

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**VINÍCIUS PEREIRA BELIZARIO**

**A RETIRADA DOS LUCROS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NULOS:  
UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO N.º 1.842/2022/TCU**

**CURITIBA**

**2024**

VINÍCIUS PEREIRA BELIZARIO

A RETIRADA DOS LUCROS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NULOS: UMA  
ANÁLISE DO ACÓRDÃO N.º 1.842/2022/TCU

Artigo apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito do Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco.

CURITIBA

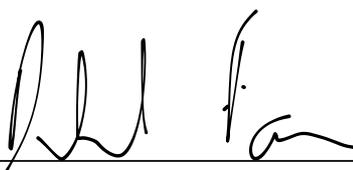
2024

TERMO DE APROVAÇÃO

A RETIRADA DOS LUCROS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NULOS: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO N.º 1.842/2022/TCU

VINICIUS PEREIRA BELIZARIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

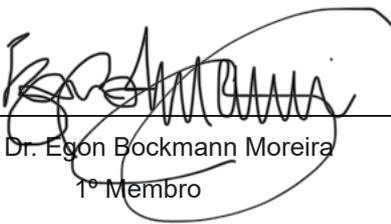


---

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco  
Orientador

---

Coorientador



---

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira  
1º Membro



---

Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama  
2º Membro

## RESUMO

O trabalho aqui desenvolvido se dedica a compreender e apontar as incongruências do raciocínio exarado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no julgamento do Acórdão n.º 1.842/2022, especialmente no que se refere à retirada dos lucros auferidos por particulares no âmbito de contratos administrativos nulos. Apesar da pertinência da discussão, observa-se que tanto o TCU quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm adotado interpretações que pouco se conformam à sistemática das nulidades contratuais na Lei n.º 14.133/2021. Diante disso, busca-se aqui apontar tais imprecisões a fim de possibilitar a consolidação de uma leitura que se atenha ao regramento jurídico brasileiro, amoldando-se sobretudo à dinâmica do direito administrativo sancionador. Por fim, propõe-se o entendimento pela inaplicabilidade da restituição de lucros ilegítimos nos moldes delineados no Acórdão n.º 1.842/2022, apontando para a suficiência do regime administrativo sancionatório e delimitando, idealmente, a perspectiva de atuação do TCU nestes casos.

Palavras-chave: Restituição de lucros ilegítimos; Perda de bens; Tribunal de Contas da União.

## **ABSTRACT**

The work developed here is dedicated to understanding and pointing out the incongruities of the reasoning expressed by the Federal Court of Accounts (TCU) in the judgment of Ruling No. 1,842/2022, especially with regard to the withdrawal of profits earned by individuals under null administrative contracts. Despite the relevance of the discussion, it can be seen that both the TCU and the Superior Court of Justice (STJ) have adopted interpretations that are somewhat inconsistent with the system of contractual nullity established by Law 14.133/2021. Therefore, this paper aims to highlight these inaccuracies in order to consolidate an interpretation that complies with Brazilian legal rules, adapting above all to the dynamics of sanctioning administrative law. Finally, it is proposed that the restitution of unlawful profits as provided in Ruling No. 1,842/2022 is inapplicable, pointing to the sufficiency of the administrative sanctioning regime and ideally delimiting the TCU's scope of action in these cases.

Keywords: Disgorgement of profits; Assets forfeiture; Federal Court of Accounts.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 DA RESTITUIÇÃO DE LUCROS ILEGÍTIMOS</b> .....	7
2.1 NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	7
2.2 NO DIREITO BRASILEIRO.....	8
2.3 NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	10
<b>3 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO</b> .....	14
3.1 O ACÓRDÃO N.º 1.306/2017.....	14
3.2 O ACÓRDÃO N.º 129/2020.....	15
3.3 O ACÓRDÃO N.º 1.842/2022.....	16
<b>4 DAS INCONGRUÊNCIAS DO ACÓRDÃO N.º 1.842/2022</b> .....	20
4.1 A DISCIPLINA DA ANULAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	20
4.2 A SANÇÃO DE PERDIMENTO DE BENS.....	23
4.3 A ATUAÇÃO DO TCU.....	27
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	30
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	33

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar as conclusões alcançadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no julgamento do Acórdão n.º 1.842/2022, de relatoria do Ministro Antônio Anastasia, apontando a imprecisão de seus fundamentos e contrapondo a solução proposta diante da sistemática do direito administrativo sancionador. Para tanto, destaca-se que o julgado em questão teve como ponto central a discussão sobre a possibilidade da Administração Pública reaver os lucros obtidos por particulares de má-fé no âmbito de contratos administrativos nulos, a título de “restituição de lucros ilegítimos”.<sup>1</sup>

Nesse contexto, esclarece-se que a noção de restituição dos lucros ilegítimos — relacionada pelo ministro-relator à teoria anglo-saxã do *disgorgement of profits* e à teoria espanhola do *produto bruto mitigado* — tem se desenvolvido a fim de dar conta de casos em que, na exploração não autorizada de direito alheio, os ganhos patrimoniais auferidos pelo agente infrator não se equivalem exatamente ao dano sofrido pelo sujeito violado, mas vão além dele.<sup>2</sup> Nessa hipótese, tem-se então um ganho patrimonial, vinculado — ainda que indiretamente — ao cometimento do ilícito, e que persiste mesmo após a reparação integral do dano causado.

Como fica evidente, a dinâmica retratada pode ser verificada em uma ampla gama de situações, envolvendo desde relações puramente privadas até relações entre particulares e a Administração Pública. No presente trabalho, toma-se como objeto a situação-problema trabalhada no Acórdão n.º 1.842/2022/TCU, isto é, quando da anulação de contratos administrativos, parcial ou integralmente executados, nulos por culpa concorrente ou exclusiva do particular contratado, questionando-se então a adequabilidade da retirada dos valores devidos ao particular — conforme regra de indenização prevista no art. 149 da Lei n.º 14.133/21 — enquanto alegada “restituição dos lucros ilegítimos”,<sup>3</sup> bem como as alternativas legais à proposição e as perspectivas de atuação do Tribunal de Contas da União nestes casos.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.842/2022**. Plenário. Relator: Ministro Antônio Anastasia. Sessão de 10/08/2022. p. 1.

<sup>2</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL**, v. 29, p. 1-25, 2021. p. 282.

<sup>3</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União; 2022. p. 2.

## 2 DA RESTITUIÇÃO DE LUCROS ILEGÍTIMOS

### 2.1 NO DIREITO ESTRANGEIRO

Nesse contexto, pode-se perceber que a restituição de lucros ilegítimos, nos moldes utilizados pelo TCU, tem se desenvolvido no Brasil com inspiração em outras ferramentas jurídicas concebidas no Direito estrangeiro. Com especial destaque, o Acórdão n.º 1.842/2022 traz em sua fundamentação referência ao instituto do *disgorgement of profits* e à teoria do *produto bruto mitigado*.

Assim posto, denota-se que o instituto do *disgorgement of profits*, enquanto uma espécie do gênero *gain-based damages*, representa uma superação ao entendimento clássico da responsabilização civil restrita ao limite do dano sofrido pela vítima.<sup>4</sup> Para tanto, o cabimento do *disgorgement of profits* independe de eventual transferência patrimonial entre os sujeitos envolvidos, podendo alcançar não apenas o ganho patrimonial diretamente decorrente de uma transferência ilícita de bens, mas também aqueles decorrentes da redução de despesas possibilitada pelo cometimento da infração civil.<sup>5</sup>

No mais, é importante ressaltar que o remédio não se confunde com mecanismos sancionatórios, tal qual os *punitive damages*, prescindindo da demonstração de culpa ou dolo para que se promova a restituição dos lucros ilegítimos.<sup>6</sup> Logo, sua aplicação depende tão somente da verificação da existência de benefícios econômicos percebidos por um agente em razão de um ilícito civil por ele praticado.

Por sua vez, o interesse em coibir o ganho patrimonial decorrente do cometimento de ilicitudes civis também levou à elaboração das teorias espanholas do *produto bruto* e do *produto bruto mitigado*. Nesse contexto, destaca-se que o Acórdão n.º 1.842/2022/TCU elucida a distinção entre a aplicação das teorias a partir da diferença entre contratos materialmente nulos e contratos materialmente lícitos, mas com vício formal.<sup>7</sup>

Deste modo, tem-se que na teoria do *produto bruto* todo o montante decorrente do contrato ilícito é considerado indevido, obrigando a integral devolução de todos os ganhos patrimoniais dele originados.<sup>8</sup> Em oposição, na teoria do *produto bruto mitigado*, o agente

---

<sup>4</sup> ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement?. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, v. 14, p. 11-31, 2017. p. 16.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União; 2022, p. 28.

<sup>8</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias: ¿ brutas o netas? *Diario La Ley*, ISSN 989-6913, n.º 7569, p. 1-9, 2011. p. 2.

infrator, apesar de seu ato ilícito, tem direito ao recebimento de valores proporcionais aos custos de execução do contrato, impondo-se a devolução apenas da quantia excedente — que, em abstrato, corresponderia ao seu lucro líquido<sup>9</sup> —, tida por indevida em razão do vício contratual.

## 2.2 NO DIREITO BRASILEIRO

No que tange ao direito brasileiro, destaca-se que a dinâmica da restituição dos lucros ilegítimos tem sido por vezes invocada como superação à compreensão clássica de que a responsabilidade civil, em sua função eminentemente reparatória, se estenderia somente nos limites do dano causado — vide a redação literal do art. 944 do Código Civil.<sup>10</sup> Alega-se que, deste ponto cego do sistema jurídico, decorreria então um cenário no qual o ilícito civil, mesmo em caso de responsabilização, poderia ser capaz de gerar expressivos lucros ao agente violador, em contradição aos princípios morais que norteiam o Direito.<sup>11</sup>

Em vista disso, a compreensão contemporânea da responsabilidade civil tem apontado para a complexificação do conceito, atribuindo-lhe, para além de sua função reparatória do dano, funções preventivas e punitivas.<sup>12</sup> Postula-se, neste raciocínio, que a limitação da responsabilidade civil ao dano causado, mesmo que satisfaça sua função reparatória, pouco agrega em termos de punição e de prevenção ao ato civil ilícito, acentuando-se tal debilidade justamente em situações nas quais o proveito econômico decorrente do ato ilícito supera o dano suportado pela vítima.<sup>13</sup>

Dessa forma, a restituição dos lucros ilegítimos se colocaria enquanto consumação das funções punitivas e preventivas da responsabilidade civil, permitindo que a indenização à vítima contemplasse também os lucros decorrentes do ilícito, e não apenas a reparação do dano.<sup>14</sup> Haveria, nesses termos, não somente uma incorporação do mecanismo ao ordenamento jurídico a partir da sistemática da responsabilidade civil, mas também a remodelação desta para a satisfação de finalidades restitutórias — estranhas à sua concepção mais tradicional.

<sup>9</sup> MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Los criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento ilícito y perjuicios causados por actos de corrupción. **REVISTA DA AGU**, v. 15, p. 65-88, 2016. p. 74

<sup>10</sup> “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

<sup>11</sup> ROSENVALD; KUPERMAN, *opus citatum*, p. 12.

<sup>12</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1480p. p. 67.

<sup>13</sup> ROSENVALD, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. **REVISTA DE DIREITO DA RESPONSABILIDADE**, v. 1, p. 45-84, 2019. p. 80-81.

<sup>14</sup> *Idem*.

Contudo, como bem ressalta Carlos Nelson Konder, a atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil, ainda que corroborada por parcela considerável da doutrina, não deve ser irrestritamente aceita sem o devido respaldo normativo.<sup>15</sup> Dessa maneira, adverte-se que tal interpretação levaria à possibilidade da aplicação de uma “punição sem prévia cominação”,<sup>16</sup> admitindo-se que — sem fundamento legal que estabeleça condições como, por exemplo, o montante da pena — um órgão jurisdicional aplicasse sanções com base tão somente em seu próprio arbítrio, em flagrante desconformidade às orientações garantistas dos sistemas sancionadores no Brasil.

Para além dos adeptos da responsabilidade civil, parte da doutrina tem buscado traduzir a restituição de lucros ilegítimos em outra fonte obrigacional:<sup>17</sup> o enriquecimento sem causa.<sup>18</sup> Nesse diapasão, verificando-se a limitação na responsabilidade civil clássica — e não havendo obrigação contratual válida —, apontam então que a sistemática do enriquecimento sem causa se apresentaria como a solução mais apta ao problema posto, inclusive para eventual recomposição do erário.<sup>19</sup>

Porém, em que pese a proposição doutrinária, há de se reconhecer que a restituição de valores que caracterizem enriquecimento sem causa — conforme ordena o art. 884 do Código Civil<sup>20</sup> — já tem sua própria compreensão consolidada no direito brasileiro, apresentando limitações próprias. A exemplo, acompanha o conceito a ideia de que a causa ausente referida seria, em regra, a causa direta do enriquecimento,<sup>21</sup> trazendo dúvidas quanto à capacidade do instituto de, em sua compreensão mais restritiva, lidar com hipóteses nas quais o enriquecimento se dá por atividade lícita, mas que só se torna possível — ou mais lucrativa — em razão de um ilícito pretérito.

Além disso, a aplicação do enriquecimento sem causa à hipótese apresentada esbarra também em sua característica subsidiariedade, conforme dicção literal do art. 886 do CC, que obsta o cabimento de eventual ação restitutória caso a pretensão do autor lesado possa ser

---

<sup>15</sup> KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **REVISTA DE DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**, v. 13, p. 231-248, 2017. p. 235.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Vide a classificação de Fernando de Noronha em: NORONHA, Fernando de. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 417 e ss.

<sup>18</sup> TERRA; GUEDES, *opus citatum*, p. 286-287.

<sup>19</sup> KROETZ, Maria Cândida do Amaral. A restituição do enriquecimento sem causa como instrumento de recomposição do erário. In: Marcos Ehrhardt Júnior; Eroulths Cortiano Junior. (Org.). **Transformações no direito Privado nos 30 anos da Constituição**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, v. 1, p. 545-558. p. 556.

<sup>20</sup> “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

<sup>21</sup> NORONHA, Fernando de. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, p. 51-78. 1991. p. 63.

perseguida por remédio específico.<sup>22</sup> A exemplo, tem-se que, havendo um dano a ser reparado, ainda que existam ganhos indevidos passíveis de restituição dele decorrentes, seria devida então a propositura de ação indenizatória, alçando a ação de restituição por locupletamento sem causa a condição subsidiária, em prejuízo de suas potencialidades.<sup>23</sup>

Tendo em vista estas limitações, é cada vez mais comum na doutrina o apontamento de que a tutela restitutória não deve se encerrar na *actio in rem verso* — delimitada no art. 886 do CC —, propondo-se uma compreensão ampla do conceito da restituição para além do enriquecimento sem causa.<sup>24</sup> Admite-se, para tanto, que há hipóteses específicas — como quando o pedido de restituição do lucro indevido se soma ainda à anulação de determinado contrato ou à reparação de eventual dano do qual decorreu o lucro, dentre outras situações afins — em que a tutela restitutória exigiria, para além do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, a incidência de regras restitutórias específicas ao caso e previstas em normas próprias.<sup>25</sup>

Outro desenvolvimento doutrinário que merece destaque neste contexto é o chamado “lucro da intervenção”, conceito que detalha o doutrinador Sérgio Savi como “o lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa”.<sup>26</sup> Sem buscar enquadrar a restituição de lucros ilegítimos em uma ou outra sistemática obrigacional, a definição proposta se atém à delimitação do objeto a ser restituído, voltando-se à compreensão prática do problema apresentado.

Como se observa, a doutrina civilista brasileira tem se empenhado em diversas frentes para buscar novas ferramentas jurídicas que permitam alcançar o patrimônio do agente violador, não só no montante do dano causado, mas também na própria vantagem obtida pela prática ilícita. No entanto, apesar destas tentativas, ainda não há na doutrina uma resposta clara e uniforme para a sistematização da chamada “restituição de lucros ilegítimos”.

### 2.3 NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sem uma sistematização doutrinária adequada, a jurisprudência tem buscado dar seus próprios contornos à restituição de lucros ilegítimos no direito brasileiro. Posto isso, vê-se que

<sup>22</sup> “Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.”

<sup>23</sup> KONDER, *opus citatum*, p. 236.

<sup>24</sup> ROSENVALD; KUPERMAN, *opus citatum*, p. 25.

<sup>25</sup> SCHREIBER, Anderson; SILVA, R. G. . Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. PENSAR - REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, v. 23, p. 1-15, 2018. p. 9-11.

<sup>26</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7.

o tratamento jurisprudencial dado à restituição de lucros ilegítimos alcançou novas proporções com o julgamento paradigmático do Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.<sup>27</sup>

Quanto ao caso, informa-se que se tratava de discussão acerca do uso indevido da imagem de uma famosa atriz em uma campanha publicitária. Apesar de reconhecidos os danos morais e materiais devidos, quando da interposição do recurso especial ainda remanesce a discussão acerca da devolução dos lucros auferidos pela empresa ré em razão do ilícito praticado.<sup>28</sup>

Dessa forma, constata-se que a fundamentação do Acórdão se construiu precipuamente a partir do já exposto conceito de “lucro da intervenção”, em seus contornos inculpidos na doutrina de Sérgio Savi.<sup>29</sup> Assim, assumindo como substrato normativo a vedação ao enriquecimento sem causa do art. 884 do Código Civil, asseverou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que o enriquecimento decorrente de interferência ilegítima sobre direito alheio deveria ser restituído, não apenas a fim de se assegurar o livre exercício dos direitos da vítima, mas também com o objetivo de inibir a prática da conduta ilícita.<sup>30</sup>

Importante inovação se deu com o apontamento no sentido de que as dinâmicas restitutórias não devem se restringir apenas à ação de locupletamento sem causa propriamente dita, podendo se manifestar em diferentes medidas judiciais.<sup>31</sup> Indo além, o julgado assinalou pela superação da teoria do deslocamento patrimonial no enriquecimento sem causa, aduzindo que a configuração do lucro da intervenção não exige necessariamente o empobrecimento ou a perda patrimonial da vítima, tendo por requisito tão somente o enriquecimento ilegítimo em prejuízo de direito alheio.<sup>32</sup>

Exemplifica-se, desse modo, que o entendimento que vem se consolidando na jurisprudência brasileira no tocante à restituição de lucros indevidos não se atém ao embate doutrinário, valendo-se de aproximações conceituais para prover respostas práticas à questão. Permanece, contudo, a ausência de uma sistematização clara que permita a configuração de um conceito jurídico próprio, de tal forma que aquilo que se denomina por restituição de lucros ilegítimos no Brasil é muito mais um resultado — comum a diferentes mecanismos jurídicos — do que uma ferramenta com disciplina jurídica própria, cabendo observar, caso a

---

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 2/10/2018, DJe de 8/10/2018.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 7-10.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 12-14.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 15.

caso, as regras pertinentes à resolução das pretensões jurídicas ali contidas, sob orientação geral do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

Dentre esses diversos casos, como já dito, dá-se destaque neste trabalho às particularidades da situação-problema contida no Acórdão n.º 1.842/2022/TCU. Assim, tendo em vista que eventual restituição exigiria a verificação da ausência de causa jurídica do enriquecimento, é relevante analisar ainda os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça acerca da legitimidade e do montante da indenização — prescrita nos arts. 148 e 149 da Lei n.º 14.133/21 — aos particulares nestas hipóteses, sobretudo quando a nulidade se dá por culpa do particular contratado.

Isto posto, indica-se como caso precursor da discussão o julgamento do Recurso Especial n.º 1.153.337/AC, em que, constatando que a anulação contratual opera retroativamente tanto no âmbito das relações de direito público quanto de direito privado — citam-se, como fundamento, o art. 49 da Lei n.º 8.666/93 e o art. 182 da Lei n.º 10.406/02 —, concluiu o STJ pela obrigatoriedade do retorno das partes ao *status quo ante*.<sup>33</sup> Entendeu o tribunal, dessa maneira, pelo desfazimento dos efeitos jurídicos já produzidos, com a indenização ao particular que concorreu para a nulidade somente quanto aos custos básicos incorridos, sem recebimento de qualquer lucro.<sup>34</sup>

Em consonância, apontando que o retorno ao estado anterior deveria contemplar a indenização ao particular pelos custos de execução, o Recurso Especial n.º 1.188.289/SP<sup>35</sup> e o Recurso Especial n.º 1.726.433/SP<sup>36</sup>, ambos de relatoria do Ministro Herman Benjamin, invocaram como fundamento a regra indenizatória do próprio art. 59 da Lei n.º 8.666/93 — correspondente aos arts. 148 e 149 da vigente Lei n.º 14.133/2021. Observa-se, ainda, que o Acórdão proferido no Recurso Especial n.º 1.749.626/SP, também de relatoria do Ministro Herman Benjamin, ressaltou que o entendimento acima descrito já é consolidado e uniforme na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>37</sup>

Além destes, vale por fim destacar o Acórdão proferido no julgamento do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no REsp n.º 1.895.508/SP, relatado pela Ministra Regina Helena Costa, que novamente ressaltou a consolidação do entendimento no STJ pelo retorno

---

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.153.337/AC**, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/5/2012, DJe de 24/5/2012. p. 8-15.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.188.289/SP**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/8/2012, DJe de 13/12/2013. p.13.

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.726.433/SP**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/5/2018, DJe de 15/3/2019. p. 10.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.749.626/SP**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/2/2019, DJe de 11/3/2019. p. 6.

ao *status quo ante* nas hipóteses de declaração de nulidade de contratos administrativos, sendo devida ao particular tão somente a restituição pelos custos de execução, sem auferimento de qualquer lucro. Com destaque, o referido *decisum* postulou que a disciplina legal se presta a promover a indenização do particular pelos custos básicos incorridos e, com especial destaque, a impedir o enriquecimento sem causa da própria Administração.<sup>38</sup>

Em síntese, denota-se que o entendimento mais consolidado no Superior Tribunal de Justiça — sem fazer menção à restituição de lucros ilegítimos propriamente — assenta que deverá prevalecer na anulação de contratos administrativos o retorno ao *status quo ante*, conforme mandamento do art. 148 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com a indenização ao particular em vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública. Todavia, entende-se aqui que a solução apresentada em face da impossibilidade de desconstituição dos efeitos já produzidos — especificamente nos contratos em que o particular tenha dado causa à nulidade —, isto é, a indenização ao particular apenas pelos custos do serviço prestado, não é a que melhor atende à disciplina do art. 148, § 1º, e do art. 149 da Lei n.º 14.133/21, conforme se discutirá adiante.

---

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 1.895.508/SP**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021. p. 10.

### 3 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

#### 3.1 O ACÓRDÃO N.º 1.306/2017

Apresentado o conceito da restituição de lucros ilegítimos, cabe então analisar a jurisprudência pertinente do TCU. Destarte, sabe-se que a primeira abordagem da possibilidade de restituição dos lucros decorrentes de contratos administrativos nulos pelo Tribunal de Contas da União ocorreu no Acórdão n.º 1.306/2017, relatado pelo ex-Ministro José Múcio Monteiro.

Assim posto, destaca-se que a discussão promovida nestes autos se deu acerca da legalidade dos pagamentos que seriam promovidos pela Petrobras no bojo de um conjunto de contratos firmados com uma empresa estrangeira, em face da constatação de indícios de possível fraude.<sup>39</sup> Diante disso, a equipe técnica do TCU, avançando sua fundamentação sobre as teorias do *produto bruto* e do *disgorgement*, e considerando ainda a vedação ao enriquecimento sem causa do art. 884 do Código Civil, delineou a concepção pela ilegitimidade dos lucros auferidos por particulares de má-fé no âmbito de contratos administrativos nulos.<sup>40</sup>

Indo além, o Ministério Público de Contas (MPTCU) acompanhou a análise da equipe técnica, centrando-se, contudo, em fundamento diverso, isto é, na desconstituição dos efeitos do contrato administrativo nulo, nos termos do art. 59 da Lei n.º 8.666/93.<sup>41</sup> Em acréscimo, e com especial importância, o MPTCU pugnou pela compreensão do lucro ilegítimo enquanto espécie de dano ao erário, para além do superfaturamento.<sup>42</sup>

Corroborando essa compreensão, o Acórdão em comento reiterou a possível ocorrência de dano ao erário em razão do produto percebido pelas contratadas no bojo dos contratos nulos.<sup>43</sup> Apesar de pouco aprofundado no voto do relator, tal elemento está no cerne da retenção de pagamentos determinada pelo TCU na decisão analisada, colocando-se como, de fato, o *periculum in mora* que autorizou a concessão da ordem cautelar de suspensão dos pagamentos.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.306/2017**. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 21/06/2017. p. 5.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 7-14.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 35-36.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 38.

Não obstante, a interpretação apresentada sugere, por consequência lógica, que eventual pagamento ilegítimo ensejaria, mais do que apenas a restituição dos lucros ilegítimos, a própria indenização do dano causado ao erário. Dessa maneira, mesmo que avance na discussão acerca da ilegitimidade dos ganhos patrimoniais por particulares de má-fé decorrentes de contratos administrativos nulos, o Acórdão em questão é pouco conclusivo quanto à aplicabilidade de medidas restitutórias e à atuação do TCU neste cenário.

### 3.2 O ACÓRDÃO N.º 129/2020

Adotando um entendimento diametralmente oposto, o Acórdão n.º 129/2020, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, trouxe de volta o debate acerca da restituição dos lucros ilegítimos — e o papel do órgão nestes cenários — à pauta do Tribunal de Contas da União. Para tanto, destaca-se que a discussão jurídica teve como substrato fático especificamente a averiguação de potencial dano ao erário em razão dos lucros ilegítimos decorrentes de contratos nulos que já haviam sido parcialmente analisados pelo TCU outrora, conforme pedido do Ministério Público de Contas.<sup>45</sup>

Dessa forma, denota-se que os argumentos expostos pelo MPTCU acompanhavam o raciocínio contido no Acórdão n.º 1.306/2017, isto é, de que o auferimento de lucros decorrentes de contratos fraudados constituiria flagrante dano ao erário. Propunha-se, então, a conclusão de que, na ocorrência de fraude na origem do contrato, junto ao montante despendido pela Administração Pública constariam valores referentes ao superfaturamento do contrato, bem como aqueles referentes ao lucro do agente contratado — o qual, ante a nulidade contratual, tornar-se-ia ilegítimo —, configurando dano ao erário a parcela correspondente a estes dois elementos: o superfaturamento e o lucro.<sup>46</sup>

Contudo, indo em sentido contrário, o ministro-relator entendeu não ser possível afirmar a ocorrência de dano ao erário nestas hipóteses. Isso porque, mesmo em uma contratação válida, os valores pagos pela Administração Pública conteriam uma parcela correspondente ao lucro auferido pelo particular. Desse modo, considerando que os valores relativos ao lucro do contratado seriam de toda maneira suportados pelo Poder Público, entendeu o relator que não haveria propriamente um decréscimo do patrimônio público, excluindo-se a configuração do dano ao erário.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 129/2020**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 29/01/2020. p. 1.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 40.

Prosseguindo em sua exposição, apontou na direção de que, nos moldes discutidos, a restituição destes lucros ilegítimos seria, em verdade, equivalente a uma sanção de perda de bens. Corroborando esta compreensão, citou a previsão legal do art. 12, I e II, da Lei n.º 8.429/92, e do art. 19, I, da Lei n.º 12.846/2013, traçando ainda uma comparação à perda do produto do crime ou de qualquer proveito auferido em razão do ato criminoso, como prescreve o art. 91, II, alínea b do Código Penal. Desta forma, aduziu o relator que, de forma harmônica no ordenamento jurídico brasileiro, a perda de bens é compreendida enquanto instrumento sancionatório.<sup>48</sup>

Partindo deste pressuposto, afirmou então que, em se tratando de uma sanção, o TCU só poderia promover a restituição do lucro ilegítimo caso sua Lei Orgânica tivesse lhe conferido essa prerrogativa. Não sendo este o caso, concluiu o relator pela inaplicabilidade da restituição dos lucros ilegítimos pelo TCU, dada a falta de prévia cominação legal.<sup>49</sup>

Ademais, encerrou sua fundamentação rememorando que o acordo de leniência celebrado com o particular contratado na espécie supostamente já previa dentre suas cláusulas a restituição do ganho patrimonial auferido no âmbito do contrato fraudulento. Assim, o relator ponderou que nova exigência de restituição configuraria uma sobreposição de sanções de mesmo fato gerador, caracterizando possível ocorrência de *bis in idem*.<sup>50</sup>

### 3.3 O ACÓRDÃO N.º 1.842/2022

Como exposto, observa-se que havia flagrante disparidade no tratamento dado ao tema pelas decisões do órgão. Tal divergência na jurisprudência do Tribunal de Contas da União perdurou até o julgamento do Acórdão n.º 1.842/2022, de relatoria do Ministro Antônio Anastasia, proferido em sede de Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas justamente contra o Acórdão n.º 129/2020.<sup>51</sup>

Por sua vez, quanto à abordagem promovida pelo TCU no julgamento do Acórdão n.º 1.842/2022, insta delinear, a princípio, que as conclusões nele expostas se guiam por três questões principais, sendo elas: I) se há fundamento jurídico para a restituição dos lucros ilegítimos no Brasil e qual a sua natureza; II) como se dá a competência do Tribunal de Contas nestes casos; e III) se seria cabível a aplicação da compreensão proposta ao caso

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 40-41.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 42-43.

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União; 2022. p. 3.

concreto analisado.<sup>52</sup> Por pertinência ao estudo aqui proposto, será dado destaque apenas às duas primeiras questões.

Ante a primeira questão posta, denota-se que a digressão apresentada tomou por ponto de partida a compreensão de que eventual medida para restituição dos lucros ilegítimos no direito brasileiro se fundaria, primeiramente, no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>53</sup> Diante disso, apontou o ministro-relator que, mesmo em seus diferentes fulcros normativos, a medida estaria axiologicamente ancorada por este princípio jurídico.

Sem prejuízo, em observância à compreensão da doutrina administrativa e cível quanto à eficácia de contrato nulos, o Acórdão estabeleceu que a atribuição de efeitos retroativos à anulação contratual tornaria inevitável a conclusão pela ilegitimidade dos lucros dele decorrentes. Logo, impondo-se o retorno ao *status quo ante*, evidenciar-se-ia a ausência de causa para o enriquecimento nestes casos.<sup>54</sup>

Dessarte, tratando do regime comum das contratações administrativas, o *decisum* trouxe menção ao disposto nos artigos 148 e 149 da Lei n.º 14.133/2021, que, essencialmente, repetem a regra já prevista no art. 59 da revogada Lei n.º 8.666/93.<sup>55</sup> Nestes termos, reafirmou o caráter retroativo da anulação de contratos administrativos, reiterando a regra de desconstituição dos efeitos produzidos, bem como o dever da Administração Pública em indenizar o contratado pela execução parcial do contrato.

Quanto às demais contratações realizadas pela Administração Pública, tomando por exemplo as contratações realizadas por empresa estatais sob respaldo da Lei n.º 13.303/2016, o ministro-relator entendeu então que a restituição dos lucros ilegítimos deveria ser aplicada sob fulcro específico do art. 884 da Lei n.º 10.406/2002.<sup>56</sup> Ou seja, não havendo respaldo normativo próprio no âmbito deste regime de contratação, asseverou assim pela incidência geral da disciplina civil da vedação ao enriquecimento sem causa.

Em complemento, antecipando possíveis argumentos contrários à aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, o ministro-relator tratou de afastar a incidência da teoria do deslocamento patrimonial unitário, fazendo menção ao enunciado n.º 35 da Jornada de Direito Civil de 2002. Nestes termos, aduziu o relator que o enriquecimento sem causa não exige necessariamente um empobrecimento equivalente.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 40.

Posto isto, é importante sublinhar a concepção apresentada de que não haveria uma subtração patrimonial das empresas infratoras neste caso, senão somente seu retorno ao *status quo ante*, tal qual exigiria a própria eficácia retroativa da anulação contratual. Dessa forma, não se verificando dispêndio qualquer por parte das empresas infratoras, seria razoável concluir que a restituição dos lucros ilegítimos, nos termos propostos, não importaria em qualquer efeito sancionatório, constituindo remédio de caráter puramente civil.<sup>58</sup>

Ato contínuo, denota-se que o Acórdão prosseguiu em sua exposição para dar conta da segunda questão posta, qual seja, quanto às competências do Tribunal de Contas da União em face da necessidade de restituição dos lucros havidos em contratos administrativos nulos. Para tanto, o ministro-relator arguiu que a atuação do TCU nestes casos se justificaria, de forma basilar, no controle externo exercido pelo órgão, conforme prescreve a Lei n.º 8.443/1992, que em seu art. 1º, §1º, atribui ao TCU a competência para decidir pela legalidade, legitimidade e economicidade dos atos do Poder Público.<sup>59</sup>

Em vista disso, em atenção ao que dispõe o art. 71, IX, da Constituição Federal, o *decisum* consignou o entendimento pela competência do Tribunal de Contas da União para assinar prazo à Administração Pública a fim de que promova a restituição de lucros ilegítimos em contratos administrativos nulos por culpa do particular.<sup>60</sup> Com efeito, reiterou ainda, em síntese, que a constatação da ilegalidade que enseja a ordem de restituição dos lucros ilegítimos deve assumir, conforme qual seja a disciplina jurídica regente da contratação, fundamentos normativos diversos, ainda que tenham por arcabouço comum o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.<sup>61</sup>

Entretanto, embora entenda pela necessidade de atuação do TCU caso seja verificada alguma ilegalidade que enseje a restituição de lucros ilegítimos, o Acórdão reconheceu que não há propriamente um dano ao erário nestas hipóteses, já que à execução parcial do contrato corresponderia um ganho patrimonial da Administração Pública.<sup>62</sup> Não se trataria, portanto, de recompor um prejuízo patrimonial da Administração, senão de reverter um ganho patrimonial ilegítimo percebido pelo particular.

Em decorrência, tal consideração traz notáveis repercussões aos mecanismos de atuação do TCU nestes casos. Não havendo dano ao erário, concluiu o relator, de igual modo, pelo afastamento da incidência da jurisdição do órgão sobre os particulares envolvidos —

---

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 42.

como, em havendo dano, autoriza o art. 5º, II, da Lei n.º 8.443/92 —, sendo possível tão somente sua atuação por via indireta, ou seja, assinando prazo à Administração Pública para que promova a correção da ilegalidade verificada, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal, como já mencionado, bem como do art. 45 da Lei n.º 8.443/92.<sup>63</sup>

Diante do exposto, é possível decompor o entendimento contido no Acórdão n.º 1.842/2022 nas seguintes assertivas: I) não é legítimo o pagamento de remuneração ao particular de má-fé ante a anulação do contrato administrativo; II) caso haja o pagamento, deverá o Poder Público promover a restituição destes lucros ilegítimos, impedindo o enriquecimento sem causa do particular; III) o eventual pagamento destes valores não caracterizaria, necessariamente, dano ao erário, já que houve a execução dos serviços pretendidos; IV) ainda que não se trate de dano ao erário, ao TCU, no exercício de sua função de controle, caberá assinar prazo à Administração Pública para que corrija o pagamento dos valores indevidos, promovendo sua adequada restituição. Sem embargo, entende-se que estas conclusões decorrem de equivocada compreensão e não resistem a um exame mais aprofundado da Lei n.º 14.133/21, como se buscará expor a seguir.

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 43.

## 4 DAS INCONGRUÊNCIAS DO ACÓRDÃO N.º 1.842/2022

### 4.1 A DISCIPLINA DA ANULAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Apresentada a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, cumpre então avaliar a validade de sua premissa fundamental: a ilegitimidade dos lucros recebidos pelo particular de má-fé em contratos administrativos nulos. Assim, antes de mais nada, rememora-se que, no âmbito dos contratos administrativos, a disciplina das nulidades contratuais se encontra localizada no art. 147 e seguintes da Lei n.º 14.133/2021.

Tendo em vista que o objeto aqui em discussão reside precipuamente sobre os valores devidos pela Administração em decorrência da anulação contratual, merece especial destaque o disposto nos arts. 148, § 1º, e 149 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Para tanto, transcrevem-se aqui os dispositivos indicados:

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

§ 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

Da atenta leitura da lei, denota-se que a inteligência normativa se dá no sentido de que: I) caso não seja possível o retorno ao *status quo ante*, proceder-se-á à apuração dos valores devidos por perdas e danos; II) a indenização devida será medida pelo que o contratado houver executado até a efetiva anulação, bem como por outros prejuízos, desde que não seja culpado pela nulidade; III) A apuração de perdas e danos não substitui ou dispensa a devida responsabilização daquele que tenha dado causa à nulidade.

Desse modo, sobre o primeiro elemento delineado — e sem adentrar nos pormenores da declaração de nulidade do art. 147 —, pontua-se que a anulação contratual, operando efeitos retroativos conforme o *caput* do art. 148, extingue definitivamente a relação obrigacional decorrente do negócio jurídico viciado e, como regra, desconstitui seus efeitos já

produzidos.<sup>64</sup> Logo, uma vez pronunciada a nulidade, não poderia o conteúdo da Lei prescrever o adimplemento parcial correspondente à parcela contratual executada, já que o contrato anulado perde sua validade e é destituído de seus efeitos jurídicos originais.

Justamente por essa razão, o texto legal aponta a indenização por perdas e danos como medida a ser tomada em face dos efeitos que não possam ser desfeitos, suscitando a incidência das regras atinentes à tutela reparatória.<sup>65</sup> Haveria, desse modo, que se apurar quantitativamente e qualitativamente quais foram os danos arcados por cada um dos contratantes.

Diante do questionamento acerca de quais seriam os danos presentes na situação apresentada, faz-se necessário observar o segundo elemento destacado. Assim, a dicção do art. 149 indica que, uma vez que a Administração deve indenizar o particular pelo que houver executado até a efetiva anulação do contrato, o dano presente na situação em comento decorre justamente do não pagamento pela Administração ao particular pelos serviços executados.<sup>66</sup>

Mesmo que não se possa falar propriamente em inadimplemento contratual, haja vista os efeitos retroativos da anulação, é mister reconhecer que o cenário discutido se dá com a realização de determinado serviço em favor do contratante — a Administração Pública — sem a correspondente remuneração ao contratado — em geral, um agente empresário. Ora, considerando que toda pessoa empresária está intrinsecamente afeita à finalidade lucrativa,<sup>67</sup> a prestação de sua atividade econômica sem a devida contrapartida constitui, de fato, um prejuízo por ela suportado.

No tocante a isto, é oportuno observar que o prejuízo suportado pela empresa nestes casos não se mede apenas pelos custos básicos necessários à prestação do serviço, como custos com mão-de-obra e insumos. Como bem aponta Alexandre Faraco, considerar apenas estes custos diretos seria, de fato, ignorar fatores como o custo de oportunidade do capital, o *know-how* e a própria organização empresarial, que costumeiramente são contabilizados no preço de qualquer produto ou serviço oferecido no mercado.<sup>68</sup>

Corroborando essa posição, subverte-se aqui o entendimento consolidado no STJ de que a indenização pelos serviços prestados, nos termos do art. 149 da Lei n.º 14.133/21,

---

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. v. 1. 1824p. p. 1556-1557.

<sup>65</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. 1269 p. p. 1193.

<sup>66</sup> JUSTEN FILHO, *opus citatum*, p. 1557-1558.

<sup>67</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da Empresa em Direito e Economia. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 8, p. 4913-4942, 2012. p. 4931- 4932.

<sup>68</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. A perda do lucro ilegítimo no contrato administrativo nulo. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, v. 8, p. 173-190, 2024. p. 183-184.

implica não apenas a recomposição dos prejuízos arcados pelo particular, mas também a vedação ao enriquecimento sem causa da própria Administração. Ocorre que, se o que se busca é evitar que a Administração Pública receba algo sem a devida contrapartida, o que deve ser apurado é justamente aquilo que foi de fato recebido, de acordo com os parâmetros de mercado.

Exemplifica-se, nesse sentido, que, quando o Poder Público contrata com um particular a execução de uma obra, ele não está comprando a obra, mas sim contratando a execução de um serviço. A prestação recebida pela Administração consiste, portanto, na realização de determinada tarefa pelo contratado, e não somente na entrega do produto acabado.

Logo, se o que está sendo recebido é a execução de um serviço, deveria então o Poder Público justamente arcar com os valores correspondentes a este serviço prestado, no mesmo montante em que o faria em uma contratação válida. Em qualquer outra hipótese, haveria um ganho patrimonial da Administração Pública, que, indenizando o particular apenas pelos custos básicos do serviço, não estaria reparando os prejuízos econômicos por ele suportados em seu proveito, mas promovendo, de fato, o confisco da remuneração ao particular.<sup>69</sup>

Importante ressalva decorre do trecho “desde que não lhe seja imputável”, que poderia indicar que, caracterizada a má-fé do particular que concorreu para a nulidade contratual, este não faria jus a qualquer valor, ou deveria então — como tem entendido o STJ — ser ressarcido apenas pelos custos incorridos na execução. Sem perder de vista a questão, entende-se que a leitura compatibilizada de ambos os dispositivos supracitados assenta a indenização por perdas e danos enquanto regra geral, ressaltando-se, nesse sentido, que o parágrafo 1º do art. 148 não impõe qualquer condição à apuração e reparação dos prejuízos observados.

Neste raciocínio, postula-se que a condição estabelecida no art. 149 não incide sobre aquilo em que o dispositivo repete a disciplina do § 1º do art. 148, mas sim sobre o que acrescenta, isto é, o dever da Administração de indenizar o particular por outros prejuízos regularmente comprovados, para além daquele correspondente ao serviço executado.<sup>70</sup> Acompanhando esta leitura, Alexandre Faraco entende que a apuração da conduta do

---

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, *opus citatum*, p. 1566.

<sup>70</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 194p. p. 102-103.

particular, na disciplina do art. 149, importa tão somente para que se verifique a legitimidade da indenização pelos outros prejuízos decorrentes da declaração de nulidade.<sup>71</sup>

Nos moldes da interpretação delineada, pode-se concluir então — em sentido diverso ao entendimento exarado pelo TCU no Acórdão n.º 1.842/2022 — que a restituição dos lucros ilegítimos não se aplica à situação-problema, simplesmente porque eventuais lucros percebidos pelo particular na hipótese não seriam indevidos.<sup>72</sup> Isto é, sua causa jurídica residiria na própria indenização legal prevista nos arts. 148 e 149, de tal forma que não seria cabível sua perda a título de vedação ao enriquecimento sem causa, tampouco em reparação a eventual dano ao erário — frisa-se: na hipótese em que Administração de fato recebeu o serviço pretendido conforme contratado.

Sem prejuízo, importante exceção deve ser posta no tocante àquilo que se denomina na doutrina francesa como contratos imorais.<sup>73</sup> Isto é, se o objeto contratual fosse, em si, ilícito, não se verificaria neste caso qualquer proveito à Administração Pública, tampouco poderia o particular receber qualquer valor — seja pagamento ou indenização — pela execução do serviço materialmente ilícito.<sup>74</sup>

Tendo em vista a interpretação proposta, sobrevém então o questionamento: o particular que concorreu para a nulidade poderia então auferir lucros de sua própria má-fé? Sem desconsiderar as questões morais que permeiam o problema apresentado, assenta-se aqui que o ordenamento jurídico brasileiro contém solução específica ao problema e que não deve ser confundida com a justa apuração das perdas e danos.

#### 4.2 A SANÇÃO DE PERDIMENTO DE BENS

Assim, como indica o próprio art. 149 da Lei n.º 14.133/21, a apuração dos valores correspondentes à indenização pelos serviços executados não exime o particular — tampouco o administrador — que tenha dado causa à nulidade da responsabilização pelas vias legais cabíveis. Uma análise superficial poderia imediatamente remeter à responsabilização na esfera penal, contudo, a exposição aqui empreendida ficará detida no âmbito do chamado “direito

---

<sup>71</sup> FARACO, *opus citatum*, p. 176.

<sup>72</sup> Em paralelo, solução similar é proposta por parcela minoritária da doutrina civilista: MORAES, Renato Duarte Franco de. **O enriquecimento por intervenção**. Orientador: Francisco Marino. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [s.d.]. p. 327.

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, *opus citatum*, p. 1562.

<sup>74</sup> FARACO, *opus citatum*, p. 182.

administrativo sancionador”,<sup>75</sup> com especial ênfase aos regimes sancionatórios instituídos pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) e pela Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/13).

Dito isso, acerca da Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se que seu escopo original objetivava o sancionamento de agentes públicos pelo cometimento de irregularidades diversas, notadamente o enriquecimento ilícito — que não deve ser confundido com o enriquecimento sem causa do art. 884 do Código Civil —, o dano ao erário e a violação aos princípios que regem a Administração Pública.<sup>76</sup> Inicialmente, suas disposições detinham uma maior abrangência, cenário que se modificou após as alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/21, a qual, dentre várias mudanças, inseriu na disciplina legal a necessidade de verificação do dolo do agente para a configuração do ato ímprobo.<sup>77</sup>

Mais do que essa visão geral da Lei de Improbidade, importa aqui avançar sobre dois aspectos especificamente: a possibilidade de extensão de seu alcance punitivo a particulares e as sanções nela previstas. Para tanto, sublinha-se aqui a hipótese prevista no art. 3º da Lei, que prescreve que as “disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade”.

Com isso, é forçoso reconhecer que, na hipótese em que o particular tenha concorrido para ou induzido a prática do ato de improbidade — dinâmica muito comum nas contratações administrativas nulas —, estará então sujeito à responsabilização nos termos da Lei n.º 8.429/92.<sup>78</sup> Dentre as diversas sanções aplicáveis ao caso, dá-se aqui ênfase ao perdimento de bens dos incisos I e II do art. 12, que alcança justamente os valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente público ímprobo ou do particular que tenha dolosamente concorrido para a prática do ato.<sup>79</sup>

No tocante a essa modalidade sancionatória, cabe mencionar aqui a divergência doutrinária quanto à sua real natureza, isto é, se seria sanção ou efeito civil da condenação.

---

<sup>75</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público**, v. 120, p. 83-126, 2020. p. 106-108.

<sup>76</sup> CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. **Improbidade Administrativa: Novas disposições, novos desafios**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. 1. 205p. p. 75.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

<sup>78</sup> ARAÚJO, Válder Shuenquener de. **Lei de improbidade Administrativa Comentada**. Com as alterações da Lei n.º 14.230/2021. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. 1. 416p. p. 69.

<sup>79</sup> “Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (...); II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância (...)”.

Todavia, com a devida vênia, entende-se que o principal fundamento normativo à interpretação da perda de bens enquanto consequência civil da condenação por ato de improbidade residia no art. 6º da lei, revogado pela Lei n.º 14.230/2021, que prescrevia a perda de bens para além do capítulo das sanções aplicáveis, próximo à previsão da obrigatoriedade da reparação integral do dano no — também revogado — art. 5º.<sup>80</sup>

Opta-se, portanto, pelo entendimento da sanção de bens enquanto, de fato, sanção, em conformidade à redação atual da Lei, tendo por objeto a perda dos bens e valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio.<sup>81</sup> Assim, distinguindo-a de um mero mecanismo restitutivo, há então que se discutir o alcance dessa sanção sobre o patrimônio do agente ímprobo.

Em face disso, pontua-se que o caráter ilícito do acréscimo patrimonial não deve ser confundido com o caráter indevido do enriquecimento sem causa do art. 884 do CC.<sup>82</sup> Veja-se, como exemplo, a doação de valores em troca de eventual favorecimento ilícito. A causa jurídica imediata do enriquecimento é em si válida, não sendo cabível a incidência da regra restitutória do art. 884 do Código Civil, mas, por se tratar de ato inserido no bojo da conduta ímproba, deverá ser tido como ilícito — e, por isso, inválido — e perdido na forma de sanção, nos termos do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesses contornos, a sanção de perda de bens e valores da Lei de Improbidade Administrativa surge como uma ferramenta que se mostra juridicamente adequada à retirada do patrimônio do particular de má-fé acrescido em razão dos serviços prestados em uma contratação nula. Indo além, reafirma-se ainda seu caráter sancionatório e a especificidade de sua disciplina para além da mera vedação ao enriquecimento sem causa.

Em contrapartida, restringindo seu escopo de incidência, o § 2º do art. 3º ressalva que as “sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei n.º 12.846”, isto é, a Lei Anticorrupção. À vista disso, passa-se então a abordar suas disposições.

Ao passo em que a Lei de Improbidade Administrativa se volta a sancionar principalmente o agente público, a Lei Anticorrupção se destina, nos termos de seu art. 1º, especificamente à “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela

<sup>80</sup> GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. 1232p . p. 360.

<sup>81</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 38. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. p. 940 e 947.

<sup>82</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade Administrativa - Direito Material e Processual**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1. 416p . p. 112.

prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Trata-se, portanto, de regime sancionatório desenvolvido para promover a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, como os definidos no art. 5º da Lei, por seus representantes.<sup>83</sup>

Outrossim, vale esclarecer que a responsabilização promovida pela Lei Anticorrupção pode se dar tanto na esfera administrativa — aplicando-se as penas indicadas no art. 6º —, quanto na esfera judicial civil — conforme as sanções descritas no art. 19. Dentre as penalidades aplicáveis por via judicial, chama-se a atenção à pena de perdimento de bens, conforme previsão do inciso I, que consigna que poderão ser perdidos “os bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”.

Como bem se observa, a disposição legal atribui um amplo alcance à pena de perdimento de bens, atingindo inclusive aqueles bens indiretamente obtidos em razão do ato de corrupção praticado — tal qual ocorre na sanção de perda de bens na Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, pondo limites à sua incidência, o dispositivo ressalva a proteção ao direito do lesado ou do terceiro de boa-fé, isto é, daquele que tenha auferido algum lucro sem concorrer para a ilicitude praticada.<sup>84</sup>

No mais, o parágrafo único do art. 21 reafirma a independência entre a reparação civil do dano e as sanções que podem ser impostas à empresa corrupta, aduzindo que eventual condenação torna certa a obrigação de indenizar os respectivos danos causados.<sup>85</sup> Resta, pois, caracterizada também a autonomia das medidas sancionatórias previstas na Lei Anticorrupção.

Sob os contornos indicados, verifica-se que o caráter sancionatório da pena de perdimento de bens, além de prover solução ao problema moral da percepção de lucros pelo contratado que tenha dado causa à nulidade, reafirma em si mesmo a impossibilidade de aplicação da restituição de lucros ilegítimos para sequestro do acréscimo patrimonial do particular. Explica-se, acerca disto, que o próprio significado do conceito de sanção — em seu

---

<sup>83</sup> ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º da Lei anticorrupção (Lei 12.846). In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (Org.). **Lei Anticorrupção comentada**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024, v. 1, p. 15-26. p. 21-22.

<sup>84</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 19. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (Org.). **Lei Anticorrupção Comentada**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024, v. 1, p. 285-295. p. 286.

<sup>85</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao art. 21. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 305-310. p. 309.

sentido negativo — exige um prejuízo à pessoa sancionada, ou em outras palavras, a imposição de alguma restrição ao exercício de seus direitos.<sup>86</sup>

Ao se afirmar que o lucro percebido pelo particular nesse cenário é indevido, indica-se que estes valores jamais deveriam ter sido integrados ao seu patrimônio, isto é, que o particular não tem qualquer direito sobre eles. Por consequência lógica, impugnando seu caráter sancionatório ao negar o direito que seria restrito, tal afirmativa aponta para a própria inexistência da sanção de perda de bens, tratando-a como mero mecanismo restitutivo.<sup>87</sup>

Em vista disso, importante conclusão deve ser tomada aqui: se a Lei explicitamente qualifica a perda de bens enquanto sanção, há então uma penitência, um prejuízo a ser imposto ao particular em razão da conduta reprovada. Ocorre que, caso se entendesse que os valores percebidos pelo particular de má-fé em uma contratação nula — dentre estes o lucro — não são devidos, e por isso não deveriam compor seu patrimônio, seria imperioso assumir então que a pena de perda de bens não tem eficácia punitiva de fato, mas sim eficácia restitutória, voltando-se a simplesmente promover a devolução dos valores auferidos sem causa legítima.

Por mais agradável que essa assunção possa soar à interpretação das nulidades contratuais administrativas consolidada no TCU, ela se dá em flagrante afronta ao texto legal. Na tentativa de criar um sistema de redundância, o que se alcança na verdade é a desnaturação do caráter punitivo previsto em lei, propondo-se que o particular possa perder algo que, como se entende, sequer deveria pertencer a ele.

Negando tal incongruência, roga-se aqui pela compreensão do perdimento de bens enquanto verdadeira sanção,<sup>88</sup> e, em conformidade, pela impossibilidade de sua substituição pela chamada restituição de lucros ilegítimos. Posto isto, ressalta-se — como bem indicou o Ministro Benjamin Zymler no julgamento do Acórdão n.º 129/2020 — que, sendo uma espécie sancionatória, o TCU não teria prerrogativa legal para promover a perda dos bens acrescidos ao patrimônio do particular de má-fé. De tal sorte, os limites da atuação do órgão nestes cenários devem ser postos em questão.

### 4.3 A ATUAÇÃO DO TCU

<sup>86</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 26.

<sup>87</sup> Nesse sentido: “Em rigor técnico, a perda de bens ou valores não representará verdadeira sanção, pois buscará unicamente reconduzir o agente à situação anterior à prática do ilícito, mantendo imutável o seu patrimônio legítimo.” GARCIA; NEVES, *opus citatum*, p. 360.

<sup>88</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 113

Ao cabo, resta então abordar a perspectiva de atuação do Tribunal de Contas da União em face da situação-problema apresentada. Tendo em vista a função de controle externo exercida pelo órgão, especialmente no que concerne à defesa do patrimônio público, aponta-se que a delimitação de sua atribuição na espécie exige uma prévia discriminação didática dos elementos contábeis que compõem o preço do contrato administrativo.

Para tanto — e aproveitando a igualdade utilizada pelo STJ e pelo TCU —, pode-se assumir, em abstrato, que o preço de um contrato administrativo será sempre composto por dois elementos essenciais: os custos básicos e o lucro do particular. No entanto, caso o preço deste contrato administrativo estivesse acima dos valores praticados no mercado — como costumeiramente ocorre em contratos administrativos nulos —, seria possível destacar ainda um terceiro elemento, caracterizado justamente pela diferença entre o preço praticado e o preço de mercado.

A este elemento se daria, conforme o caso concreto, o nome de sobrepreço ou de superfaturamento. Apesar dos conceitos apresentarem distintos significados — tanto em sua definição no art. 6º, LVI e LVII, da Lei n.º 14.133/21, quanto na doutrina publicista —, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União qualifica, para fins práticos, o sobrepreço efetivamente realizado enquanto uma modalidade de superfaturamento.<sup>89</sup> Assim, para os objetivos deste artigo, vale-se aqui desse entendimento para assentar que, em qualquer hipótese, o descompasso entre os valores pagos pela Administração Pública e os valores médios praticados no mercado importaria em dano ao erário, nos termos do art. 6º, LVII, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.<sup>90</sup>

Dessa maneira, retoma-se que os custos da anulação de um contrato administrativo devem observar a parcela contratual efetivamente executada, calculando-se a indenização ao particular com base nos preços médios dos serviços concretamente prestados. É importante sublinhar, quanto a isso, que a indenização pelos serviços executados não deve, obviamente, contemplar eventual sobrepreço do contrato anulado.<sup>91</sup> Qualquer valor que fosse indenizado para além deste parâmetro extrapolaria os limites da justa reparação, e, portanto, constituiria não apenas enriquecimento ilegítimo, mas também verdadeiro dano ao erário.<sup>92</sup>

Delimitadas as condições da existência de eventual dano ao erário na situação-problema, cumpre então clarificar as atribuições do Tribunal de Contas da União

<sup>89</sup> Vide a exemplo: Acórdão n.º 1.427/2021; Acórdão n.º 1.142/2022; e Acórdão n.º 1.484/2022.

<sup>90</sup> “Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) LVII - superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por: (...)”

<sup>91</sup> SUNDFELD, *opus citatum*, p. 102.

<sup>92</sup> FARACO, *opus citatum*, p. 182.

nestes casos. No tocante a isto, alude-se que, de sua função original de assessoramento ao Congresso Nacional nas tomadas de contas — como prescreve o art. 71, da Constituição Federal<sup>93</sup> —, o TCU tem, cada vez mais, assumido para si o papel de protagonismo no exercício do controle externo, aglutinando diversas competências que ultrapassam a mera assistência ao Congresso Nacional.<sup>94</sup>

Sob este enfoque, ressalta-se que a Constituição Federal, em seu artigo 70,<sup>95</sup> atribui a avaliação quanto à presença destes elementos ao controle externo exercido pelo Congresso Nacional, ao passo que a Lei n.º 8.443/1992, em seu art. 1º, § 1º, atribui ao TCU tal competência para decidir pela legalidade, legitimidade e economicidade dos atos do Poder Público.<sup>96</sup> Apesar dessa e de outras atribuições previstas em sua Lei Orgânica, como bem aponta a doutrina, há de se reconhecer que a competência do órgão segue primariamente direcionada à proteção do erário, de tal maneira que a leitura de suas prerrogativas deve, idealmente, voltar-se à finalidade inserta em sua instituição.<sup>97</sup>

Logo, assumindo uma posição restritiva à agência do órgão, aduz-se que não cabe ao TCU determinar à Administração Pública a adoção de medida cuja juridicidade é, no mínimo, questionável, ou, como aqui se buscou expor, de fato antijurídica. Desse modo, sem desconsiderar todos os óbices que envolvem a apuração do superfaturamento na prática, entende-se aqui que a atuação do Tribunal de Contas da União diante da anulação de contratos administrativos deverá se restringir à identificação e à recomposição de eventual dano ao erário correspondente à diferença entre os preços médios de mercado e o valor pago/indenizado pelo serviço prestado, não cabendo ao órgão declarar a ilegitimidade da remuneração percebida pelo particular — haja vista a inteligência dos arts. 148 e 149 da Lei n.º 14.133/2021.

---

<sup>93</sup> “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)”

<sup>94</sup> CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, v. 5, p. 1-48, 2021. p. 29.

<sup>95</sup> “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

<sup>96</sup> “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: (...) § 1º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.”

<sup>97</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. **REVISTA JUSTIÇA DO DIREITO**, v. 33, p. 198-221, 2019. p. 218-219.

## 5 CONCLUSÃO

Como se tratou de expor nas linhas acima, há de se observar que, apesar de razoavelmente bem quista pelos civilistas brasileiros, a restituição de lucros ilegítimos ainda não apresenta uma sistemática consolidada na doutrina pátria. Destacam-se, desse modo, esforços diversos da doutrina no sentido de compatibilizar este conceito à disciplina da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa, ou mesmo ainda a tentativa de se consolidar uma nova ferramenta jurídica que, extrapolando os limites das fontes obrigacionais clássicas, amalgame características de ambas para alcançar o tal lucro ilícito.

Enquanto isso, pode-se observar que o entendimento no STJ se encontra mais uniforme, sobretudo quanto à aplicabilidade do instituto no âmbito das relações privadas. No que tange aos contratos administrativos nulos — sem falar propriamente em restituição de lucros ilegítimos —, a não remuneração ao particular de má-fé tem se justificado a partir de uma leitura conjunta dos arts. 148 e 149 da Lei de Licitações combinados à vedação ao enriquecimento sem causa do art. 884 do Código Civil, entendendo-se que a indenização por perdas e danos em caso de execução de contrato nulo deverá contemplar apenas os custos básicos correspondentes ao serviço prestado, em vedação ao locupletamento indevido da Administração Pública.

Indo ao encontro dessa posição, como relatado, o entendimento atualmente assente no TCU também conclui pela ilegitimidade dos lucros havidos em contratações nulas em favor do particular que tenha concorrido para a nulidade, baseando-se, contudo, na vedação ao enriquecimento sem causa do particular, em semelhança ao instituto do *disgorgement of profits*. Justamente consignando essa perspectiva, apontou o Acórdão n.º 1.842/2022 não só pela necessidade de devolução desses lucros recebidos pela particular de má-fé, como também pela competência do órgão para de forma indireta promover tal restituição, determinando à Administração Pública a correção da suposta ilegalidade.

Em que pese a aparente unanimidade destas conclusões, há de se observar que as visões consolidadas no âmbito do STJ e do TCU partem de diferentes leituras da vedação ao enriquecimento sem causa e não devem, portanto, ser confundidas. De todo modo, entende-se aqui que ambas as leituras são incongruentes em face da inteligência dos arts. 148 e 149 da Lei de Licitações, bem como do próprio ordenamento jurídico em si.

Assim, no tocante à compreensão que aqui se propõe, deve-se de partida distinguir dois tipos de contratos nulos: aqueles nulos por seu objeto ilícito e aqueles de objeto lícito, mas nulos por vício de forma. Quanto ao primeiro tipo, imperioso observar que a prestação

ilícita não gera qualquer acréscimo ao patrimônio da Administração, tampouco poderia em quaisquer condições ensejar a remuneração do particular, de forma que, nestes casos, acompanha-se aqui o entendimento pela ilegitimidade de qualquer lucro auferido.

Situação diversa há quando o objeto contratual é válido, havendo portanto a realização pelo particular de serviço lícito e almejado pela Administração, que por sua vez, caso não indenize o particular, estaria de fato acrescendo ilegitimamente seu patrimônio às expensas deste. Logo, entende-se que a disciplina das nulidades contratuais da Lei de Licitações determina que, extinta a relação contratual nula, deve-se então promover a indenização do particular pelos serviços lícitos prestados ao Estado, ainda que tenha agido de má-fé, excluindo-se tão somente a reparação por outros prejuízos decorrentes da anulação.

Não obstante, traçando aqui importante divergência à jurisprudência do STJ, pugna-se que o valor da indenização decorrente do que foi executado deverá ser quantificado com base no preço dos serviços prestados no mercado, isto é, conforme o montante que a Administração teria despendido para regularmente receber a prestação contratual. Dessa maneira, sublinha-se que o preço do serviço contratado é composto por diversos elementos de difícil distinção prática, como, por exemplo, os referidos “custos básicos” e — inclusive — o que se poderia denominar como “lucro” do particular.

Diante disso, tendo em mente que a indenização deverá contemplar os serviços prestados no âmbito do contrato nulo, e ainda que a remuneração ao particular é componente intrínseco do valor destes serviços prestados, assume-se que, ao menos na indenização por perdas e danos do art. 148, § 1º, da Lei n.º 14.133/2021, não será possível a retirada de qualquer lucro auferido pelo contratado, ainda que este tenha concorrido para a nulidade contratual. Sem prejuízo, havendo dúvidas quanto à moralidade do acréscimo patrimonial do particular nestes casos, postula-se que sua inspeção deverá se dar por via legal própria, distinta da indenização pelos serviços prestados.

Ato contínuo, indica-se que a resposta para o dilema moral acerca dos lucros decorrentes do contrato nulo por culpa do particular reside precisamente no regime sancionatório administrativo, em especial na pena do perdimento de bens. Avançando até mesmo sobre os ganhos indiretos, seja no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa ou da Lei Anticorrupção, a perda de bens e valores se coloca, nos termos expostos, como a ferramenta mais adequada à retirada do patrimônio ilícito dos particulares de má-fé.

Desse modo, apesar de se considerar aqui que o lucro do particular compõe o valor do serviço recebido pela Administração — e que deverá ser indenizado —, esclarece-se que é justamente na legitimidade deste enriquecimento que a sanção da perda de bens se constitui,

para, conforme sua própria disciplina, impor ao particular um prejuízo pela prática do ilícito. Indo além, assevera-se que qualquer conclusão em sentido contrário desembocaria na desnaturação do caráter punitivo da pena do perdimento de bens, em flagrante afronta ao texto legal e à sistemática do direito administrativo sancionador.

Por fim, no que concerne ao Tribunal de Contas da União, ressalta-se que, ainda que não seja cabível a aplicação do instituto do *disgorgement of profits* para a restituição do lucro do particular em contratos administrativos nulos, sua atuação não é dispensável diante da situação-problema. Pelo contrário, considerando sua afetação primária à proteção do erário, o TCU terá relevante papel na verificação de eventual superfaturamento — comum em contratos nulos por culpa do particular — no pagamento pelos serviços executados, devendo, se for o caso, promover a recomposição do dano causado por meio dos remédios jurídicos já indicados em sua Lei Orgânica.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Lei de improbidade Administrativa Comentada**. Com as alterações da Lei nº 14.230/2021. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. 1. 416p .

BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias: ¿ brutas o netas? **Diario La Ley**, ISSN 989-6913, nº 7569, p. 1-9, 2011. p. 2.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: col. 1, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: col. 2, Brasília, DF, p. 61, 3 jan. 1941.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: col. 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: col. 2, Brasília, DF, p. 1, 2 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União** - Edição Extra nº 61-F: col. 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial da União**: col. 2, Brasília, DF, p. 1, 26 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: col. 1, Brasília, DF, p. 6993, 3 jun. 1992.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: col. 1, Brasília, DF, p. 9449, 17 jul. 1992.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: col. 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.895.508/SP**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 22/3/2021, DJe de 25/3/2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.153.337/AC**, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/5/2012, DJe de 24/5/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.188.289/SP**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/8/2012, DJe de 13/12/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.698.701/RJ**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 2/10/2018, DJe de 8/10/2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.726.433/SP**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/5/2018, DJe de 15/3/2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.749.626/SP**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/2/2019, DJe de 11/3/2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.142/2022**. Plenário. Relator: Ministro Jorge Oliveira. Sessão de 25/05/2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.306/2017**. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 21/06/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.427/2021**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 16/06/2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.484/2022**. Plenário. Relator: Ministro Jorge Oliveira. Sessão de 29/06/2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1.842/2022**. Plenário. Relator: Ministro Antônio Anastasia. Sessão de 10/08/2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 129/2020**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 29/01/2020.

CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, v. 5, p. 1-48, 2021.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. **Improbidade Administrativa: Novas disposições, novos desafios**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. 1. 205p .

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 38. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 19. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (Org.). **Lei Anticorrupção Comentada**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024, v. 1, p. 285-295.

\_\_\_\_\_, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Org.). **Lei Anticorrupção Comentada**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. v. 1. 430p.

FARACO, Alexandre Ditzel. A perda do lucro ilegítimo no contrato administrativo nulo. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, v. 8, p. 173-190, 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1480p.

GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. 1232 p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público**, v. 120, p. 83-126, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. v. 1. 1824p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1996.

KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **REVISTA DE DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**, v. 13, p. 231-248, 2017.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao art. 21. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 305-310.

MENDONÇA, André Luiz de Almeida. Los criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento ilícito y perjuicios causados por actos de corrupción. **REVISTA DA AGU**, v. 15, p. 65-88, 2016.

MORAES, Renato Duarte Franco de. **O enriquecimento por intervenção**. Orientador: Francisco Marino. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [s.d.]. p. 327.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024. 1269 p. ISBN 978-65-5518-677-2.

NORONHA, Fernando de. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_, Fernando de. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, p. 51-78. 1991.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da Empresa em Direito e Economia. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 8, p. 4913-4942, 2012.

ROSENVALD, Nelson. As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão. **REVISTA DE DIREITO DA RESPONSABILIDADE**, v. 1, p. 45-84, 2019.

\_\_\_\_\_, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o *disgorgement*?. **Revista Fórum de Direito Civil - RFDC**, v. 14, p. 11-31, 2017.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson; SILVA, R. G. . Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. **PENSAR - REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**, v. 23, p. 1-15, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 194 p.

\_\_\_\_\_, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. **REVISTA JUSTIÇA DO DIREITO**, v. 33, p. 198-221, 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas. **REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL**, v. 29, p. 1-25, 2021. 281, 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/771>. Acesso em: 22 jul. 2024.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º da Lei anticorrupção (Lei 12.846). In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. (Org.). **Lei Anticorrupção comentada**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024, v. 1, p. 15-26.