considera-se como fonte de restituição toda a riqueza relacionada direta ou indiretamente a partir de corrupção ou improbidade.

20. Sobre a mencionada “teoria do produto bruto” e sua aplicação ao caso em exame, o diretor da SeinfraOperações assim se manifestou (peça 76):

“7. O objetivo da restituição de lucros é impossibilitar que o agente se beneficie em decorrência do ato ilícito e tome vantagem financeira real advinda de prática irregular. O embasamento jurídico para esse encaminhamento está calcado na Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), na restrição ao enriquecimento sem causa do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), e no conceito de *disgorgement* (restituição de lucros obtidos ilicitamente), oriundo do *comom law* e acolhido tanto pelo código civil brasileiro, quanto por princípios e decisões jurídicas nesse sentido.

[...]

9. Somado às prerrogativas da lei de licitações, o conceito de *disgorgement* albergado no relatório de auditoria possui como pilar a possibilidade de calcular as perdas sofridas pela parte lesada, com a quebra contratual, a partir dos lucros auferidos pela outra parte. Com origem no direito inglês, pode ser descrito como a restituição do lucro obtido pelo autor da violação de um direito alheio. O dicionário legal da Universidade de Cornell define o termo como:

Um remédio que impõe à parte que auferiu lucros diante de condutas ilegais ou atos faltosos o dever de restituir os lucros auferidos diante da conduta ilegal ou do ato faltoso. O propósito deste remédio é prevenir o enriquecimento ilícito.

10. O *disgorgement* pode ser aplicado para se obter a reparação integral de danos (previsto no Artigo 74 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias). **O instituto pode ser aplicado para embasar o cálculo do quantum indenizatório devido ao promissário no lucro que o promitente auferiu ao incorrer em contrato ilícito a ser anulado. Tais circunstâncias são também ratificadores das conclusões da equipe desta unidade técnica e explicação sobre a teoria do produto bruto** (parágrafos 95-101 do relatório de auditoria e evidência 35 [peça 70] – artigo Princípio da Integridade) (grifos acrescidos) (TCU, Acórdão 1.306/2017-Plenário, rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017)⁵

Considerando, por exemplo, a responsabilidade por improbidade administrativa, é possível extrair das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 uma interpretação normativa que permite verificar presentes os elementos da teoria do produto bruto mitigado. Nos termos de seus incisos I, II e III, as cominações que podem ser aplicadas ao responsável pelo ato de improbidade envolvem, dentre outras, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento integral do dano. Essas sanções, aplicadas cumulativamente

⁵ Como adendo, cabe ainda informar que, em 25/8/2017, o Ministro Edson Fachin do STF negou seguimento a mandado de segurança impetrado pelas empresas responsáveis do caso tratado no acórdão do parágrafo acima, convalidando o entendimento pacífico daquela Corte Suprema acerca da competência constitucional do TCU para aferir a regularidade dos repasses de recursos públicos a terceiros que contratam com a Administração Pública (STF, MS 35004, Relator(a): Min. Edson Fachin, j. 25/08/2017, publicado em DJe-193 DIVULG 29/08/2017 PUBLIC 30/08/2017).

ou não, dependerão da análise concreta do ato de improbidade praticado.

Novamente, conforme o Acórdão TCU 130/2019:

84. O art. 6º da Lei de Improbidade define que “no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”, o que é substancialmente diferente do que dispõe o art. 5º. A título de exemplo, em um caso de improbidade cujo ato se relacione a conduta vedada pela lei e diga respeito a um contrato superfaturado, o “ressarcimento integral do dano” corresponderia ao superfaturamento da parcela paga desse contrato (proveniente do sobrepreço, ou preço contratado acima do valor de mercado), enquanto os “bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio” do agente ímprobo (ou terceiro beneficiado) seria o lucro que esse agente ou empresa contratada obteve pela execução do contrato. Se o lucro não tivesse que ser devolvido à Administração pela empresa ímproba, estaria ela se enriquecendo ilicitamente às custas do poder público a partir da prática do ato vedado que concorreu com esta circunstância (enriquecimento ilícito).

85. **Daí não ser exagerado concluir que a teoria do produto bruto mitigado encontra respaldo na lei de improbidade administrativa nos casos em que o ato lesivo se relacione a ilícitos praticados em contratos administrativos**, uma vez que as sanções apenas não atingem os custos demonstráveis pela empresa na execução do contrato, cabendo a ela ressarcir o valor superfaturado e perder o lucro obtido pela execução do contrato, por enriquecimento ilícito. (grifos acrescidos) (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

Há ainda julgado do TCE/SC que, embora sem citá-la expressamente, endossa as diretrizes da teoria do produto bruto mitigado:

Tratam os autos de Tomada de Contas Especial instaurada para apurar irregularidades na contratação por inexigibilidade de licitação, promovida pela Prefeitura Municipal de Florianópolis, de empresa para a criação, execução, montagem e desmontagem de árvore de natal.

A empresa contratada para montagem e manutenção da árvore de Natal, em alegações de defesa, requereu indenização pela realização parcial do objeto contratado. **O Relator argumentou que “apesar de a empresa realmente não possuir direito à indenização integral da contratação, os custos diretos e indiretos dos serviços (custos incorridos na execução do objeto contratual) que efetivamente tenham sido prestados devem ser ressarcidos, mesmo quando presente a má-fé, na forma do art. 884 do Código Civil, com fulcro na vedação ao enriquecimento ilícito da Administração Pública, excluindo-se os lucros e, obviamente, o eventual sobrepreço neles contido”**. (grifos acrescidos) (TCE/SC - 09/00672153. Rel. Cons. Adircélio de Moraes Ferreira Júnior. Informativo de Jurisprudência do TCE/SC - N. 041 - Período - 01 a 31 de outubro de 2017)

Cumpra ressaltar, também, que, além do lucro obtido pelo contratado, todas as outras parcelas que não compoñham o custo básico do objeto efetivamente executado devem ser ressarcidas, tais como eventual superfaturamento e parcelas ilícitas em si mesmas (“propina”, por exemplo).

4 A POSIÇÃO DO STJ E DA DOUTRINA

No âmbito do Direito Administrativo, o STJ tem adotado interpretação consentânea com a teoria do produto bruto mitigado, embora sem citá-la nominalmente, ao decidir sobre contratos administrativos eivados de vício na formação capaz de ensejar nulidade.

De fato, há decisões em que o STJ admite, mesmo em situações de comprovada má-fé do contratado, a indenização por serviços executados, porém, limitando-a aos custos básicos incorridos na consecução do objeto (teoria do produto bruto mitigado). É o que se verifica nos seguintes precedentes: REsp n. 1.188.289/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 13/12/2013; REsp n. 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 24/05/2012; REsp 448442/MS, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/09/2010; AgRg no Ag 1134084/SP, Relator: Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29/06/2009; REsp 928315/MA, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma DJ 29/06/2007; REsp 662924/MT, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 01/07/2005; REsp 408785/RN, Relator: Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 30/06/2003.

Pela didática com que foi redigido, transcreve-se a ementa do REsp n. 1.153.337/AC:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA E ACÇÃO DE COBRANÇA. LICITAÇÃO. NULIDADE. CONCORRÊNCIA DO PARTICULAR. OBRA EFETIVAMENTE ENTREGUE CONFORME AS ESPECIFICAÇÕES DO EDITAL. INDENIZAÇÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 49 DO DECRETO-LEI 2.300/86 (ATUAL ART. 59 DA LEI 8.666/93).

1. Argumenta a autarquia federal que o artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86 (atualmente artigo 59 da Lei 8.666/93) “estabelece como condição para o dever de indenizar o contratado a não imputabilidade da irregularidade que motivou a nulidade do contrato firmado com a Administração”, o que não ocorreu no caso em que foi constatada a participação da contratada na nulidade contratual em virtude de superfaturamento da obra.

2. O caput da regra geral estabelece para todos os casos de nulidade do contrato administrativo, o retorno ao estado anterior à avença

(Art 49. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos) exatamente como ocorre no direito privado (art. 182 do CC/02). O parágrafo único protege o contratante de boa-fé que iniciou a execução do contrato, merecedor, portanto de proteção especial à sua conduta (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, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa).

3. Em relação ao contratado de má-fé, não lhe é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato - retorno ao estado anterior, prevista no caput do artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86. Esse retorno faz-se com a recolocação das partes no estado anterior ao contrato, o que por vezes se mostra impossível, jurídica ou materialmente, como ocorre nos autos (obra pública), pelo que as partes deverão ter seu patrimônio restituído em nível equivalente ao momento anterior, no caso, pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro.

4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1153337/AC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012)

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONVÊNIO PARA REALIZAÇÃO DE EVENTO NATALINO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. BOA-FÉ DO CONTRATADO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE INDENIZAR. PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS SEM QUALQUER MARGEM DE LUCRO. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 7/STJ.

[...] 4. É pacífico no STJ que, embora o contrato ou convênio tenha sido realizado com a Administração sem prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços efetiva e comprovadamente prestados, ressalvadas as hipóteses de má-fé ou de ter o particular concorrido para a nulidade. Nesses casos excepcionais, o pagamento, à título de ressarcimento, será realizado «pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro» (REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24/5/2012, grifo acrescentado).

5. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, negar-lhe provimento. (grifos acrescentados) (STJ, AREsp 1522047/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 1/10/2019, DJe 11/10/2019)

Entendeu-se, nesses casos, que do contratado de má-fé não é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato, em que o retorno ao *status quo ante* pode envolver a necessidade de indenização

por efeitos de desconstituição impossível, como os serviços devidamente prestados. Todavia, decidiu-se que o contratado infrator não faria jus à margem de lucro relativa aos itens executados, os quais deveriam ser indenizados somente pelo valor do custo de produção. Assim seria respeitado o princípio da proibição do enriquecimento sem causa em relação à Administração.

Na doutrina administrativista, já havia autores que sustentavam essa tese também para os casos de má-fé do contratado em relação à nulidade contratual. Nesse sentido, traz-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Sem embargo, salvo se esteve conluiado com a Administração na ilegalidade, não sendo possível repor o *status quo ante*, terá de ser acobertado pelas despesas que fez em relação ao que a Administração haja aproveitado e incorporado em seu proveito. **O princípio do enriquecimento sem causa abona esta solução, até mesmo nos casos em que tenha havido má-fé. Este acobertamento deverá ser pelo exato valor a ser pericialmente apurado, e que corresponderia à vantagem auferida pela Administração, ainda que o dispêndio do contrato haja sido maior; e, evidentemente, a ele não assistirá direito a qualquer lucro ou remuneração por aquilo que empreendeu. Também nessa hipótese não será resguardado dos prejuízos indiretos ou seja, dos proveitos que acaso haja deixado de auferir em razão da vinculação contratual.** (grifos acrescidos) (MELO, 2011, p. 667)

Em sentido equivalente, Marçal Justen Filho:

Ainda que o terceiro não tenha atuado de boa-fé, a proclamação do vício não autoriza que a Administração se invista na titularidade da prestação sem qualquer remuneração ao particular. Isso equivaleria a uma sanção de confisco, que não é admitida em nosso direito. **Nesse caso, caberá indenizar o particular, mas com a eliminação de qualquer margem de lucro - diversamente do que se passará caso se configure a boa-fé do particular.** Se houve boa-fé, deve-se indenizar o particular exatamente pelo valor da proposta que formulara, com todos os acréscimos que lhe seriam assegurados se a contratação fosse válida. (grifos acrescidos) (JUSTEN FILHO, 2015, p. 553)

Observando os julgados da Corte Superior e as manifestações dos doutrinadores, percebe-se que a aplicação das normas do Direito Administrativo pátrio em conjunção com os princípios consagrados do direito advindos da esfera privada conduziu a soluções idênticas às que seriam obtidas com o uso da teoria do produto bruto mitigado. Ao contratado de má-fé, que concorreu para eivar de nulidade o contrato firmado com a Administração, impõe-se a devolução dos custos despendidos na execução, abatendo-se do débito o montante referente aos lucros.

Cumpramos ainda destacar a existência do Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013 no âmbito federal, a qual, por seu turno, dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Trata-se de texto normativo que, com a finalidade de quantificar os valores a serem devolvidos pela pessoa jurídica, estabelece a necessidade de se incluir o lucro ou vantagem auferida/preendida no ato ilícito:

Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, **o qual também conterá a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.**

[...]

§2º O valor da vantagem auferida ou pretendida **equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo**, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.

§3º Para fins do cálculo do valor de que trata o §2º, serão **deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados** ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido. (grifos acrescidos)

No mesmo sentido, a Instrução Normativa CGU/AGU n. 2/2018, atinente à metodologia de cálculo do valor a ser ressarcido nos acordos de leniência firmados pela Controladoria-Geral da União (CGU), no item 3 de seu Anexo I, lança mão de critério plenamente identificável com a teoria do produto bruto mitigado, e que abre caminho para o cômputo do ressarcimento com base no lucro “ou enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito”:

Anexo I

[...] 3. No que se refere ao ressarcimento aos entes lesados, a orientação vigente sobre o valor a ser ressarcido aos entes públicos lesados, no âmbito de acordo de leniência, consigna dois tipos de rubricas:

i. Rubrica com natureza de sanção: a multa administrativa da LAC; e
ii. **Rubrica com natureza de ressarcimento: a vantagem indevida auferida ou pretendida no âmbito de suas relações com a administração pública em geral. Composta por três categorias de valores, a saber:**

1. somatório de eventuais danos incontroversos atribuíveis às empresas colaboradoras;
2. somatório de todas as propinas pagas; e
3. **lucro ou enriquecimento que seria razoável se não houvesse o ato ilícito.** (grifos acrescidos)⁶

⁶ Note-se que as três categorias de valores que integram a rubrica com natureza de ressarcimento abrangem não só o

A devolução dos lucros ao Erário não provoca qualquer enriquecimento da Administração Pública e também impede o enriquecimento indevido do contratado, cujo ajuste contratual está contaminado pela improbidade administrativa.

Ao participar de uma contratação ilegal, que não poderia ter sido concretizada, o particular não pode auferir lucros, sob pena de se aproveitar da sua própria torpeza. Deve ser aplicado nesse ponto, analogicamente, o mesmo raciocínio utilizado quanto ao possuidor de má-fé em relação aos frutos, previsto no art. 1.216, parte final, do Código Civil, que assevera:

Art. 1.216 O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

Com efeito, o lucro pretendido pelo contratado não deixa de ser uma espécie de frutos civis do dinheiro aplicado para a execução do contrato, o que, guardadas as devidas proporções, autoriza a aplicação do mesmo raciocínio. Assim, reconhecendo a nulidade do contrato em virtude da prática de atos de improbidade, que pressupõe má-fé, o contratado deve devolver parte dos valores recebidos, ao menos à razão direta do montante correspondente aos lucros auferidos com o contrato. Ressalte-se que esse entendimento tem o objetivo evitar um mal maior, haja vista alguns julgados isentarem os contratados, ainda que ímprobos, de devolverem qualquer quantia, bastando que tenham executado as obrigações contratuais.

Além disso, é possível chegar à mesma conclusão a partir das previsões da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) introduzidas pela Lei n. 13.655/2018. De fato, dispõe o art. 21, *caput* e parágrafo único, da LINDB:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

lucro, mas também os danos incontroversos (superfaturamento) e os valores ilícitos em si mesmos (propinas).

Sobre o dispositivo, leciona a doutrina que “a LINDB admitiu o saneamento do ato jurídico quando os efeitos nocivos do seu desfazimento forem muito significativos”. Nesse sentido, a nulidade do contrato deve passar pela análise dos efeitos que poderá produzir, “de modo a evitar o desfazimento de atos que, embora defeituosos, produziram efeitos consolidados ou cujo desfazimento for apto a comprometer valores protegidos pela ordem jurídica” (JUSTEN FILHO, 2019).

Em sentido similar, o art. 27, *caput*, do mesmo diploma legal:

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

Especificamente sobre o art. 59 da Lei n. 8.666/93, o mesmo autor esclarece:

1) A superveniência da Lei 13.655/2018

O art. 59 da Lei 8.666/1993 deve ser interpretado de modo consentâneo com as previsões introduzidas supervenientemente pela Lei 13.655/2018, que incluiu dispositivos no Dec.-lei 4.657/1942. O reconhecimento da existência de vício na contratação não impõe, como solução necessária inafastável, a desconstituição do vínculo, com efeitos retroativos. Admite-se a preservação do contrato, tal como a modulação dos efeitos da pronúncia do vício. Isso significa que uma contratação eivada de vícios pode ter a sua execução preservada.

A solução poderá ser acompanhada de medidas destinadas a eliminar os defeitos e os seus efeitos danosos. Se for o caso, caberá adotar providências de cunho compensatório, destinadas a suprimir vantagens ou benefícios indevidos.

A determinação contida no art. 59 da Lei 8.666/1993 refletia uma concepção jurídica vigente no passado, que adotava o pressuposto radical de que a nulidade se constituía em obstáculo à produção de efeitos jurídicos. Essa concepção já deixara de ser praticada a propósito do vício jurídico mais grave, que é a inconstitucionalidade. Durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade produzia efeitos retroativos necessários, eis que um ato inconstitucional era considerado como inexistente. Mas a Lei 9.868/1999 admitiu a modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

Uma orientação similar foi consagrada nos arts. 20 e 21 do Dec.-lei 4.657/1942 (com a redação da Lei 13.655/2018), tal como será mais bem exposto adiante. (JUSTEN FILHO, 2019)

Em síntese, há robustos fundamentos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais para que se busque, de forma alternativa ou subsidiária à devolução da

íntegra do contrato, ao menos o ressarcimento os lucros obtidos pela empresa com o contrato nulo que celebrou de má-fé com a Administração (sem prejuízo de eventual sobrepreço e de “propinas” porventura pagas).

5 CÁLCULO DO LUCRO PARA FINS DE RESSARCIMENTO

Concluída essa perspectiva, porém, deve-se perquirir acerca da metodologia de aferição do valor do lucro a ser devolvido ao erário, na aplicação da teoria do produto bruto mitigado. Isso porque, ao se adotar a tese da devolução do lucro, é preciso quantificá-lo à luz do caso concreto, o que pode se dar de diversas formas.

Em obras de engenharia, é usual que conste da própria proposta do licitante o denominado BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) ou LDI (Lucro e Despesas Indiretas), rubricas que incluem o lucro previsto para aquela determinada obra, nos termos do Decreto n. 7.983/2013⁷ e da jurisprudência do TCU (acórdãos n. 3.034/2014 - Plenário⁸ e n. 2.622/2013 - Plenário⁹, por exemplo). Daí que nesses casos revela-se mais simples extrair o percentual de lucro que deverá ser devolvido.

Nesse sentido, trecho do Acórdão n. 130/2019 - TCU, já transcrito acima:

79. A teoria do produto bruto, nesse aspecto, é mitigada pela obrigação de o poder público descontar, do valor total que pagou à empresa que deu causa à nulidade, os custos demonstrados, resultando, assim, em um valor menor de imputação de débito à contratada. Por custos da contratada deve-se entender, no caso de um orçamento típico de obra pública, os custos diretos da planilha orçamentária efetivamente executados, somados às despesas indiretas que usualmente fazem parte do BDI [Benefícios e Despesas Indiretas] do contrato, **excluindo-se, obviamente, o lucro (remuneração) contratual declarado como parcela ou componente do BDI.**

Caso não haja o lucro ou remuneração discriminado como componente do BDI, podem ser utilizados os parâmetros estabelecidos para o referido compo-

⁷ Art. 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo: [...] IV – taxa de lucro.

⁸ “Na composição do BDI de obras públicas devem ser considerados somente os custos alocados com base em critérios de rateio ou em estimativas ou aproximações, tais como: administração central, riscos, seguros, garantias e despesas financeiras, além da remuneração da empresa contratada e tributos incidentes sobre o faturamento.” (TCU, Acórdão nº 3.034/2014 - Plenário)

⁹ A taxa de BDI deve ser formada pelos componentes: administração central, riscos, seguros, garantias, despesas financeiras, remuneração do particular e tributos incidentes sobre a receita auferida pela execução da obra. Custos diretamente relacionados com o objeto da obra, passíveis de identificação, quantificação e mensuração na planilha de custos diretos (administração local, canteiro de obras, mobilização e desmobilização, dentre outros), não devem integrar a taxa de BDI. (TCU, Acórdão nº 2.622/2013 - Plenário)

nente pelo TCU, no Acórdão n. 2.622/2013, Plenário, conforme o tipo de obra ou serviço de engenharia:

Tabela 1: Parâmetros estabelecidos para o lucro, segundo o TCU

Tipo de obra	1º quartil	Médio	3º quartil
Construção de edifícios	6,16%	7,40%	8,96%
Construção de rodovias e ferrovias	6,64%	7,30%	8,69%
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas	6,74%	8,04%	9,40%
Construção de manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica	8,00%	8,31%	9,51%
Obras portuárias, marítimas e fluviais	7,14%	8,40%	10,43%
Itens de mero fornecimento de materiais e equipamentos	3,50%	5,11%	6,22%

Fonte: Adaptado de Tribunal de Contas da União.

Em outros tipos de serviços, a aferição poderá passar pela análise da documentação contábil da empresa licitante, a fim de aferir o lucro obtido naquele serviço específico (quando houver esse registro mais detalhado) ou o lucro obtido pela empresa em determinado período (cujo percentual poderá ser aplicado ao bem ou serviço objeto do contrato nulo, para fins de determinação do valor a ser devolvido a título de lucro).

Uma possibilidade comum é extrair esse percentual de lucro dos documentos contábeis juntados pela empresa na licitação, em especial a Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), que em geral abrange o lucro do exercício anterior ao da licitação.

De fato, a Lei de Licitações dispõe:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
 I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

Outra alternativa, em especial caso não haja um demonstrativo de resultado econômico acostado ao procedimento de contratação, seria oficial à empresa para que encaminhe o demonstrativo de resultado econômico do mesmo exercício da contratação.

Por fim, quando não for possível a obtenção de dados como esses, afigura-se possível a quantificação do lucro, por estimativa, com base nos percentuais trazidos pela legislação tributária para se apurar o lucro presumido, que serve de base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica, em especial quando a empresa investigada seja optante da referida forma de cálculo do imposto de renda.

Nessas situações, é viável a quantificação do lucro por meio dos percentuais indicados pela legislação tributária para se apurar o lucro presumido, que serve de base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica, conforme Instrução Normativa RFB n. 1700, de 14 de março de 2017:

Art. 33. A base de cálculo do IRPJ, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta definida pelo art. 26, auferida na atividade, deduzida das devoluções, das vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos.

§1º Nas seguintes atividades o percentual de determinação da base de cálculo do IRPJ de que trata o caput será de:

I - 1,6% (um inteiro e seis décimos por cento) sobre a receita bruta auferida na revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;

II - 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida:

a) na prestação de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, fisioterapia e terapia ocupacional, fonoaudiologia, patologia clínica, imagenologia, radiologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, exames por métodos gráficos, procedimentos endoscópicos, radioterapia, quimioterapia, diálise e oxigenoterapia hiperbárica, desde que a prestadora desses serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);

b) na prestação de serviços de transporte de carga;

c) nas atividades imobiliárias relativas a desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda e a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda; e

d) na atividade de construção por empreitada com emprego de todos os materiais indispensáveis à sua execução, sendo tais materiais incorporados à obra;

III - 16% (dezesesseis por cento) sobre a receita bruta auferida:

a) na prestação de serviços de transporte, exceto o mencionado no inciso II do §1º; e

b) nas atividades desenvolvidas por bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, agências de fomento,

caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta; e

IV - 32% (trinta e dois por cento) sobre a receita bruta auferida com as atividades de:

a) prestação de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada;

b) intermediação de negócios;

c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza;

d) construção por administração ou por empreitada unicamente de mão de obra ou com emprego parcial de materiais;

e) construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento de infraestrutura, no caso de contratos de concessão de serviços públicos, independentemente do emprego parcial ou total de materiais;

f) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*);

g) coleta e transporte de resíduos até aterros sanitários ou local de descarte;

h) exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários, inclusive execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros definidos em contratos, em atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais, pelas concessionárias ou subconcessionárias de serviços públicos;

i) prestação de serviços de suprimento de água tratada e os serviços de coleta e tratamento de esgotos deles decorrentes, cobrados diretamente dos usuários dos serviços pelas concessionárias ou subconcessionárias de serviços públicos; e

j) prestação de qualquer outra espécie de serviço não mencionada neste parágrafo.¹⁰

Destaca-se, em sentido similar, o já mencionado Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013 no âmbito federal.

Trata-se de texto normativo que define critérios relevantes para proceder à estimativa de ganhos de sociedade empresária com determinado empreendimento, os quais, por certo, podem servir de baliza para estimar lucros provenientes de contratos de licitação irregulares. Reproduzem-se os artigos pertinentes:

Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, **o qual também conterá a estimativa, sempre**

¹⁰ IN RFB n. 1700/2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=81268&visao=anotado> Acesso em: 26/03/2020.

que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.

[...]

§ 2º O valor da vantagem auferida ou pretendida **equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.**

§ 3º Para fins do cálculo do valor de que trata o § 2º, **serão deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido.**

Art. 21. Ato do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União fixará metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013.

Parágrafo único. Os valores de que trata o caput poderão ser apurados, entre outras formas, por meio de:

I - compartilhamento de informações tributárias, na forma do inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; e

II - **registros contábeis produzidos ou publicados pela pessoa jurídica acusada, no país ou no estrangeiro.**

Art. 22. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR, os percentuais dos fatores indicados nos art. 17 e art. 18 incidirão:

I - sobre **o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica**, excluídos os tributos, no ano em que ocorreu o ato lesivo, no caso de a pessoa jurídica não ter tido faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR;

II - sobre o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou

III - nas demais hipóteses, sobre **o faturamento anual estimável da pessoa jurídica**, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras. (grifos acrescentados)

Além da apuração do lucro por meio dos registros contábeis produzidos ou publicados, merece destaque o fato de que, na impossibilidade de utilização do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração do PAR (Procedimento Administrativo de Responsabilização), é viável o uso do faturamento anual estimável da pessoa jurídica, *“considerando quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras”*.

Outro ponto de vital relevância para apurar o total a ser ressarcido ao erário é, na ocorrência de sobrepreço, a correta apuração do preço de mercado, de modo a identificar a exata fração que o excedeu – lembrando que o valor total

a ser ressarcido, sob os parâmetros estabelecidos pela teoria do produto bruto mitigado, é composto pela soma do lucro com o sobrepreço (quando este ocorrer), bem como com outros valores ilícitos em si mesmos (“propinas” pagas, por exemplo). Repita-se: o único valor que não é cobrado do responsável pela nulidade do contrato é o custo básico do produto ou serviço.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Empresas que atuam de má-fé e que recorrem a expedientes criminosos, ilícitos e ímprobos para ganhar licitações, eliminar concorrentes e inflar artificialmente seus lucros deveriam ser rigorosamente punidas e obrigadas a ressarcir integralmente o patrimônio público pelos danos causados. Quando a Administração Pública é vítima de fraudes e, ao descobri-los, vê-se na obrigação de anular contratos, paralisar obras e deflagrar novos procedimentos licitatórios, ela deveria ter a certeza e a garantia de que o valor da íntegra do contrato seria devolvido ao Erário. Todavia, não é isso que normalmente ocorre.

Não obstante a Lei de Improbidade Administrativa prever o integral ressarcimento do dano causado por agentes públicos ou por terceiros e a Lei de Licitações assegurar a indenização pelo que o contratado tenha executado apenas e tão somente na hipótese de ele não ter contribuído para a nulidade, são frequentes as decisões, que, sob o argumento da vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública, asseguram o pagamento integral por tudo o que foi comprovadamente executado, muitas vezes, sem nem sequer ressaltar o desconto da margem de lucro embutida. Trata-se, sem dúvida, de interpretação que premia a má-fé e transfere ao Poder Público um ônus que deveria ser suportado pelo contratado, até mesmo porque foi ele quem deu causa à nulidade.

A restituição da íntegra do contrato é vista como excessiva por muitos operadores do direito, razão pela qual o TCU passou a defender a glosa dos lucros no cálculo do ressarcimento em caso de nulidade dos contratos administrativos, assegurando a indenização dos contratados que atuem de má-fé apenas pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro. Essa é a teoria do produto bruto mitigado, que representa situação intermediária de rigidez para com os infratores, entre a restituição da íntegra do contrato (também conhecida como teoria do produto bruto) e o pagamento pelo que o contratado tenha executado, sem qualquer dedução de lucros.

O presente artigo buscou evidenciar a importância da distinção entre nulidade por culpa da Administração, hipótese na qual não resta dúvida de que o contratado deve ser indenizado por tudo aquilo que comprovadamente executou até sua declaração, e aquela que decorre de fraude e má-fé do contratado, causadora de prejuízos ao Erário e, por conseguinte, à toda coletividade. É neste caso que se entende juridicamente viável, ainda que controversa, a devolução da íntegra do contrato. Alternativamente, contudo, e em razão da prevalência do argumento de enriquecimento ilícito do Poder Público para vedar tal alternativa, entende-se que se deve buscar a restituição ao menos do lucro, efetivo ou estimado, do contratado que contribuiu para a nulidade, sem prejuízo, por óbvio, de eventual sobrepreço ou de verbas ilícitas propriamente ditas (“propinas”, por exemplo). Agir de outro modo representa premiar o contratado que frustrou os fins da licitação, pois não seria condenado a qualquer ressarcimento ao Poder Público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CGU, **Instrução Normativa CGU/AGU n. 2**, de 16 de maio de 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZ-C2Mb/content/id/15160617/do1-2018-05-21-instrucao-normativa-n-2-de-16-de-maio-de-2018-15160613 Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. STF, **Mandado de Segurança n. 35004/DF**, Relator(a): Min. Edson Fachin, j. 25/08/2017, publicado em DJe-193 DIVULG 29/08/2017 PUBLIC 30/08/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho775443/false> Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. STJ, **Agravo em Recurso Especial n. 1522047/RS**, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 1/10/2019, DJe 11/10/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901697534&dt_publicacao=11/10/2019 Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. STJ, **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1056922/RS**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801183346&dt_publicacao=11/03/2009 Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. STJ, **Agravo Regimental no Recurso Especial 1394161/SC**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013. <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2714431%27> Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. STJ, **Recurso Especial n. 1153337/AC**, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=200901362399&dt_publicacao=24/05/2012 Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. STJ, **Recurso Especial n. 1749626/SP**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201801486290&dt_publicacao=11/03/2019 Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. STJ, **Recurso Especial n. 579.541/SP**, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=200301298896&dt_publicacao=19/04/2004 Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Plenário), **Acórdão n. 130/2019**, Rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/130%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Plenário), **Acórdão n. 1.306/2017**, Rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1306%252F2017/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Plenário), **Acórdão n. 2.622/2013**, Rel. Marcos Bemquerer. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2622%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=8e7adc80-c137-11ea-853d-a-96105ca20d5> Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. TCU (Primeira Câmara), **Acórdão n. 2.812/2017**, Rel. Weder de Oliveira. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2812/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/9/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Plenário), **Acórdão n. 3.034/2014**. Rel. Augusto Sherman. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3034%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=8e7adc80-c137-11ea-853d-a-96105ca20d5> Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. TCU (Primeira Câmara), **Acórdão n. 5.175/2013**. Rel. Marcos Bemquerer. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/5175%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Primeira Câmara), **Acórdão n. 5.661/2014**. Rel. Bruno Dantas. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/5661%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11ea-919a-a17e-6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Segunda Câmara), **Acórdão n. 494/2016**. Rel. André de Carvalho. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/494%252F2016/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Rafael M.; ARAGÃO NETO, Roberto H.; BUGARIN, Maurício S.; GAMA, André L. Eficiência, atratividade e dissuasão de acordos de leniência e combate à corrupção: o caso da Operação Lava-Jato. In: **Economics and Politics Research Group Working Paper Series**. 4 Jul. 2018. Disponível em: <https://econpolrg.files.wordpress.com/2018/07/eprg-wp-2018-83.pdf> Acesso em: 25 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: RT, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS, **Apelação Cível n. 70053874285**, Terceira Câmara Cível, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 25/09/2014. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70053874285&ano=2014&codigo=1552427 Acesso em: 25 jun. 2020.

SANTA CATARINA. TCE/SC, **Tomada de Contas Especial n. 09/00672153**. Rel. Cons. Adircélio de Moraes Ferreira Júnior. Informativo de Jurisprudência do TCE/SC - N. 041 - Período - 01 a 31 de outubro de 2017. Disponível em: http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/index.php?nu_proc=0900672153 Acesso em: 25 jun. 2020.